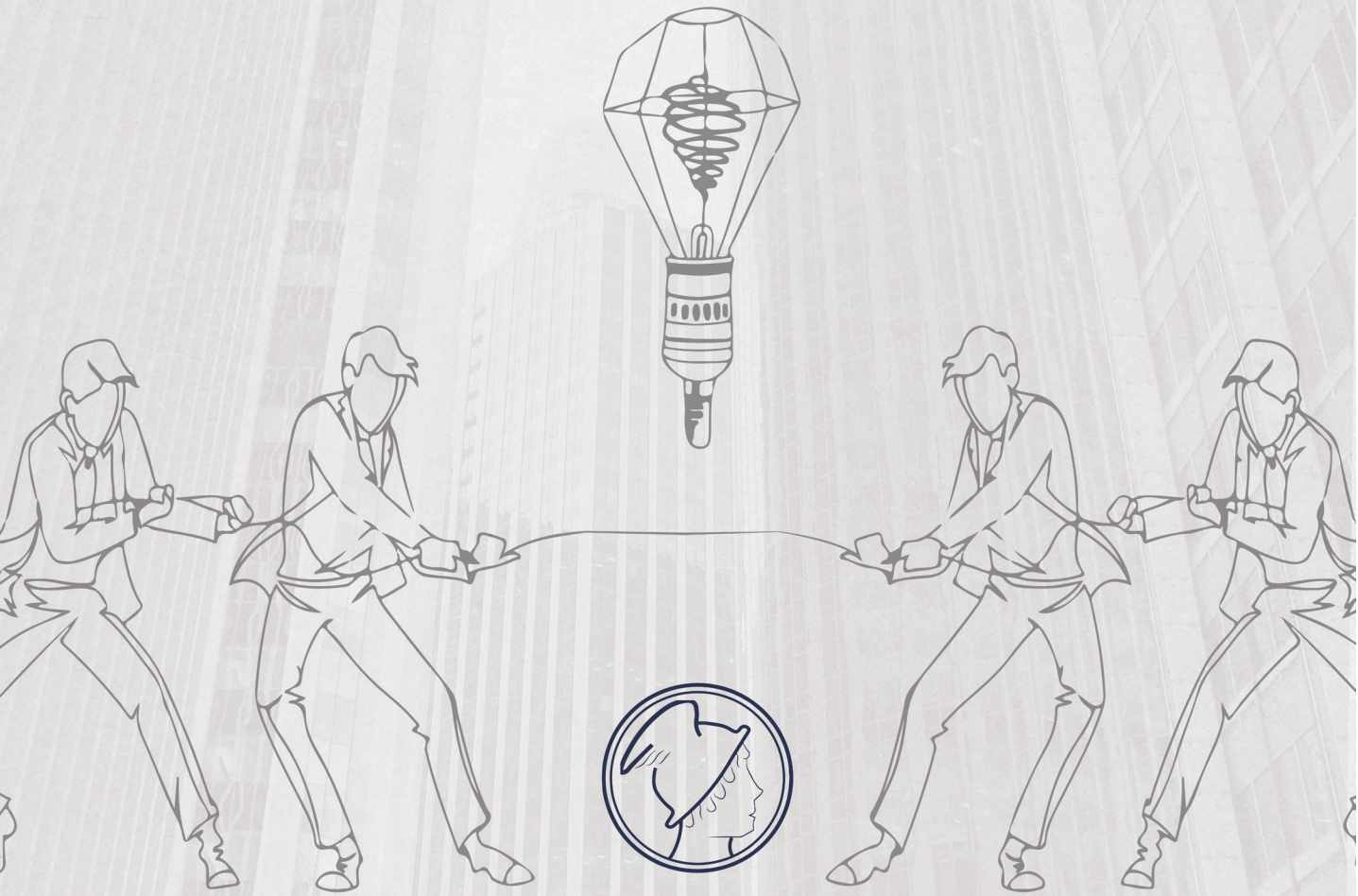
NÚMERO

7

EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL

Derecho de la competencia, protección al consumidor y propiedad intelectual



2023

EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización del Equipo de Derecho Mercantil

NÚMERO

7

EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL

Derecho de la competencia, protección al consumidor y propiedad intelectual

2023

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL
Año 2023 - N° 07 – Junio de 2023

Editado por la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil - Asociación Civil Taller de Derecho. Av.Universitaria 1801, San Miguel, Lima. Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

Directoras: Alexia Gabriela Taboada Pajuelo y Andrea Verenice Sotelo Molero

Coordinador General: Ana Lucía Figueroa

Comité Editorial: Alejandro Falla, Andrea Cadenas, Carlos Patrón, Marta Fernández, Johana Calderón y Juliana del Águila

Comisión de Publicaciones: Alexia Gabriela Taboada Pajuelo, Andrea Verenice Sotelo Molero, Ingrid Jazmín Huaroc Huallanca, Luis Ernesto Cuéllar Paz , Angel Sebastián Bravo Morales, Milagros Alexandra Condezo Trinidad, Fiorella Terrazas Herrera, María del Consuelo Jiménez Chavez, Elias Nataniel Vivas Cubas, Camila Alejandra Medina Aquize, Hassen Jesús Venero Olivo, Sayana Milagros Ramírez Rojas, Francisco Jesús Angel Carruitero Solorzano y Sebastián Amaya Torres

Correo electrónico: revistaeqmercantil@gmail.com

Diagramación: Mario Popuche Llontop

Diseño de Portada: Andrea Verenice Sotelo Molero, Sofía Cristina Landa Mendoza y Briggith Lucero Campos Chávez

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERU N° 2023-05330

ASAMBLEA GENERAL 2023-1

Consejo Directivo 2023-1:

Coordinación: Arnorld Amadeuz Abdul De la Torre Cachay
Subcoordinación: Ana Beatriz Velarde Mateo
Directora de Publicaciones: Andrea Verenice Sotelo Molero
Director de Recursos Humanos: Franco Gabriel Matías Urquiaga Chuan
Directora de Eventos Académicos: Gabriela Ysabel Ríos Cárdenas
Codirector de Dimensión Mercantil: Diego Armando Mollinedo Barreto
Codirectora de Dimensión Mercantil: Yulisa Sánchez Carrero
Director de Financiamiento: Pablo Hernán Durand Zelada
Codirector de Investigación Académica: Marco Antonio Zelaya Castro
Codirectora de Investigación Académica: Deycé Aracely Cherres Ramírez
Codirector de Imagen Institucional: Christian Aarón Monteagudo Reyes
Codirectora de Imagen Institucional: Rosmaberth Jhulya Cayle Romero

Publicaciones

Andrea Verenice Sotelo Molero
Luis Ernesto Cuéllar Paz
Ángel Sebastián Bravo Morales
Milagros Alexandra Condezo Trinidad
Sebastián Amaya Torres
Francisco Jesús Angel Carruitero Solórzano
Hassen Jesús Venero Olivo
Elías Nataniel Vivas Cubas
Camila Alejandra Medina Aquize
Sayana Milagros Ramírez Rojas
Fiorella Stephanie Terrazas Herrera
María del Consuelo Jiménez Chávez

Dimensión Mercantil

Diego Armando Mollinedo Barreto
Yulisa Sánchez Carrero
Harold Alexander Trigoso Retuerto
Alfredo Jesús Márquez Alvarado
Fiorella Bolaños Briceño
Clara Dafne Porras Sánchez
Fiorella Ivette Cordero Gutierrez
Daniela Isabel Corrales Cervantes
Vania Alejandra Vasquez Ninanya
Christiam Jesús Díaz Pérez
Ronald Augusto Atahui Cervantes

Recursos Humanos

Franco Gabriel Matías Urquiaga Chuan
Jairo Marcelo Molina Bravo
Nicol Huaynate Montano
Ariana Valeria Huatuco Carhuayal
Andrea Cristina Paucarima Villafuerte
Sandra Benites Briones
Paulo Sebastian Rivadeneyra Torres
Renzo Sebastián Ramos Sánchez

Eventos Académicos

Gabriela Ysabel Ríos Cárdenas
Sharmeli Lucero Mendoza Huamán
Lincoln Aarón Villón León
Gabriel Alonso Velapatiño Flores
Camila Gabrielle Ortiz Arana
David Alejandro Gayoso Saavedra
Marcello Martín Otárola Salvador
Rubí de Los Ángeles Yraida Porras Charca
Ivett Auccapure Santos
Diego József Martínez Saravia

Imagen Institucional

Christian Aarón Monteagudo Reyes
Rosmaberth Jhulya Cayle Romero
Briggith Lucero Campos Chávez
Sofía Cristina Landa Mendoza
Ana Yamileth Huayna Chambi
Rina Adriana Riveros Garcia
Melissa Naomi Agarie Yague

Investigación Académica

Marco Antonio Zelaya Castro
Deycé Aracely Cherres Ramírez
Gianella Xiomara Gutierrez Palian
João Victor Simões Rodrigues
Rosa Victoria Arteaga Pajares
Adriana Stephany Echevarria Goche
Yuri André Pereira Galindo
Dayeli Zarahí Beltrán Oroya

Financiamiento

Pablo Hernan Durand Zelada
Jair Angel Aguilar Muchaipiña
Marcela Cristel Guerrero Erquinio
Camila Fiorela Carbajal Flores
Geraldine Sheila Romero Barja
José Luis Delgado Ulloa

ÍNDICE

Editorial 9

Presentación 11

SECCIÓN PRINCIPAL 13

Aplicación del régimen de control de concentraciones en la adquisición de sociedades registradas en el Registro Público del Mercado de Valores a través de la Bolsa de Valores de Lima 13
Roberto J. Santiváñez Seminario y Guido M. Maeda Morales

Metaverso y Propiedad Intelectual 32
Gustavo León y León

Contratos que hacen referencia a los rivales y el bien jurídico protegido por la libre competencia 52
Mario Ybar Abad

La mala fe y la competencia desleal en el registro marcario: análisis comparado a partir de la Decisión 486 62
Manlio Bassino Pinasco y Andrea Jimenez Garay

Información, publicidad y engaño 81
Jorge Jaeckel Kovács y Claudia Montoya Naranjo

Desafíos del Derecho de la Competencia Ecuatoriano, luego del Examen Inter-pares de la OCDE y el BID 96
Diego Pérez Ordóñez y Eduardo Regalado Mantilla

Los acuerdos de cooperación entre competidores y su análisis bajo la ley de represión de conductas anticompetitivas 109
José Carlos Gonzales Cucho

Fundamentos de la intervención estatal en materia de competencia, consumidor, propiedad intelectual y datos personales 124
Alejandro Alterwain

Un análisis práctico de la reforma de la Unión Europea de su Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y directrices sobre acuerdos verticales 136
Antonio Guerra Fernández y François Doumont

Las marcas en la industria del cannabis: reflexiones sobre sus particularidades 152
Helena Camargo Williamson

Reforma al régimen de sanciones por la violación de las normas de libre competencia en Colombia: Análisis de la ley 2195 de 2022 164
Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales Hernández

¿Riesgo de confusión o riesgo de complicación? 183
Gonzalo Barreda

Evolución del rol y funciones de las marcas frente a los desafíos del mercado y del consumidor 197
Iris V. Quadrio y Verónica M. Canese

ENTREVISTAS Y CONVERSATORIOS 207

Entrevista: Los desafíos de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia 207
Dr. Eduardo Quintana

Entrevista: La función de los programas de cumplimiento en contra de las prácticas anticompetitivas 216
Dr. Jesús Espinoza

Entrevista: Impacto de la Ley Nº 31040 en el Programa de Clemencia del Indecopi 223
Dr. Alejandro Falla

Conversatorio: Efectos de la ley de concentraciones a un año de su vigencia 228
Alejandro Falla, Eduardo Quintana, Omaira Zambrano y Sebastian Velarde

MISCELANEA 237

Derecho al olvido: Uruguay a la vanguardia de la Protección de Datos Personales..... 237
Virginia Cervieri, Pablo Monsuárez, Daniel Torres y Facundo Larumbe

EDITORIAL

Equipo de Derecho Mercantil, una aventura gratificante

"No se empieza de nuevo. Ese es el quid. Cada paso que das es para siempre. No puedes eliminarlo. (Cormac McCarthy)".

«Mas, sea verdad o sueño, obrar bien es lo que importa. Si fuere verdad, por serlo; si no, por ganar amigos para cuando despertemos.» La vida es sueño (Calderón de la Barca)

En la presente, nos hemos reunido tres generaciones de Coordinadores Generales para narrar –en sucintas líneas– la experiencia que nos ha brindado el Equipo de Derecho Mercantil como un hogar que ha permitido el encuentro de estudiantes de Derecho con un genuino interés por el Derecho Mercantil, desde hace más de 25 años.

Fuimos testigos de la constante que se mantuvo con el pasar de nuestras gestiones: CAMBIO. El Equipo ha sido capaz de adaptarse a los contextos generados por la pandemia y por el término de la misma. En efecto, las adaptaciones, a nivel interno y externo, han dado como resultado un mayor vínculo entre los miembros de este gran grupo humano, reunido por las experiencias y las amistades que se han forjado en el arduo proceso de materializar nuestros proyectos.

A inicios del año 2022, iniciamos la reforma interna de nuestras actividades, con el fin de adaptar las nuevas herramientas que nos brindó el contexto generado por la pandemia, así como brindar los ajustes necesarios para el retorno a la presencialidad en las aulas de nuestra Facultad de Derecho. Asimismo, se sentaron las bases para materializar la presente Revista, por lo que, se establecieron diversas formas de cooperación y aporte de parte de las comisiones que integran el Equipo, ya sea a través de la difusión del Derecho Mercantil, la obtención de fondos, la constante capacitación de los miembros del Equipo y la manutención de los lazos sociales entre los miembros del Equipo.

La segunda mitad del 2022 nos permitió materializar nuestro retorno a la presencialidad y reencontrarnos de manera física. De esta manera, se nos otorgó la posibilidad de retomar antiguos espacios y actividades que, por motivos de fuerza mayor, fuimos impedidos de realizar desde inicios del 2020. Adicionalmente, el Equipo tuvo la oportunidad de participar en un evento de internacionalización organizado por la Oficina de Internacionalización de la Facultad de Derecho PUCP. En este evento, muchos estudiantes extranjeros pudieron conocer nuestro trabajo y dentro de ello, nuestras publicaciones.

Con el fin de compatibilizar la realización de este proyecto de largo alcance con los proyectos establecidos de forma periódica, el Equipo ha continuado con la realización de eventos académicos orientados a diversas áreas del Derecho Mercantil, cuyo crecimiento y relevancia en la materia ha superado las expectativas de los miembros del Equipo. Asimismo, nuestros emblemáticos Grupos de Estudios, han extendido invitaciones a organizaciones académicas de distintas instituciones universitarias a nivel nacional y han promovido el aprendizaje gratuito de diversas áreas relacionadas al Derecho Mercantil. En línea con nuestro objetivo de realizar la difusión de esta rama del Derecho, seguimos publicando información de fácil acceso por medio de nuestro portal web "Dimensión Mercantil". Finalmente, siendo fieles a nuestro compromiso con la innovación, nos encontramos en plena proyección y preparación del "I Moot Court EDM", cuya idea central es la promoción del debate en base a distintas ramas del Derecho Mercantil.

Ante la magnitud del reto asumido y la confianza depositada, solo nos queda agradecer al Equipo de Derecho Mercantil por el respaldo en nuestra gestiones como Coordinadores Generales a lo largo de estos tres ciclos, gestiones posibles gracias al esfuerzo de los miembros de cada Consejo Directivo que nos acompañó, y del trabajo de los comisionados de las Asambleas Generales. Con mucho aprecio, esperamos que las futuras Asambleas sigan asumiendo- con dedicación- el reto y regocijo de formar parte del Equipo. Nuestros mejores deseos y éxitos, ha sido un honor y un privilegio ser partícipes de esta historia.

¡EDM, nunca se detengan y sigan creyendo en todos sus proyectos!

Jazmin Ramos Flores (Coordinadora General 2022-1)

Diego Martínez Saravia (Coordinador General 2022-2)

Arnold De la Torre Cachay (Coordinador General 2023-1)

PRESENTACIÓN

Mi estancia en el Equipo de Derecho Mercantil (EDM como le solemos decir) alrededor de un año y medio ha sido un tiempo de crecimiento y aprendizaje. Si bien, a diferencia de otras asociaciones, es uno de los grupos más nuevos, cada vez se ha ido consolidando en el ámbito académico como un referente en el Derecho Mercantil, a raíz de los diferentes proyectos que han desarrollado las respectivas comisiones.

En ese sentido, me siento muy honrada de presentar la séptima edición de la "Revista de Actualidad Mecantil Nº7"; un proyecto que parecía bastante lejano cuando inició y que ahora ha salido a luz. Nuestra revista desde un inicio se ha producido con un principal propósito: ser la primera revista de referencia en Derecho Mercantil. Ello implicaba convocar a los mejores abogados y abogadas de la rama posicionados en los mejores estudios de abogados de diferentes países, instituciones públicas y universidades de renombre, tanto en calidad de autores como de árbitros.

La ejecución de nuestra última tarea ha sido impecable, y sé que todo se debe a la enorme cantidad de tiempo y esfuerzo que sus miembros se han dedicado a ella; a lograr la excelencia. Durante estos meses, la Comisión de Publicaciones ha atravesado por grandes cambios y mejoras, toda vez que desde la revista anterior se han restablecido nuevos y mejores estándares de calidad, en acompañamiento y asistencia del Repositorio de Revistas de la PUCP. La Comisión de Publicaciones del EDM no solo ha tenido en estos meses un rol importante en la producción de esta revista, sino también ha venido trabajando en otros formatos de aportes a la comunidad académica como es el caso del Congreso de Derecho Mercantil, el primer Boletín de Fintech y Nuevas Tecnologías, entrevistas a autores, etc. En ese sentido, hemos trabajado perseverantemente en difundir productos de calidad con altos estándares que lo validan.

En ese sentido, la Revista nace bajo el propósito de reformular las nuevas tendencias dentro del Derecho de la Competencia, Propiedad Intelectual y Derecho del Consumidor. La publicación de esta revista es producto del esfuerzo intelectual de grandes profesionales y académicos del derecho, contando con autores de Chile, España, México, Colombia, Ecuador, Uruguay y Perú. En esta se han materializado artículos sobre temas relacionados al régimen de control de concentraciones, metaverso y propiedad intelectual, acuerdos de cooperación entre competidores y su análisis bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Desafíos del derecho de la Competencia Ecuatoriano, protección a los Consumidores frente a posibles actos de competencia desleal en Ecuador, marcas en la industria del canabis, licencias de patentes, nueva regulación para acuerdos verticales en España, entre otros.

Bajo este contexto, debo agradecer a la coordinadora de la revista Ana Lucía Figueroa y al Comité editorial conformado por Alejandro Falla, Andrea Cdenas, Carlos Patrón, Marta Fernández, Johana Calderón y Juliana del Águila.

Asimismo, agradezco infinitamente a los autores y autoras de la revista quienes son Roberto Santiváñez, Guido Maeda, Gustavo León y León, Gonzalo Barreda, José Carlos Gónzales Cucho, Diego Pérez Ordóñez, Eduardo Regalado, Helena Camargo, Manlio Bassino, Andrea Jiménez, Jorge Kaeckel Kóvac, Claudia Montoya, Alfonso Miranda, Luis Daniel Morales, Alejandro Alterwain, Iris Quadrio, Verónica Canese, Antonio Fernández, Francois Doumont, Mario Ybar, Virginia Cervieri, Pablo Monsuárez, Daniel Torres y Facundo Larumbes. Así como también, a Eduardo Quintana, Jesús Espinoza, Alejandro Falla, Omaira Zambrano y Sebastián Velarde, por sus valiosos aportes por medio de sus entrevistas y/o ponencias que serán compartidas en la presente revista.

Finalmente, no quisiera terminar esta Presentación sin agradecer profundamente a ex miembros de la Comisión de Publicaciones como Fernando Díaz, Nicole De La Torre, Eduardo Castañeda, José Ignacio Iturrizaga, Kyara Wu por su apoyo incondicional en mi dirección y en general por su desempeño en la Comisión.

Agradezco especialmente a los miembros de la comisión de Publicaciones sobre todo a Sebastian Bravo, Ingrid Huaroc, Luis Cuéllar, María Jiménez, Camila Medina, Milagros Condezo, María Fernanda Sanabria, Fiorella Terrazas y Elías Vivas. Así como a los nuevos miembros Hassen Venero, Sayana Ramírez, Francisco Carruitero y Sebastián Amaya. En adición a ello, quisiera agradecer por el asesoramiento a Nicole Navarro para plantear mejoras en la revista.

Finalmente, quiero hacer una especial mención a Andrea Sotelo, actual directora de esta comisión, por ser una increíble persona y compañera, por su dedicación y eficiencia en dirigir la última parte de la revista. Su paciencia y orientación fueron esenciales. Estoy segura de que llevará la dirección de Publicaciones muy lejos y logrando nuevos objetivos.

Quiero agradecer a los consejos directivo que estuvieron entendiendo y apoyando a las decisiones que se requerían para que las revista se llevará a cabo de manera exitosa. Estoy segura de que, tanto para el EDM como la Comisión de Publicaciones, se vendrán grandes cosas, pero siempre manteniendo el objetivo de posicionarnos como la mejor revista de Derecho Mercantil y ser un referente académico de primera mano para profesionales y estudiantes del Derecho.

Finalmente, no puedo poner en palabras cuánto ha significado mi paso en general por el EDM y la Comisión de Publicaciones. Desde el ámbito personal, agradezco por darme la fuerza que necesitaba para seguir adelante. La pasión de cada uno de los miembros son una inspiración para nuestro equipo. Me quedo contenta con el trabajo realizado y que realizarán porque sé que siempre van más allá, porque nos aseguramos de que todo lo que hacemos sea un éxito, y este último proyecto es solo el inicio.

Alexia Taboada Pajuelo
Directora Comisión Publicaciones 2022-2
Equipo de Derecho Mercantil

Aplicación del régimen de control de concentraciones en la adquisición de sociedades registradas en el Registro Público del Mercado de Valores a través de la Bolsa de Valores de Lima

— Roberto J. Santiváñez Seminario* y Guido M. Maeda Morales** —

Resumen

El presente artículo desarrolla las consideraciones para el cumplimiento de la norma de control de concentraciones ex - ante en las adquisiciones de control en el mercado secundario del Mercado de Valores mediante la transferencia de acciones utilizando la Rueda de Bolsa. El análisis es realizado considerando los aspectos relevantes de la regulación aplicable, así como de los precedentes emitidos por la autoridad de competencia y la información de las operaciones de compraventa bursátil y Ofertas Públicas que se ha hecho pública a través de la web de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Palabras clave

M&A, fusiones y adquisiciones, control de concentraciones, Mercado de Valores, compraventa bursátil, Ofertas Públicas, OPA.

Abstract

This paper discusses the considerations for compliance with antitrust regulation in the transfer of control in the secondary market of the Stock Market by means of the transfer of shares through the Lima Stock Exchange. The analysis considers the relevant aspects of the applicable regulation, previous rulings by the competition authority and the information of the stock exchange transactions and Public Tender Offers that have been made public through the web site of the Securities Market Authority.

Keywords

M&A, merger control, antitrust, stock market, stock exchange transactions, public, tender offers.

* Socio del estudio Santiváñez Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica. Maestría en Stanford Law School, Master of the Science of Law – JSM (2001). El abogado Roberto Santiváñez se especializa en temas de regulación y competencia, desarrollo y financiamiento de proyectos, finanzas corporativas y adquisiciones.

** Asociado Senior del estudio Santiváñez Abogados. Maestría en Georgetown Law Center - LLM (2023). El abogado Guido Maeda Morales se especializa en fusiones y adquisiciones, asuntos corporativos, financiamiento y desarrollo de proyectos, y regulación del Mercado de Valores.

I. Introducción

Al momento de estructurar la adquisición de control sobre una empresa o activo (típicamente conocida como una operación de "M&A" por sus siglas en inglés), uno de los aspectos legales más relevantes[1] es la determinación de la necesidad del comprador de obtener ciertas autorizaciones gubernamentales previas. Entre las posibles autorizaciones necesarias se encuentra aquella otorgada por la autoridad de competencia que ejerce el *control de concentraciones ex - ante*, mediante el cual se busca evitar que una operación genere efectos negativos en la competencia en un mercado determinado.

En este contexto, el presente artículo desarrolla las consideraciones para el cumplimiento de la regulación de control de concentraciones en las transacciones que se llevan a cabo en el mercado secundario sobre acciones que se encuentran registradas en el Registro Público del Mercado de Valores peruano (el "RPMV") y que se ejecutan a través de los Mecanismos Centralizados de Negociación de la Bolsa de Valores de Lima (la "BVL"), considerando los usos y costumbres de los agentes del mercado y los pronunciamientos de autoridades administrativas.

II. Régimen peruano de control de concentraciones

El régimen de control de concentraciones ex - ante fue introducido en el Perú (con aplicación limitada al sector eléctrico) mediante la Ley No. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (la "LAASE"), publicada con fecha 19 de noviembre de 1997, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 017-98-ITINCI, publicado con fecha 16 de octubre de 1998. Asimismo, mediante Decreto Supremo No. 087-2002-EF se aprobaron disposiciones reglamentarias adicionales que regulaban los actos de concentración derivados de procesos de promoción a la inversión privada en las empresas eléctricas de propiedad del Estado.

Posteriormente, con fecha 7 de enero de 2021 se publicó la Ley No. 31112, que aprobó el régimen general de control previo de operaciones de concentración empresarial (la "Ley de Concentraciones") y, con fecha 4 de marzo de 2021, se publicó el Decreto Supremo No. 039-2021-PCM, que aprobó su reglamento. El régimen general introducido por la Ley de Concentraciones entró en vigencia el 14 de junio de 2021, derogó la LAASE y su reglamento, y es actualmente el régimen aplicable a todos los sectores económicos.

a) Régimen especial del sector eléctrico (hoy derogado)

El régimen de la LAASE era de aplicación únicamente a las empresas con participación en el sector eléctrico peruano[2] y la autoridad competente para realizar la evaluación correspondiente era la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (el "Indecopi") en primera instancia administrativa y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa del Indecopi en segunda instancia. El objetivo del análisis del Indecopi era determinar si es que la misma pudiera tener efectos de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades de generación, transmisión y/o distribución eléctrica, así como en los mercados relacionados (ver art. 1 de la LAASE). De esta forma, bajo este régimen el Indecopi tenía la prerrogativa de aprobar, aprobar con condiciones o denegar una operación de concentración en el sector eléctrico.

Para definir las operaciones bajo el alcance de la obligación de notificación previa, la LAASE y su reglamento utilizaban un criterio cualitativo y uno cuantitativo. El criterio *cualitativo* aplica un estándar fundamental de cambio permanente en la estructura de control directa o indirecta para identificar las operaciones que califican como *actos de concentración* sujetos a notificación previa. Así, la forma o mecanismo transaccional en la que se conseguía este cambio en la estructura de control resultaba irrelevante. De hecho, el art. 2 de la LAASE contenía una lista no taxativa y muy amplia de operaciones que podrían calificar como actos de concentración incluyendo fusiones, constituciones de empresas en común, adquisición de acciones o de derechos, contratos de *joint-venture*, etc. La obligación de solicitar la aprobación previa al Indecopi recaía sobre las partes que participan en el

1 La importancia de esta necesidad radica en que, de existir, podría: (i) determinar una mayor extensión del periodo interino entre la firma del acuerdo y el cierre de la operación, lo cual incrementa los costos de transacción; y, (ii) generar el riesgo de que la operación no pueda cerrar si no se consigue un pronunciamiento de la autoridad satisfactorio para las partes.

2 El art. 1 de la LAASE señala que los actos de concentración bajo el alcance de la norma son los que se produzcan en las actividades de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica.

acto de concentración o en el potencial adquirente, según corresponda (ver art. 4 de la LAASE).

Es importante notar que ni la LAASE ni su reglamento incluyeron una definición del término "control" pero utilizaban la definición de la regulación sectorial[3] aplicable al sistema financiero peruano, en virtud de la cual se entiende "control", fundamentalmente, como la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de la persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad. Al respecto, cabe señalar que el Indecopi ha reconocido en sus precedentes que entre las decisiones que implican el ejercicio de control se encuentran la aprobación del presupuesto, el establecimiento del plan estratégico, la definición de planes de inversión y el nombramiento de personal directivo[4]. Asimismo, el Indecopi también ha reconocido que hay distintas formas en las que se configura el esquema de control sobre una empresa, considerando el número de personas que lo ostenta: (i) *control exclusivo*, que es ejercido por una persona; y, (ii) *control conjunto o co-control*, que es ejercido por dos o más personas[5]. De esta forma, aquellas operaciones en las que, por ejemplo, se pasa de una estructura de co-control a una de control exclusivo o viceversa también cumplen con el criterio cualitativo[6].

Respecto a la necesidad de *permanencia* del cambio en la estructura de control, ni la normativa ni la jurisprudencia establecen un plazo mínimo en el que se entiende que se configura dicha situación. No obstante, algunos indicios que permiten determinar si una estructura es permanente son: (i) que, como consecuencia de su implementación, el adquirente tenga la potestad de realizar actividad empresarial y competir en un mercado determinado; y, (ii) que ocurre como consecuencia de un acuerdo principal (no accesorio) entre compradores y vendedores, y no constituye una etapa interina de propiedad. Ello se desprende de lo siguiente:

(i) Desde el punto de vista normativo, el art. 2 de la LAASE excluye del concepto de "concentración" las adquisiciones en virtud de mandatos temporales conferidos por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de concesiones, reestructuración patrimonial u otros procedimientos análogos.

(ii) Desde el punto de vista de los precedentes administrativos, el Indecopi no ha observado el uso de estructuras transitorias de tenencia de control temporal (*e.g.* un fideicomiso independiente) durante el periodo en el que el comprador obtenía la autorización de concentración necesaria[7].

Por su parte, el criterio *cuantitativo* estaba definido mediante la aplicación de umbrales de concentración en la participación del mercado eléctrico, diferenciados para actos de concentración *horizontal* o *vertical* [8]. Los porcentajes de participación en el mercado de las empresas eléctricas utilizados para el cálculo eran los determinados por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería considerando los ingresos percibidos durante el año anterior a la fecha de la notificación al Indecopi. Asimismo, cabe señalar que la definición de umbrales únicamente era de aplicación en la medida que la parte adquirente tuviera una participación previa en el sector eléctrico peruano, excluyendo de la obligación de notificar las operaciones que representaban la primera inversión de un agente en dicho sector (*first-landing*).

3 Ello se desprende de la definición de "Grupo Económico" incluida en el reglamento de la LAASE que hace una referencia a la Resolución SBS No. 001-98, mediante la cual se aprueban las normas especiales sobre vinculación y grupo económico, la cual fue posteriormente reemplazada por la Resolución SBS No. 445-2000. Esta última fue a su vez reemplazada por la Resolución No. 5780-2015, norma actualmente vigente. Es interesante notar que cuando fue publicado el reglamento de la LAASE ya se encontraba vigente la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades, norma de carácter general y de mayor rango que la normativa sectorial del sector bancario, que incluía una definición -ciertamente menos detallada- del término "control" en su art. 105.

4 Ver las Resoluciones No. 002-1998-INDECOPI-CLC, 034-2014/CLC-INDECOPI, 019-2019/CLC-INDECOPI y 007-2020/CLC-INDECOPI.

5 Ver Resolución No. 019-2019/CLC-INDECOPI.

6 Al respecto, se puede revisar: (i) la Resolución No. 007-2019/CLC-INDECOPI, mediante la cual se autorizó la adquisición del 25.16% de las empresas Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A. por parte del grupo económico que ostentaba el 75.84%; y, (ii) la Resolución No. 21-2022/CLC-INDECOPI, mediante la cual se autorizó la adquisición del 50% de Procesos de Medios de Pago S.A.C. por parte del accionista que ostentaba el otro 50%. Dichas operaciones cumplieron con el criterio cualitativo en la medida que implicaba un cambio en el esquema de control conjunto a uno de control exclusivo.

7 Ver Resoluciones No. 027-2018/CLC-INDECOPI y 007-2019/CLC-INDECOPI.

8 Para los actos de concentración horizontal, si las empresas participantes tienen, conjunta o separadamente, antes o después de la concentración, un porcentaje de participación en el mercado correspondiente (i.e., generación, transmisión o distribución) del 15% o mayor; y, para actos de concentración vertical, si las empresas tienen, conjunta o separadamente, un porcentaje de participación en cualquiera de los mercados involucrados igual o mayor a 5%.

La LAASE incluyó además ciertos supuestos de excepción a la obligación de notificar previamente al Indecopi aun cuando la operación cumpliese con el criterio cualitativo y cuantitativo: (i) los actos de concentración en un acto o sucesión de actos, directa o indirecta, de activos productivos[9] de un valor inferior al 5% del valor total de los activos productivos del comprador; y, (ii) los actos de concentración en un acto o sucesión de actos, directa o indirecta, en los que el comprador adquiere menos del 10% de las acciones con derecho a voto de otra empresa, en la medida que no se adquiera control directo o indirecto.

Finalmente, el incumplimiento del régimen de la LAASE estaba sancionado con multas de hasta 500 UITs (el valor de la UIT fue fijado en PEN 4,600 para el año 2022) o de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el Perú involucradas en la operación, dependiendo de si el incumplimiento era uno de procedimiento o de sustancia (ver art. 6 de la LAASE y el art. 34 de su reglamento). Asimismo, de conformidad con la LAASE, el Indecopi podría imponer medidas correctivas. Durante la vigencia de la LAASE, el Indecopi impuso las siguientes sanciones:

Tabla 1

Sanciones impuestas por el Indecopi

No.	Resolución	Multa e infracción
1	0794-2011/SC1-INDECOPI	100 UITs por haber realizado el acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión del Indecopi[10].
2	001-2010/CLC-INDECOPI	1,000 UITs por haber realizado el acto de concentración luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión del Indecopi.
3	012-99-INDECOPI/CLC	150 UITs por no haber notificado, previamente a su realización, la operación de concentración.

Fuente: elaboración propia con información pública proporcionada por el Indecopi a agosto 2022.

b) Régimen general (vigente)

El régimen general entró en vigencia con fecha 14 de junio de 2021, momento en el que el régimen especial de la LAASE quedó derogado. A diferencia de la LAASE, el régimen de Ley de Concentraciones alcanza todos los actos de concentración independientemente del sector económico en el que se realice. Por otro lado, al igual que en el régimen de la LAASE, la autoridad competente para revisar las solicitudes de autorización es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en primera instancia administrativa y el Tribunal del Indecopi en segunda (ver art. 12 y 14 de la Ley de Concentraciones).

El art. 7 de la Ley de Concentraciones contiene una lista no taxativa de factores que el Indecopi considerará en su evaluación, entre los que se encuentran: (i) la estructura del mercado involucrado; (ii) la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado; (iii) la evolución de la oferta y demanda de los productos y servicios de que se trate; (iv) las fuentes de distribución y comercialización; (v) las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado; (vi) el poder económico y financiero de las empresas involucradas; (vii) la creación o fortalecimiento de una posición de dominio; y, (viii) la generación de eficiencias económicas. Tratándose de una operación de concentración empresarial que constituya una fusión o adquisición de un control conjunto, la solicitud de autorización se presenta de manera conjunta por los agentes económicos intervinientes en dicha operación. En los demás casos, la solicitud se presenta por el agente económico que adquiera el control de la totalidad o de parte de uno o varios agentes económicos (ver art. 18 de la Ley de Concentraciones).

Como consecuencia de la evaluación correspondiente, el Indecopi podrá autorizar la operación, concluir el procedimiento si determina que la operación no se encuentra dentro del ámbito de la Ley de Concentraciones, autorizar la operación con condiciones o no autorizar la operación (ver art. 7.4 de la Ley de Concentraciones).

9 Según el art. 10 del reglamento de la LAASE, se consideran activos productivos aquellos bienes que a la fecha de realización de la operación se encuentren bajo el control de las empresas que desarrollan actividades de generación, transmisión y/o distribución eléctrica, ya sea porque son de su propiedad o debido a cualquier acto, contrato o figura jurídica que así lo permita. La adquisición de activos productivos sólo se encuentra sujeta al procedimiento de autorización previa si los mismos permiten mediante su adquisición incrementar la participación de la empresa o grupo que los adquiere en el desarrollo de actividades de generación, transmisión y/o distribución eléctrica.

10 La multa impuesta en primera instancia administrativa fue de 1,000 UITs, pero el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual la disminuyó a 100 UITs.

La Ley de Concentraciones también incluye un criterio cualitativo y otro cuantitativo para determinar las operaciones sujetas a la obligación de notificación previa. En relación con el criterio *cualitativo*, el art. 5 de la Ley de Concentraciones establece que constituye un acto de concentración todo acto u operación que implique una *transferencia o cambio de control* de una empresa o parte de ella. Dicho artículo incluye además una lista no taxativa de ciertas operaciones mediante las cuales se puede llevar a cabo estos actos de concentración, entre los que se encuentran: una fusión; la adquisición de derechos que permitan ejercer control; la constitución de empresas en común, *joint-ventures* u otros actos de contratación análoga; y la adquisición de activos productivos.

A diferencia de la LAASE, la Ley de Concentraciones sí incluye una definición de "control", señalando en su art. 3 que es

> (…) la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva.

Asimismo, cabe señalar que ciertos precedentes emitidos por el Indecopi bajo el régimen de la Ley de Concentraciones se han reiterado las características del ejercicio y tipos de control que resultan relevantes para el análisis, desarrollados en las resoluciones emitidas bajo el régimen de la LAASE (*e.g.*, diferencia entre control exclusivo y co-control, actividades que demuestran el ejercicio de control, etc.)[11].

La Ley de Concentraciones incluye además una lista de operaciones que no son consideradas como actos de concentración sujetos a revisión previa relacionadas con el crecimiento corporativo intra-grupo; el crecimiento corporativo interno en la medida que el financiamiento no sea proporcionado por un competidor; el crecimiento corporativo de un agente que no produzca efectos en los mercados dentro del Perú; el control temporal que se adquiera por mandato legal relacionado con la caducidad o denuncias de concesiones, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo; y, las adquisiciones temporales realizadas por entidades de crédito, financieras, de seguros o del mercado de capitales, cuya actividad ordinaria consista en la negociación y transacción de títulos, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a las acciones o participaciones adquiridas con el objeto de determinar el comportamiento competitivo del emisor (ver art. 5.2 de la Ley de Concentraciones).

Por otro lado, en relación con el criterio *cuantitativo*, el acto de concentración debe cumplir simultáneamente con los siguientes umbrales[12]:

(i) La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118,000 unidades impositivas tributarias ("UIT").

(ii) El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18,000 UITs cada una.

Considerando que el cálculo de los umbrales se determina utilizando el valor de las ventas o ingresos anuales o valor de activos *en el país*, la Ley de Con-

11 Ver Resolución No. 087-2021/CLC-INDECOPI.

12 Al respecto, mediante Resolución No. 022-2021-CLC-INDECOPI, publicada con fecha 1 de junio de 2021 se aprobaron los lineamientos para el cálculo de umbrales de notificación. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la Ley de Concentraciones y su reglamento establecen que los agentes pueden solicitar voluntariamente la autorización del INDECOPI, aun cuando la operación no alcance los umbrales establecidos (ver art. 27 del reglamento de la Ley de Concentraciones). Asimismo, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que una operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante, aun cuando la operación no alcance los umbrales, salvo por aquellas operaciones de concentración empresarial aprobadas previamente por la SBS que comprendan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros y que, en su oportunidad, pudieron presentar riesgos relevantes e inminentes, que comprometían la solidez o estabilidad de dichos agentes económicos involucrados o de los sistemas que integran (ver art. 6.4 de la Ley de Concentraciones y 23 de su reglamento). El plazo en el que el INDECOPI puede realizar esta revisión es de un año después del cierre formal de la operación (ver art. 23.4 del reglamento de la Ley de Concentraciones).

Tabla 2

Relación de acuerdos previos en procedimientos ante el Indecopi

No.	Resolución [Régimen]	Acuerdos suscritos previamente a la solicitud ante el Indecopi
1	025-2022/CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contratos de compraventa y transferencia de posesión suscritos entre Centro Logístico y de Fabricación S.A.C. ("CLF") y Ferreycorp S.A.A. para la adquisición de un terreno. Los efectos de los contratos se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.
2	21-2022/CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contrato de compraventa de acciones suscrito entre Intercorp Financial Services Inc. ("Intercorp") y Scotiabank Perú S.A.A. para la adquisición por parte de Intercorp del 50% de acciones emitidas por Procesos de Medios de Pago S.A.C., con lo cual se pasaría de un esquema de control conjunto a uno de control exclusivo. Los efectos del contrato se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.[13]
3	017-2022/CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contrato de compraventa de acciones suscrito entre Norcobre S.A.C. ("Norcobre") y Empresa Minera Los Quenuales S.A. para la adquisición por parte de Norcobre del 100% de las acciones emitidas por Contonga Minería S.A.C. Si bien en la resolución no se hace referencia al tipo específico de acuerdo, razonablemente se puede concluir que los efectos del mismo no se perfeccionarían antes de la autorización del Indecopi, motivo por el que la operación fue autorizada sin condiciones.
4	007-2022-CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contrato de compraventa de acciones y activos suscrito entre FLS Germany Holding GmbH ("FLS") y TK Industrial para la adquisición por parte de FLS del 100% de acciones emitidas por Thyssenkrupp Mining Technologies GmbH, y de determinados activos. Los efectos del contrato se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.
5	003-2022-CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contrato de compraventa suscrito entre APMH Invest XXVIII AB ("APMH") y una parte vendedora de carácter confidencial para la adquisición por parte de APMH del 100% de las acciones emitidas por Unilabs Holding AB y de manera indirecta de ciertas empresas subsidiarias. Si bien en la resolución no se hace referencia al tipo específico de acuerdo, razonablemente se puede concluir que los efectos del mismo no se perfeccionarían antes de la autorización del Indecopi, motivo por el que la operación fue autorizada sin condiciones.
6	098-2021/CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Contrato de compraventa suscrito entre Vinci S.A. ("Vinci") y ACS Servicios Comunicaciones y Energía S.A. para la adquisición directa por parte de Vinci del 100% de acciones emitidas por Cobra Servicios, Comunicaciones y Energía S.L.U. ("Cobra") e indirecta de control sobre ciertas empresas controladas por Cobra que operan en Perú. Los efectos del contrato se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.
7	087-2021/CLC-INDECOPI [Ley de Concentraciones]	Acuerdo suscrito entre Patagonia Holdco LLC ("Patagonia") y Level 3 Financing Inc. y Level 3 Communications LLC, para la adquisición directa por parte de Patagonia del 100% de acciones emitidas por Level 3 GC Limited, CenturyLink Latin America Solutions LLC y Global Crossing Americas Solutions LLC; y, de manera indirecta del 100% de acciones emitidas por CenturyLink Perú S.A., entre otras sociedades. Si bien en la resolución no se hace referencia al tipo específico de acuerdo, razonablemente se puede concluir que los efectos del mismo no se perfeccionarían antes de la autorización del Indecopi, motivo por el que la operación fue autorizada sin condiciones.
8	007-2020/CLC-INDECOPI [LAASE]	Acuerdo de Compraventa de Acciones suscrito entre China Yangtze Power International Co. ("CYPI") y Sempra Energy International Holdings N.V. para la adquisición indirecta por parte de CYPI del 81.8% de las acciones emitidas por Luz del Sur S.A.A. Los efectos del contrato se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.
9	019-2019/CLC-INDECOPI [LAASE]	Acuerdo para el lanzamiento por parte de Grupo Energía Bogotá E.S.P. S.A. de una Oferta Pública de Adquisición en la Bolsa de Valores de Lima para la adquisición del 100% de acciones de Dunas Energía S.A.A y el consecuente control indirecto sobre Electro Dunas S.A.A. El lanzamiento de la oferta estaba sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones precedentes incluyendo la obtención de la autorización del Indecopi o de la declaración de improcedencia de la solicitud.

13 Según el hecho de importancia reportado por Scotiabank Perú S.A.A. a la SMV el 13 de abril de 2022, mediante el cual se comunica el cierre de la operación, se indica que los efectos de la misma se estaban sujetos al cumplimiento de ciertas condiciones precedentes, incluyendo a la autorización del Indecopi.

10	007-2019/CLC-INDECOPI [LAASE]	Contrato de compraventa de acciones suscrito entre Nautilus Inkia Holdings LLC ("Nautilus") y Energía del Pacífico S.A. para la adquisición por parte de Nautilus del 25.16% de acciones emitidas por Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A., que incluía un esquema de propiedad interino entre el cierre y la autorización del Indecopi.
11	027-2018/CLC-INDECOPI [LAASE]	Contrato de compraventa de acciones suscrito entre Nautilus Inkia Holdings LLC ("Nautilus") e Inkia Energy Ltd. para la adquisición por parte de Nautilus del 74.84% de acciones emitidas por Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A., que incluía un esquema de propiedad interino entre el cierre y la autorización del Indecopi.
12	01-2018/CLC-INDECOPI [LAASE]	Contrato de compraventa de acciones suscrito entre ATN S.A. ("ATN") y los accionistas de Hidrocañete S.A. para la adquisición por parte de ATN del 100% de las acciones emitidas por Hidrocañete S.A. Los efectos del contrato se encontraban sujetos a la obtención de la autorización del Indecopi.
13	038-2017/CLC-INDECOPI [LAASE]	Contrato de préstamo con opción de transferencia de acciones suscrito por Isolux y Birchwood Renewables Ltd ("Birchwood"), mediante el cual esta última podría adquirir indirectamente el 51% de las sociedades peruanas GTS Majes y GTS Repartición. El acuerdo fue cedido por Birchwood a su vinculada Cube Renewables Iberia S.L.U e incluía un mecanismo mediante el cual los derechos de voto de las acciones de GTS Majes y GTS Repartición serían transferidos al comprador solamente después de la obtención de la autorización del Indecopi.

Fuente: elaboración propia con información pública proporcionada por el Indecopi a agosto 2022.

centraciones deja afuera de su ámbito de aplicación las operaciones que impliquen la primera inversión en el país de un agente (*first landing)*.

El incumplimiento del régimen de la Ley de Concentraciones puede implicar la incurrencia de infracciones leves, graves o muy graves y la imposición de multas de hasta 1,000 UITs. Asimismo, el art. 10 de la Ley de Concentraciones establece que las operaciones que deben ser sometidas a la autorización previa del Indecopi no surten efectos jurídicos antes de la aplicación del silencio administrativo positivo o la autorización expresa.

Por su parte, el numeral (iii) del art. 9.1 del reglamento de la Ley de Concentraciones establece que la solicitud de autorización previa de operaciones debe ir acompañada de:

> 1. Copia de la versión definitiva o más reciente del acuerdo o contrato suscrito sobre la operación de concentración. **De no haberse suscrito aún un acuerdo o contrato sobre la operación de concentración, remitir aquellos documentos que den cuenta de la intención real y seria de los agentes económicos de perfeccionar la operación, tales como memorándums de entendimiento o carta de intenciones**.
>
> 2. Copia de las actas de las sesiones de los órganos de dirección y administración de las empresas involucradas donde se haya discutido sobre la operación de concentración empresarial, los motivos de su celebración y sus efectos.
>
> (…) [Énfasis propio.]

De esta forma, se advierte que la Ley de Concentraciones reconoce que antes de realizar la solicitud de concentración debe haber necesariamente acuerdos previos entre potenciales compradores y vendedores (acuerdos preparatorios o definitivos sujetos a condiciones), pero que, en cualquier caso, los efectos de la operación de concentración deben estar condicionados a la obtención de la autorización del Indecopi. De hecho, en los últimos 5 años –tanto bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones como de la LAASE– las solicitudes presentadas al Indecopi para revisión, salvo por un caso en el que el comprador pretendía adquirir control mediante ofertas públicas de adquisición en la Bolsa de Valores Colombiana dirigidas a un grupo indeterminado de accionistas[14], han estado relacionadas a operaciones en las que existían acuerdos suscritos entre compradores y vendedores en los que: (i) la obtención de la autorización constituía una condición precedente para el cierre; o, (ii) incluían

14 Es importante notar que dentro del periodo revisado el único precedente en el que el solicitante no revela la existencia de acuerdos suscritos entre el comprador y el venedor es la Resolución No. 005-2022/CLCINDECOPI. Dicha resolución se pronuncia sobre una operación de concentración en virtud de la cual Nugil S.A.S. solicitó la autorización del INDECOPI para adquirir control sobre Grupo Nutresa S.A. mediante una sucesión de ofertas públicas de adquisición dirigidas a diversos accionistas indeterminados a través de la Bolsa de Valores Colombiana hasta por el total de 50.56%. Cabe señalar que como resultado de las ofertas públicas de adquisición, Nugil S.A.S. no pudo obtener el control sobre la sociedad objetivo manteniéndose actualmente como el segundo accionista con mayor participación con aproximadamente 30.8%.

estructuras transitorias de dominio y/o control en virtud de contratos accesorios o complementarios mediante los cuales se difería y condicionaba la transferencia de control a favor del comprador entre el cierre y la obtención de la autorización del Indecopi (ver tabla 2).

III. Mecanismos de contratación mercantil para la transferencia de control a través del Mercado de Valores

La transferencia de control o de co-control se puede realizar utilizando múltiples mecanismos con distintos grados de sofisticación. En el presente artículo, nos centraremos en las operaciones de M&A mediante las cuales: (i) se transfiere un paquete de acciones con derecho a voto en el mercado secundario que otorga al comprador control sobre la sociedad emisora; y, (ii) dicha transferencia es realizada a través de Mecanismos Centralizados de Negociación del Mercado de Valores, en particular en Rueda de Bolsa.

El Mercado de Valores constituye un segmento del mercado financiero en el que se disponen los mecanismos automáticos, especiales y estandarizados por los que se negocian activos financieros donde destacan los valores mobiliarios[15] –entre los que se encuentran las acciones con derecho a voto representativas del capital social– de forma originaria (mercado primario) o derivada (mercado secundario) (Castellares, 1998, p. 35). El mercado primario es aquel en el que se realiza la primera colocación de valores, que son adquiridos por inversionistas a cambio de una rentabilidad a través de una Oferta Pública Primaria ("OPP") o una oferta privada. Por otro lado, el mercado secundario es aquel en que se realizan transacciones respecto de valores previamente emitidos[16] (Castellares, 1998). Dichas operaciones se llevan a cabo principalmente mediante operaciones bursátiles, operaciones extrabursátiles y ofertas públicas del mercado secundario, entre las que se encuentran la Oferta Pública de Adquisición ("OPA"), la Oferta Pública de Venta ("OPV") y la Oferta Pública de Compra ("OPC").

La negociación de valores a través del Mercado de Valores ocurre por excelencia utilizando Mecanismos Centralizados de Negociación. Los Mecanismos Centralizados de Negociación son aquellos que reúnen o interconectan simultáneamente a varios compradores y vendedores con el objeto de negociar valores, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva, tal como lo establece el art. 110 de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por Decreto Legislativo No. 861, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo No. 093-2002-EF (la "LMV"). Es importante tomar en consideración que entre las características particulares de las operaciones llevadas a cabo a través de Mecanismos Centralizados de Negociación se encuentran: (i) las operaciones se realizan de forma impersonal y necesariamente a través de un intermediario autorizado por la SMV utilizando mecanismos de contratación estandarizados y automáticos; (ii) se presume el consentimiento del cónyuge en las operaciones realizadas (ver el art. 113 de la LMV); y, (iii) las operaciones son irreivindicables (ver art. 114 de la LMV) (Castellares, 1998, p. 77).

El Mecanismo Centralizado de Negociación más representativo es la Rueda de Bolsa, y las operaciones que se realizan a través de éste se denominan "operaciones bursátiles". Las operaciones de negociación de valores mobiliarios registrados en el RPMV y en una Bolsa de Valores que se llevan a cabo fuera de la Rueda de Bolsa se denominan "operaciones extrabursátiles" (Rocca, 2019, p. 23). Una de las características de la negociación de valores en Rueda de Bolsa es que las modalidades de negociación se encuentran predeterminadas. El Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, aprobado por la Resolución CONASEV No. 021-1999-EF/94.10 (el "Reglamento de Operaciones en Rueda"), contempla la existencia de dos modalidades de negociación[17]:

15 Los activos financieros principales que pueden ser transados en el Mercado de Valores son los valores mobiliarios. Los valores mobiliarios son aquellos emitidos en forma masiva, libremente negociables y que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o en la participación del capital, patrimonio o utilidades del emisor (ver art. 225 de la LTV y el art. 3 de la LMV).

16 Ídem.

17 Es importante notar que el acto de "negociar" un valor a través de un Mecanismo Centralizado de Negociación implica la transferencia efectiva del valor. Es decir, se entenderá que un valor ha sido "negociado" a través de un Mecanismo Centralizado de Negociación si es que se ha concluido, necesariamente, con su transferencia, de forma tal que los actos o acuerdos previos por si solos no constituyen en estricto actos de "negociación" de valores en un Mecanismo Centralizado de Negociación. Ello se desprende razonablemente de la naturaleza particular de las transferencias automáticas y estandarizadas que se llevan a cabo en el Mercado de Valores; y, del texto y la *ratio legis* de la regulación de la LMV y normas reglamentarias.

Artículo 6.- Modalidades de negociación

a) Negociación Continua: Es aquella en la que las propuestas y operaciones se efectúan de manera ininterrumpida, por aplicación automática o por aplicación automática especial. En esta modalidad se transan valores del mercado secundario.

b) Negociación Periódica: Es aquella en la que las propuestas son agrupadas por intervalos de tiempo, luego de los cuales se produce la aplicación automática según los criterios establecidos previamente por el Directorio. Bajo esta modalidad se efectúan colocaciones primarias, secundarias y operaciones del mercado secundario.

Según lo dispuesto por el glosario de términos del Reglamento de Operaciones en Rueda, una "*propuesta*" es la oferta obligatoria de compra o venta planteada por una SAB al mercado a través de los sistemas de negociación (en cumplimiento de las órdenes presentadas por sus clientes); una "*operación*" es una transacción con valores realizados en sesión de rueda, que resulta de la aplicación de una propuesta de compra y venta; y, "*aplicación automática*" es la coincidencia automática de propuestas en el sistema administrado por la BVL para los efectos. Dependiendo de si se trata de una modalidad de negociación continua (compraventas bursátiles) o periódica (OPP, OPA, OPV y OPC), la asignación de operaciones podría ser ininterrumpida o agrupada por periodos de tiempo.

Para participar en la Rueda de Bolsa, es necesario que los valores se encuentren desmaterializados y registrados en:

(i) Una Institución de Compensación y Liquidación de Valores ("ICLV") (ver art. 218 de la LMV). Actualmente, la única ICLV es Cavali ICLV, la cual tiene como objeto principal el registro, custodia, compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados autorizados por la SMV (ver art. 223 de la LMV).

(ii) El RPMV, que es aquel llevado por la SMV en el cual se inscriben los valores, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos, fondos de inversión y los participantes del Mercado de Valores que señalen la presente ley y los respectivos reglamentos, con la finalidad de poner a disposición del público la información necesaria para la toma de decisiones de los inversionistas y lograr la transparencia en el mercado (ver art. 13 y 14 de la LMV).

(iii) La Bolsa de Valores que administra la Rueda de Bolsa correspondiente. Actualmente, la única Bolsa de Valores es la BVL.

Así, la transferencia de control a través del mercado secundario del Mercado de Valores sobre una sociedad con acciones listadas utilizando Mecanismos Centralizados de Negociación en las que centraremos el presente artículo son:

(i) Compraventas bursátiles de acciones al contado[18].

(ii) Ofertas públicas de acciones del mercado secundario.

Los actos para perfeccionar una compraventa bursátil inician cuando un inversionista presenta una *propuesta* ante una Sociedad Agente de Bolsa ("SAB"), intermediario autorizado por la SMV con la que el inversionista tiene una relación de comisión bursátil. A través de las propuestas, los clientes otorgan un mandato a su agente de intermediación (la SAB) para realizar ciertas operaciones de compra o venta en su beneficio (ver art. 175 de la LMV). En ejecución de esa orden, la SAB ingresa al sistema electrónico de la Bolsa la *propuesta*, indicando el tipo de valor, la cantidad y el precio. Una vez presentada la *propuesta*, ésta será contrastada automáticamente con las demás propuestas vigentes en el mercado utilizando los sistemas centralizados puestos a disposición por la Bolsa determinada. De existir coincidencia de propuestas, ocurrirá la *aplicación automática* de la *operación* en el sistema de la BVL[19] (operación que como vimos, es irreivindicable). Como constancia de la operación, la SAB emitirá a sus clientes una *póliza* (ver art. 175 de la LMV). Finalmente,

18 De conformidad con lo establecido por el art. 15 del Reglamento de Operaciones en Rueda, las operaciones al contado son aquellas que resulta de la aplicación automática de propuestas de compra o de venta de una cantidad de valores a un precio determinado, para ser liquidada en el plazo fijado por el Directorio, el que no podrá exceder de 2 días, las que pueden ser realizadas mediante negociación directa o periódica.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido por el art. 29 del mismo reglamento, las operaciones a plazo son aquellas en la que la liquidación se efectuará en un plazo mayor al establecido para las operaciones al contado, el que no podrá exceder de 360 días calendario. Estas operaciones se realizarán bajo la modalidad de negociación continua con observancia del procedimiento que establezca el Directorio de la BVL mediante disposiciones complementarias (*e.g.*, ventas "descubiertas").

19 Actualmente la BVL utiliza el Sistema Millenium.

se procederá con la liquidación de la operación a través de Cavali ICLV. Actualmente la liquidación ocurre 2 días rueda después (T+2) de la aplicación automática.

Por su parte, las compraventas extrabursátiles de valores registrados en el RPMV y en una Bolsa de Valores se encuentran reguladas por las Normas aplicables a la negociación fuera de Rueda de Bolsa, aprobadas por Resolución CONASEV No. 027-95-EF-94/10.0 (el "Reglamento de Negociación Extrabursátil"). Este tipo de operaciones no se lleva a cabo a través de la Rueda de Bolsa; sin embargo, también requieren de la participación de las SAB de los interesados, quienes reciben las órdenes de compra y venta correspondientes e informan diariamente a las Bolsas de Valores respectivas sobre las operaciones realizadas, y, en algunos casos, inclusive deben dar aviso con anticipación a la realización de la operación (ver artículo 5 y 7 del Reglamento de Negociación Extrabursátil).

Respecto al momento en que se transfiere la propiedad, el artículo 29.2 de la Ley de Títulos Valores, aprobada por la Ley No. 27287 (la "LTV"), establece que para que la transferencia de un título valor nominativo[20], como lo son los valores mobiliarios, surta efectos se debe anotar en el libro de matrícula correspondiente o, de tratarse de un valor desmaterializado, en la ICLV. Por su parte, el artículo 213 de la LMV establece que la transmisión de los valores representados por anotaciones en cuenta opera por transferencia contable y que la inscripción a favor del adquirente produce los mismos efectos que la tradición de los títulos y es oponible a terceros desde el momento en que se efectúa.

Para el caso de las acciones inscritas en la BVL, el Reglamento de Operaciones BVL establece que la liquidación de las operaciones realizadas mediante las modalidades de negociación en Rueda de Bolsa estará a cargo de la ICLV correspondiente y que la transferencia de propiedad de los valores objeto de una operación en Bolsa se produce, tratándose de valores representados por anotaciones en cuenta en la ICLV, con la correspondiente inscripción a favor del adquirente en el registro de dicha institución en el día de su liquidación (ver art. 11 y 12 del Reglamento de Operaciones en Rueda). Es importante notar que, en esa línea, el artículo 215 de la LMV establece que la información contenida en el Registro Contable de la ICLV prevalece respecto de cualquier otra contenida en la matrícula u otro registro.

Considerando lo anterior, se concluye que para que la transferencia de propiedad de los valores mobiliarios desmaterializados inscritos en el RPMV y en la BVL surta efectos se debe cumplir con lo siguiente:

Tabla 3
Transferencia de propiedad

Operaciones bursátiles (compraventas y ofertas públicas)	Operaciones extrabursátiles
Inscripción en Cavali ICLV de la adquisición a favor del adquirente (art. 12 del Reglamento de Operaciones BVL).	Inscripción en Cavali ICLV de la adquisición a favor del adquirente (art. 29.2 de la LTV).

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 de la LMV, una Oferta Pública es la invitación formulada por una o más personas naturales o jurídicas que ha sido adecuadamente difundida al público general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios a través del Mercado de Valores y bajo la supervisión de la SMV.

Las Ofertas Públicas pueden llevarse a cabo en el mercado primario o el mercado secundario, dependiendo de si se trate de la emisión de nuevos valores o de la oferta respecto a valores previamente emitidos. Las Oferta Pública del mercado primario es la OPP. Por otro lado, las Ofertas Públicas del mercado secundario son la OPA, la OPC y la OPV. La participación del ofertante y de los aceptantes de las ofertas públicas del mercado primario y secundario requieren necesariamente de la intermediación de una SAB.

Las aceptaciones de las Ofertas Públicas del mercado secundario son procesadas y adjudicadas, y de ser el caso prorrateadas, a través de la Rueda de Bolsa utilizando sistemas automatizados cuyos resultados son públicos.

20 De conformidad con lo establecido por el art. 29.1 de la LTV, un título valor nominativo es aquel emitido en favor o a nombre de persona determinada, quien es su titular. Se transmite por cesión de derechos. Estos títulos carecen de la cláusula "a la orden" y si se consigna no lo convierte en título valor endosable.

IV. Obtención de aprobación del Indecopi en las transferencias de control realizadas en Rueda de Bolsa

La obtención de la autorización previa de parte de la autoridad de competencia *necesariamente* debe cumplirse entre la firma del contrato –o acuerdo preliminar que de cuenta de la intención real y seria de los agentes de realizar la operación– y el momento en el que el comprador adquiere control efectivo sobre la sociedad o activo objetivo. Tal como hemos visto en los precedentes del Indecopi, los mecanismos más utilizados para dichos efectos son: (i) establecer la obtención de la autorización como una *condición precedente* del comprador para el cierre de la operación de M&A; esto es, como una condición a cargo del comprador que debe cumplirse entre la firma del contrato y el momento en el que se perfeccionan los efectos de la operación; o, (ii) utilizando una estructura transitoria de dominio y/o control temporal con el que se difiere y condiciona la obtención de control efectivo por el comprador, inclusive después del cierre de la operación, hasta que el comprador obtenga la autorización del Indecopi.

Bajo esta premisa, a continuación se analiza el uso de estos esquemas en las operaciones que se llevan a cabo a través de Rueda de Bolsa de la BVL, según la información pública revelada al mercado de transacciones de M&A y los pronunciamientos de la SMV y otras autoridades administrativas:

a) Compraventa bursátil de acciones:

De la revisión de la información pública de operaciones de compraventa bursátil de los últimos 12 años en los que se ha transferido control de empresas listadas en la BVL, se advierte que los agentes han utilizado como mecanismo ordinario la suscripción de contratos de compraventa en los que, como condición precedente para el cierre, se ha incluido la obligación del comprador de obtener las autorizaciones gubernamentales necesarias antes de realizar el cruce en la BVL.

Si bien en las operaciones identificadas la autorización requerida no era la del Indecopi, sino de la Superintendencia de Banca Seguros y AFPs (la "SBS") para adquirir un porcentaje de acciones mayor al 10% de empresas supervisadas por esta entidad, la forma en la que se estructuró la transacción es útil para analizar las transferencias de control a través de Rueda de Bolsa obteniendo la autorización previa del Indecopi. Así, para poder cumplir con la obtención de la autorización del Indecopi en una compraventa bursátil, el comprador y vendedor deben suscribir un contrato en el que se incluye como condición precedente para el cierre a cargo del comprador la tramitación y obtención de la autorización correspondiente. Es recomendable, además, que el acuerdo regule las consecuencias de los distintos escenarios posibles: (i) que la autorización sea otorgada sin condiciones; (ii) que la autorización sea otorgada con condiciones; o, (iii) que la autorización no sea otorgada por causas no atribuibles al comprador.

La mecánica del contrato debe establecer que, luego de completar con todas las condiciones precedentes, las partes tienen la obligación de presentar a una SAB una o varias *propuestas* coincidentes (órdenes de compra y venta con iguales términos) para que sean procesadas de forma automática en el sistema de la BVL. Sin embargo, es importante notar que este mecanismo de "propuestas cruzadas"[21] presenta el riesgo operativo de que ingresen al sistema propuestas de terceros con mejores condiciones para el vendedor, de forma tal que la aplicación automática ocurra con la propuesta del tercero y no con la del comprador. El cierre de la operación utilizando este tipo de acuerdos debe ocurrir con la *aplicación automática* y liquidación de la operación en Cavali ICLV.

Un ejemplo de uso de este tipo de mecanismos fue el utilizado en la operación por la cual Caja Rural de Ahorro y Crédito Nuestra Gente S.A.A. ("Caja Nuestra Gente") adquirió el 62.36% de Financiera Confianza S.A. ("Financiera Confianza"): según el hecho de importancia[22] reportado por Caja Nuestra Gente con fecha 22 de diciembre de 2010, el contrato de compraventa correspondiente fue suscrito con fecha 21 de diciembre de 2010 el cual incluyó como condición precedente, entre otras, la obtención de la autorización de la SBS. Poste-

21 La doctrina denomina "propuestas cruzadas" al esquema por el cual *"(…) un mismo agente manifiesta una orden de venta de valores coincidente de manera exacta con otra de compra (…) estas propuestas tienen la posibilidad de ser atacadas durante un lapso de tiempo realizando nuevas propuestas que mejoran precio (…)"* (Cfr. Castellares, R. [et al.] (1998). Op. Cit. pp. 88).

22 Las referencias a "hechos de importancia" son aquellos divulgados al mercado por emisores con valores registrados en el RPMV regulados por el Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada, aprobado mediante Resolución SMV No. 005-2014-SMV/01. Todos los hechos de importancia a los que se hace referencia en el presente artículo se encuentran disponibles en la web de la SMV: https://www.smv.gob.pe/

riormente, con fecha 4 de marzo de 2011, Caja Confianza informó como hecho de importancia que el día anterior había tomado conocimiento de la resolución emitida por la SBS que autorizaba la adquisición por parte de Caja Nuestra Gente. Finalmente, con fecha 15 de abril de 2011, Caja Nuestra Gente reportó como hecho de importancia la adquisición de un paquete de acciones emitidas por Financiera Confianza –de distintas clases– equivalente al 64.54% de acciones con derecho a voto y del 62.36% total del capital social. Según la información del boletín diario de la BVL de dicha fecha, se confirma que la venta de acciones ocurrió al contado en Rueda de Bolsa.

Asimismo, podemos mencionar la operación de Compartamos S.A.B. de C.V. ("Compartamos") para la adquisición del 82.70% de Financiera Crear S.A. ("Crear"): según lo reportado por Crear como hecho de importancia del 28 de marzo de 2011, ese día los accionistas controladores de Crear y Compartamos suscribieron un contrato de compraventa de acciones, en el que la transferencia de acciones estaría sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones precedentes, entre las que se incluyó la obtención de la autorización previa de la SBS. Posteriormente, mediante hecho de importancia del 16 de junio de 2011, Crear comunicó la obtención de la autorización emitida por la SBS; y, con fecha 17 de junio de 2011, Crear informó como hecho de importancia que el cierre de la operación había ocurrido el día anterior. Según la información del boletín diario de la BVL del 16 de junio de 2011, se confirma que la venta de acciones ocurrió al contado en Rueda de Bolsa.

En esa misma línea, otra operación similar fue la adquisición del 60.68% de MiBanco Banco de la Microempresa S.A. ("MiBanco") por parte de Empresa Financiera Edyficar S.A. ("Edyficar"): mediante hecho de importancia del 10 de febrero de 2014, Credicorp Ltd., empresa vinculada a Edyficar, informó sobre la suscripción de un contrato de compraventa de acciones que se encontraba sujeto a diversas condiciones precedentes, entre las que se encontraba la autorización de la SBS. Posteriormente, mediante hecho de importancia del 13 de marzo de 2014, Mibanco informó sobre la obtención de la autorización de la SBS. Finalmente, el cruce en Rueda de Bolsa ocurrió el 20 de marzo de 2014, como se puede notar del boletín diario de la BVL de ese día.

También podemos mencionar el acuerdo para la adquisición, directa e indirecta, del 100% de Seguros Sura S.A. y de Hipotecaria Sura Empresa Administradora Hipotecaria S.A. por parte de Sura Asset Management, Sura Asset Management Perú S.A. y con el Grupo Wiese: mediante hecho de importancia del 31 de mayo de 2017, Intercorp Financial Services ("Intercorp") informó como hecho de importancia la aprobación por parte de su Junta Directiva para la suscripción del acuerdo de compraventa de acciones, señalando que la operación estaba sujeta a la obtención de la autorización de la SBS. Posteriormente, con fecha 31 de octubre del 2017 Intercorp informó como hecho de importancia algunos aspectos complementarios de la operación. Finalmente, con fecha 2 de noviembre de 2017, Intercorp informó como hecho de importancia la adquisición de paquetes de acciones que representan el 60.10% de Seguros Sura S.A. y el 70% de Hipotecaria Sura Empresa Administradora Hipotecaria S.A. Según el boletín diario de la BVL de dicha fecha, se confirma que la venta de acciones ocurrió al contado en Rueda de Bolsa.

De esta manera, se advierte que los usos y costumbres del mercado demuestran que las ventas de control en el Mercado de Valores utilizan acuerdos en los que las órdenes de compra y venta son procesadas por las SABs participantes luego del cumplimiento de las condiciones precedentes para el cierre, entre las que se incluye la obtención de autorizaciones gubernamentales. Ello además permite maximizar el valor de las operaciones, en la medida que: (i) el contrato es un mecanismo para administrar la relación entre las partes, las declaraciones y garantías aplicables, la asignación de riesgos de la operación y las obligaciones post-cierre; y, (ii) los promedios de negociación diarios de instrumentos de renta variable en la BVL son relativamente bajos[23] por lo que vender porcentajes de control sobre empresas listadas sin acuerdos previos entre compradores y vendedores resultaría improbable.

Por otro lado, a la fecha no existen precedentes públicos de operaciones de compraventa bursátil a través del Mercado de Valores en los que se haya utilizado una estructura transitoria de dominio y/o control temporal del activo materia de la transacción con el objetivo de obtener autorizaciones gubernamentales previas luego del cierre de la transacción, pero antes de la obtención efectiva de control por parte del comprador.

23 Según la información estadística de la BVL, en el año 2014 el promedio de negociación diario fue de USD 15.27 MM; en el 2015 fue de USD 7.66 MM; en el 2016 fue de USD 10.66; en el 2017 fue de USD 25.07 MM; en el 2018 fue de USD 13.52 MM; y, en el 2019 fue de USD 14.41 MM. Esta información está disponible en: https://documents.bvl.com.pe/estadist/dat_infostat.pdf

b) OPAs y OPCs:

Las OPAs se encuentran reguladas por la LMV y por el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV No. 009-2006-EF/94.10 (el "ROPA"). La OPA es una Oferta Pública del mercado secundario en virtud de la cual el ofertante ofrece –irrevocablemente– adquirir una cantidad de acciones de una sociedad con valores registrados en el RPMV por un precio determinado. La contraprestación ofrecida debe ser cualitativa y cuantitativamente igual para todos los destinatarios de la oferta (ver art. 18 del ROPA).

La OPA inicia su vigencia al día rueda siguiente de la comunicación de su lanzamiento (ver art. 12 del ROPA). Durante el periodo de vigencia (que no podrá ser menor a 20 días rueda), los accionistas de la sociedad objetivo podrán presentar aceptaciones de la oferta, a través de sus SABs, las cuales son revocables en cualquier momento durante la vigencia de la OPA (ver art. 26 del ROPA). Al día rueda siguiente del plazo máximo para aceptar la OPA se produce la adjudicación automática de esta (ver art. 29 del ROPA) y luego su liquidación siguiendo el régimen aplicable a las operaciones en Rueda de Bolsa (ver art. 30 del ROPA). Cuando el número total de acciones en las declaraciones de aceptación de la OPA supera el límite máximo de la oferta, la adjudicación se realiza a prorrata entre todos los aceptantes, en proporción al número de valores comprendidos en cada aceptación. En este caso, el ofertante puede adquirir parcial o totalmente los valores que exceden dicho límite (ver art. 27 del ROPA). En cualquier caso, las transferencias de acciones como consecuencia de la OPA se registran como operaciones en Rueda de Bolsa sin establecer cotización (ver art. 28 del ROPA).

Cabe señalar que el ROPA permite el lanzamiento de OPAs competidoras respecto de una OPA original. Las OPAs competidoras pueden lanzarse como máximo dentro de los 10 días rueda de iniciada la vigencia de la OPA original (ver art. 24 del ROPA). Los destinatarios de la OPA original y competidora tienen la prerrogativa y discrecionalidad de elegir cualquiera de las ofertas que compiten entre sí; es decir, no están *obligados* a elegir aquella con mejor precio.

El ROPA regula los casos en los que las OPAs son obligatorias y voluntarias, así como los casos en los que deberán ser lanzadas previa o posteriormente a la adquisición de *participación significativa*[24] en la sociedad objetivo. Asimismo, el art. 12 del ROPA señala expresamente que entre los requisitos a ser presentados por el ofertante de la OPA –en todos los casos– se debe incluir las *autorizaciones administrativas* que requiera la adquisición.

Adicionalmente, el ROPA reconoce la posibilidad que el ofertante y los accionistas de la sociedad objetivo suscriban acuerdos previos al lanzamiento de la OPA:

(i) De parte de la sociedad objetivo, existe la obligación de incluir en el informe que el directorio debe presentar dentro de los 7 días de iniciada la vigencia de la OPA sobre las ventajas y desventajas de la oferta "[l]a información relativa a la existencia de algún acuerdo entre el ofertante y la sociedad objetivo y/o los miembros de sus órganos de administración y/o los accionistas de la sociedad objetivo" (ver art. 15.a del ROPA).

(ii) De parte del ofertante, existe la obligación de incluir en el prospecto informativo de la OPA, como parte de la información del ofertante, los acuerdos con los accionistas de la sociedad objetivo, y/o vinculados, "(…) que pueden influir en las decisiones de los potenciales aceptantes, incluyendo una declaración expresa del primero indicando que no se han efectuado ni se efectuarán pagos, retribuciones, donaciones o contraprestaciones de cualquier tipo o por cualquier concepto a favor de cualquiera de dichos titulares o sus vinculados, distintas a la contraprestación ofrecida en la OPA" (ver sección I.f del Anexo II del ROPA).

24 De conformidad con lo establecido por el art. 1 del ROPA, se considera participación significativa *"(…) toda propiedad directa o indirecta de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto representativas de su capital social inscritas en una bolsa. También se considera participación significativa la facultad que posee una persona o grupo de personas de, sin tener propiedad directa o indirecta, ejercer el derecho a voto de acciones con derecho a voto que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social de una sociedad o, acarree que el adquirente alcance una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una cantidad tal que en cualquiera de los dos últimos supuestos le permita: i) remover, o designar a la mayoría de los directores, ii) modificar los estatutos de la sociedad;"*

De la revisión de la información pública correspondiente[25] a las OPAs *previas* lanzadas en la BVL en los últimos 10 años, se advierte que, en los casos en los que fue necesario la obtención de autorizaciones previas de autoridades gubernamentales, el ofertante suscribió acuerdos con uno o varios accionistas de la sociedad objetivo previamente al lanzamiento de la OPA:

[Resto de la página dejado intencionalmente en blanco.]

25 Disponible en la web de la SMV.

Tabla 4

Descripción de OPAs previas en las que se requirió autorizaciones gubernamentales previas

Ofertante	Sociedad objetivo	Lanzamiento de la OPA	Adjudicación de la OPA	% del capital social de la sociedad objetivo adjudicado	Autoridad gubernamental previa solicitada	Acuerdos previos al lanzamiento de la OPA entre ofertante revelados en el prospecto
Grupo Energía Bogotá E.S.P. S.A. ("GEB")	Dunas Energía S.A.A. ("DESAA")	5 de julio de 2019	7 de agosto de 2019	100%	Autorización de control de concentraciones del Indecopi. Dicha entidad declaró improcedente la solicitud mediante Resolución No. 019-2019/CLC-INDECOPI del 21 de junio de 2019, toda vez que la operación no calificaba como "acto de concentración" revisable según la LAASE.	Se reveló la suscripción de un T*ender Offer Support Agreement* ("TOSA") entre GEB y Electro Dunas Cayman Holdings Ltd. ("EDCH"), accionista controlador al 99.99%, con fecha 19 de febrero de 2019, en virtud del cual GEB lanzaría la OPA y EDCH la aceptaría siempre siempre que se cumpliera con determinados requisitos y condiciones contemplados en dicho documento, entre las que se encuentran la obtención de GEB de la autorización - o declaración de improcedencia – de la notificación de concentración ante el Indecopi. Ello, sin perjuicio que, al amparo del TOSA, EDCH se reservó el derecho de aceptar ofertas competidoras, en caso estas se presenten, al amparo del ROPA, estableciéndose como causal de terminación del TOSA la aceptación por parte de EDCH de una oferta competidora realizada por un tercero para la adquisición de las acciones de DESAA.
FID Perú S.A. ("FID")	La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.A.	16 de noviembre de 2018	2 de enero de 2019	51%	Autorización de la SBS, la cual fue otorgada mediante Resolución SBS No. 3893-2018 del 3 de octubre de 2018, antes del lanzamiento de la OPA.	Se reveló un acuerdo de FID con 21 accionistas de la sociedad objetivo, que en conjunto sumaban el 59.50% del capital social (los "Accionistas Mayoritarios"), con fecha 5 de marzo de 2018, que incluye los términos del lanzamiento de la OPA para la adquisición del 51% de la sociedad objetivo. Bajo dicho acuerdo, los accionistas antes mencionados se obligaron a vender en el marco de la OPA un porcentaje de acciones tal que le permita al ofertante alcanzar el 51% de la sociedad objetivo. Es importante considerar que se daría preferencia a la adquisición de las acciones de los accionistas minoritarios y que los Accionistas Mayoritarios venderían a prorrata la diferencia. Asimismo, se reveló que dicho acuerdo tenía representaciones y garantías y obligaciones de indemnización a favor del ofertante. Adicionalmente, se reveló la existencia de un *Escrow Agreement, un Shareholders Agreement* y un Contrato de Opción.

Fuente: elaboración propia con información pública disponible en la web de la SMV.

[Resto de la página dejado intencionalmente en blanco.]

Considerando lo anterior, se advierte que en los casos en los que se requirió de autorizaciones gubernamentales previas al lanzamiento de la OPA previa para la adquisición de control al adquirente, el lanzamiento de la oferta se realizó en el marco de acuerdos previos suscritos entre el ofertante y los accionistas de la sociedad objetivo que ostentaban el control, los cuales se encuentran permitidos por el ROPA.

Ello resulta especialmente relevante considerando que en uno de los casos el Indecopi impuso una multa por el incumplimiento de la LAASE por la adjudicación y liquidación de OPAs en Chile y Estados Unidos en virtud de las cuales se realizó un acto de concentración en el sector eléctrico peruano antes de la obtención de la autorización del Indecopi respecto de las empresas Edegel S.A.A., Edelnor S.A.A., Empresa Eléctrica de Piura S.A. y Empresa Eléctrica Ventanilla S.A.[26]

Finalmente, en relación con las OPCs, éstas tienen como propósito otorgar el derecho de separación de la sociedad a aquellos inversionistas que se consideren afectados por: (i) la decisión de la sociedad de excluir el valor del RPMV o del Mecanismo Centralizado de Negociación en donde se encuentre inscrito el valor; o, (ii) por cualquier acuerdo o decisión societaria que tenga un efecto económico igual o equivalente al de la exclusión, sin estar de acuerdo en ambos casos, con dicha decisión, o sin haber participado en ella (ver art. 31 del ROPA). Como parte de la documentación a ser presentada para el lanzamiento de una OPC también se incluyen las autorizaciones administrativas necesarias para la compra (ver art. 39 del ROPA). No obstante, cabe señalar que la naturaleza de las OPCs no es la de un mecanismo diseñado para adquirir control, por lo que no nos detendremos en realizar mayor análisis.

c) OPVs:

Las OPVs son ofertas del mercado secundario lanzadas por los potenciales vendedores de acciones registradas en el RPMV y están reguladas por la Resolución CONASEV No. 141-98-EF-94.10 (el "Reglamento de OPV"). Dicha norma establece en su artículo 25.e que:

> e) Toda la información utilizada para colocar los valores debe ser incluida en el prospecto informativo y entregada a todos los inversionistas por igual.
>
> La entrega a uno o más inversionistas de información que no esté contenida en el prospecto informativo determina la suspensión de pleno derecho de la oferta hasta que el emisor cumpla con incorporar tal información al prospecto y registrarla ante CONASEV, sin perjuicio de las sanciones que correspondan ni de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiera lugar.
>
> Es prohibida la entrega a uno o más inversionistas de información sujeta a confidencialidad, reserva o cualquier tipo de responsabilidad en caso de divulgación. Es nulo cualquier pacto en contrario.

Considerando lo anterior, el Reglamento de OPV limita la posibilidad de suscribir acuerdos particulares entre el ofertante y posibles interesados en la medida que todos los destinatarios de la oferta deben encontrarse en igualdad de condiciones respecto de la información disponible, de forma tal que existe el riesgo que, una vez lanzada, un potencial adquirente interesado no tenga la oportunidad de solicitar las autorizaciones gubernamentales que necesita durante el periodo de vigencia de la OPV. Asimismo, cabe señalar que la adjudicación de la OPV se realizará automáticamente utilizando el criterio establecido en el prospecto (*e.g.*, subasta holandesa, americana o española), con lo cual, aun cuando los compradores y vendedores estuvieran permitidos de suscribir contratos previos particulares, el riesgo operativo de interferencia de terceros existe.

En el Perú no hay precedentes de transferencias de control a través de una OPV ni de OPVs en los que el comprador haya requerido de autorizaciones gubernamentales para cerrar la operación.

V. Consideraciones respecto de la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario a operaciones de transferencias de control en Rueda de Bolsa en ejecución de acuerdos previos.

Los sujetos no domiciliados en el Perú para efectos tributarios deben pagar, como regla general, Impuesto a la Renta sobre la renta de fuente peruana, incluyendo aquella obtenida por la enajenación de acciones emitidas por sociedades constituidas en el Perú. Para las transferencias de acciones por porcentajes que pueden implicar

26 Ver Resolución No. 012-99-INDECOPI/CLC.

ventas de control[27], la tasa aplicable del impuesto sobre la ganancia de capital puede ser de 5% (ver literal h) del art. 56 de la Ley del Impuesto a la Renta y el numeral 3 del art. 30-B de su reglamento) o 30% (ver inciso j) del art. 56 de la Ley del Impuesto a la Renta y el numeral 1 del art. 30-B de su reglamento). La primera fue establecida con el objetivo de incentivar el ingreso de capital para producir mayor dinamismo en el mercado de capitales peruano a través de mayores volúmenes de negociación en el mercado secundario[28]. En esa línea, para su aplicación es necesario que la venta de valores haya sido realizada "en el país", para lo cual se requiere de dos requisitos: (i) que los valores estén inscritos en el RPMV; y, (ii) que sean negociados a través de un Mecanismo Centralizado de Negociación. Por su parte, la tasa del 30% sería aplicable a las demás transferencias de paquetes controladores de acciones.

Sin embargo, en mayo del 2017 se emitió la Resolución del Tribunal Fiscal No. 04234-5-2017, en virtud de la cual se confirmó la Resolución de Intendencia No. 0150140012647 del 27 de julio de 2016, mediante la cual, en virtud de los párrafos primero y último de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, se discutió la aplicación de la tasa del 5% a un acto de enajenación de acciones a través de la Rueda de Bolsa por un sujeto no domiciliado respecto de un paquete de acciones del 49% de una sociedad listada. El Tribunal Fiscal confirmó el pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria ("SUNAT"), mediante el cual se aplicó la tasa del 30% en vez de la del 5% toda vez que, en opinión de la SUNAT, la venta en bolsa había sido simulada ya que la venta real se habría configurado antes del cruce en la Rueda de Bolsa en virtud de acuerdos previos entre las partes compradora y vendedora.

El presente artículo no pretende realizar un análisis pormenorizado de los hechos del caso referido en el párrafo precedente, ni de los argumentos de la autoridad y el contribuyente. No obstante, es relevante indicar que dentro de los argumentos e indicios que la SUNAT y el Tribunal Fiscal utilizaron para sustentar su posición se incluyen los siguientes:

(i) El hecho que el comprador y vendedor hubiesen fijado de antemano –mediante un acuerdo previo a la transferencia en la BVL– quién sería el comprador y vendedor de las acciones y cuál sería el precio.

(ii) Se otorgó la prerrogativa al comprador de decidir la fecha del cierre de la operación cruzada.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo No. 145-2019-EF, publicado el 6 de mayo de 2019, se aprobaron los parámetros para la aplicación de la normativa antielusiva general contenida en Norma XVI y entraron en plena vigencia las facultades de recalificación de actos de la SUNAT[29].

Las situaciones antes descritas han originado preocupaciones en torno al riesgo de recalificación que podría existir respecto de operaciones realizadas en Rueda de Bolsa por sujetos no domiciliados, cuando las partes han celebrado acuerdos previos a la negociación en Rueda de Bolsa, siendo que una recalificación como operación fuera de Rueda de Bolsa implicaría que la tasa aplicable sería del 30% en vez del 5%. Como a la fecha no existen precedentes conocidos de decisiones de SUNAT en uso de sus nuevas facultades de recalificación de actos bajo la normativa antielusiva general de la Norma XVI, encontramos oportuno incluir un comentario sobre cómo la existencia de acuerdos entre compradores y vendedores, previos a la nego-

27 Adicionalmente, la Ley No. 30341, Ley que Fomenta la Liquidez e Integración del Mercado de Valores, indica que están exoneradas del Impuesto a la Renta las transferencias de acciones, entre otros valores mobiliarios, en la medida que cumplan, entre otros requisitos: (i) que sean transferidas a través de Mecanismos Centralizados de Negociación; (ii) que en un periodo de 12 meses, el contribuyente o sus partes vinculadas no transfieran mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas la propiedad de 10% de acciones emitidas por la sociedad objetivo; y, (iii) los valores tenga presencia bursátil.

28 Ver Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 927, Decreto Legislativo sobre tratamiento de las Rentas de Capital.

29 La facultad de recalificación de actos de la SUNAT en virtud de la norma antielusiva general contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario ha estado sujeta a los siguientes hitos:

(i) Mediante Decreto Legislativo No. 1121, publicado el 18 de julio de 2012 se introdujo el texto actual de la Norma XVI.

(ii) Mediante Ley No. 30230, publicada el 12 de julio de 2014, se suspendieron temporalmente los efectos de párrafos tercero al quinto de la Norma XVI, los cuales regulaban las facultades de recalificación de actos, manteniéndose únicamente vigentes los extremos de la norma que facultaban a la SUNAT actos de simulación.

(iii) Mediante Decreto Legislativo No. 1422, publicado el 13 de septiembre de 2018, se establecieron las reglas procedimentales para la aplicación de los párrafos cuya vigencia se encontraban en suspenso de la Norma XVI.

(iv) Mediante Decreto Supremo No. 145.2019-EF, publicado el 6 de mayo de 2019, se aprobaron los parámetros para la aplicación de la Norma XVI y entraron en plena vigencia las facultades de recalificación de actos de la SUNAT.

ciación o compraventa de acciones usando un Mecanismo Centralizado de Negociación en la BVL, no desnaturaliza de ninguna forma la operación y, por lo contrario, es la forma propia y legalmente correcta en que deben proceder cuando existe transferencia de control que debe ser previamente aprobada por Indecopi.

Efectivamente, cuando una operación de transferencia de acciones en bolsa implica cambio de la estructura de control de la sociedad emisora de las acciones materia de la compraventa y está dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Concentraciones, además de observar la normativa sobre Ofertas Públicas materia del ROPA, se debe solicitar la autorización previa del Indecopi, para lo cual es requisito indispensable que existan acuerdos previos entre comprador y vendedor. Estos acuerdos previos deben contener suficiente detalle sobre la transacción (sus términos y condiciones), para que Indecopi pueda evaluar debidamente la operación y –de ser el caso– emitir una autorización que sea válida para los fines de aplicación de la Ley de Concentraciones[30].

Consecuentemente, los acuerdos entre comprador y vendedor, previos a la transferencia de acciones en bolsa, son una condición necesaria cuando se requiere la autorización previa del Indecopi bajo la Ley de Concentraciones. Dichos acuerdos pueden ser contratos preparatorios o definitivos con eficacia sujeta a condiciones, y deben contener suficiente detalle de los términos y condiciones de la operación. Así entonces, no puede concebirse que este tipo de acuerdos previos a la autorización e Indecopi y la transferencia de las acciones en bolsa, constituyan una condición *per se* de riesgo de recalificación por SUNAT bajo la referida Norma XVI, por cuanto constituyen un elemento propio, exigido por el ordenamiento jurídico, de la forma como ejecutar este tipo de transacciones. Por su puesto, lo antes afirmado no implica que otros aspectos particulares de una transacción puedan sustentar una decisión de recalificación por parte SUNAT, pero de ninguna forma la sola existencia de un acuerdo previo puede sustentar tal decisión.

VI. Conclusiones

(i) En el Perú actualmente se encuentra vigente la Ley de Concentraciones, mediante la cual las operaciones de M&A que cumplen los criterios cualitativos y cuantitativos deben ser previamente autorizadas por el Indecopi.

(ii) En los últimos 5 años, las operaciones revisadas y autorizadas por Indecopi, salvo por un caso en el que el comprador pretendía adquirir control mediante ofertas públicas de adquisición en la Bolsa de Valores Colombiana dirigidas a un grupo indeterminado de accionistas, han sido estructuradas de forma tal que, en virtud de un acuerdo suscrito entre la parte compradora y vendedora: (a) se establece la obtención de la autorización del Indecopi como una condición precedente para el cierre; o, (b) se han utilizado mecanismos privados interinos de propiedad para diferir la obtención efectiva de control por parte de la compradora entre el cierre de la operación hasta la obtención de la autorización del Indecopi.

(iii) En los últimos 12 años, las transferencias de control a través de la Rueda de Bolsa de la BVL en las que se ha requerido autorizaciones gubernamentales previas, se han estructurado de la siguiente forma: (a) para las compraventas bursátiles, utilizando contratos en los que se establece la obtención de la autorización como una condición precedente para cierre, el cual ocurre luego de la aplicación automática de propuestas cruzadas presentadas por las partes y la liquidación de la operación; y, (b) para las OPAs, utilizando acuerdo suscrito entre el ofertante con los accionistas de la sociedad objetivo en virtud del cual el ofertante debe obtener la autorización como requisito para lanzar la OPA.

(iv) Actualmente existen grados de preocupación respecto del riesgo de recalificación de operaciones realizadas en Rueda de Bolsa en las que los compradores y vendedores suscriben contratos previos a la transferencia de acciones en bolsa. Al respecto cabe señalar que la suscripción de acuerdos previos al cruce en bolsa: (a) son necesarios para la obtención de la autorización del Indecopi; (b) se encuentran expresamente reconocidos por las normas aplicables en el caso de OPAs; (c) han sido los mecanismos utilizados de forma ordinaria en las operaciones de transferencia de control a través de compraventas bursátiles en la BVL en las que se ha necesitado aprobacio-

30 Por ejemplo, si como parte de los acuerdos entre las partes se considera una obligación de no competencia, es esencial para el análisis del INDECOPI sobre los potenciales efectos de la transacción en el mercado relevante el conocer en detalle los términos y condiciones de dicha obligación de no competencia.

nes gubernamentales; (d) permite maximizar el valor de la operación de compraventa en la medida que es un mecanismo eficiente para asignar riesgos entre compradores y vendedores; y, (e) son necesarios para la venta de porcentajes controladores considerando que los volúmenes de negociación diarios en la BVL de instrumentos de renta variable son relativamente bajos.

Referencias bibliográficas

Castellares, R. [et al.] (1998). *El ABC del Mercado de Capitales.* Lima, Perú: Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero.

Indecopi. (26 de febrero de 1998). Resolución 002-1998-INDECOPI-CLC, Expediente 002-1998-CLC (Comisión de Libre Competencia).

Indecopi. (12 de marzo de 1999). Resolución 012-1999/CLC-INDECOPI, Expediente 002-1999/CLC-003-1999/CLC (Comisión de Libre Competencia).

Indecopi. (7 de enero de 2010). Resolución 001-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Comisión de Libre Competencia).

Indecopi. (5 de abril de 2011). Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Sala de Defensa de Competencia N°1).

Indecopi. (12 de agosto de 2014). Resolución 034-2014/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2014/CLC (Comisión de Libre Competencia). 12 de agosto de 2014.

Indecopi. (8 de mayo de 2017) Resolución 038-2017/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2017/CLC-CON (Comisión de Libre Competencia).

Indecopi. (25 de abril de 2018). Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (27 de febrero de 2019). Resolución 007-2019/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2018/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (21 de junio de 2019). Resolución 019-2019/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2019/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (27 de marzo de 2020). Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2019/CLC-CON (Comisión de defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (1 de junio de 2021). Resolución 022-2021/CLC-INDECOPI (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (14 de diciembre de 2021). Resolución 087-2021/CLC-INDECOPI, Expediente 001-2021/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (17 de diciembre de 2021). Resolución 098-2021/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2021/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Indecopi. (7 de abril de 2022). Resolución 021-2022/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2022/CLC-CON (Comisión de Defensa de la Libre Competencia).

Rocca, L. (2019). *El Mercado de Valores en Fácil.* Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

SBS. (3 de octubre de 2018). Resolución SBS N°3893-2018.

Metaverso y Propiedad Intelectual

— Gustavo León y León* —

Resumen

La idea del artículo es analizar los problemas que deberá enfrentar la Propiedad Intelectual en los ámbitos del Derecho de Marcas, las Invenciones y los Derechos de Autor en el metaverso, es decir, en el universo virtual donde los seres humanos interactúan social y económicamente como avatares a través de un soporte lógico en el ciberespacio. Vislumbrando un fuerte y acelerado surgimiento de la llamada *Web3*, empresas tan importantes como Facebook, Inc. han apostado por cambiar su nombre y dirigir todos sus futuros desarrollos hacia el desarrollo del metaverso que consideran es el siguiente paso en las conexiones sociales. Pero este universo virtual entraña varios retos a la Propiedad Intelectual pues los ordenamientos legales concebidos para el mundo físico no siempre se pueden adaptar fielmente al entorno virtual.

Palabras clave

Propiedad Intelectual, Metaverso, Marcas, Invenciones, Derechos de Autor

Abstract

The idea of the article is to analyze the problems that Intellectual Property must face in the areas of Trademark Law, Inventions and Copyright in the metaverse, that is, in the virtual universe where human beings interact socially and economically as avatars through software in cyberspace. Glimpsing a strong and accelerated raise of the so-called *Web3*, important companies such as Facebook, Inc., have opted to change their name and direct all their future developments towards the growth of the metaverse that they consider to be the next step in the social connections. However, this virtual universe entails several challenges to Intellectual Property since the legal systems conceived for the physical world cannot always be faithfully adapted to the virtual environment.

Keywords

Intellectual Property, Metaverse, Trademarks, Inventions, Copyrights

* Asociado del estudio Barreda Moller. Abogado por la Pontificia Universidad Catolica del Peru y estudios de postgrado por la Universidad de Lovaina. Ex director general de Derechos de Autor de la Dirección General de Derechos de Autor de la Biblioteca Nacional y ex jefe de las Oficinas de Signos Distintivos y de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi. Pertenece a la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual (ASIPI); a la Asociación Peruana de la Propiedad Industrial (APPI).

1. Introducción

La evolución de la tecnología en todos los ámbitos y, particularmente, en el de las comunicaciones nos conduce inexorablemente a cambios irreversibles en la interacción de los individuos. Se vaticina que, en un futuro cercano, la llamada *Web3* revolucionará los servicios de Internet sustituyendo las tradicionales formas de interrelacionarse social, comercial y laboralmente.

2. Evolución de la Web

En efecto, en la etapa de la *Web1* la utilización de Internet se caracterizaba por la lectura de sitios web estáticos de manera pasiva utilizando protocolos abiertos, los *Bulletin Boards Systems* (BBS) o foros de mensaje como lugares de discusión en línea en las que las personas publicaban mensajes sobre algún tema y otros respondían generando una discusión relacionada al mismo, y el uso de los Blogs en los que los individuos inicialmente publicaban aspectos sobre su vida personal y luego comentarios sobre temas de actualidad, noticias u opiniones que eran ordenados cronológicamente logrando que el proceso de comunicación llegara a un gran grupo de personas.

En la denominada etapa de la *Web2*, surgieron con fuerza las redes sociales o plataformas corporativas centralizadas con protocolos abiertos, cuyo propósito era facilitar la comunicación en el sitio web conectando a las personas usuarias y permitiéndoles interactuar virtualmente en torno a intereses comunes. Así, se popularizaron rápidamente las redes sociales tales como Facebook, Twitter, LinkedIn, Google+, WeChat, Pinterest, YouTube, TikTok entre otras, lo que promovió que las personas pudieran difundir sus propios contenidos y participar de forma más activa en Internet en lugar de ser simples lectores pasivos. Sin embargo, el control económico de esta interacción de las personas es manejado casi exclusivamente por las empresas creadoras de las redes sociales.

No obstante, con la *Web3* se vislumbra que los modelos de infraestructuras abiertas de la *Web1* se unirán a la participación activa del público de la *Web2* y, en ella, las cadenas de bloques o *blockchains* cobrarán especial fuerza, lo que determinará una eventual sustitución de las plataformas corporativas centralizadas con protocolos abiertos y redes descentralizadas. Las cadenas de bloques o *blockchains* son:

> Una estructura de datos cuya información se agrupa en conjuntos (llamados bloques) a los que se les añade metainformaciones relativas a otro bloque de la cadena anterior en una línea temporal. De esta forma, gracias a técnicas criptográficas, la información contenida en un bloque solo puede ser repudiada o editada modificando todos los bloques anteriores. Esta propiedad permite su aplicación en un entorno distribuido de manera que la estructura de datos *blockchain* puede ejercer de base de datos pública no relacional que contenga un histórico irrefutable de información. (Hayes, 2022, como se citó en Wikipedia, 2022, párrafo 1)

Es decir, la tecnología de los *blockchains* permite obtener un registro único certero e inalterable que, por estar cifrado, garantiza su confidencialidad, el cual es distribuido en varios nodos de una red y es almacenado en bloques que se vinculan al bloque anterior y al posterior con un código único que sería como la huella digital del bloque, generando una cadena informativa que puede ser rastreada dentro de la red sin necesidad de intermediarios ya que la información contenida en el bloque es verificada y validada por los millones de nodos de la red. Aunque los *blockchains* están vinculados primariamente a las criptomonedas, también se usan para otra clase de archivos digitales tales como los *Non Fungible Tokens* o NTFs, o para contratos y transacciones y, de allí, que se proyecte su uso intensivo en el metaverso.

Por lo tanto, la *Web3* nos presenta un nuevo mundo en que los *blockchains*, los *Non Fungible Tokens* o NTFs[1], la realidad virtual[2], la realidad aumen-

1 Conocidos por sus siglas en inglés un NFT o Non Fungible Token es un activo digital criptográfico en una cadena de bloques que posee un código de identificación único y metadata que lo distingue de otros, que es indivisible, transferible y con capacidad de demostrar su escasez, y por ello, a diferencia de los tokens fungibles como las criptomonedas que son idénticos o equivalentes unos a otros, pueden intercambiable o transferirse por un valor no equivalente y por tanto, pueden servir como un medio para transacciones comerciales.

2 Siguiendo la definición de la Enciclopedia Británica, se entiende por Realidad Virtual "el uso del modelado y la simulación por computadora que permite a una persona interactuar con un entorno sensorial tridimensional (3D) artificial u otro entorno sensorial. Las aplicaciones de realidad virtual sumergen al usuario en un entorno generado por computadora que simula la realidad mediante el uso de dispositivos interactivos, que envían y reciben información y se usan como gafas, auriculares, guantes o trajes para el cuerpo. (Lowood, 2023)

tada[3], interfaces 3D[4], los hologramas[5], y los avatares[6] serán los protagonistas y donde el metaverso será el escenario. El metaverso se puede definir como aquellos "entornos donde los humanos interactúan social y económicamente como avatares, a través de un soporte lógico en un ciberespacio, el que actúa como una metáfora del mundo real, pero sin sus limitaciones" (Rojas, 2022, párrafo 1). El término "metaverso" apareció por vez primera en la novela de ciencia ficción del subgénero "*ciberpunk*" escrita por Neal Stephenson titulada "Snow Crash", publicada en el año 1992 y que trata de un individuo que, en el mundo real, es un repartidor de pizza pero que en el mundo virtual o metaverso se convierte en un guerrero samurai y, desempeñando este papel, descubre y combate una droga o virus informático que ocasiona la pérdida de información que el autor denomina "infocalipsis". Este mundo virtual o metaverso es un mundo paralelo en que las personas se sumergen en una realidad simulada en la que pueden interactuar social y económicamente en una línea temporal continua a través de sus propios avatares interpretando, sin limitaciones, roles imaginarios que usualmente no podrían desempeñar en el mundo real.

3. Primeros Metaversos

Se considera que el primer ejemplo de un metaverso fue el de la plataforma denominada "Second Life" puesta a disposición del público por Linden Research, Inc., en el año 2003, y por la cual se creó una comunidad virtual a la que los usuarios, llamados "residentes" podía acceder por internet utilizando programas de interfaz o visores que les permitían interactuar entre ellos mediante un avatar. Los usuarios de esta comunidad virtual podían establecer relaciones sociales y económicas entre ellos y crear y comerciar propiedad virtual e intercambiar productos y servicios a través de un mercado abierto que tenía como moneda local, el "Linden dólar", que es un token virtual de circuito cerrado para usar solo dentro de la plataforma. Las actividades desarolladas en Second Life son múltiples.

En el ámbito cultural se desarrollan exposiciones de arte, conciertos, visitas a museos y exhibiciones cinematográficas; en el ámbito del esparcimiento juegos, carreras de autos y caballos, etc.; en el ámbito educativo Universidades como Harvard y Oxford han experimentado educación virtual en este entorno e igualmente el British Council para la enseñanza del idioma inglés; en el ámbito económico se ofrecen, venden productos y se prestan servicios entre los usuarios virtuales utilizando el Linden dólar y muchas compañías multinacionales tales como Microsoft Corporation, Coca Cola, Intel, Dell, Sony, Nissan, General Motors, Wells Fargo Bank, etc., han buscado su presencia en este metaverso proyectando posibilidades de negocios. Hasta embajadas de países como Suecia, Estonia, Macedonia y Filipinas han establecido sedes en este mundo virtual en el espacio denominado Diplomacy Island con el objeto de promover la cultura y turismo de sus países y ofrecer información sobre visados y oportunidades comerciales.

A Second Life le han seguido otros desarrollos de metaversos. Entre los más populares están The Sandbox y Decentraland ambos basados en la tecnología de bloques Ethereum que se ajusta a los conceptos de la *Web3* pues operan con una tecnología de registro descentralizado» o "TRD", un tipo de tecnología que soporta el registro descentralizado de datos cifrados. El primero, The Sandbox, es una plataforma donde los usuarios pueden monetizar sus activos virtuales mediante la compra de terrenos virtuales llamados "*Land*" que son adquiridos utilizando un token utilitario denominado "*Sand*" que es su criptomoneda. En este videojuego, los participantes pueden interactuar y realizar transacciones y "*Smart contracts*" o "contratos inteligentes" emulando la realidad.

El segundo, el Decentraland, al igual que The Sandbox, constituye una plataforma de realidad virtual en la que los usuarios pueden crear, experimentar y monetizar su contenido y aplicaciones. En este mundo el espacio virtual denominado

3 La definición de realidad aumentada es "aquella tecnología que permite agregar información adicional a una imagen del mundo real cuando ésta se visualiza a través de un dispositivo. Este dispositivo agrega información extra a la que ya ofrece la imagen real, ofreciendo así una realidad transformada. Esta realidad combina elementos físicos con virtuales. La imagen virtual complementa a la real para aportar mayor cantidad de información. Para que esto se pueda dar es necesario utilizar un dispositivo que sea compatible con las tecnologías de realidad aumentada". (IAT, s.f.).

4 Interfaz 3D es la conexión que permite que dos elementos informáticos (programas, periféricos, componentes), se comuniquen entre sí, e intercambien información entre ellos en un entorno de realidad virtual.

5 El holograma es "una superficie en dos dimensiones que tiene la capacidad de mostrar imágenes detalladas de objetos reales en tres dimensiones**.** Los hologramas tienen la propiedad de contener la imagen del objeto en su totalidad a pesar de ser dividida en partes más pequeñas. Es una técnica fotográfica que graba la intersección de diferentes ángulos de los reflejos de las luces sobre un objeto para presentar una imagen en tres dimensiones". (Significados, 2022)

6 Según la cuarta acepción del término Avatar en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2022), significa "Representación gráfica de la identidad virtual de un usuario en entornos digitales".

"Land" se divide en parcelas que se identifican mediante coordenadas cartesianas que son adquiridas por los miembros de la comunidad mediante el token de criptomoneda fungible ERC20 utilizado en la plataforma llamada "Mana" que es validada en la cadena de bloques Etherium. La propiedad es adquirida a título permanente mediante un contrato inteligente lo que garantiza a los usuarios un control total sobre los entornos y las aplicaciones que crean, las mismas que pueden variar desde escenas 3D estáticas hasta aplicaciones o juegos más interactivos.

El sistema se administra independientemente por una Organización Autónoma Descentralizada (más conocida por las siglas DAO que provienen del idioma inglés *Decentralized Autonomous Organization*). La DAO funciona con total transparencia y democracia por su acceso abierto y sin jerarquías, pues no existe una figura conductora o administradora específica como ocurre con el Presidente del Directorio de una empresa convencional. Ello se debe a que la DAO está simplemente controlada por algoritmos, la cadena de bloques y los contratos inteligentes o *smart contracts* que no se vinculan a ninguna legislación en particular.

Es interesante anotar que en Decentraland algunas parcelas de tierras virtuales se organizan en comunidades temáticas o distritos de tal manera que la comunidad puede crear espacios compartidos con intereses y usos comunes[7]. En este mundo virtual las parcelas pueden ser construidas para generar un mayor valor. De hecho, han surgido empresas constructoras virtuales como Polygonal Mind y se han desarrollado distritos comerciales virtuales como el Metahuku diseñado por Republic Realm tomando como modelo el distrito comercial de Harajuku en la ciudad de Tokyo, con diferentes tiendas que venden diversidad de artículos y productos de mercadeo.

Igualmente, existen galerías de arte como la creada por la multinacional Sotheby's replicando digitalmente su sede londinense de New Bond Street, en la que se subasta arte digital. Del mismo modo se han generado empleos diversos tales como el de anfitrión del casino digital Decentral Games y, en octubre del año 2021, se llevó a cabo el primer festival musical en un metaverso que tuvo cuatro días de duración e incluyó actuaciones de realidad virtual como las de Deadmau5, Crooked Colours, Riz La Vie, AlunaGeorge, Alison Wonderland, Paris Hilton, entre otros artistas populares.[8]

Este último ejemplo fue seguido por Roblox[9] otra plataforma global de interacción social mediante el videojuego en línea de Roblox Corporation, quienes, asociados con Insomniac Games (empresa propiedad de Sony Interactive Entertainment que ha obtenido tres veces consecutivas el reconocimiento como la mejor empresa desarrolladora de videojuegos en los Estados Unidos de América)[10] y Wonder Works Studio (otra empresa desarrolladora de videojuegos especialmente creados para el metaverso)[11], llevaron al metaverso el festival de música dance más grande del mundo, el Electric Daisy Carnival (EDC). En ella, participaron populares artistas, incluidos Kaskade, Zedd, Alison Wonderland, Louis The Child, Slander b2b2, Rezz, Loud Luxury, DJ Snake, Alan Walker, Phantoms, Wax Motif, Oliver Heldens y Benny Benassi, quienes transmitieron sus actuaciones a través de escenarios virtuales, permitiendo que los miembros de la comunidad se sumergieran en los escenarios y áreas del festival de EDC como cosmic MEADOW, circuit GROUNDS, Camp EDC, Pixel Forest, etc. Los jugadores pudieron adquirir accesorios únicos utilizando Kandi virtual personalizado (brazaletes populares que se comercializan en festivales) para equipar y expresar el estilo individual de cada uno, y simplemente unirse al evento recolectando animales de peluche, bailando batallas contra amigos y construyendo su hogar virtual en Camp EDC, el campamento del del festival.[12]

Igualmente, el popular videojuego Fortnite creado por la empresa Epic Games, incursionó en la organización de conciertos para los jugadores en los que estos podían participar bailando frente al escenario a través de sus avatares y participar activamente del espectáculo. Artistas como Marshmello, el rapero Travis Scott, J. Balvin, Ariana Grande, Dillon Francis, Steve Aoki y Deadmau5 brindaron

7 Para más información sobre el videojuego Descentraland ver https://docs.decentraland.org/decentraland/introduction/

8 https://themetaversefestival.io/

9 https://www.roblox.com/.

10 https://insomniac.games/

11 https://wonderworks.gg/

12 https://celebrity.land/electric-daisy-carnival-se-convierte-en-el-primer-festival-de-musica-en-el-metaverso-de-roblox/

sus actuaciones con gran éxito ante una audiencia multitudinaria permitiendo a los jugadores vivir una experiencia psicodélica.

4. Desafíos jurídicos en el Metaverso

Desde luego a simple vista ya se puede apreciar los distintos desafíos jurídicos que, en diferentes campos, los metaversos presentan al Derecho en esta interacción social y económica virtual en la que las transacciones comerciales se realizan sin la utilización de dinero fiduciario o papel moneda que es reemplazado por criptomonedas cuyo uso ni siquiera es legislado en muchos países como ocurre en el Perú y respecto de las cuales no existe un consenso a nivel mundial ya que hay países como China que prohíben su uso, y otros que sí lo reconocen como Estados Unidos de América, Alemania, Francia y Japón. A nivel de la Comunidad Europea se viene discutiendo una propuesta de Reglamento sobre el mercado de criptoactivos, para crear un marco particular y armonizado a nivel de la Unión, a fin de establecer normas específicas en relación con los criptoactivos y las actividades y los servicios conexos, así como aclarar el marco jurídico aplicable y de este modo garantizar la protección de los consumidores, la integridad del mercado y la estabilidad financiera.[13]

Por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable y la jurisdicción de competencia estamos frente a conceptos que están concebidos fundamentalmente para ser aplicados en el mundo físico. La ley aplicable y la jurisdicción y competencia para la regulación de las transacciones y contratos convencionales es la ley expresamente elegida por las partes contratantes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento y si estos deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración (Revoredo, 1994, p. 233). No obstante, en el mundo virtual y etéreo de un metaverso, en el que no existe un lugar tangible de arraigo, no existe un territorio material ni una legislación específica que permita establecer una ley aplicable y determinar la autoridad que pueda ejercer la facultad o el poder de aplicarla. No hay un lugar tangible para el cumplimiento o celebración de la transacción o este es en todo caso meramente virtual y en este territorio virtual no existe una ley aplicable. Es más, una característica de los metaversos descentralizados es que ellos se administran independiente y autónomamente por una Organización Autónoma Descentralizada (DAO) que funciona controlada por algoritmos, la cadena de bloques y los contratos inteligentes o *smart contracts* que no se vinculan a ninguna legislación y que las partes no tienen bajo su dominio, en un sistema en que las transacciones y contratos son garantizados por la propia tecnología de la cadena de bloques y por ende se ejecutan automáticamente sin estar sometidos a una autoridad humana.

En el área del derecho de propiedad, también se suscitan cuestiones a dilucidar. En el metaverso, los objetos sobre los cuales recae el derecho no tienen una entidad corpórea y, por ende, se puede discutir si cumple las características típicas del derecho de propiedad común, a saber, si se trata de un derecho perpetuo, absoluto, exclusivo y real. Es decir, se cuestiona si el titular del derecho sobre una propiedad virtual puede ejercer su pleno control sobre la misma y si su titular puede gozar de las más amplias facultades sobre el bien para usarlo, disfrutarlo, explotar sus frutos o excluir a otros a que puedan hacerlo y si dicho derecho puede subsistir de forma permanente. Por citar un ejemplo, ¿Qué ocurriría con la propiedad virtual adquirida en determinado metaverso en el supuesto que el administrador de la plataforma cierra unilateralmente la cuenta del usuario y por ende privándole de la propiedad virtual?[14]

13 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593&from=EN. La propuesta de Directiva define los criptoactivos como "*una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*." (Propuesta Artículo 3, numeral 1.2) y reconoce tres categorías de criptoactivos: (i) Ficha referenciada a activos: un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos; (ii) Ficha de dinero electrónico: un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal; y (iii) Ficha de servicio: un tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante Tecnología de Registro Descentralizado, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión (Propuesta Artículo 3, numerales 1.3, 1.4, y 1.5). Por Tecnología de registro descentralizado se entiende un tipo de tecnología que soporta el registro descentralizado de datos cifrados (Propuesta Artículo 3, numeral 1.1).

14 En el caso identificado como Evans et al. vs Liden Lab, se planteó ante los tribunales norteamericanos una situación similar. En abril del año 2010, Carl Evans, Donald Spencer, Valerie Spencer y Cindy Carter en representación de los usuarios de la plataforma del metaverso Second Life, demandaron a Linden Lab, creadora de la Plataforma, argumentando fraude en la titularidad y tergiversación de los derechos de propiedad. Los demandantes alegaron que la demandada había cancelado unilateralmente sus cuentas de usuarios de Second Life privándoseles ilegalmente de las propiedades virtuales, activos y la criptomoneda Linden dólar que habían adquirido como usuarios de la plataforma. Al publicarse las consideraciones del caso por parte de la Juez a cargo Donna M. Ryu, se

En materia tributaria, no son menores las interrogantes. Si bien inicialmente eran las empresas y particularmente las creadoras y controladoras de las redes sociales o plataformas corporativas centralizadas, quienes obtenían el beneficio económico producido por la plataforma y, por ende, el sujeto responsable del pago del impuesto a la renta, en el metaverso de naturaleza descentralizada esta responsabilidad se difumina en cada usuario o miembro de la comunidad que es propietario de sus propios activos y creaciones digitales dificultándose el proceso de fiscalización tributaria. Asimismo, las transacciones virtuales de compraventa de activos y prestación de servicios en el entorno virtual ni siquiera está prevista en las legislaciones tributarias y menos en el radar de la supervisión de las autoridades competentes para fiscalizar los tributos por lo que, en principio, no podrían estar afectos al pago de los Impuestos a las Ventas o Valor Agregado y Selectivo al Consumo o requerirán el perfeccionamiento de la legislación tributaria para serlo. De otro lado los usuarios o miembros de la comunidad pueden obtener una ganancia o plusvalía en las transacciones virtuales y la compraventa de activos virtuales las cuales supondrían el pago de Impuesto a la Renta, Impuesto de Alcabala y Adicional de Alcabala, los cuales están concebidos netamente para el mundo real. Finalmente, se plantea la duda de a quién le correspondería cobrar y percibir los tributos generados en el metaverso.

En el ámbito del derecho penal, se abren nuevas oportunidades de ciber crímenes. El metaverso puede ampliar la aparición de nuevas formas de fraudes, estafas, robo y violación de identidades, "ciberocupación" o "*cybersquatting*", extorsiones y sustracción de dinero en línea, *ransomware* o robo de datos sean bancarios o financieros, claves de acceso, tarjetas de crédito, información personal u otros datos, *malware*, *pishing*, ataques a la plataforma con la intención de colapsar y derribar y deje de estar disponible o no funcione correctamente, pornografía, pedofilia, delitos contra el honor, acoso sexual, piratería de propiedad intelectual. En fin, todas aquellas actividades ilícitas que se ejecutan con el uso de una red, computadora o dispositivo conectado a una red. Y desde luego será cada vez más complicado para las autoridades tipificar el delito, realizar las investigaciones necesarias y obtener las pruebas de los delitos en el entorno digital suponiendo que tengan alguna jurisdicción y competencia sobre el mismo.

Por citar un ejemplo que revela la dificultad para la tipificación y persecución de actos delictivos que se pueden producir en el metaverso, es el de la denuncia pública a través de las redes sociales que Nina Jane Patel, una psicoterapeuta británica madre de familia, realizó recientemente manifestando haber sido violada virtualmente en grupo, hecho que ocurrió al estar inmersa en la versión beta de la aplicación de realidad virtual Horizon Venues (Herrera, 2022), el metaverso que viene desarrollando Meta (nombre actual de Facebook, Inc.). La denunciante expresó que su avatar femenino en el metaverso fue acosado, manoseado y violado sexualmente por un grupo de tres avatares masculinos quienes además se tomaron fotos y mientras trataba de escapar le dijeron frases obscenas y vulgares. La víctima expresó que si bien no sintió en su cuerpo las manos de sus atacantes su reacción de ansiedad fisiológica y psicológica fue similar a la que sucede en la vida real y que tuvo que quitarse las gafas inteligentes que le servían de interfaz que le permitía interactuar su avatar para terminar con la terrible experiencia (Clayton, 2022). Es claro que la norma penal no se ajusta a esta clase de conductas ilícitas que podrían tener una connotación criminal y que requerirán esfuerzos interpretativos y legislativos para prevenirlos, perseguirlos y sancionarlos si nos ajustamos fielmente al principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

En el campo de la protección de datos personales será también más complejo determinar las personas que serán responsables y encargados del tratamiento de los datos personales y diseñar las medidas de seguridad, pues en el metaverso des-

fijó como punto controvertido determinar el derecho de las personas usuarias de la plataforma sobre las tierras virtuales, activos y dólares Linden de los que fueron privados indebidamente los demandantes como consecuencia de la suspensión o cierre unilateral de las cuentas de usuario de los demandantes. Antes de que se dictara una sentencia que pusiera fin al asunto controvertido, las partes arribaron a una transacción extrajudicial aprobada por la Corte competente por la que Linden Lab reconoció a favor de los cerca de 57,000 usuarios del metaverso Second Life un pago US $ 171,973.46 que serían abonados en Linden dólares en las cuentas de los usuarios representando una cantidad equivalente de 43 millones de dólares Linden. Ver Pey, Inara (30 June 2013). EVANS ET AL vs LINDEN LAB – L$43 Million Settlement. Inara Pey: Living in a modem world. Second Life, virtual worlds and virtual realities. Recuperado el 18 de abril de 2022 de https://modemworld.me/2013/06/30/evans-et-al-vs-linden-lab-l43-million-settlement/.También ver el documento oficial de las consideraciones del caso del acuerdo de la demanda colectiva EVANS ET AL, Plaintiffs, v. LINDEN RESEARCH, INC., ET AL, Defendants, Nº C-11-01078 DMR, United States District Court, ND, California, October 25 2013. Order granting plaintiff's motion for preliminary approval of class action settlement. Donna M.Ry, Magistrate Judge. Recuperado el 18 de abril de 2022 de: https://scholar.google.com/scholar_case?case=940783027142554 4806&q=%22evans+v+linden+research%22&hl=en&as_sdt=2006&as_ylo=2012.

centralizado, todos los interactuantes actúan de forma independiente y, por ende, pueden resultar responsables de determinar la finalidad y contenido de la recopilación de los datos personales y su correcto tratamiento. Asimismo, en un mundo virtual, que no tiene fronteras aparentes, el control de su flujo transfronterizo será cada vez más difícil de controlar. De otro lado, cabe preguntarse si los datos personales que el avatar proporciona en el metaverso, por ejemplo, al obtener un empleo virtual, constituyen datos personales que deben merecer una protección, tomando en cuenta que, si bien el avatar es la representación virtual de una persona real, los datos brindados permiten identificar a esta última y por tanto caerían bajo la normativa de protección de los datos personales.

En la esfera del derecho laboral, también se presentan interrogantes partiendo por determinar si tiene el avatar personalidad jurídica para suscribir el contrato de trabajo o debe hacerlo la persona real. También, es necesario establecer quién presta el trabajo en el metaverso: ¿El avatar que lo realiza en el mundo virtual o la persona real que interactúa a través de dicho avatar? ¿Será el avatar o la persona real sujeto a prestaciones de seguridad social y protegido por la legislación laboral en cuanto a los derechos y obligaciones que ella conlleva por el trabajo prestado? ¿Podrá el avatar o la persona real ser despedido intempestivamente sin mediar causa alguna o ser víctima de discriminación o acoso? ¿Podrá ser sancionado por incumplir obligaciones del trabajo? Es evidente que las leyes laborales no han previsto los paradigmas que el meta-trabajo implica.

5. Propiedad Intelectual en el Metaverso

No es el objeto de este trabajo abarcar todos los retos a los que el derecho se ve enfrentado en el metaverso que sucintamente han sido comentados de manera ilustrativa, sino más bien centrarnos en lo que ha sido el propósito de este artículo, esto es, analizar los retos y problemas que deberá enfrentar específicamente la propiedad intelectual en los ámbitos del derecho de marcas, las invenciones y los derechos de autor en este mundo virtual cada vez más presente y que ofrece una nueva y gigantesca base de consumidores y usuarios y posibilita actos de creación propia de estos últimos que a su turno pueden generar un valor comercial. Si bien la actividad social y económica del metaverso es realizada en el mundo virtual, la utilización y explotación de la propiedad intelectual realizada en este entorno no está eximida de respetar las leyes que regulan el mundo real en cuanto le sean aplicables. Con mayor razón en el caso de las normas de protección de la propiedad intelectual particularmente porque esta última también tiene una naturaleza inmaterial y, por tanto, están concebidas para abarcar formas de uso que no implican la reproducción física; sin embargo, será necesario revisar temas como su aplicación territorial, su licenciamiento, el uso no autorizado y las infracciones que se puedan cometer y la observancia de derechos.

La multiplicidad de derechos de propiedad intelectual que pueden ser utilizados y generados en el metaverso implicará revisar cuidadosamente los contratos de licenciamiento tanto con los creadores o titulares de los derechos como con los proveedores de las plataformas de metaversos, requiriendo de los abogados conocimientos especializados en una diversidad de áreas de práctica profesional. La tendencia apunta a la celebración de contratos de licencias que involucrarán a la vez temas sobre marcas registradas, derechos de autor, uso de patentes, publicidad y *merchandising*, en los que se deberá contemplar el alcance y la amplitud de uso de los derechos licenciados y las medidas que se deben adoptar en el caso de infracciones a la propiedad intelectual. No serán ajenas a este mundo virtual las licencias cruzadas.[15]

6. Patentes y Metaverso

A fin de sentir una experiencia virtual prácticamente similar a la de la vida real, la inmersión en el metaverso ha generado un creciente desarrollo tecnológico de *software*, *hardware*, inteligencia

15 Se entiende por "licencias cruzadas" o "licencias recíprocas" la concesión que otorga un titular del derecho sobre una patente a favor de otro titular de una patente distinta para que pueda usar la invención, a cambio de que este último a su vez otorgue al primero licencia para usar la invención que el segundo patentó. El concepto busca que los titulares de derechos sobre distintos inventos patentados, que pueden ser similares, complementarios o diversos, puedan llevar a cabo, de manera recíproca, investigaciones y desarrollar nuevos inventos a partir del uso conjunto de los respectivos inventos patentados y puedan comercializar los resultados de tales nuevos inventos, sin preocuparse de infringir los derechos patentados y permitiendo una sinergia de creaciones que fomenta la creatividad y surgimiento de nuevas tecnologías e inventos. Como señala Esteban Burrone, Consultor de la División de Pequeñas y Medianas Empresas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual titulado "Antes de lanzar un producto: evalúe su libertad de acción", este tipo de licenciamiento "ha llegado a ser una práctica común en ciertos sectores porque las empresas quieren asegurarse de que sus productos, sus procedimientos y sus servicios no infringen derechos de terceros. Las controversias con relación a las patentes suelen ser muy costosas, aleatorias y arriesgadas, y, como dice el proverbio, "más vale prevenir que curar" (2003).

artificial, realidad virtual y realidad aumentada y conectividad, que se manifiesta en un crecimiento acelerado de las solicitudes de patentes de invención en este campo, no solo por compañías tradicionalmente vinculadas a la tecnología de la información, sino también por otras empresas que ofrecen diversos productos y servicios en el mercado. Las invenciones y mejoras de los inventos son diversas: gafas inteligentes y demás dispositivos que faciliten obtener una mejor visión y sensación del usuario con comodidad, sistemas para optimizar vistas compartidas para múltiples usuarios, algoritmos sistemas que permitan mover formas y escenas virtuales basados en movimientos del cuerpo, cabeza y extremidades de las personas; sistemas que en el mundo virtual simulen de una mejor manera cómo se sentiría el tocar o interactuar con algo en la vida real; aplicaciones para generar avatares de los usuarios emulando con fidelidad la apariencia y comportamiento humano; los protocolos y redes de comunicación que permitan el acceso y conectividad de todos los dispositivos en un entorno en línea multiusuario y continuado; la tecnología de realidad aumentada necesaria para procesar las imágenes con fidelidad tales como chips y tarjetas gráficas; entre otros.

Todos estos desarrollos tecnológicos requieren obtener una protección adecuada para su uso y explotación que en la esfera de las invenciones se manifiesta bajo la posibilidad de patentarlas. Dado que una parte importante de estas innovaciones se expresa a través de programas de ordenador y aplicaciones de *software*, los profesionales que entenderán de las solicitudes de patentes (abogados de propiedad intelectual, ingenieros, etc.) requerirán conocimientos profundos y especialización para superar los escollos de patentabilidad puesto que el software, para una buena parte de las legislaciones de patentes, no se considera estrictamente una invención o no es una materia patentable y en todo caso su protección debe darse por el camino de los derechos de autor. En efecto, el reconocimiento de una protección legal en favor de las invenciones supone el cumplimiento de tres requisitos básicos: (i) tener novedad; (ii) poseer nivel inventivo; y (iii) tener una aplicación industrial. Sin embargo, se discute si un *software* ofrece en realidad una solución técnica a un problema técnico o simplemente refleja ideas abstractas que son aplicadas por una computadora y, por tanto, si está excluido de la posibilidad de ser patentado.

Esta indefinición en la doctrina y en las leyes de las diversas naciones tiene como consecuencia que la posibilidad de patentar un *software* deba analizarse en cada país, caso por caso y tomando en cuenta la jurisprudencia generada por las oficinas de registro del respectivo estado donde se quiere invocar la protección implicando una mayor erudición de los profesionales del derecho. El abogado de patentes deberá perfilar con mayor cuidado sus estrategias de redacción del pliego de reivindicaciones poniendo énfasis en las mejoras técnicas de la nueva tecnología que se quiere patentar, asegurándose de cumplir con los niveles de novedad y estado de la técnica, integrar los procesos técnicos que puedan argumentarse como ideas no abstractas y asegurarse de que la patente ofrezca una solución técnica a un problema técnico que tenga aplicación industrial a fin de evitar que la patente sea denegada.

Vislumbrando un fuerte y acelerado surgimiento de la llamada *Web3*, empresas multinacionales tan importantes como Facebook Inc., propietaria del conglomerado de las populares redes sociales Facebook, Instagram y WhastApp, han apostado por cambiar su nombre a Meta y dirigir todos sus futuros desarrollos hacia el desarrollo del metaverso que consideran es el siguiente paso en las conexiones sociales, un universo diseñado de forma tal que todo lo que sentimos, veamos, oigamos, hagamos y toquemos en el mundo virtual tenga una sensación igual o similar a la del mundo real. Meta (antes Facebook) ha denominado a esta plataforma de realidad virtual como "Horizon Worlds" y los usuarios acceden a ella utilizando un casco inteligente específicamente creado para estos efectos (Cáceres, 2022). En este universo virtual los usuarios pueden interactuar a través de sus avatares, socializar, jugar, construir mundos, agregar o remover colaboradores para construir juntos, diseñar hogar a su medida, trabajar virtualmente, estudiar, ir de compras, hacer ejercicios, disfrutar de espectáculos y conciertos, armar objetos, añadir sonidos, duplicar el mundo y todo lo que está en él, con la posibilidad de ser titular de los derechos de propiedad intelectual sobre las creaciones realizadas (Bracho, 2022) Además, se proyecta en breve poner en funcionamiento herramientas que permitan a los creadores de contenidos vender artículos y experiencias virtuales y ganar dinero por dichas transacciones, para cuyo efecto se fomentaría el uso de una moneda virtual bajo tecnología de cadena de bloques o *blockchain* que circularía con el nombre de "Zuck Bucks", en honor del CEO de Meta, Mark Zuckerberg (Pérez, 2022).

Apple, Inc., otra de las principales compañías de innovación tecnológica pensando en el futuro potencial del metaverso, ha presentado una solicitud de patente denominada "Proyector directo a la

retina" para un sistema de proyección de imágenes de la realidad virtual directamente a la retina que se ajusta automáticamente a la posición de los ojos en cada momento, el cual se utilizaría en su metaverso. Frente a los sistemas convencionales, la ventaja tecnológica que ofrece esta invención es que las imágenes virtuales que se mezclan con la imagen real que vemos con nuestros ojos no son proyectadas en los cascos o gafas inteligentes, sino que directamente son proyectadas en la retina. Con ello, se evitan las discrepancias o desajustes de acomodación-convergencia de percepción en el cerebro que causan cansancio visual, dolores de cabeza, mareos y náuseas a los usuarios (Biurrun, 2021). El metaverso que viene desarrollando Apple pretende enfocarse en la combinación eficiente de la realidad aumentada con la realidad virtual para brindar una experiencia más fiel.

Amazon, otro de los gigantes de la tecnología de punta en el comercio electrónico y servicios de computación en la nube a todos los niveles, tiene una visión del metaverso con un enfoque dirigido a la educación en la nube y el desarrollo de habilidades prácticas. Para ello ha desarrollado el AWS Cloud Quest Practitioner (Radu 2022) un videojuego de aprendizaje basado en la interpretación de roles que al ayudan al usuario a desarrollar habilidades prácticas en la nube mediante el aprendizaje interactivo y actividades prácticas utilizando los servicios de los *Amazon Web Services* (AWS). Utilizando realidad virtual, realidad aumentada y la interacción con personajes que no son jugadores, el objetivo del metaverso de Amazon es permitir a los estudiantes recorrer una ciudad virtual para resolver rompecabezas, ejercicios prácticos, completar simulaciones y misiones que implican desafíos que van desde conceptos básicos de la nube hasta aplicaciones de alta disponibilidad y, con ello, recolectar puntos y recompensas pero al mismo tiempo entender los conceptos fundamentales de la computación en la nube (Maldonado 2021).

En cambio, Microsoft Corporation tiene una óptica diferente del metaverso con un enfoque netamente empresarial. La multinacional de la tecnología considera el metaverso no solamente como un espacio virtual de juego e interacción social que eventualmente puede tener un impacto comercial y laboral, sino más bien, principalmente, como un espacio híbrido de trabajo en el que las personas, lugares y cosas se asocian a través del trabajo con la posibilidad de que nuestros avatares puedan representarnos fielmente en el mundo virtual como si fuera nosotros mismos. Así se diluyen las barreras y limitaciones más allá de lo físico y donde se puede, de manera compartida, hacer discusiones, análisis, estadísticas, realizar visiones y percepciones en tiempo real, realizar simulaciones, automatizar tareas de rutina, colocar y compartir documentos, proyectar estos documentos y presentaciones en paredes virtuales, teletransportarse y tener reuniones de trabajo sin barreras físicas ni idiomáticas, pues la traducción será automáticamente simultánea, unirse a experiencias holográficas compartidas y colaborativas con herramientas de productividad, es decir, que toda la interacción está orientada a la productividad del trabajo y de la empresa (Hachman, 2022). Esto se llevaría adelante a través de la combinación de sus plataformas de colaboración y comunicaciones llamadas Mesh y Teams, esta última creada, especialmente, para el trabajo híbrido, que facilitan el chat persistente en el lugar de trabajo, reuniones de video, almacenamiento de archivos e integración de usuarios, contenidos, herramientas y aplicaciones para mejorar el compromiso y la productividad laboral.

No obstante que China prohíbe por el momento el uso de criptomonedas, eso no significa que compañías chinas líderes en tecnología e internet tales como Tecent, la creadora de la red social WeChat, también haya puesto su interés en el metaverso impulsando una plataforma de realidad virtual en 3D en la que los usuarios pueden jugar e interactuar juntos y en la que es posible participar en conciertos virtuales para cuyo efecto ha presentado ante la Administración Nacional de propiedad intelectual de China, una patente que permite a los usuarios realizar el bricolaje basadas en avatares que pueden ser personalizados en sus formas de caras, rasgos faciales, peinados, vestidos, disfraces y otros detalles o usarlas para lograr funciones de chat interactivo así como escenas al aire libre donde los usuarios pueden caminar y conversar. Es más, en el último día del año de 2021, Tencent efectuó el primer concierto virtual de china en plano metaverso, una celebración de año nuevo que llevó el nombre de TEMLAND contando con la participación de más de 1,1 millones de fanáticos (Comunicaciones L&C, 2022).

Pero no son solo las compañías de alta tecnología las que tienen interés en el campo de las invenciones en el metaverso. La multinacional del dedicada al diseño, desarrollo, fabricación y comercialización de equipo, calzado, ropa, equipo, accesorios y otros artículos deportivos, Nike, Inc., ha presentado solicitudes de patente de invención a través de las cuales reivindica protección para crear avatares orientados a prestar servicios de redes sociales relacionadas con el rendimiento deportivo de los usua-

rios, y solicitudes de patente para crear unas zapatillas digitales basadas en tecnología de cadenas de bloques o *blockchain* que incorporan un identificador único con el objetivo de otorgar cierta seguridad respecto a la autenticidad del producto cuando se comercialicen en el mundo digital, las cuales ha denominado como "*Cryptokicks*" (Muñoz, 2021). Los CryptoKicks de Nike pueden abrirse a través de tokens no fungibles (NFTs) de tecnología de cadena de bloques Ethereum MNLTH de RTFKT Studios que fueron lanzados en un airdrop (remesas gratuitas de criptomonedas o tokens, que se hacen a los usuarios con la esperanza de que sean usados y dinamicen la economía del proyecto) de forma gratuita a los titulares de los NTFs de imagen de perfil CloneX de RTFKT y otros NTFs anteriores de RTFKT (Hayward, 2022).

7. Metaverso y Derecho de Marcas

La marca es "todo signo que, por convención, sirve de distintivo o señal de los productos o servicios ofrecidos en el mercado por un fabricante o comerciante" (León y León, 2021, p.65). De ello se desprende que la función principal de la marca es identificar un producto o servicio en el mercado de otro producido o prestado por la competencia y en contrapartida indicar el origen empresarial de un determinado producto o servicio vinculando al productor o comercializador con el consumidor o usuario. De este modo, mediante el derecho de marcas se confiere la facultad exclusiva de uso de una marca que se manifiesta principalmente a través de la facultad que tiene su titular de prohibir a terceros el uso de la marca para productos o servicios de igual o similar naturaleza o que se encuentren de alguna forma relacionados con aquellos e igualmente impedir el uso que pudiera ocasionar un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca o un aprovechamiento injustificado de esta (Decisión 486, 2000, art. 155).

Dado que el metaverso conlleva nuevas oportunidades de negocio a los titulares de los derechos de marcas frente a una creciente base de consumidores y usuarios tanto para la venta de nuevos productos y servicios virtuales como para reafirmar y acrecentar por parte de estos una lealtad a la marca en este entorno, incursionar en el mundo virtual constituye una necesidad con miras a un futuro inmediato para los titulares de los derechos de marcas y así lo han visualizado ya algunas empresas. Por ejemplo, la tienda virtual Nikeland de Nike en el metaverso de Roblox ha recibido ha recibido visitas de 6.7 millones de visitantes de distintos países desde su inauguración en noviembre del año 2021[16] (Wikipedia, 2022). En una positiva estrategia publicitaria, Nike llevó al avatar del conocido jugador norteamericano de básquet LeBron James a entrenar e interactuar con los jugadores del videojuego y estos fueron recompensados por el juego físico con la capacidad de desbloquear productos virtuales con la marca Nike (Bastian, 2022). Pero la incursión de Nike en el metaverso no se quedó allí. Nike ha sido una de las primeras empresas en llevar adelante una estrategia de impulsar la idea de que los bienes virtuales tengan un valor tan igual como en el mundo real y no solo que funcione en el mundo simplemente como un coleccionable para evitar que los tokens no fungibles de su marca se conviertan en una moda pasajera. Para ello adquirió recientemente la startup RTFKT Studios, una compañía dedicada a la creación de materiales coleccionables y activos digitales de tokens no fungibles (NFTs), a fin de desarrollar su propia plataforma virtual (Quintero, 2021).

Igualmente, la compañía británica de ropa y artículos de lujo Burberry, se asoció con Mythical Games, Inc., una empresa desarrolladora de videojuegos, para lanzar su videojuego en línea Blankos Block Party, un juego multijugador masivo en línea gratuito ambientado en un mundo virtual con el estilo de una fiesta de barrio gigante con un enfoque en el arte y el diseño personalizados, la construcción y exploración de mundos virtuales y la recopilación de divertidos y traviesos juguetes de vinilo digital coleccionables con tokens no fungibles (NFTs) que cobran vida y aman las buenas vibraciones y los buenos momentos habitando el mundo poco convencional "The Junction", denominados "Blankos". En este mundo virtual, Burberry lanzó el token no fungible Burberry Blanko Sharky B NFT de edición limitada adornado con el monograma de verano TB de Burberry, el cual se puede comprar, actualizar y vender, con accesorios NFT en el juego que incluyen jetpacks, brazaletes y zapatos de moda marca Burberry para la piscina. Sorprendentemente, el NFT Burberry Blanko

16 Roblox es una plataforma de videojuegos en línea creada por Roblox Corporation, compañía norteamericana fundada en el año 2004. El popular juego, que es el más parecido al Fortnite creado por Epic Games, cuenta con más de 200 millones de usuarios activos y más de 9.5 millones de usuarios que crean sus propios mundos virtuales y juegos con el sistema Roblox Studio que se pone a disposición en ordenadores personales y que constituye una aplicación para la construcción de lugares utilizando ladrillos de diferentes colores y formas, plugins y herramientas para construir y crear modelos 3D. (Wikipedia, 2022).

Sharky B se vendió en el tiempo récord de 30 segundos de lanzado mientras el jetpack se agotó en escasos dos minutos (Romagnoli, 2022).

Otras compañías no menos famosas tales como Louis Vuitton, han seguido esta misma ruta y para celebrar los 200 años del natalicio de su fundador Louis Vuitton Gaillard, ha lanzado un videojuego en línea llamado Louis The Game con tokens no fungibles coleccionables. La idea del juego es ayudarle a Vivienne, la protagonista, a encontrar las 16 páginas de un manuscrito con información en torno a la historia del fundador de la marca y los icónicos baúles que comenzó a fabricar en Francia desde 1858. En el primer nivel se inicia el juego en la comuna de Asnières en la región de Alta Normandía, departamento de Eure, en el distrito de Bernay y cantón de Cormeilles, Francia, lugar donde estuvo el hogar de Louis Vuitton y con la protagonista Vivienne se viaja por distintas ciudades recolectando postales NFT aprendiendo de paso sobre la marca Louis Vuitton y su historia y sus humildes inicios en el aprendizaje de los conceptos básicos de la fabricación y comercialización de baúles. En el segundo nivel de la aplicación se sigue a la protagonista Vivienne por seis mundos diferentes donde deben recolectar 200 velas NFT cada una simbolizando hitos de la compañía en el campo de la moda y de este modo conmemorar el natalicio de Louis Vuitton. El videojuego trae un aplicativo que permite a los jugadores personalizar su avatar con ropa de la marca Louis Vuitton, incluidos varios estampados de monogramas y combinaciones de colores. En particular hay 30 tokens no fungibles incrustados en el videojuego diseñados por el artista digital Mike Winkelmann más conocido como Beeple y también por Wenew Labs (CoinYuppie, 2022)

En fin, otro ejemplo a citar es el de la casa de moda española Balenciaga, de 103 años de existencia, incursionó en el metaverso alineada de la mano de la empresa de videojuegos Epic Games y, a través del videojuego en línea Fortnite, puso en venta a disposición de los jugadores ropa de la marca Balenciaga en una versión virtual de una Boutique de Balenciaga ubicada en el centro destacado Strange Times del Fortnite Creative y en contrapartida, las tiendas del mundo real de Balenciaga ponen en venta diseños de moda serie Fortnite por Balenciaga con el beneficio de poder desbloquear ropa virtual de marca Balenciaga del metaverso de Fortnite. En la tienda virtual de Balenciaga los jugadores tenían la opción de reunirse con otros jugadores amantes de la moda, cambiar la apariencia de sus avatares y agregar ropa de moda Balenciaga a su ajuar (Romagnoli, 2022). La última iniciativa conjunta entre estas empresas ha sido llevar al pico de la popularidad la zapatilla marca Speed de Balenciaga usando como modelo estrella de la campaña al perro Doggo, uno de los personajes más emblemáticos del videojuego Fortnite. Además de ir vestido en el juego con una sudadera marca Balenciaga, Doggo será protagonista en el mundo real de vallas publicitarias tridimensionales en video vestido con la mencionada sudadera, pantalón vaquero y portando las conocidas gafas onduladas de la marca Balenciaga. Otros tres personajes de Fortnite también cambiaron de apariencia para usar accesorios de moda marca Balenciaga con la posibilidad de transformarse a medida que se progresa en el juego: Banshee lleva un mono atigrado; Ramírez va con top de lentejuelas y vaqueros rotos; y Knight, luce las botas armadura de Balenciaga con sudadera de capucha y shorts (Yotka, 2022).

De igual modo Fenty Beauty la exitosa compañía de cosméticos lanzada por la artista cantante y ahora diseñadora Rihanna en el año 2017, ha solicitado diversos registros de marcas para identificar cosméticos y productos para el cuidado del cabello y la piel virtuales que serían comercializados en el metaverso bajo la tecnología de cadenas de bloques o *blockchains*. Los registros de marcas se han solicitado para distinguir productos virtuales descargables que comprenden cosméticos, maquillaje y accesorios para el cabello para su uso y comercialización en mundos virtuales en línea, tiendas minoristas, entornos en línea, tokens no fungibles (NFTs) y medios digitales. Sin embargo, la compañía también ha anunciado que planea ofrecer productos virtuales no descargables en línea en el metaverso, específicamente productos para el cuidado del cabello, accesorios para el cuidado de la piel, arte digital y fotografías para usar en entornos virtuales (Lim, 2022).

Otras celebridades no se han quedado atrás. Paris Hilton la afamada y polémica socialité, empresaria, modelo, actriz, cantante, diseñadora y *Disk Jockey* (DJ), ha construido su mundo virtual llamado "Paris World" en el metaverso de Roblox, la plataforma de videojuegos en línea donde los usuarios pueden crear sus propios mundos virtuales con el sistema de creación de juegos llamado Roblox Studios desarrollado por Roblox Corporation (Wikipedia, 2022). "Paris World" es una isla virtual que puede ser visitada por sus seguidores y fanáticos de forma gratuita y en donde hay una réplica de su fastuosa mansión de Beverly Hills incluida la increíble casa de sus mascotas pomerania y chihuahua llamada "Pinkfield", así como pueden observar una recrea-

ción de su boda con Carter Reum, inspirada en un carnaval de luces de neón. A la vivienda puede accederse virtualmente en auto e incluso en yate.

Además, también ha creado un parque de atracciones con una "P" gigante junto a una corona en rosa. En este, Paris Hilton ha ofrecido hasta un concierto a sus seguidores, en el que su avatar ejerció de DJ. Paris World incluirá la posibilidad de que los fanáticos puedan adquirir trajes virtuales o realizar un paseo virtual en moto acuática por la isla. Hilton espera atraer a sus fanáticos a la isla realizando actuaciones virtuales (Reuters, 2021). Trabajando con el diseñador Blake Kathryn también incursionó en el diseño y venta de tokens no fungibles (NFTs) de arte único. Vendida en una subasta en línea, la pieza más cara se vendió por más de 1,1 millones de dólares (820.000 libras). A decir de Paris Hilton "*el metaverso es un lugar en el que puedes hacer todo lo que quieras hacer en la vida real, pero en el mundo digital* "[según lo ha manifestado] *en sus redes sociales. La empresaria, que también ha lanzado una compañía de juguetes coleccionables digitales denominada Superplastic, también piensa que el metaverso será el "futuro de las fiestas"* (La Razón, 2022).

No son solo las compañías que están a la vanguardia de la moda y los artículos de lujo las que han expresado su interés en el metaverso. La mundialmente conocida cadena de comida rápida McDonald's Corporation tampoco ha sido ajena a incursionar visionariamente en el metaverso para defender sus marcas y ha solicitado varios registros para sus marcas emblemáticas para productos virtuales e inclusive para distinguir servicios de restaurante virtual con entrega a domicilio en la vida real**.** Es decir que, la idea es que, navegando en el metaverso, el usuario pueda solicitar un pedido de comida rápida y que este sea entregado en el domicilio del usuario en el mundo real con la posibilidad que sean pagados con criptomonedas para lo cual han venido desarrollando la idea de crear su propia moneda que se denominaría el "McCoin". En los planes de la compañía está desarrollar productos descargables de audio y vídeo y construir un McCafé que sirva de sala de conciertos**,** tanto reales como virtuales online. Además, trabajando con tokens no fungibles (NFTs) en el año 2021 ya habían lanzado una colección conmemorativa del cuarenta aniversario de su McRib en la que se incluyó NFTs de sus productos Big Mac, McFlurry, McNuggets, McCafe, entre otros, combinando el mundo real con el virtual (Mora, 2022).

Así también lo ha hecho el conocido equipo de fútbol París Saint-Germain (PSG) quien ha presentado diversas solicitudes de registros de marcas para proteger su nombre en el metaverso para ofrecer una serie de productos y servicios incluidos software descargable para la gestión de transacciones en criptomonedas usando la tecnología de cadena de bloques o *blockchain*, *software* descargable para generar llaves de criptomonedas para recibir y gastar criptomonedas, archivos de imágenes de cartas o tarjetas coleccionables descargables, archivos de imágenes de obras de arte descargables, souvenirs, billeteras criptográficas, vestimenta, calzado y sombrerería virtual, equipo deportivo, artículos electrónicos, grabaciones de audio y video descargables de eventos deportivos, archivos de multimedia descargables conteniendo textos, audio y video de eventos deportivos, maletines, juguetes y diferentes productos todos para su uso en el mundo virtual vinculados con tokens no fungibles bajo la tecnología de cadena de bloques con los cuales se puede autenticar su origen (Goschenko, 2022). Otros clubes deportivos como el Barcelona FC han anunciado sus planes de incorporar estas nuevas tecnologías para generar ingresos y reforzar la fidelización de sus fanáticos y seguidores en todo el mundo y ofrecer nuevos productos y servicios en el mundo virtual. Inclusive se piensa en la posibilidad de lanzar una criptomoneda emitida por el propio club en lugar del fan token $Bar que ya está disponible, emitido en sociedad con socios que permite a sus titulares ayudar al club a tomar decisiones y la oportunidad de ganar productos oficiales, experiencias VIP y otros beneficios (Zephyrnet, 2022). Un Fan Token es un activo digital creado en una *blockchain* (cadena de bloques) que otorga a su propietario acceso a un servicio que las organizaciones deportivas prestan a sus hinchas a través de la app Socios.com[17].

La Coca Cola Corporation tampoco se ha quedado atrás. El 5 de abril de 2022 anunció que lanzó al mercado una versión virtual de su gaseosa Coca Cola Zero Sugar Byte en el metaverso del videojuego en línea Fortnite, inclusive antes de que se encuentre físicamente en las tiendas del mundo real. Según declaraciones de la compañía, Coca Cola Zero Sugar Byte "*dará vida al sabor de los pixeles*" (Coca Cola, 2022) aunque no se ha explicado cómo lo hará se sostiene que este trascenderá los

17 Socios.com Global Partner of FC Barcelona. Los Fan Token de Barcelona ($BAR). Socios.com Global Partner of FC Barcelona. Recuperado el 2 de mayo de 2022 de https://fantoken.com/bar/es/.

mundos digital y físico. Para estos efectos, la Coca Cola Corporation se ha asociado con PWR una organización desarrolladora de videojuegos vinculada al uso de streetwear o ropa de calle desenfadada y juvenil y al encuentro de entretenimiento fundada por Lachlan Power, uno de los mayores *influencers* mundialmente reconocidos en videojuego y entretenimiento (https://teampwr.gg/about) a fin de crear una isla personalizada creada en el Fortnite Creative llamada "Pixel Point". Aquellos jugadores que desean ingresar a la isla pueden probar minijuegos con el tema de la Coca Cola así como experimentar en nuevo sabor de las bebidas por supuesto que, virtualmente; pero, eso no es todo. La lata de la bebida en el mundo real portará un código QR que permitirá al adquirente acceder a un juego de realidad aumentada en donde el jugador es un byte que tiene que unirse al logo de la Coca Cola superando una serie de obstáculos siendo el objetivo del juego mejorar el récord de tiempo en hacerlo de otros jugadores (Pettit, 2022).

Coca Cola no ha sido la primera bebida virtual lanzada al mercado. Poco antes lo había hecho Heineken con su cerveza virtual "Silver" presentada en el metaverso de Decentraland. La cerveza virtual se presentó en un evento de lanzamiento del producto en la fábrica virtual de Heineken, donde los invitados pudieron conocer cómo se elabora la cerveza en segundos, mientras disfrutaban de langosta y caviar pixelados y se codeaban con embajadores de Heineken, entre ellos el exfutbolista y ahora entrenador francés Thierry Henry en un ambiente diseñado por el artista callejero autodidacta español J. Demsky quien señaló que su intención fue

> Poder dar a la gente una forma de entender artísticamente a qué podría saber una bebida virtual, especialmente cuando se combinan todos los píxeles y la tecnología, lo que encaja perfectamente con lo que soy y con el arte que me gusta crear, así que espero que a la gente le encante mi interpretación de cómo podría ser la Heineken® Silver virtual si tuviera sabor (Heineken, 2022).

De todo lo expuesto, se puede concluir que el uso cada vez más intensivo de las marcas en el metaverso demanda una atención especial de sus titulares con el objeto de brindarles una cobertura de protección adecuada frente a estos desarrollos tecnológicos por lo que una primera recomendación sería la de revisar si la especificación de productos y servicios para los cuales están registradas las marcas y determinar si la descripción es lo suficientemente clara para cubrir los usos de los productos o la prestación de los servicios en el mundo virtual o si para ello es necesario solicitar nuevos registros con especificaciones más precisas.

En la práctica, los productos del mundo virtual vienen siendo registrados principalmente en la clase 9 de la Clasificación Internacional de Productos y Servicios, pero esto no es una cuestión definida a nivel mundial. Se dan casos en que son registrados en la clase natural a la cual pertenece el producto en el mundo real, controversia similar a la producida con los productos de *merchandising* que no pueden ser por el momento registrados en una sola clase obligando a las empresas titulares de las marcas a realizar registros multiclases o en cada clase de lo productos de que se trate. No está demás señalar que la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO), en cuanto a protección registral de los signos distintivos en el Metaverso muy recientemente, ha adoptado el criterio de considerar que los productos digitales en relación con el Metaverso, deberán de ser protegidos por medio de la clase 9 como un *software* y no en su clase natural. Desde luego, ello conlleva a que los titulares de marcas y, en especial, los agentes y abogados de propiedad intelectual deben esforzarse en asesorar a sus clientes en el correcto registro de las marcas para que la cobertura de su protección resulte adecuada para ofrecer el mejor nivel de protección legal y, por supuesto, agudizar y perfeccionar sus servicios de vigilancia de marcas publicadas a nivel mundial a fin de impedir que los piratas marcarios se apoderen indebidamente de las marcas ajenas o registren algunas similares en grado de confusión que perturben la normal comercialización de productos o prestación de servicios o puedan ocasionar la dilución injustificada del valor comercial de aquellas en el mundo virtual de uso cada vez más popular y que no tiene fronteras.

En esta línea, tratándose de productos de la clase 9 de la Clasificación Internacional que actualmente viene sirviendo como "cajón de sastre" de los registros que pretenden proteger marcas en el metaverso, será recomendable consignar frases tales como "productos virtuales descargables, a saber *software* representando prendas de vestir, calzado, sombrerería, gafas, maletas, mochilas, artículos deportivos, objetos de arte, juguetes, accesorios, etc., todos ellos para su uso en línea o uso en mundos virtuales vinculados con tokens no fungibles bajo la tecnología de cadena de bloques". Tratándose de servicios de la Clase 35 de la Clasificación Internacional se sugiere que los servicios de "retail" utilicen descripciones que incluyan frases como "servicios de reagrupamiento en beneficio de terceros de productos virtuales, a saber,

software representando prendas de vestir, calzado, sombrerería, gafas, maletas, mochilas, artículos deportivos, objetos de arte, juguetes, accesorios (con excepción de su transporte) para que los consumidores puedan examinarlos y comprarlos a su conveniencia; este servicio puede ser prestado por comercios minoristas". En el caso de servicios de la Clase 41 de la Clasificación Internacional se recomienda frases como "Servicios de entretenimiento, a saber, suministro de servicios en línea no descargables de prendas de vestir, calzado, sombrerería, gafas, maletas, mochilas, artículos deportivos, objetos de arte, juguetes, accesorios, para su uso mundos virtuales".

Independientemente del proceso de verificación de la especificación de productos y servicios de las marcas registradas para que la cobertura tenga la protección legal más adecuada y de la mejora de los servicios de vigilancia, otro tema que genera debate es si los usos no autorizados de las marcas en el mundo virtual pueden o no configurar una infracción a los derechos de los titulares sobre los respectivos signos distintivos, tema que se relaciona con las limitaciones al derecho exclusivo sobre las marcas conferido a su titular fundadas en consideraciones relativas al principio de la libertad de comercio y el llamado "agotamiento del derecho", esto es, la extinción del derecho de exclusiva que se produce cuando el titular de la marca introduce lícitamente en el mercado los productos signados con aquella perdiendo el control sobre su futuro destino. En estas circunstancias, el titular del derecho ya no puede impedir el uso, la reventa, la exportación o la importación de los productos y la circulación en el mercado de los productos legítimamente identificados con la marca que hayan sido lícitamente puestos en el comercio.

El asunto viene a colación por el hecho de que hay controversia respecto de si en el uso de las marcas en el metaverso se ha producido el agotamiento del derecho. En los Tribunales el asunto no ha sido dilucidado, aunque ya se encuentra en discusión. Por citar uno de los primeros casos de los que se tiene conocimiento, la multinacional del calzado y ropa deportiva Nike, Inc. ha demandado a la compañía StockX por la venta de tokens no fungibles (NFTs) que presuntamente infringen sus derechos exclusivos sobre sus marcas registradas. StockX es una empresa de mercado en línea en tiempo real revendedor de ropa, y zapatillas deportivas, accesorios y productos electrónicos como consolas de juegos, teléfonos inteligentes y hardware de computadora, que funge de intermediario en línea que conecta a vendedores y compradores ofreciendo una garantía de autenticidad y un precio actualizado para modelos siempre nuevos. La modalidad de negocios de esta empresa y el éxito alcanzado en corto tiempo consiste en atraer como su clientela a inversionistas interesados en adquirir los productos ofrecidos, pero no con el interés de consumirlos o tomar posesión de ellos de manera inmediata, sino más bien para especular posteriormente con su precio y mientras tanto los productos son depositados en bóvedas especiales de alta seguridad con ambientes climatizados.

Como parte de sus operaciones comerciales, StockX crea tokens no fungibles (NFTs) representando sus productos almacenados, entre ellos, algunos modelos de las zapatillas de la marca Nike, entre ellos el Dunk Low. Estos tokens no fungibles (NFTs) son destinados a certificar la propiedad y autenticidad de bienes tangibles depositados en las bóvedas especiales y pueden ser transferidos con lo cual se transfiere la propiedad de los bienes depositados en las bóvedas especiales de StockX. En su demanda, Nike sostiene que los tokens no fungibles, al reproducir sus marcas registradas, configuran una violación a los derechos exclusivos conferidos a las marcas. Asimismo, sostiene que se induce a error o confusión al consumidor respecto del origen de los productos de Nike con los tokens no fungibles (NFTs) que representan las zapatillas de Nike. También se argumenta que estos últimos perjudican la posibilidad de Nike de generar sus propios NFTs con un valor potencial. En un alegato posterior a la presentación de la demanda argumenta que adquirió cuatro pares de zapatillas Nike en StockX y se dio con la sorpresa que eran falsificadas no obstante que dichas zapatillas portaban una etiqueta puesta por la demandada StockX que certificaba la autenticidad y originalidad de las mismas (McDowell, 2022).

Por su parte, la emplazada StockX, contestó la demanda manifestando que los tokens no fungibles (NFTs) generados, si bien representan imágenes de las zapatillas de Nike, simplemente constituyen una forma de representar la titularidad de los derechos de propiedad sobre los bienes físicos constituidos por las zapatillas originales depositadas en sus bóvedas especiales y que, por ende, no se produce un uso de las marcas registradas a título de marca por lo que no se produce infracción alguna a los derechos de Propiedad Industrial de Nike. Asimismo, se sostuvo que, respecto de las zapatillas Nike depositadas en sus bóvedas especiales, son productos originales que fueron puestos lícitamente en el comercio y que, por tanto, respecto de ellos, se ha producido el agotamiento del derecho y

en tal sentido, la demandante ha perdido el control sobre su futuro destino, tal como ocurre con cualquier producto adquirido en una fábrica o tienda que luego es revendido por su adquirente sin que ello pueda constituir una infracción a los derechos de Propiedad Industrial.

Sobre la autenticidad de los productos StockX sostuvo que toma muy en serio los derechos de los consumidores y que por ello sus productos reales son adquiridos por canales oficiales de venta dejando entrever que, si hay alguna falsificación, esta se produce desde dichos canales oficiales de comercialización (Wynne, 2022). Se espera que una decisión de los tribunales norteamericanos sobre el asunto controvertido pueda contribuir a definir el alcance de los derechos marcarios en el metaverso.

8. Metaverso y Derechos de Autor

En el ámbito del derecho de autor el metaverso ofrece a los creadores de obras, interpretaciones y ejecuciones, un nuevo espectro de oportunidades de acción amén de la posibilidad infinita de conectarse a un sinnúmero de personas a través de avatares y hologramas que les brindan nuevas audiencias para la difusión de sus creaciones, interpretaciones y ejecuciones antes restringidas a espacios físicos. Este nuevo escenario conlleva desafíos diversos a los derechos de propiedad intelectual.

El metaverso provee a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos de nuevos espacios en los que se pueden difundir las creaciones intelectuales, interpretaciones y ejecuciones ampliando la audiencia potencial de sus seguidores. Son varios los artistas que han incursionado organizando exitosas presentaciones en el metaverso que han sido seguidas por millones de usuarios en el mundo. Baste citar como ejemplos los conciertos organizados en la plataforma del metaverso del Fortnite por la estrella del pop Ariana Grande, el rapero Travis Scott y Marshmello. El concierto de Travis Scott concitó 11,7 millones de espectadores y el de Ariana Grande nada menos que 78 millones llevando al servicio de juegos online a niveles nunca vistos en la red (Venegas, 2021).

Asimismo, este mundo virtual abre paso a la proliferación de "*coolhunters*" o creadores de tendencias, es decir, aquellos profesionales encargados de investigar los estilos de vida, pensamientos, emociones, y los consumos más demandados de las personas y que, a, decir de la Economipedia, es "la persona encargada de hacer predicciones sobre los cambios o referentes que se producen en determinados sectores como moda, tienda, turismo entre otros" (Peiró, 2020). Todos estos nuevos espacios de la difusión potencial de las creaciones intelectuales, interpretaciones y ejecuciones requieren una especial atención de los abogados de propiedad intelectual particularmente en lo que se refiere a establecer los mejores términos de los contratos de licenciamiento y de cesión de los derechos de autor de comunicación pública y de reproducción tomando en cuenta la virtualidad del metaverso, así como en la supervisión y persecución de las nuevos y diferentes problemas logísticos y técnicos cuya solución no es siempre sencilla. Por ejemplo, es usual que las tarifas por el uso de obras protegidas por el derecho de autor se fijen en función a la modalidad pay-per-view o pago por subscripción pero en el metaverso rastrear los distintos usos de la propiedad intelectual puede resultar problemático tanto para los licenciantes como para los licenciatarios sea por la multiplicidad y variedad de usos posibles como por el hecho de las variadas plataformas de metaversos existentes o por crearse así como los dispositivos diversos para conectarse lo que a su vez se manifiesta en dificultades para su control y fiscalización.

Como se sabe, el derecho de autor protege toda creación del ingenio humano de carácter creativo en los dominios de lo literario y lo artístico, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. Y, las diversas plataformas de los metaversos en muchos casos proveen al usuario herramientas y aplicaciones que permiten a estos últimos crear sus propios contenidos que en muchas ocasiones pueden resultar en obras protegibles por los derechos de autor. Ahora bien, el ejercicio pleno de los derechos exclusivos que el autor tiene sobre sus creaciones generadas dentro del metaverso puede verse perturbado por acciones del proveedor del metaverso, quien podría unilateralmente eliminar o censurar el contenido creado por el usuario que pudiera estar protegido por el derecho de autor.

En un caso ya comentado en la nota 14, un grupo de usuarios del metaverso Second Life demandaron a su proveedor Linden Lab, creadora de la plataforma, alegando que habían cancelado unilateralmente sus cuentas de usuarios de Second Life privándoseles ilegalmente de sus propiedades virtuales que en este caso eran activos y la criptomoneda Linden dólar que habían adquirido como usuarios de la plataforma. Por extensión, bien podría ocurrir una situación similar respecto de las creaciones intelectuales creadas por los usuarios del metaverso que pudieran estar protegidas por los derechos de autor. Situaciones como la narrada

deben ser tomadas en cuenta tanto por los proveedores del servicio del metaverso como por los usuarios que potencialmente pueden crear obras protegidas por el derecho de autor en el mundo virtual con las aplicaciones y herramientas que el propio metaverso pone a su disposición, a los efectos de que los contratos para la provisión del servicio o de licenciamiento tengan reglas claras y reglamenten los pasos y condiciones que deben seguirse y cumplirse para eliminar o censurar el contenido creado por el usuario que pudiera estar protegido por el derecho de autor ya que, por el momento, no existen normas legales específicas que establezcan cómo solucionar esta clase de controversias. Lo mismo puede decirse respecto de las reglas y condiciones que deberían seguirse para censurar o eliminar contenidos que son infractores de los derechos de autor generados por los usuarios del metaverso. Baste señalar a este respecto que tardó un buen tiempo consensuar la legalidad de los pedidos de remoción de los sitios web de internet de aquellas obras protegidas por el derecho de autor subidas sin la autorización de uso de sus titulares debido a la falsa creencia tan extendida de que todo lo que circula en la internet es de libre uso.

Independientemente de la problemática antes esbozada, cabe manifestar que los tokens no fungibles (NFTs) que representan obras creativas constituyen un nuevo canal para la comercialización de obras intelectuales. La potencial interoperatibilidad de los tokens no fungibles (NFTs) que representan obras creativas que pueden trasladarse de una plataforma de metaverso a otra distinta también requerirá que se defina en los contratos de licenciamiento el alcance espacial de la licencia, esto es, si los derechos de uso abarcarán solamente a la plataforma del metaverso donde inicialmente se acuñaron los tokens no fungibles (NFTs) o si estos pueden llevarse a plataformas de otros metaversos. De otro lado, el valor potencial que puede alcanzar un NFT que representa una obra intelectual de arte digital, especialmente para las obras de arte como objetos coleccionables, ha generado el llamado "*minting*" no autorizado de estas obras.

Así como cada obra de arte en el mundo real es única e irrepetible, pues solamente existe una obra original y las demás reproducciones son copias, los tokens no fungibles (NFTs) que representan obras de arte digital que también son únicas diferentes y coleccionables. Por el "*minting*" no autorizado se reproducen indebidamente tokens no fungibles (NFTs) que contienen las obras de arte digitales y en esa medida se produce nuevas modalidades de infracción a los derechos de autor. Un casi sonado en el que se cruzan las fronteras de los derechos de autor con los derechos de marcas es el de la demanda que la afamada empresa de moda Hermès ha interpuesto ante un Tribunal Federal de Manhattan, Nueva York, contra el artista Mason Rothschild por haber creado tokens no fungibles (NFTs) con imágenes de sus emblemáticos bolsos Birkin sosteniendo que tal acto configura una violación de sus derechos marcarios y genera un enriquecimiento indebido del imputado infractor. El artista se defiende de la acusación alegando que él habría creado obras de arte digital que representan los bolsos Birkin imaginarios cubiertos de piel y que sus obras están amparadas por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que protege y garantiza la libertad de expresión**,** ya que, los NFT que están vendiendo representan a la marca desde una perspectiva crítica sobre aspectos como la crueldad animal y se evidencian desde el punto de vista artístico (Escobar, 2022).

La solución a estas controversias no es fácil y requerirá planteamientos ingeniosos de los abogados patrocinantes y un análisis concienzudo de los operadores del derecho. Por ejemplo, en el caso de E.S.S. Entertainment 2000 Inc. versus Rock Star Videos, Inc., MMM Rock Stars Games, Inc. y Take-Two Interactive Software, Inc., la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito determinó que la reproducción del logotipo y del diseño exterior de un club de striptease en un videojuego no infringía los derechos del dueño de la marca de dicho establecimiento ni sus derechos sobre el trade dress o apariencia del referido local. La reproducción había tenido lugar en el conocido videojuego The Grand Theft Auto en cuya serie se imitaba, entre otras, la ciudad de Los Ángeles que en el juego se llamaba Los Santos, y en cuyo centro se ubicaba el local de striptease Play Pen Gentlemen's Club, cuyo logotipo y fachada del establecimiento era reproducido en el juego. La demandante alegaba la violación de los derechos sobre su marca y sobre el trade dress de su establecimiento. Los demandados argumentaron que el uso de la marca y trade dress no era un uso a título de marca ya que no era susceptible de producir confusión en el consumidor ni competencia comercial e invocaron la doctrina del fair use o uso justo y leal y la aplicación de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos referida a la libertad de expresión. La Corte desestimó la demanda amparada en la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (E.S.S. Entertainment 2000 Inc. versus Rock

Star Videos, Inc., MMM Rock Stars Games, Inc. y Take-Two Interactive Software, Inc., 2008).

En otro caso parecido, el fabricante de camiones AM General LLC demandó a Activision Blizzard, Inc., Activision Publishing, Inc. y a Major League Gaming Corp., ante la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York alegando infracción a sus derechos de marca, *trade dress* competencia desleal, falsa designación de origen, publicidad engañosa y dilución de su marca bajo la Lanham Act o Ley de Marcas de los Estados Unidos de América. La demandante argumentó que el vehículo militar todoterreno 4x4 multipropósito conocido como Humvee emblemático del ejército norteamericano que era fabricado por su empresa por contrato con el gobierno, había sido reproducido por los demandados en el popular juego Call of Duty sin su autorización, precisando que películas como Jurassic Park, The Avengers y The Hurt Locker y series de televisión como Los Simpson y The Walking Dead, sí habían obtenido licencia para su reproducción. En parte del juego, hay escenas en las que los jugadores manejan virtualmente el Humvee y disparan la ametralladora desde su torreta, e inclusive no pueden subir de nivel de no interactuar con el Humvee.

Sin embargo, al igual que el caso anteriormente comentado, la Corte encontró relevancia artística en la reproducción y que el uso se encontraba amparado por la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América argumentando que la representación de los vehículos militares Humvee le daba sensación de realidad al videojuego[18].

No es posible determinar en qué medida estos precedentes que involucran a los videojuegos pueden ser aplicables a casos en el metaverso pues si bien la relevancia artística puede tener sentido en el contexto de los videojuegos en el metaverso esto pudiera resultar distinto debido a que en el metaverso se pretende imitar completamente la realidad.

9. Conclusiones

Las reglas del mundo físico que conocemos no siempre serán aplicables a este mundo nuevo virtual lo que nos obligará a replantearlas o adaptarlas para que exista un orden legal adecuado.

Dada la difuminación de las fronteras territoriales producidas en el metaverso la protección de la propiedad intelectual requerirá encontrar soluciones de carácter internacional para la dilucidación de las controversias del mundo virtual y posiblemente el establecimiento de una legislación y de registros con valor internacional para prevenir la piratería y la competencia desleal.

La comercialización de bienes y prestación de servicios virtuales, así como el uso intensivo de la propiedad intelectual en el metaverso entrañará adoptar medidas ingeniosas para su utilización y explotación.

La tendencia legal apunta a la celebración de contratos de licencias que involucrarán simultáneamente temas sobre marcas registradas, derechos de autor, uso de patentes, publicidad y merchandising, en los que se deberá contemplar el alcance y la amplitud de uso de los derechos licenciados y las medidas que se deben adoptar en el caso de infracciones a la propiedad intelectual, lo que requerirá de los abogados y asesores legales conocimientos especializados en una diversidad de áreas de práctica profesional.

Las empresas titulares de derechos de Propiedad Intelectual y los agentes y abogados especializados en la materia deben revisar que la cobertura de su protección resulte adecuada para ofrecer el mejor nivel de protección legal y, desde luego, agudizar y perfeccionar sus servicios de vigilancia de marcas publicadas a nivel mundial a fin de impedir que los piratas se apoderen indebidamente de sus elementos de propiedad intelectual y perturben la normal comercialización de productos o prestación de servicios en el mundo virtual cada vez más popular y que no tiene fronteras.

La evolución dinámica de la propiedad intelectual y de las Tecnologías de la Información exigirá a los abogados dedicados a estas materias un mayor compromiso, dedicación y preparación a fin de estar en la capacidad de responder a los retos que se deberán enfrentar en el metaverso.

18 AM General LLC v. Activision Blizzard, Inc., et al, 1:17-cv-08644, Nº 218, New York Southern District Court. (31 March 2020). Recuperado el 22 de mayo de 2022 de https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--17-cv-08644/AM_General_LLC_v._Activision_Blizzard_Inc._et_al/218/.

Referencias bibliográficas

Bracho, L. (12 de abril de 2022). Meta enfoca su nueva moneda digital en Horizon Worlds, la app de realidad virtual. *Noticiero Bitcoin*. https://noticierobitcoin.net/noticia/meta-enfoca-su-nueva-moneda-digital-en-horizon-worlds-la-app-de-realidad-virtual/.

Bastian, M. (26 de marzo de 2022). *Near 7 million people have visited Nike's metaverse store*. Mixed News. Virtual Reality. https://mixed-news.com/en/nearly-7-million-people-have-visited-nikes-metaverse-store/.

Biurrun, A. (29 de octubre de 2021). La patente de Apple contra el metaverso de Zuckerberg. *La Razón*. *Tecnología.* Recuperado el 19 de abril de 2022 de https://www.larazon.es/tecnologia/20211029/vshycxaj7vd4xiqq26mptrtzju.html

Burrone, E. (2003). *Antes de lanzar un producto: evalúe su libertad de acción*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). http://www.wipo.int/sme/es/documents/freedom_to_operate.htm.

Cáceres, I. (18 de febrero de 2022). Horizon, la plataforma de realidad virtual de Facebook y ventana a su idea del metaverso, alcanza los 300,000 usuarios. *Business Insider*. https://www.businessinsider.es/horizon-primer-metaverso-facebook-alcanza-300000-usuarios-1014515.

Clayton, M. (29 de enero de 2022). Mother says she was virtually groped by three male characters within seconds of entering Facebook's online world metaverse. *Mail Online* https://www.dailymail.co.uk/news/article-10455417/Mother-43-avatar-groped-three-male-characters-online-Metaverse.html.

Coca Cola (10 de abril de 2022). La estrategia de Coca-Cola en el metaverso. [Archivo de video]. YouTube. Recuperado el 2 de mayo de 2022 de https://www.youtube.com/watch?v=KV7fsO0RX1A.

CoinYuppie. (15 de febrero de 2022). *A glimpse into LV: how luxury brands enter the Metaverse.* https://coinyuppie.com/a-glimpse-into-lv-how-luxury-brands-entered-the-metaverse/.

Encila, J. (2022). Louis the Game: Louis Vuitton NFT game racks up more than 2 million downloads. Bitcoinist Cryptocurrency News & Technology. https://bitcoinist.com/louis-vuitton-nft-game/

Entrepeneur (18 de abril de 2022). Louis Vuitton lanzará más NFT's y dos niveles más de su juego Louis: The Game. Entrepeneur. https://www.entrepreneur.com/article/425075.

Escobar Escobar, N. (16 de Mayo del 2022). *Pleito entre la marca Hermès y el creador de NFT Mason Rothschild por MetaBirkins.* https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/pleito-entre-la-marca-hermes-y-el-creador-de-nft-mason-rothschild-por-metabirkins-3364221.

Goschenko, S. (23 de marzo de 2022). Paris Saint-Germain Soccer Club files trademark to get into the metaverse and NFTs. *Bitcoin.com News*. https://news.bitcoin.com/psg-fc-files-trademark-application-to-get-into-metaverse-and-nfts/.

Hachman, M. (3 de febrero de 2022). *Microsoft CEO: The metaverse is just games, really.* PCWorld. https://www.pcworld.com/article/611678/microsoft-ceo-the-metaverse-is-just-games.html.

Hayward, A. (23 de abril de 2022). *Nike lanza sus primeros zapatos NFT que evolucionan en el metaverso: Los Cryptokicks.* Decrypt Noticias NFT. https://decrypt.co/es/98512/nike-lanza-sus-primeros-zapatos-nft-que-evolucionan-en-el-metaverso-los-cryptokicks

Hayes, A. (2022) *Blockchain explained.* Investopedia. de https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp.

Heineken (17 de marzo de 2022). *La primera cerveza virtual ya está aquí: Salud a Heineken Silver.* Cision PR Newswire. https://www.prnewswire.com/es/comunicados-de-prensa/la-primera-cerveza-virtual-ya-esta-aqui-salud-a-heineken-r-silver-884159182.html.

Herrera, H. (4 de febrero de 2022). *Una mujer denuncia haber sido "violada virtualmente" en el metaverso de Facebook.* La Razón, Sección Tecnología. https://www.larazon.es/sociedad/20220204/gzg6k47hvrdqpiwmdrl-nfdcbpm.html.

IAT (s.f.). Realidad Aumentada. ¿Qué es? Características y tipos. IAT. https://iat.es/tecnologias/realidad-aumentada/.

Kondoudis, M. (21 de Marzo de 2022) *PSG is in the metaverse! French Football Club Paris Saint-Germain has filed a trademark application covering NFT backed multimedia, Crypto wallets, Managing cryptocurrency transactions, Virtual clothing, sport gear, and electronics. Twitter. https://twitter.com/KondoudisLaw/status/1505875167062499331?ref_src=twsrc%5Etfw%7C*twcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1505875167062499331%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Ffinbold.com%2Fparis-saint-germain-f-c-ventures-into-nfts-and-the-metaverse-with-trademark-filing%2F.

La Razón. (3 de febrero de 2022). *Paris Hilton ya está en el metaverso: Tiene una mansión… Y hasta da conciertos!* https://www.larazon.es/lujo/20220203/wohojreyojd5bjhpiqytz4euey.html

León y León Duran, G. A. (s.f.). *Derecho de Marcas en la Comunidad Andina. Análisis y Comentarios.* Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, T. I, p. 95

Lim, J. (21 de marzo de 2022). *Fenty Beauty set to enter metaverse with virtual trademark applications.* The Industry.beauty. https://www.theindustry.fashion/fenty-beauty-set-to-enter-metaverse-with-virtual-trademark-applications/.

Lowood, H. E. (20 de marzo de 2023) *Virtual Reality.* Britannica. https://www.britannica.com/technology/virtual-reality.

Luzuriaga & Castro Abogados (23 de marzo de 2022). D*esarrollo de Patentes en miras del Metaverso*. Comunicaciones L&C.https://luzuriagacastro.com/desarrollo-de-patentes-en-miras-al-metaverso/

Maldonado, Jennifer (24 de marzo de 2022). *Amazon, Meta, Microsoft y Google, los cuatro gigantes del metaverso.* Observatorio Blockchain. https://observatorioblockchain.com/metaverso/amazon-meta-microsoft-y-google-los-cuatro-gigantes-del-metaverso/.

McDowell, M.. (1 de abril de 2022). *StockX says Nike shows "fundamental misunderstanding" of NFTs in lawsuit.* Vogue Business. https://www.voguebusiness.com/technology/stockx-says-nike-shows-fundamental-misunderstanding-of-nfts-in-lawsuit.

Muñoz Moreno, P. (17 de diciembre de 2021). *Metaverso: Análisis desde la perspectiva de la propiedad industrial e intelectual.* Adefinitivas. https://adefinitivas.com/ademas/metaverso-analisis-desde-la-perspectiva-de-la-propiedad-industrial-e-intelectual-a-cargo-de-paula-munoz-moreno/

NPR (12 de mayo de 2022). *What is StockX and why is Nike suing them?.* NPR. https://www.npr.org/2022/05/12/1098426367/stockx-nike-lawsuit-sneakers#:~:text=Nike%20said%20in%20a%20federal,of%20the%20shoes%20is%20'100%25

Peiró, R. (2020). *Cazador de tendencias (Cool hunting).* https://economipedia.com/definiciones/cazador-de-tendencias-coolhunting.html.

Pérez, H. (12 de abril de 2022). *Meta está probando funciones para la venta de artículos digitales en su metaverso.* Diario Bitcoin. https://www.diariobitcoin.com/metaverso/meta-esta-probando-la-venta-de-articulos-digitales-en-horizon/.

Pettit, H.. (5 de abrilde 2022). *Coca-Cola launches virtual drink inside the metaverse and you can try it today. The Sun.* New York Post. https://nypost.com/2022/04/05/coca-cola-launches-virtual-drink-inside-the-metaverse/.

Quintero, C.. (24 de diciembre de 2021). *Nike acelera su evolución hacia el metaverso con la compra del estudio RTFKT.* Marketing Ecommerce. https://marketing4ecommerce.net/nike-acelera-su-evolucion-hacia-el-metaverso-con-la-compra-del-estudio-rtfkt/.

Radu, Alex (4 de abril de 2022). *First impressions of the new AWS Cloud Quest: Cloud Practitioner adventure. AWS Community Builders.* https://dev.to/aws-builders/first-impressions-of-the-new-aws-cloud-quest-cloud-practitioner-adventure-4bco.

Real Academia Española (2022). Avatar. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. https://dle.rae.es/avatar.

Reuters (2021). *Paris Hilton lanza el metaverso "Paris World" en Roblox.* Cultture. https://www.cultture.com/100957-paris-hilton-lanza-el-metaverso-paris-world-en-roblox.

Revoredo, D. (1994). *La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica*. Revista Themis (30), 231-241. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/11446/11964/.

Rojas, R. (2022). *DriCloud, primer software médico dentro del metaverso.* Saludiario. https://www.saludiario.com/dricloud-primer-software-medico-dentro-del-metaverso/?amp=

Romagnoli, Rumble. (2 de marzo de 2022). *Discover three pioneers of luxury fashion in the metaverse.* The Drum Network. https://www.thedrum.com/opinion/2022/03/02/discover-three-pioneers-luxury-fashion-the-metaverse.

Significados (2022). Significado de Holograma. https://www.significados.com/holograma/.

Venegas, D.. (11 de agosto de 2021). *Ariana Grande supera a Travis Scott y rompe récord en su concierto en Fortnite.* Minuto México. https://www.minutomexico.mx/entretenimiento/2021/8/11/ariana-grande-supera-travis-scott-rompe-record-con-su-concierto-en-fortnite-890.html.

Wikipedia (2022). Metaverso. https://es.wikipedia.org/wiki/Metaverso.

Wikipedia. (2022). Roblox. https://es.wikipedia.org/wiki/Roblox.

Yotka, S. (21 de septiembre de 2021). *Balenciaga y Fortnite se alían en una colaboración que irá de lo digital a lo físico.* Vogue. https://www.vogue.es/moda/articulos/balenciaga-fortnite-colaboracion-digital-prendas.

Zephyrnet. (5 de marzo de 2022). *El FC Barcelona se adentra en el metaverso y las NFT.* https://zephyrnet.com/es/fc-barcelona-para-entrar-en-metaverso-y-nfts/.

Contratos que hacen referencia a los rivales y el bien jurídico protegido por la libre competencia

— Mario Ybar Abad —

Resumen

El análisis de las restricciones verticales en sede de libre competencia se ha efectuado principalmente mediante una ponderación, caso a caso, de los efectos anticompetitivos y las posibles eficiencias emanadas de la conducta investigada. Ello constituye una consecuencia natural de la concepción de esta rama del derecho como un medio para propiciar el bienestar del consumidor y la eficiencia económica.

Con todo, en los últimos años, ha tomado fuerza en la Corte Suprema chilena una visión conforme a la cual el derecho de la competencia tiene por objeto fundamental garantizar la libertad de los competidores.

Ante dicho nuevo enfoque, toma especial relevancia el análisis de una modalidad particular de acuerdos verticales: los contratos que hacen referencia a rivales, en tanto, por su propia naturaleza, limitan la libertad de terceros.

En el presente documento, se analizan los principales contratos que hacen referencia a rivales, sus potenciales efectos en los mercados afectados y cómo su análisis podría fluctuar según como el péndulo se mueva desde una libre competencia destinada a proteger el bienestar el consumidor –según se entiende mayoritariamente en la actualidad– hacia una que opere como garante de la libertad de competencia.

Palabras clave

Restricciones verticales, rivales, libertad económica, cláusula de nación más favorecida, cláusulas de exclusividad, anti-steering, igualación de precios, meet or release.

Abstract

The analysis of vertical restraints has been carried out mainly through a weighting, case by case, of its anticompetitive effects and likely efficiencies. This is a natural consequence of the conception of competition law as a means to promote consumer welfare and economic efficiency.

However, in recent years, a different view has gained strength in the Chilean Supreme Court, according to which, the main goal of competition law is to safeguard the freedom to compete in the market.

Given this new approach, the analysis of a particular type of vertical agreements takes on special relevance: contracts that refer to rivals, since, by their very nature, they limit the freedom of third parties external to the agreement.

This document analyses the main contracts that refer to rivals, their potential effects on the markets and how its analysis could be subject to changes as the pendulum swings from a competition law aimed at protecting consumer welfare –as currently widely understood– towards a competition law which main goal is to protect the freedom to compete.

Keywords

Vertical restraints, rivals, economic freedom, most favoured nation clauses, exclusivity clauses, anti-steering, price matching, meet or release clauses.

* Counsel y director de la práctica de libre competencia del Estudio Garrigues. Máster en Derecho por el University College London (UCL), Reino Unido. Cuenta con una dilatada experiencia en litigación e investigación de temas de libre competencia. Entre los años 2003 y 2019 se desempeñó en la Fiscalía Nacional Económica donde, entre otros, ejerció los siguientes cargos: Fiscal Nacional (S), Subfiscal, Jefe de Fusiones y Estudios, Subjefe de Investigaciones.

I. Restricciones Verticales

Introducción

Las restricciones verticales constituyen acuerdos de carácter contractual que se insertan en el marco de una relación entre dos entidades económicas que operan en distintos eslabones de la cadena productiva, comúnmente, proveedor y distribuidor. En virtud de ellas, las partes regulan elementos comerciales que se extienden más allá de la mera determinación del precio de la transacción.

Las restricciones verticales pueden abarcar provisiones relativas a los esquemas de pago –como tarifas no lineales, descuentos por volumen, *rebates*, entre otros– o afectar los derechos de cada parte –fijación de precios de reventa (RPM por su siglas en inglés), cantidades mínimas de compra, exclusividades, empaquetamientos, entre otros– (OCDE, 2013).

La función principal de este tipo de cláusulas es solucionar los problemas de coordinación que puedan surgir en el marco de una relación de esta naturaleza. De este modo, las restricciones verticales constituyen mecanismos para eliminar la desalineación de incentivos entre las partes permitiendo a estas alcanzar beneficios conjuntos superiores. Si ello beneficia o no a consumidores y a la competencia, dependerá tanto del tipo de restricción utilizada, de las partes que lo establecen y de las características propias del mercado en que se desarrolle la misma (Rey, 2012).

Considerando los potenciales efectos procompetitivos que podrían tener –como evitar la doble marginalización, incentivar inversiones e innovación y la provisión óptima de servicios–[1], las restricciones verticales no han sido prohibidas por sí mismas y la visión desde el punto de vista de la libre competencia respecto de estas durante las últimas cuatro décadas ha oscilado entre presumirlas procompetitivas y analizarlas caso a caso, según la regla de la razón.[2]

Así, por ejemplo, la mirada más conservadora al derecho de la competencia, representada principalmente por la denominada "Escuela de Chicago", ha revestido este tipo de acuerdos con una suerte de presunción de eficiencia en el entendido que si existe una única renta monopólica, cualquier convención que afecte un mercado distinto a aquel en que se goza de poder de mercado, no puede, sino, resultar inocua y, muy seguramente, procompetitiva.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha tendido a dar una mirada más neutral a las restricciones verticales, en el entendido de que si bien las mismas constituyen una fuente de eficiencia que puede incrementar los grados de competencia en los mercados, en determinadas ocasiones, resultan aptas para lesionar la misma mediante riesgos de carácter exclusorio y/o explotativo.

Marco de análisis

Sea bajo la mirada asociada a la Escuela de Chicago o a aquella más tradicional, el análisis de las restricciones verticales se realizará siempre bajo la lógica de la regla de la razón.

En términos generales, dicho análisis se estructura en tres partes, siendo la primera de ella referente a la participación de mercado de las partes del acuerdo, luego, se analizan los efectos anticompetitivos del mismo; y, por último, las eficiencias asociadas a la restricción, las que deben ser suficientes para contrarrestar los efectos anticompetitivos detectados.

La primera etapa de análisis consiste, básicamente, en descartar que algunas conductas puedan tener efectos anticompetitivos basados en el tamaño de las empresas que adoptan dichas restricciones. Así, se han consagrado puertos seguros (*safe harbours)*, de modo que si un determinado proveedor o comprador no supera el porcentaje de mercado establecido, entonces la cláusula establecida no puede ser ilícita, ya que no resulta apta para distorsionar la competencia en el mercado.

De este modo, por ejemplo, en la Unión Europea quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE (acuerdos anticompetitivos) los acuerdos verticales suscritos por empresas cuya

1 Pudiendo también conceptualizarse como la eliminación del *hold-up problem* y el *free-riding* (FNE, 2014, p.19).

2 "Las Directrices relativas a las restricciones verticales" (Texto pertinente a efectos del EEE) (2010/C 130/01), señalan: "La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia, por efecto, deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios".

cuota de mercado no exceda del 15%, lo que se conoce como la regla de *minimis*.

Adicional a ello, en el caso particular, existen las exenciones de categoría o *block exemptions*, en virtud de las cuales se aplica una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En consecuencia, se presume que el acuerdo es lícito en medida que ninguna de las partes de la relación vertical tenga participaciones que excedan el 30% de los mercados involucrados. En este punto, es importante aclarar que los mercados involucrados serán aquellos en los que se venden los bienes, por un lado, y aquellos en los que se compran, por el otro[3].

En una segunda etapa, se analizan los efectos anticompetitivos actuales o potenciales de la conducta, con especial énfasis en los efectos exclusorios que la misma puede provocar. La carga de la prueba respecto de cómo la restricción vertical afecta la competencia recaerá siempre en el demandante y la dificultad asociada a determinar dicho impacto implica un obstáculo difícil de superar por este último.

Finalmente, en la tercera etapa, se analizan las eficiencias propias de la conducta invocadas por el demandado y la proporcionalidad de dicha justificación, entendiéndose por esta que dichas eficiencias no puedan ser alcanzadas por medios menos restrictivos de la competencia.

En síntesis, acreditada la dominancia o poder de mercado, el análisis del sentenciador consistirá en la realización de una ponderación entre efectos anticompetitivos y eficiencias para determinar si, en definitiva, la conducta será capaz de afectar la competencia en el mercado afectado.

El advenimiento del movimiento Neo-Brandesiano

Durante el año 2017, de la mano de autores tales como Lina Khan (2017), actual Comisionada de la Federal Trade Commission y Tim Wu (2018), irrumpió con fuerza en la academia y en la opinión pública una corriente de pensamiento denominada como movimiento neo-Brandesiano, que vino a revivir el debate sobre finalidad de la libre competencia, desafiando el consenso imperante sobre el bienestar del consumidor y la eficiencia económica como estándar de análisis de las conductas anticompetitivas.

Dicho movimiento propugna un rol mucho más activo para la libre competencia que el de servir de vigilante de la eficiencia y del bienestar del consumidor. Para sus representantes, la libre competencia también tiene un rol político que jugar, referido a la democratización de los mercados, y en ese sentido el énfasis debe estar mucho más puesto en el proceso competitivo que en sus resultados.

Con todo, debe advertirse que esta visión de la libre competencia en ningún caso constituye una creación reciente. En efecto, buena parte de sus premisas ideológicas han sobrevivido en el ADN analítico de muchas cortes generalistas durante toda la época de supuesto consenso en torno al bienestar del consumidor como fundamento de la libre competencia.

Así, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema Chilena ha señalado reiteradamente en fallos recientes que la finalidad de la legislación antimonopolios "no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica"[4]. Lo señalado, ha sido sintetizado en varias ocasiones mediante la siguiente cita al jurista español Joaquín Garrigues: "Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores" (1964, p.12).

El objeto, entonces, de este artículo es anticipar cómo esta renovada mirada de la libre competencia podría afectar el tratamiento que se otorga en esta sede a las restricciones verticales. Nuestra tesis es que si esta visión de la normativa sigue ganando terreno, ello tendrá un impacto significativo en un segmento particular de restricciones verticales, a saber, los contratos que hacen referencia a rivales ("CRR").

3 Si bien en Chile no existe estrictamente el concepto, en su Guía para el análisis de restricciones verticales (la "Guía") se reconoce que una restricción vertical será lícita cuando la participación de mercado del vendedor en el mercado de productos o servicios abarcados en el contrato son vendidos y la participación de mercado del comprador en el mercado donde dichos bienes y servicios son comprados es de 35% o menos, respectivamente. Se establece que una vez que ambas condiciones se cumplen, la autoridad de competencia nacional no abrirá una investigación o cerrará la investigación ya iniciada. Sin embargo, la misma Guía reconoce que este análisis de aparente legalidad puede verse distorsionado por diversos factores, sin perjuicio que será la autoridad, de manera explícita, la que señale cuándo y por qué tal presunción no es aplicable (FNE, 2014, pp. 7-8).

4 Corte Suprema, Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discount de Transbank S.A., rol 24828-2018, sentencia de 27 diciembre 2019, c 2°.

II. Contratos que hacen referencia a rivales

Los CRR son por esencia restricciones verticales que, explícita o implícitamente, afectan a un tercero ajeno a la relación contractual de las partes, el cual normalmente es un competidor del proveedor, distribuidor, o cliente afectado por dicha restricción.

Dicha modalidad contractual ha llamado particularmente la atención en mercados digitales y de plataformas, donde este tipo de cláusulas parece haber encontrado su apogeo, principalmente en tanto muchas de ellas pretenden asegurar una masa crítica de un lado de la plataforma y así resultar atractivos para los usuarios del otro lado de la misma.

Los CRR se caracterizan por no solo limitar la autonomía contractual de una de las partes del acuerdo, sino también por extender dicha limitación a terceros ajenos a dicha relación: específicamente, a rivales de una de las partes.

Una forma eficaz de evaluar si un contrato determinado constituye un CRR es preguntarse si los términos de la transacción entre el comprador y el vendedor dependen de la información de otra relación comprador-vendedor que involucre al menos a una de las mismas partes (Morton, 2013). De esta forma, "si la determinación del precio o de otros términos del contrato dependen, al menos en cierta medida, de la observación del precio u otros términos contractuales de una relación entre una de las partes y un competidor de la otra, el acuerdo es un CRR" (Ybar, 2022, p.20). Por ello, estos contratos resultan especialmente interesantes desde el punto de vista de la libertad contractual de estos terceros que no han sido parte de la convención que los limita.

Esta afectación a terceros ajenos al contrato puede ser, como señalamos, explícita o implícita y puede versar sobre diversas variables competitivas. Dentro de este tipo de acuerdos, podemos mencionar las cláusulas de nación más favorecida ("MFN"), las exclusividades, el *anti-steering*, y las cláusulas de igualación de precios o *price-matching*. Sin embargo, existen tantas posibles figuras como amplia es la creatividad de los hombres y mujeres de negocios.

III. Principales ejemplos de CRR

1. MFN

Son un tipo especial de cláusulas que confirmaría "posiblemente el ejemplo más paradigmático de los CRR. En estas, el comprador exige que el vendedor le otorgue el mejor precio y condiciones de mercado. De esta manera, si el vendedor quiere realizar un descuento a un tercero, debe hacerlo inmediatamente extensivo al beneficiario de la cláusula" (Ybar, 2022, p.21). Por ello, también son conocidas como cláusulas de paridad.[5]

En principio, se puede sostener que la libertad comercial del vendedor que suscribe la cláusula no queda limitada, pues puede seguir ofreciendo precios más favorables a otros compradores; sin embargo, ello solo será posible en tanto dichos mejores precios sean extendidos también al beneficiario de la MFN (Vandenborre y Frese, 2014, p. 588). De lo que no existe duda es de la afectación a los costos de terceros, pues nunca podrán obtener mejores condiciones que aquellas obtenidas por quien pactó la MFN.

El análisis de este tipo de cláusulas tiende a realizarse caso a caso y depende en gran medida de la posición de mercado que tengan las partes involucradas. A primera vista, estas cláusulas pueden tener fines procompetitivos en tanto buscan obtener los mejores precios del mercado: pueden permitir la entrada de nuevos productos en el mismo y mejorar la competencia evitando el oportunismo cuando una de las partes de la relación realiza inversiones específicas para crear un nuevo producto o mejorar un producto existente; pueden utilizarse para disuadir el *free-riding* y el problema de *hold-up*[6]; permiten a

5 Resulta relevante, en este punto, recoger una de las diferencias realizadas por las autoridades de competencia al momento de analizar estas cláusulas. Así, se ha distinguido cuando las mismas tienen un alcance extendido ("MFN amplias") de cuando las mismas son limitadas ("MFN estrechas"). Las cláusulas son amplias, precisamente, cuando hacen referencia a terceros fuera de la relación contractual, mientras que serán estrechas cuando se circunscriben a las partes del acuerdo; por ejemplo, si prohibieran que el producto se vendiese a un menor precio en la página web del vendedor. Así, solo las MFN amplias pueden ser calificadas como CRR, toda vez que las MFN estrechas implican un acuerdo vertical que no afecta la política comercial de un tercero ajeno a quienes la suscriben.

6 Así, una cláusula MFN puede proporcionar a su beneficiario cierta certidumbre en cuanto a sus posibilidades de recuperar sus costos hundidos, en tanto le asegura que siempre obtendrá los mejores precios del mercado. La ausencia de tal cláusula podría provocar que el comprador no tenga incentivos para realizar inversiones específicas con tal vendedor, en tanto otros se aprovecharían de la misma sin resultar este beneficiado. Ello implicaría, como resultado, que no se invirtiera en nuevos e innovadores productos de mayor calidad y menor precio.

los compradores obtener las mejores ofertas posibles; pueden proporcionar "equidad" al garantizar que si el precio del producto se reduce en el futuro, el comprador con la cláusula contractual también se beneficiará de ello; y evitan la percepción de injusticia que los diferentes precios podrían provocar (Akman, 2016, p.9).

Sin embargo, este tipo de cláusulas puede ser especialmente riesgosa cuando el mercado en que se establece la MFN no tiene suficiente presión competitiva. En estos casos, los riesgos son muy similares a los de la fijación de precios de reventa (RPM por sus siglas en inglés): pueden limitar la competencia intramarcaria, operar como facilitador de colusión, disminuir el grado de intensidad competitiva del mercado –disuadiendo la concesión de descuentos por parte del agente obligado por la cláusula– y operar como barrera a la entrada cuando es establecida en beneficio de un agente con poder de mercado[7].

Así, por ejemplo, en mercados en que los precios constituyen la variable competitiva más relevante y las partes de la MFN representan un alto porcentaje del mercado al disuadir la concesión de descuentos, la cláusula en cuestión resultará en un incremento en el nivel general de precios, erigiéndose, asimismo, como una barrera de entrada para nuevos actores y de expansión para los existentes[8].

Los efectos anticompetitivos asociados a este tipo de cláusulas se ven reforzados cuando operan bajo la denominada modalidad reforzada ("MFN Plus")[9]. Ello ocurrirá cuando la cláusula establece, por ejemplo, que el precio conferido debe ser siempre inferior en un X% al menor precio ofrecido a otro contratante o, lo que es lo mismo, que todo tercero debe acceder al producto un X% más caro que el beneficiario de la cláusula.

Las autoridades de competencia han estado especialmente sumergidas en el análisis de este tipo de cláusulas en el mercado de hotelería online (Booking), en el conocido caso de los *e-books* y entre otros casos normalmente relacionados a sitios de comparación de precios o *marketplaces*.

Así, por ejemplo, distintas agencias europeas investigaron a Booking por la suscripción de cláusulas de paridad con los hoteles que impedían a estos vender sus productos a través de otras plataformas a un precio menor del ofrecido en la página de la empresa. Así, cualquier plataforma rival que estuviese dispuesta a cobrar una menor comisión a los hoteles por sus servicios no estaba autorizada para trasladar dicha menor comisión a menores precios de venta al público. La cláusula de facto, de acuerdo con los acusadores, impedía la competencia en precios y traspasaba el costo de la comisión cobrado por Booking como *benchmark* a la industria a pesar de la existencia de competidores con una menor estructura de cobros. De esta manera, la cláusula se erigía como barrera de entrada para los rivales de Booking, al mismo tiempo que impedía que los consumidores se beneficiarán de modelos alternativos de negocios[10].

2. Exclusividad y Descuentos Condicionales

Si se revisan con atención, resulta fácil apreciar por qué los contratos de exclusividad y el otorgamiento de cierta modalidad de descuentos por premio pertenecen a la categoría de los CRRs[11]: el cumplimiento de una cláusula de exclusividad dependerá de que existan o no ventas en un rival de una de las partes del acuerdo. Por su parte, un descuento asociado, por ejemplo, a la obtención de participaciones de mercado en las compras efectuadas por un comprador que repliquen las participaciones

7 Lo anterior, por cuanto tendrían la aptitud de aumentar los costos de entrada de terceros, por la vía de impedirles obtener las condiciones necesarias para ingresar o competir en el mercado, puesto que el actor dominante siempre ofrecería al menos las mismas condiciones (o mejores) que las propuestas por el entrante.

8 Ello sin perjuicio de la existencia de cláusulas MFN "sin dientes" que o no pueden ser exigibles o no cambian la realidad del mercado. Por ejemplo, señala Vandenborre, estas cláusulas pueden simplemente formalizar una práctica común en toda industria de solicitar un descuento al enterarse de la existencia de precios más bajos, especialmente en aquellas industrias en que dicha información es pública (Vandenborre y Frese, 2014).

9 En doctrina, también se ha señalado que algunas cláusulas de MFN pueden tener efectos "Plus" cuando aseguran la posición de dominancia de quien las establece (Evans, 2020).

10 En mercados digitales, se ha señalado que este tipo de cláusulas podría disuadir la entrada sin importar qué tanto baje la comisión: el intermediario de menor tamaño no podría obtener menores precios para capturar nuevos consumidores del otro lado de la plataforma. En específico, Davis S. Evans señala que "el establecimiento de una cláusula MFN por el intermediario dominante, sin embargo, podría prevenir que otros intermediarios de menor tamaño hagan ofertas a los vendedores o prevenir directamente al vendedor de tomarlas. Las MFN-Plus podrían disuadir al intermediario pequeño de realizar ofertas, con lo que terminaría reduciendo su comisión sin conseguir mayores ventas y, así, no aseguraría una ventaja competitiva" (Evans, 2020).

11 Estos acuerdos han sido por lejos las categorías de abuso de posición dominante que más *enforcement* han generado en Chile. Véase: TDLC. (2005). Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos. C-11-04. Sentencia N°26/2005 (*Caso Tabacos*). TDLC. (2009). Requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A..C-165-2008. Sentencia N°90/2009; al que se acumuló el expediente Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Compañía Chilena de Fósforos S.A. C-174-2008. ("*Caso*

de mercado de la empresa dominante es un claro arbitrio para establecer la exclusividad por otra vía (Ybar, 2022), a la vez que delimita el marco de acción que dicha compañía, fuera del acuerdo, puede tener en el mercado.

En general, los acuerdos de exclusividad y descuentos por premio son considerados como una práctica común y lícita; sin embargo, en algunos casos, puede generar efectos exclusorios, limitando o restringiendo la entrada o expansión de competidores (FNE, 2014). Adicionalmente, tal como otros CRR, pueden relajar la competencia y, por ende, facilitar la colusión (del mercado aguas arriba) y afectar la elección de productos por parte del consumidor (Lema, 2022). A dicho respecto, resulta lógico que, mientras mayor sea el porcentaje de mercado afectado por este tipo de conducta, mayor sea su potencial anticompetitivo.

Un efecto muy similar tienen los descuentos por metas de compra establecidos por empresas dominantes, especialmente cuando ellos acarrean, en los hechos, resultados análogos a la exclusividad. Los mismos elevan el costo de oportunidad de sus clientes de adquirir la porción disputable de la demanda desde empresas rivales, operando respecto de estos últimos como una barrera a su entrada o expansión[12]. Lo anterior, en ausencia de eficiencias acreditables, podría considerarse como una práctica anticompetitiva.

Este tipo de cláusulas también ha sido analizado en el contexto de mercado de plataformas digitales. En particular, se ha señalado que existirían algunas eficiencias asociadas a las mismas, en tanto ayudarían a enfrentar el problema del *free-riding* y el *hold-up problem*, y reducirían los costos de transacción (OSCDE, 2016). Asimismo, se destaca que las exclusividades pueden contribuir en asegurar y mantener la masa crítica, y consecuentemente proveer de valor a la plataforma de cara a sus participantes, en tanto: "obtener que participantes clave de un lado de la plataforma acepten una exclusividad, podría ayudar a persuadir a participantes del otro lado a usar la misma" (Evans, 2020).

La OCDE ha reconocido que en mercados digitales puede darse competencia por cada consumidor y, por ende, por el mercado: en palabras simples, una "competencia por exclusividad" (OSCDE, 2020). Ello evidentemente significaría competir por una posición dominante; sin embargo, la misma debería ser temporal en tanto subsista competencia en el mercado. Resulta lógico que cuando ellas no son utilizadas por actores dominantes, entonces pueden, en efecto, tener fines procompetitivos[13].

Ahora bien, cuando las estrategias de exclusividad se utilizan para negar a los rivales potenciales la capacidad de disputar la posición de una empresa dominante, impidiéndoles generar la masa crítica para generar efectos de red, este tipo de competencia puede verse socavada (OSCDE, 2020) y, por ende, tener efectos anticompetitivos[14]. Un ejemplo de lo anterior, a través de la utilización de medios más sofisticados como son los algoritmos, sucedió en el caso de "la batalla entre el perro y el gato" en China[15].

Fósforos"). TDLC. (2011). Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina y Coca Cola Embonor. C-221-2011. Resolución de Término N°92/2011, al que se encontraban acumulados los expedientes Demanda de Embotelladora Latinoamericana S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A. C-222-2011; Demanda de Industrial y Comercial Lampa S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A., C-226-2011; y Demanda de Embotelladora Castel Ltda. contra Embotelladora Andina S.A. C-227-2011. TDLC. (2014). Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A. C-249-2013. Resolución de Término N°119/2014, al que se encontraban acumulados los expedientes Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Unilever Chile S.A. C-251-2013; Demanda de Industrias Cleaner Chile S.A. contra Unilever Chile S.A., C-252-2013; Demanda ICPC S.A. contra Unilever Chile S.A., C-253-2013; Demanda de ECOTEC S.A. contra Unilever Chile S.A., C-254-2013; Demanda de Miguel Maritano Industria de Jabones S.A. contra Unilever Chile S.A., C-255-2013; Demanda de Industria Química Brillex S.A. contra Unilever Chile S.A., C-257-2013; Demanda de Comercial Aportas S.A. contra Unilever Chile S.A., C-259-2013; y Demanda de Prosud S.A. en contra de Unilever Chile S.A., C-264-2013. Ybar, M. (2022). "*Hoja de ruta para la competencia en Chile: Una propuesta*", Centro de Competencia. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf

12 También reconocido como "Rising rivals costs".

13 Por ejemplo, los acuerdos de exclusividad pueden ser una estrategia efectiva para un entrante con el fin de obtener una masa crítica suficiente a un lado del mercado a modo de incentivar al otro lado del mercado a utilizar la plataforma (cross-platfrom network effects). Véase: OCDE. (2020).

14 En este sentido, es claro el caso de Qualcomm, en el que imponía descuentos retroactivos a Apple por no utilizar chips de sus competidores en sus teléfonos. Dentro de la evidencia analizada en dicho caso, se encontró la evaluación de Apple sobre conseguir nuevos proveedores de chip, la cual fue desechada finalmente basándose en la potencial pérdida del pago que debía recibir de parte de Qualcomm por alcanzar las metas pactadas. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40220/40220_2702_4.pdf

15 El caso en China de la "Guerra entre Gato y Perro" entre Alibaba (a través de Tmall) y JD.com representa lo anterior: la primera empresa, dominante en el mercado, adoptó una política de "Toma a uno de los dos" forzando a los usuarios de su Marketplace a optar por esta o ser eliminado. Ello no implicó la firma de un acuerdo sino, simplemente, medidas por parte de Tmall contra

3. Cláusulas *anti-steering*

Estas cláusulas se refieren a la prohibición que pesa sobre un distribuidor de direccionar o incentivar la demanda de sus consumidores hacia productos más económicos. De este modo, una provisión *anti-steering* opera en los hechos como una exclusividad debilitada, por cuanto si bien se permite la venta de productos competidores del beneficiario de la cláusula, se impide que su venta pueda ser incentivada.

Estas provisiones contractuales están comúnmente vinculadas a mercados de dos lados o plataformas y ganaron notoriedad recientemente a propósito del caso Amex, en el que el Departamento de Justicia (DoJ) no logró persuadir a la Corte Suprema Norteamericana de que el establecimiento, por parte de American Express, y la regla anti-s*teering* afectaban la competencia en el mercado[16].

Así, por una parte, la cláusula en cuestión indudablemente resultaba en un mayor nivel de precios en las tiendas que recibían Amex, ya que la comisión de esta –las más alta del mercado– operaba de facto como el *benchmark* de los restantes medios de pagos al prohibirse que los productos comercializados pudiesen ser vendidos con un descuento que traspasara al consumidor las menores comisiones cobradas por competidores de Amex o la ausencia de cobros en el caso del pago con efectivo.

En igual sentido, la cláusula impedía los efectos positivos de la existencia del *steering* (el direccionamiento de la demanda) en ambos lados del mercado. Así, el direccionamiento beneficia a los tarjetahabientes o consumidores, por una parte, quienes podrían elegir proveedores que los benefician conservando su libertad de elección, mientras que los proveedores pueden reducir sus precios e incrementar su calidad para capturar a estos clientes (Gudiksen et al., 2020).

Sin embargo y, por otra parte, existen razones que justifican la imposición de estas cláusulas: entre ellas, aquella exitosamente invocada por Amex, en tanto la ausencia de tal cláusula generaría una discriminación en contra de sus tarjetahabientes. Así, de acuerdo con esta línea argumental, no parece racional obligar a un proveedor a distribuir sus productos mediante un *retailer* que privilegiará la venta de otros productos más económicos perjudicando a sus tenedores. Ello es especialmente relevante en mercados de dos lados, donde el consumidor de un lado eligió dicho producto por motivos distintos al precio –por ejemplo, los programas de fidelidad en el caso de los tarjetahabientes–, resultando discriminado por las condiciones aplicadas al otro lado del mercado.

Ahora bien, en determinados contextos existen razones para estimar que los efectos anticompetitivos de la cláusula prevalecen sobre sus posibles eficiencias. Así, por ejemplo, recientemente se han estudiado los efectos de estas cláusulas y su símil *anti-steering* en el mercado de la salud. En el mismo, se ha vuelto muy común que las aseguradoras ofrezcan incentivos para que el consumidor opte por los proveedores más baratos; por ejemplo, ofreciendo menores copagos. Por lo mismo, en Estados Unidos[17], Atrium Health –proveedor dominante de la industria con más del 50% de participación en el área relevante– implementó un sistema que prohibía a los principales aseguradores ofrecer incentivos económicos para motivar o desviar pacientes a otros centros de salud[18]. Si bien tal caso terminó en acuerdo, existe cierto consenso de que los argumentos que finalmente permitieron a Amex eximirse de responsabilidad no resultaban aplicables en este caso dado el mayor porcentaje de mercado afectado.

4. Cláusulas de igualación de precios

Las cláusulas de *meet or release* constituyen un acuerdo entre un proveedor y un cliente mediante el cual si un competidor del proveedor ofrece al cliente un precio más bajo, asiste al proveedor el derecho de proporcionar el producto al mismo precio (o inferior) o el cliente puede liberarse de sus obligaciones de compra. Salvo casos muy excepcionales, estas cláusulas no han sido objeto de

quienes optaran por otras plataformas con el fin de disminuir su visibilidad y ventas a través del uso de algoritmos. Ver nota de prensa: https://thecapitolforum.com/alibaba-jd-com-agree-to-settle-antitrust-suit-as-regulators-deepen-crackdown-on-internet-platforms/

16 *Ohio v. American Express Co.* 138 S. Ct. 2274 (2018). Amex prohibía a los comercios derivar demanda hacia otras tarjetas que cobraban una comisión inferior a la suya o hacia el pago en efectivo (por ejemplo, efectuando un descuento por el monto en exceso de la comisión) como condición para recibir su tarjeta (Ybar, 2022, p.23).

17 United States v. The Charlotte-Mecklenburg Hospital Auth., No. 3:16-cv-00311 (W.D.N.C. 2016).

18 Adicionalmente, se incluían cláusulas que limitaban a los aseguradores a publicar los precios e información sobre la calidad de Atrium con objeto de realizar comparaciones. El caso fue acordado y Atrium eliminó las cláusulas.

escrutinio por parte de las autoridades de libre competencia[19].

Por otra parte, se denomina *price matching* la oferta que hace un *retailer* al público a fin de garantizar que en ningún otro lugar este encontrará precios más bajos que en su establecimiento. De su propio concepto podemos extrapolar que este compromiso no representa un acuerdo vertical, sino que una mera obligación unilateral al que un comercio se sujeta respecto de sus clientes.

En general, este tipo de política comercial resulta procompetitiva cuando es establecida por empresas que carecen de un poder de mercado significativo. Ello, por lo tanto, puede inclusive motivar la disminución de precios en el mercado y permitir capturar nuevos clientes. En presencia de poder de mercado, sin embargo, las garantías de precios pueden restringir la competencia, ya sea eliminando los incentivos para que las empresas rivales compitan en precios o eliminando el incentivo de los consumidores para buscar precios más bajos (Bucirossi, 2008, p. 337). Lógicamente, ello será más relevante en un mercado en que la variable competitiva sea precisamente el precio.

Finalmente, el efecto anticompetitivo será más profundo si este ofrecimiento se vincula a ciertas obligaciones contraídas por el proveedor de dicho *retailer* cuando el producto de este es comercializado a un menor precio en un comercio competidor (por ejemplo, obligación del proveedor de resarcir al comercio por la diferencia en precios observada).

En estos casos, el compromiso de precios bajos deja de ser una cláusula pura de igualación unilateral de precios y debe ser tratada de un modo análogo a una fijación de precios de reventa efectuada por el comprador, lo que evidentemente constituye un CRR, en tanto limita la autonomía de los competidores del comprador para determinar libremente sus precios de venta al público (ya que el proveedor velará porque el precio mínimo fijado por el *retailer* se respete a objeto de no incurrir en obligaciones de resarcimiento para con este).

5. Otras modalidades de CRRs

Evidentemente, pueden existir otras cláusulas que afecten a terceros, en mayor o menor medida. Acabamos de mencionar, por ejemplo, la fijación de precios de reventa establecida por el comprador, que obliga al proveedor a verificar que el precio mínimo a público fijado sea respetado por todos sus clientes.

Otro ejemplo lo constituyen los contratos que solicitan información de competidores, como el perseguido por Bundeskartellamt en contra de Lufthansa. En este caso, la autoridad alemana de competencia acusó a la aerolínea de condicionar la entrega de descuentos a sus clientes corporativos a la entrega, por parte de estos, de información acerca de los vuelos contratados con otras compañías aéreas y de la estructura de descuentos que le fueron ofrecidas en dichas compras (Bundeskartellamt, 2012).

Aunque condicionar la entrega de beneficios a la obtención de información de empresas competidoras no parece un mecanismo contractual muy extendido –lo que se refleja en la ausencia de casos a nivel mundial sobre la materia–, los riesgos a la competencia aparejados a este tipo de cláusulas parecen bastante intuitivos, pues pueden operar como vehículos para hacerse de información estratégica, resultantes en riesgo de exclusión y/o de coordinación.

IV. Los CRRs bajo una mirada de la libre competencia centrada en el proceso competitivo y no en el bienestar del consumidor

Hemos revisado en este documento la forma en que las restricciones verticales, en general, son objeto de análisis bajo una mirada de la libre competencia centrada en el bienestar del consumidor y, como dicho análisis tiende a modificarse, en beneficio de las partes del acuerdo, si este es analizado bajo el marco teórico más conservador propuesto por la aún influyente Escuela de Chicago.

19 A este respecto, resulta interesante la sentencia de la Corte Suprema chilena en el conocido caso "Transbank". Transbank es un *joint venture* de apoyo al giro bancario creado por los principales bancos del país cuyo sistema tarifario (en el que se regulan los cobros de sus servicios, tanto para los comercios que reciben pagos con tarjetas, como para los procesadores de servicios de pago o PSP que prestan servicios de procesamiento adquirente) ha sido sometido al escrutinio de las autoridades de libre competencia en más de una ocasión. En el último episodio de la seguidilla de casos Transbank, este último consultó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la conformidad de su sistema de pago a la libre competencia, ante lo cual, la Corte Suprema, en última instancia, rechazó la consulta en sentencia dictada el 8 de agosto de 2022 que revocó la Resolución N°67/2021 del TDLC. Entre otras, una de las aristas relevantes fue precisamente la prohibición del establecimiento de cláusulas de igualación de precios por ser consideradas como una barrera a la entrada dada la posición dominante de la que goza Transbank en el mercado y la integración vertical de la misma con las entidades bancarias. Cabe hacer presente que la Corte no señaló que este tipo de cláusulas fuera "per se" ilícita, sino que "en la particular estructura de este mercado, tiende a producir dichos efectos y, por tanto, no puede admitirse" (C. 20°) (Centro de Competencia, 2022).

Sin embargo, nos ha parecido pertinente profundizar en el conocimiento de ese subconjunto de restricciones verticales susceptibles de ser consideradas CRRs, indagando en sus argumentos a favor y en contra, en el entendido de que para aquellos que profesan una visión de la competencia anclada en la libertad económica, los CRRs celebrados por empresas revestidas de poder de mercado debiesen convertirse en una prioridad, ya que, por su propia naturaleza, dichas cláusulas están llamadas a restringir la libertad económica de quienes no forman parte del acuerdo vertical, afectándose su derecho de competir por el mercado en igualdad de condiciones.

Así, juzgadas estas cláusulas por quienes profesan una mirada a la libre competencia menos centrada en el bienestar del consumidor y más enfocada en el proceso competitivo, nos parece probable que el marco analítico aquí expuesto sufra modificaciones en términos de alterar la carga probatoria de las partes.

De este modo, una mirada a la libre competencia como aquella profesada por la Corte Suprema chilena debiese descargar al tercero ajeno al CRR de acreditar el daño que dicha cláusula le infiere. Más que mal, la interferencia en su libertad económica no es otra cosa que una afectación de la "igualdad jurídica de los consumidores".

Como contrapartida, la única forma que tendrían las partes del acuerdo para no incurrir en responsabilidad desde el punto de vista de libre competencia es demostrando la existencia de una legítima razón de negocio principalmente dada por eficiencias atingentes y demostrables, cuyo beneficio exceda la restricción competitiva consustancial a dicho tipo de cláusulas.

V. Conclusiones

No sabemos qué nos depara el futuro: desconocemos si el movimiento neobrandesiano expandirá su influencia ante las autoridades de competencia y cortes de justicia del mundo, ni podemos predecir si el bienestar el consumidor y la eficiencia económica seguirán siendo el eje de la política de competencia, o si dicha visión utilitaria cederá terreno a una mirada más centrada en la importancia del proceso competitivo como aquella favorecida por la Corte Suprema chilena.

Lo que sí sabemos es que cuando los vientos de cambio toman fuerza, lo hacen a gran velocidad. Por lo mismo, parece conveniente que las empresas con poder de mercado que hoy mantienen contratos verticales que incorporan cláusulas que hacen referencia a terceros tomen la precaución de evaluar los fundamentos, el impacto y la proporcionalidad de dichas cláusulas previendo un escenario en el que las mismas se presuman anticompetitivas y corresponda a ellas aportar evidencia apta para revertir dicha presunción.

Referencias bibliográficas

Akman, P. (2016). A competition law assessment of platform most-favored-customer clauses. *Journal of Competition Law & Economics*, *12*(4), 781-833.

Bucirossi, P. (2008). *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press.

Bundeskartellamt. (2012). *Lufthansa Changes Anti - competitive Clauses in Corporate Client Programme.* Recuperado de http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/press/2012_12_20.php.

Centro de Competencia. (1 de septiembre de 2022). La saga del nuevo Sistema tarifario de Transbank en cuatro episodio (y un final abierto). Recuperado de https://centrocompetencia.com/el-nuevo-sistema-tarifario-de-transbank-en-cuatro-episodios/

Evans, D. (2020). Vertical Restraints in a Digital World. *The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy*, 1.

FNE. (2014). *Guía para el análisis de restricciones verticales.* Recuperado de https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf

Garrigues, J. (1964). *La defensa de la competencia mercantil.* Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.

Gudiksen, K. L., Montague, A. D., King, J. S., Gu, A. Y., Fulton, B., & Greaney, T. L. (2020). *Preventing anticompetitive contracting practices in healthcare markets.* The source on Healthcare Price & Competitiion. Recuperado de https://2zele1bn0sl2i91io41niae1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/09/Preventing-Anticompetitive-Contracting-Practices-in-Healthcare-Markets-FINAL.pdf

Khan, L. (2017). *Amazon's antitrust paradox*. Yale Law Journal, *126*(3), 712-802.

Lema, C. (2022). *Libre Competencia Y Acuerdos De Exclusividad - Análisis De La Competitividad De Una Conducta*. S/l: Editorial Hammurabi.

Morton, F. M. (2013). Contracts that Reference Rivals: *Antitrust, 27*(3), 72-79. Recuperado de https://media.crai.com/wp-content/uploads/2020/09/16164621/Contracts-that-reference-rivals.pdf

OCDE. (2013*). Policy Roundtables: Vertical restraints for on-line sales*. Recuperado de https://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf

OCDE. (2016). *Fidelity Rebates - Background note by the Secretariat*. Recuperado de http://www.OCDE.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En

OCDE (2020). *Abuse of dominance in Digital Markets*. Recuperado de https://www.OCDE.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

Rey, P. (2012). Vertical restraints–an economic perspective. *draft report for the Fiscalia Nacional Economica, Chile*.

Vandenborre, I., & Frese, M. J. (2014). Most favoured nation clauses revisited. *European competition law review*, *12*, pp. 588-593.

Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Nueva York: Columbia Global Reports.

Ybar, M. (2022). *Hoja de ruta para la competencia en Chile: Una propuesta*. Centro de Competencia. Recuperado por https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf

La mala fe y la competencia desleal en el registro marcario: análisis comparado a partir de la Decisión 486

— Manlio Bassino Pinasco* y Andrea Jimenez Garay** —

Resumen

En el presente artículo se analizará la relación entre la regulación de la competencia desleal y la protección de la propiedad industrial, con enfoque en la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486. En ese sentido, primero, se analizará de manera conceptual la mala fe y la competencia desleal como causales de irregistrabilidad de marcas; en segundo lugar, se evaluará la aplicación, en los últimos años, del referido artículo en Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú; y, en tercer lugar, se revisará las interpretaciones prejudiciales que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha emitido al respecto. En virtud a ello, se podrá concluir y establecer los "requisitos jurisprudenciales" para la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486; así como, se identificarán los retos que enfrenta el titular de un derecho de propiedad intelectual para activar su aplicación.

Palabras clave

Propiedad Industrial, Competencia Desleal, Derechos marcarios, Irregistrabilidad, Experiencia comparada.

Abstract

In this paper, the relationship between unfair competition and intellectual property regulation will be analyzed, focusing on the application of Article 137 of Decision 486. Hence, firstly, bad faith and unfair competition as unregistrability provisions of trademarks will be conceptually analyzed; secondly, the application in Colombia, Ecuador, Bolivia, and Peru in the last years of said Article will be assessed; and, thirdly, the pre-judiciary interpretations issued by the Court of Justice of the Andean Community will be reviewed. Considering the above, it can be concluded and established the "jurisprudential requirements" for the application of Article 137 of Decision 486; as well as, the challenges faced by the owner of an intellectual property right to activate its application.

Keywords

Intellectual Property, Unfair Competition Law, Trademark Rghts, Unregistrability, Comparative Studies.

* Socio del estudio Echecopar. Abogado por la Universidad de Lima. Estudios de Maestría de Derecho de la Empresa en la PUCP (2003). El abogado Manlio Bassino se especializa en temas de propiedad intelectual, M&A, y derecho corporativo.

** Asociada Senior del estudio Echecopar. Abogada por la Universidad del Pacífico. Estudios de Maestría de Derecho Administrativo Económico en la Universidad del Pacífico (2022), y de Maestría en Propiedad Intelectual (C) en la Universidad de Turín y la OMPI (2023). La abogada Andrea Jiménez se especializa en temas en la conducción de mecanismos de solución de controversias en el ámbito de propiedad intelectual.

I. Introducción

Según el Reporte de Estadísticas Institucionales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi), en el primer semestre del año 2021 y el primer trimestre del año 2020, se presentaron un total de 20,563[1] y 7,566[2] solicitudes de registros de marcas, respectivamente. Por su parte, en los años 2018 y 2019, se presentaron un total de 36, 579[3] y 42, 829[4] solicitudes de registros marcarios, respectivamente. Las cifras expuestas demuestran un incremento paulatino del número de solicitudes de registro de marca presentadas por año en el Perú, lo cual refleja un incremento del número de procedimientos que debe resolver el Indecopi.

En Perú, las normas que regulan la propiedad industrial son, fundamentalmente, la Decisión 486 de la Comunidad Andina – Régimen Común sobre Propiedad Industrial (en adelante, la Decisión 486), y el Decreto Legislativo No. 1075 que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 (y sus modificatorias[5]). La Decisión 486 regula, dentro de otros aspectos, las causales de irregistrabilidad de una marca, las mismas que se encuentran contenidas en los artículos 135, 136 y 137 del referido cuerpo normativo.

Si bien las causales de irregistrabilidad de un signo son diversas, consideramos que la amplitud del artículo 137 de la Decisión 486, que prohíbe el registro de una marca que haya sido solicitada con la finalidad de consolidar, facilitar y perpetuar actos de competencia desleal, podría ocasionar dificultades en su aplicación. Lo anterior, sobre todo porque la aplicación de dicho artículo representa la materialización de la protección de la represión de la competencia desleal a través de la propiedad industrial; es decir, la prohibición de actos contrarios a la buena fe empresarial que no se encuentren expresados como prohibiciones de registro en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486.

Es en razón a ello que, establecer criterios claros, concretos y uniformes para la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486 es fundamental con la finalidad de crear seguridad jurídica en el sistema normativo de la propiedad industrial, con el cual se busca atraer a las inversiones privadas en una Economía Social de Mercado.

En ese sentido, a través de la presente investigación se analizará el marco conceptual del referido artículo; así como su aplicación e interpretación en los últimos años en el Perú y en otros países de la Comunidad Andina. Para ello, se ha analizado el marco normativo general de la protección de la represión de la competencia desleal y la propiedad industrial. Se han seleccionado un total de 42 resoluciones emitidas por las autoridades administrativas correspondientes de Colombia, Perú y Ecuador; incluyendo interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las mismas que han sido analizadas para extraer los criterios generales de aplicación del artículo materia de análisis.

Así pues, el objetivo de la presente investigación es realizar un análisis del *status quo* actual de la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, para establecer un diagnóstico general y proponer algunas mejoras a los criterios encontrados en la aplicación del referido artículo.

II. La protección de la represión de la competencia desleal y la propiedad industrial

En el marco de una Economía Social de Mercado, establecida en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú[6], la cual busca promover la libre iniciativa privada; surgen las disciplinas de la Competencia Desleal y la Propiedad Industrial, las cuales favorecen el correcto funcionamiento y desarrollo de la Economía de Mercado, al regular las prácticas o comportamientos de los agentes económicos en base al principio de la buena fe comercial,

1 Ver: https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3405269/II+trim+21.pdf/6ebfd7a7-3410-b406-7d24-8990369c0fbd.

2 Ver: https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3387871/Primer+Trim+2020/d17e1a3b-23d2-a57b-1ec5-888ef5eb5497.

3 Ver: https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3405269/Anuario+2018+GEE+%281%29.pdf/687ebdbe-6e9c-9bbd-8d1a-53765bd4af5d.

4 Ídem.

5 Decretos Legislativos N° 1309, 1310 y 1397.

6 Artículo 58 de la Constitución Política del Perú (1993): «Economía Social de Mercado. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

y/o al brindarles los incentivos necesarios con la finalidad de promover las inversiones.

Por un lado, la propiedad industrial, constituida por los signos distintivos y nuevas creaciones, brinda al titular de estos elementos un derecho de exclusivo y excluyente, el mismo que tiene dos aspectos, uno positivo: que permite a su titular el uso y/o explotación de su derecho, y uno negativo o *"ius prohibendi"*, que faculta a su titular a prohibir que terceros puedan utilizar y/o explotar su derecho de exclusiva. Con ello, el Estado busca incentivar la investigación, y promover la actividad comercial a través de mecanismos diferenciadores e identificadores de la oferta.

En ese sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la OMPI) ha señalado que la propiedad intelectual[7] (la cual incluye a la propiedad industrial) debe protegerse y promoverse por varias razones imperativas.

> En primer lugar, el progreso y bienestar de la humanidad dependen de su capacidad de crear e inventar nuevas obras en las esferas de la tecnología y cultura. En segundo lugar, la protección jurídica de las nuevas creaciones alienta a destinar recursos adicionales a la innovación. En tercer lugar, la promoción y la protección de la propiedad intelectual estimulan el crecimiento económico, generan nuevos empleos e industrias y enriquecen y mejoran la calidad de vida (OMPI, 2020, p.3); promoviendo de esa manera la competencia en el mercado[8].

Por su parte, por medio de la represión de la Competencia Desleal, el Estado busca que la libre competencia se desarrolle en un ámbito de lealtad, en la cual se premie el esfuerzo propio del agente del mercado que lo realiza, y se castigue la apropiación indebida del esfuerzo ajeno, con la finalidad de obtener una ventaja competitiva en el mercado[9] (a decir, a los denominados *free-riders*[10]),

Dicho de otro modo,

> (…) el Sistema Regulador de la competencia desleal persigue el correcto y leal comportamiento de los empresarios en la realización de sus actividades económicas, pero partiendo de la premisa de que se produce concurrencia y, por lo tanto, competencia en el mercado. Ello permite apreciar que existe una clara delimitación en cuanto a los alcances de la finalidad que persigue la regulación sobre libre competencia frente a la regulación sobre competencia desleal, ya que mientras aquellas luchan por preservar la competencia, ésta presupone la existencia de una situación de competencia en el mercado pero dentro de la cual corresponderá la aplicación de una sanción como consecuencia de los actos desleales cometidos por los agentes económicos que en él intervienen, es decir, aquellas conductas que resulten objetivamente contrarias a la buena fe empresarial (Indecopi, 2013, p.17).

Ahora bien, respecto a la vinculación de ambas disciplinas en el marco desarrollado en los párrafos anteriores, el numeral 2 del artículo 1 del Convenio

---

7 La propiedad intelectual se divide en la propiedad industrial, compuesta por las nuevas creaciones y signos distintivos; así como, por los derechos de autor.

8 "(…) la Propiedad Industrial para que los empresarios tengan a su alcance unos derechos de exclusiva, que, si bien son exceptivos de dicha libertad, son absolutamente necesarios para que progrese tecnológicamente la sociedad, y para que exista transparencia en el mercado".
(Otero, s.f) .
Por su parte, Andreas Heinemann señala que: "Los DPI [Derechos de Propiedad Intelectual] constituyen incentivos para la producción de ciertos tipos de información que a falta de una protección especial no se producirían lo suficiente. La necesidad de protección especial se basa en el carácter de bien público de la propiedad intelectual.
(…)
Es cierto que los DPI excluyen a otros participantes en el mercado de utilizar la materia protegida. Pero esta restricción de la competencia por imitación, es necesaria para promover la competencia mediante la innovación. Por lo tanto, las restricciones a corto plazo son necesarias para tener mejores resultados a largo plazo" (Heinemann,2012).

9 Sobre la importancia de la represión de la Competencia Desleal, José María De La Cuesta, ha señalado lo siguiente: *"(…) si todo operador en el mercado está sometido a la rivalidad que implica la competencia, ésta debe mantenerse en términos de lo que deportivamente se llama juego limpio y, en términos jurídicos, competencia leal. Porque sólo si la lucha competitiva se efectúa con lealtad sirve al bien común; la competencia desleal introduce factores disfuncionales en cuanto que pueden orientar las acciones en el mercado de modo opuesto al que sirve para la mejor asignación de los recursos*" (De La Cuesta, 2002, pp.176-177)

10 "The term ´free riding´ has been used to describe the kinds of nondeceptive activities that may constitute unfair competition. The World Intellectual Property Organization (WIPO) has defined "free riding" "as any act that a competitor or another market participant undertakes with the intention of directly exploiting another person's industrial or commercial achievement for his own business purposes without substantially departing from the original achievement" (WIPO, 1994, p.11).

11 Artículo 1 del Convenio de París para la protección de la Propiedad Intelectual (1884): [Constitución de la Unión; ámbito de la propiedad industrial]
(…)

de la Unión de París[11], establece que la protección de la propiedad industrial tiene por objeto, además de los elementos ya conocidos (como las marcas, nombres comerciales, patentes de invención, entre otros), la represión de la competencia desleal. Por su parte, la Decisión 486, en su Título XVI "De la Competencia Desleal Vinculada a la Propiedad Industrial", respalda la protección de la represión de la competencia desleal bajo las normas de propiedad industrial. De igual manera, otras disposiciones normativas dentro de la Decisión 486 salvaguardan la represión de la competencia desleal.

De ese modo, se establece una estrecha relación entre ambas disciplinas, la misma que ha sido ampliamente discutida, y que a nuestro criterio es de **complementariedad**. En efecto, bien concluye el profesor Otero Lastres (s.f.) al señalar que,

> (…) cuando existe un acto que no agota todos sus efectos en la vulneración de un derecho de exclusiva [Propiedad Industrial], sino que produce otros que suponen, además, un abuso de competencia por apoyarse en el esfuerzo ajeno y no en las propias prestaciones, la conducta debe ser reprimida invocando simultáneamente la Propiedad Industrial y la Competencia Desleal (p. 38).

Ello significa que las normas de Competencia Desleal no sustituyen, duplican o reemplazan de modo alguno las disposiciones normativas especiales que regulan la propiedad industrial, sino que las complementan cuando estas no son suficientes.

En ese sentido, siendo la represión de la competencia desleal un elemento de protección de la propiedad industrial, resulta necesario entender a detalle qué es lo que se protege. Al respecto, la Decisión 486, a través de su artículo 258, considera como desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial contrario a los usos y prácticas honestos, describiendo algunos supuestos en su artículo 259. De manera más precisa, de la lectura de los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044, se entiende como desleal todo acto, cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado, y que tenga por efecto real o potencial afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo[12].

En otras palabras, se busca que los agentes en el mercado compitan basándose en su propio esfuerzo, en un marco de lealtad y licitud, con la finalidad de favorecer el correcto funcionamiento del mercado; y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores, en el marco de una Economía Social de Mercado, que promueve la libre iniciativa privada. Así pues, se reprime toda actuación o comportamiento desleal de los empresarios en la realización de sus actividades económicas, sancionando aquellas conductas objetivamente[13] contrarias a la buena fe comercial, según las costumbres y prácticas mercantiles.

Como se puede advertir, la represión de la Competencia Desleal encuentra su fundamento en la prohibición de actos contrarios a la buena fe objetiva. Conviene entonces desarrollar brevemente, cómo se debe entender este concepto jurídico, en virtud de lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

La buena fe objetiva, para Ferreira (1984), "es la conducta en el obrar, proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarle y sin pretender hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor" (p. 88). Precisa, Trabucchi (1967), que la buena fe objetiva "corresponde al deber de comportarse de manera tal que no se perjudique el interés ajeno fuera de los límites establecidos por la tutela de los intereses propios" (p. 428). Vemos pues, que la buena fe objetiva tiene un marcado sabor ético, que justifica la lealtad de los comportamientos de los agentes del mercado

---

2) La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal.

12 Artículo 1.del Decreto Legislativo 1044. (2008). «Finalidad de la Ley. La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo».
Artículo 2. del Decreto Legislativo 1044. (2008): «Ámbito de aplicación objetivo. La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar la habitualidad en quien desarrolla dichos actos».

13 Al respecto, Manuel de la Puente y Lavalle señala que: "Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, ósea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió".
(De La Puente y Lavalle 2001. p. 332).

(De la Puente y Lavalle, 2001). En otras palabras, como concluye Espinoza (s.f.), la buena fe objetiva,

> es un criterio elástico de evaluación o una 'cláusula general', la cual, constituye un criterio general de determinación de la prestación, en cuanto amplía la esfera de los intereses que el deudor debe perseguir; y además integra la esfera del comportamiento debido sobre el plano de un imperativo atenuado, sin superar los límites de un considerable sacrificio (p. 5).

Sobre el particular, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la SDC), por Resolución No. 0347-2006/TDC-INDECOPI, de fecha 17 de marzo de 2006, precedente de observancia obligatoria vigente a la fecha de publicación del presente artículo, ha precisado que la represión de la competencia desleal implica la prohibición de todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado, comprendiendo de esta manera el interés económico general y, en último término, la preservación del orden económico de mercado. En ese sentido, la SDC determinó que "(…) la calificación de una conducta como acto de competencia desleal no requiere que el infractor se encuentre en relación de competencia directa con el afecto, bastando únicamente que la conducta resulte objetivamente contraria a la buena fe".

Sobre el principio de la buena fe, antiguamente la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la "SPI"), lo desarrollaba como un *standard jurídico*, señalando lo siguiente:

> La buena fe es lo que se ha llamado un **standard jurídico**, es decir, un modelo de conducta social o una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico.
>
> Lo que se aspira a conseguir con el principio de buena fe es que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre, principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo (Resolución No. 1178-2005/TPI-INDECOPI).

Sin embargo, en recientes pronunciamientos de la SPI, incluyendo algunos del año 2020, se amplió el desarrollo del concepto de la buena fe[14], considerándolo como un principio general del derecho y un estándar jurídico[15]. Así pues, la SPI señaló lo siguiente:

> El derecho comparado y la doctrina nacional coinciden en considerar a la buena fe como un principio general del derecho, aunque también se utiliza el concepto para establecer un estándar jurídico o un modelo de conducta a seguir. En efecto, Torres Vásquez señala que los principios generales, entre ellos, la buena fe, fundamentan o sustentan todo el ordenamiento jurídico. Es, a su juicio, además, un principio general de integración: a falta de ley o de costumbres, los vacíos que presenta el ordenamiento jurídico se integran con los principios generales, entre los que figura la buena fe.

Siguiendo dichos criterios, podemos concluir que todo acto de competencia desleal, que no se adecue al *standard jurídico* de lealtad o buena fe comercial, basado en el principio de buena fe objetiva, por el cual los agentes económicos deben competir en el mercado en base a su propio esfuerzo, sin hacer abuso del derecho y sin engañar o perjudicar a otro agente económico o al correcto funcionamiento del mercado; **representará una materialización objetiva de la mala fe comercial**[16].

14 Ver Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 20 de enero de 2020.

15 Al respecto, existe una discusión doctrinal respecto a si la buena fe es únicamente un *standard jurídico* de conducta o un principio rector del ordenamiento jurídico. Al respecto, coincidimos con Manuel de la Puente y Espinoza, cuando señalan que "Me parece que un concepto no va necesariamente en contra del otro. La buena fe puede ser perfectamente un principio general, cuya aplicación, en el caso de la buena fe objetiva, se hace mediante la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico". (De La Puente y Lavalle, s.f, p. 338).
"En mi opinión, la diferencia entre uno y otra es inexistente: se trata de standards con los cuales se evalúa en comportamiento de los sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación". (Espinoza, s.f)

16 "¿La falta de buena fe determina necesariamente la mala fe, o existe un campo intermedio neutro? DE LOS MOZOS, piensa que la mala fe es un concepto puramente negativo, que denota ausencia de buena fe. Para él, sino se cree actuar de buena fe se está actuando de mala fe.

III. La mala fe como causal de irregistrabilidad de derechos marcarios

La protección de la represión de la competencia desleal a través de las normas de propiedad industrial, también se materializa en su incorporación como causal de irregistrabilidad o nulidad relativa de una marca. En efecto, el artículo 137 de la Decisión 486, prohíbe el registro de una marca cuando el Indecopi tenga indicios razonables que le permitan inferir que la misma ha sido solicitada para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal. Asimismo, el artículo 172 de la Decisión 486 faculta al Indecopi a declarar la nulidad de un registro marcario, de oficio o a pedido de parte, cuando este se hubiera efectuado de mala fe.

Como se concluyó en el numeral anterior, un acto de mala fe es aquel que no se adecue al *standard jurídico* de lealtad o buena fe comercial. Por lo que, una marca no debe ser registrada, y en caso lo fuera, debe ser declarada nula, cuando existan indicios suficientes para concluir que la misma fue solicitada con la finalidad de facilitar, perpetrar o consolidar un acto de competencia desleal. Ello significa que el registro en sí mismo, y no el uso de la marca, constituya un acto de competencia desleal o pueda facilitar el desarrollo de uno.

Tomando en consideración el significado de "consolidar, facilitar y perpetrar", según la Real Academia de la Lengua Española; en primer lugar, en tanto consolidar significa convertir algo en definitivo y estable, cuando el Indecopi tenga las pruebas suficientes para inferir que un registro marcario es una herramienta, que en conjunto con otras actuaciones puede consolidar o definir un acto contrario a la buena fe empresarial, deberá denegarla. En segundo lugar, cuando dicha solicitud marcaria haga posible la ejecución; es decir, facilite, la comisión de un acto desleal también deberá denegarla. Nótese que, en ese segundo supuesto, no es necesario que la solicitud de registro forme parte del acto de competencia desleal, basta con que esta facilite de manera directa o indirecta la comisión del mismo. Finalmente, en tercer lugar, la marca deberá ser denegada cuando la solicitud de la misma signifique la comisión o consumación (a decir, perpetuación) de un acto de competencia desleal.

En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el TJCA):

> La norma transcrita consagra tres verbos rectores: perpetrar, facilitar o consolidar. El primero se realiza cuando Ia solicitud por sí misma se configura como un acto de competencia desleal. El segundo se realiza si Ia solicitud de registro permite Ia realización de un acto de competencia desleal mediante otras plataformas fácticas. Es decir, si la solicitud genera el escenario propicio para que se den otro tipo de actos de dicha naturaleza, bajo el soporte de la posible obtención de un registro de marca. Y el tercero se realiza cuando Ia solicitud complementa y perfecciona el acto de competencia desleal. Esto quiere decir que estamos ante un acto complejo, compuesto de múltiples acciones que tienen como finalidad realizar un acto de competencia desleal y que, por supuesto, no está completo o consolidado sin Ia solicitud de un determinado registro de marca (TJCA, 2016, p. 22).

Por su parte, en cuanto a la nulidad de registro por mala fe, el texto de la norma señala que se declarará la nulidad cuando se pruebe que el registro fue efectuado de mala fe; es decir, que se solicitó como una práctica contraria a la buena fe empresarial. Ello significa que dicha solicitud no debió ser otorgada. Recordemos que según el artículo 12.1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, "la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro".

En ese sentido, la nulidad de un registro marcario por haber sido efectuado de mala fe, implica que el mismo no debió ser otorgado por encontrarse incurso en la prohibición de registro del artículo 137 de la Decisión 486; es decir, que fue solicitado con la finalidad de consolidar, facilitar o perpetrar un acto de competencia desleal. Por tanto, al evaluar la conducta, la autoridad administrativa deberá analizar si se configura alguno de los tres supuestos explicados en el párrafo anterior.

En este punto, surgen las siguientes interrogantes: ¿cuál es la conducta contraria a la buena fe empresarial que la solicitud de registro marcaria, consoli-

(…) MICCIO, pese a afirmar que el concepto recíprocamente opuesto a la buena fe es el de mala fe, considera que esta última está caracterizada por el componente de deslealtad que no puede ser confundida con la conducta que se inspira solamente en el conseguimiento del propio interés.
(…) en el campo de la buena fe objetiva, (…) en el cumplimiento de las obligaciones no hay zonas grises".
(De La Puente y Lavalle, Manuel,s.f., p. 344).

da, facilita o perpetúa? ¿cuál es ese *standard jurídico* aplicable? Una primera aproximación, de manera abstracta, según lo analizado en el numeral II, es evaluar si la conducta que se quiere consolidar, facilitar o perpetuar: *i)* no constituyen la materialización del esfuerzo propio del solicitante, sino del esfuerzo de un tercero, *ii)* constituye un abuso del derecho, o *iii)* busca engañar o perjudicar a un agente económico o al correcto funcionamiento del mercado.

Sin embargo, creemos que esa primera aproximación no es suficiente. En nuestra opinión, se necesitan criterios y lineamientos claros que otorguen seguridad jurídica al administrado, sin que ello signifique generar algún tipo de sobre regulación o lista taxativa de actos que se considerarán como actos de competencia desleal.

Al respecto, el artículo 259 de la Decisión 486, establece de manera **no taxativa** que constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, los siguientes:

> (…)
> a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
> b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
> c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1044, independientemente de lo señalado en la cláusula general contenida en su artículo 6, por el cual están prohibidos y son sancionados todos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, siempre que el mismo resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial, a través de su Capítulo II del Título II, enumera aquellas **conductas desleales más comunes**, las mismas que ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la administración como a los administrados[17].

Así pues, dicha lista considera desleal los actos de engaño, confusión, explotación indebida de la reputación ajena, denigración, actos de comparación y equiparación indebida, actos de violación de secretos empresariales, actos de violación de normas, actos de sabotaje empresarial y actos desarrollados mediante la actividad publicitaria como actos contra el principio de autenticidad, el principio de legalidad y el principio de adecuación social.

Podemos advertir que los actos de competencia desleal listados en el Decreto Legislativo 1044 se encuentran contenidos en los actos listados por el artículo 259. En efecto, los actos del literal a) del referido artículo 259 de la Decisión 486 guardan relación con los actos de confusión del artículo 9 del Decreto Legislativo 1044, los actos del literal b) del citado artículo 259 de la Decisión 486 se relacionan con los actos de denigración del artículo 10 del Decreto Legislativo 1044, y los actos listados en el literal c) del referido artículo 259 de la Decisión 486 guardan relación con los actos de engaño del artículo 8 del Decreto Legislativo 1044.

En ese sentido, la autoridad competente al evaluar la causal de irregistrabilidad o nulidad contenida en el artículo 137 o 172, respectivamente, de la Decisión 486, debería valerse de los conceptos desarrollados en el Decreto Legislativo 1044. A efectos de evaluar si el solicitante actuó en contra del principio de buena fe comercial, buscando perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, pues en él se enumeran ocho actos de competencia desleal más comunes, adicionales a los desarrollados en la Decisión 486 (engaño, confusión y denigración); a decir, los actos de explotación indebida de la reputación ajena, actos de comparación y equiparación indebida, actos de violación de secretos empresariales, actos de violación de normas, actos de sabotaje empresarial y actos desarrollados mediante la actividad publicitaria como actos contra el principio de autenticidad, el principio de legalidad y el principio de adecuación social.

Al respecto, ya desde el año 2005, la SPI por Resolución No. 1178-2005/TPI-INDECOPI, consideró que:

> (…) debe tenerse en consideración que al haber impuesto el artículo 6 del Decreto Legislativo 823[18] la carga en la administración de no reconocer la prelación del solicitante cuando quede

17 Precedente de observancia obligatoria, Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI, de fecha 10 de septiembre de 2004.

18 Actualmente este artículo se encuentra reconocido en el artículo 12 del Decreto Legislativo No. 1075.

> demostrado que obró sin buena fe y al haber relacionado dicha consecuencia con un derecho (derecho de prelación) cuya vigencia natural es pre-registral, la ***consecuencia lógica es la de reconocer a los actos de mala fe no contemplados expresamente en el artículo 136 (…) de la Decisión 486 como causal de prohibición relativa al registro, cuya aplicación procederá en forma análoga al procedimiento de nulidad*** (…).

En este punto, es necesario recordar la relación de complementariedad entre la disciplina de la Competencia Desleal respecto a la Propiedad Industrial, pues alguna de las prohibiciones de registro contenidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, podrían ser suficientes para impedir el registro de una marca que pueda indirectamente representar la facilitación, perpetuación o consolidación de un acto contrario a la buena fe comercial, como por ejemplo la prohibición contenida en el literal a) (confusión marcaria), o literal d) (solicitudes de representantes o distribuidores de un signo extranjero en el Perú) del artículo 136 de la Decisión, o la prohibición contenida en el inciso i) del artículo 135 de la Decisión 486 (engaño).

En consecuencia, los agentes económicos del mercado –actuando en el ámbito relacionado a la Propiedad Industrial–deben respetar este *standard* jurídico impuesto por la buena fe al solicitar a registro una marca. Es decir, no deberían solicitar el registro de marcas con la intención de perpetrar, facilitar o consolidar actos de competencia desleal. De lo contrario, y en caso dichos actos no se encuentren especificados en alguna prohibición de registro contenida en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, el Indecopi se encuentra facultado para reconocer estos actos de mala fe, y considerarlos como causales de prohibición relativa.

En palabras de la SPI:

> Para que una marca registrada llegue a consolidarse, es necesario que su titular haya obrado de buena fe al momento de solicitar su registro. El comportamiento desleal o de mala fe del titular de la marca registrada supone la ruptura de un principio tan fundamental como es el de la seguridad del tráfico jurídico, cuya consecuencia ineludible debe ser –dependiendo en el momento en el que se produzca– alguna de las siguientes: desconocer el derecho de prelación obtenido por la presentación de su solicitud de registro; denegar el registro en atención a la causal contenida en el artículo 136 inciso d) de la Decisión 486; o sancionar con nulidad el derecho de exclusiva obtenido sobre determinado signo.
>
> En el campo de la propiedad industrial no cabe duda de la supremacía del principio de la buena fe subjetiva, puesto que la materia de regulación tiene por objeto conservar la transparencia del mercado, protegiendo tanto los intereses de los competidores como los de los consumidores. Es por ello que la Decisión 486 restringe el acceso de determinados signos al registro a través del establecimiento de prohibiciones absolutas y relativas. Pero también es verdad que regulan en forma objetiva qué tipo de conductas representan actos de mala fe porque atenían contra el desenvolvimiento de la competencia y la transparencia del mercado a través de la actividad deshonesta y desleal en las prácticas comerciales (Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI) .

Sobre la determinación de actos que constituyen actos de competencia desleal, la SPI señaló, a través de su Resolución No. 1178-2005/TPI-INDECOPI, un criterio que se mantiene al año 2020, como se aprecia en la Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI, que:

> (…) frente a esta complejidad de situaciones que pueden presentarse en torno a la aplicación de la figura de la mala fe, conviene mencionar en términos generales, siguiendo a lo establecido en el derecho comparado, que incurre en mala fe quien en forma reprobable y valiéndose de una solicitud de registro tenga por finalidad alcanzar un derecho formal sobre una marca con la deliberada intención de perjudicar a un competidor.

Debemos precisar, actualmente, que las normas de competencia desleal **no exigen que exista una relación de competencia**, para que se determine la configuración de un acto contrario a la buena fe comercial. Por tanto, consideramos que, **incurrirá en mala fe quien valiéndose de una solicitud de registro tenga por finalidad alcanzar un derecho formal sobre una marca con la deliberada intención de afectar a un tercero o el correcto funcionamiento del mercado, siempre que se logre probar dicha intención del Solicitante.**

Finalmente, respecto a actos de competencia desleal no enumerados, es interesante citar el emblemático caso resuelto por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal como por la Sala No. 1 de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, en el cual la Comisión por Resolución No. 183-2010/CSD-INDECOPI, señaló que:

> (…) En este punto, resulta pertinente mencionar que sin perjuicio de que en el Perú el regis-

> tro de los signos distintivos (salvo en el caso del nombre comercial) tiene carácter constitutivo, el cual otorga un derecho de uso exclusivo de los mismos, ello no impide que la autoridad de Competencia Desleal verifique la existencia de actos desleales derivados del uso indebido del sistema de Propiedad industrial, como por ejemplo si una marca se emplea de manera abusiva al generar actos de engaño respecto a la procedencia geográfica.
>
> Asimismo, la doctrina ha puesto de relieve otro problema que podría surgir en un registro constitutivo de Propiedad industrial: 'la piratería marcaria', la cual consiste en el registro de signos utilizados, pero no registrados, o de marcas extranjeras utilizadas o registradas en otros países, pero sin uso ni registro en nuestro país. (…) constituye un acto contrario a la buena fe empresarial el registro, por iniciativa propia, de signos distintivos de productos que se fabrican en el extranjero para constituirse como el único distribuidor de los mismos en el mercado peruano. Al respecto, [el denunciante] ha argumentado que el registro de signos distintivos en el Perú es constitutivo, protegiéndose únicamente a la marca inscrita en el país. Sin embargo, conforme se mencionó anteriormente el abuso del derecho se configura cuando se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica y social para la que fue concebido, vulnerando los legítimos derechos e intereses de terceros.

IV. Análisis de la jurisprudencia del TJCA en la interpretación del artículo 137 de la Decisión 486

Para desarrollar el presente numeral, se analizaron diversas interpretaciones prejudiciales emitidas por el TJCA entre los años 2016 al 2019[19].

De dicho análisis se desprende que, al interpretar el artículo 137 de la Decisión 486, el TJCA, en línea con lo desarrollado en los numerales II y III precedentes,

> (…) entiende por competencia desleal todo acto contrario a la buena fe empresarial, contrario al normal desenvolvimiento de las actividades económicas basado en el esfuerzo empresarial legítimo. Sobre el particular, el Tribunal ha considerado que son actos contrarios a los usos y prácticas honestos aquellos que se producen con la intención de causar daño o de aprovecharse de situaciones que puedan perjudicar al competidor (Proceso No. 711-IP-2018, Fundamento 5.3; Proceso No. 97-IP-2018, Fundamento 2.3).

Nótese, como el TJCA, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, establece que para la configuración de un acto de competencia desleal debe existir una relación de competencia entre los agentes involucrados.

Asimismo, para el TJCA:

> el esfuerzo empresarial legítimo, expresado como **eficiencia económica**, da como fruto la atracción de clientes y el incremento de las ventas; es decir, el desarrollo económico y el correcto desenvolvimiento de una economía social de mercado, promoviendo la libre iniciativa privada. En ese sentido, el daño concurrencial lícito ocurre precisamente cuando un empresario atrae una mayor clientela –lo que supone la pérdida de clientes de otro u otros empresarios– debido a su capacidad de ofrecer en el mercado algo más atractivo de que lo que ofrecen sus competidores. Y es esta la virtud del proceso competitivo: la presión existente

19 1- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 711-IP-2018, solicitado por el Tribunal distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en el cual se encuentran involucrados los signos FREESETONE y FREESETONE.
2- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 97-IP-2018, de fecha 30 de abril de 2019, solicitado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, con referencia a la acción de nulidad de la marca HEXAGON.
3- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 467-IP-2018, de fecha 30 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en el cual se encuentran involucrados los signos CLINISANITAS y FARMASANITAS.
4- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 287-IP-2019, de fecha 16 de setiembre de 2019, solicitado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, en el cual se encuentran involucrados los signos JURISCOL.
5- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 110-IP-2016, de fecha 16 de octubre de 2016, solicitado por la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa, Social y Administrativa Primera del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en el cual se encuentran involucrados los signos PIL CALCIFEM (mixta) y supuesto Derecho de Autor sobre la imagen y apariencia de los productos DENSIA y CALCI +.
6- Interpretación Prejudicial en el proceso No. 309-IP-2015, de fecha 25 de febrero de 2016, solicitado por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub especializada en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el cual se encuentran involucrados los signos UP & GO y LIBERO UP & GO.

en el mercado por ofrecer las mejores condiciones (precio, calidad, variedad y/o acceso) en beneficio de los consumidores (Proceso No. 711-IP-2018, Fundamento 5.5; Proceso No. 97-IP-2018, Fundamento 2.5).

Para el TJCA, lo ilícito es no competir en base a la "eficiencia económica (esfuerzo empresarial legítimo), sino a través de actos contrarios a la buena fe comercial; es decir, actos que atentan contra el normal desenvolvimiento de las actividades económicas que pueden afectar a los consumidores", a las empresas y al correcto funcionamiento del mercado (Proceso No. 711-IP-2018, Fundamento 5.6).

Según lo expuesto, de acuerdo a la interpretación del TJCA, son necesarias dos condiciones para que se configure un acto de competencia desleal: *i)* que los competidores concurran en un mismo mercado; es decir, debe existir una relación de competencia entre los agentes involucrados; y, *ii)* que la conducta evaluada debe ser contraria a la eficiencia económica; es decir, a la buena fe comercial. Sobre el particular, como lo hemos señalado previamente, la primera condición necesaria no es aplicable en la jurisdicción peruana, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo 1044.

Ahora bien, respecto a la protección de represión de los actos de competencia desleal a través de la propiedad industrial, adicionalmente el TJCA señala que "la disciplina de estos actos encuentra la necesidad de tutelar el interés general de los participantes en el mercado, por la vía de ordenar la competencia entre los oferentes y prevenir los perjuicios que pudieran derivarse de su **ejercicio abusivo**"; a decir, del uso abusivo del sistema de propiedad industrial. (Proceso No. 711-IP-2018, Fundamento 5.17; Proceso No. 97-IP-2018, Fundamento 2.17)

Asimismo, del análisis realizado de las interpretaciones perjudiciales, las conductas frecuentemente consultadas al TJCA son los de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y las de aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Al respecto, el TJCA, además de desarrollar algunos criterios sobre las mismas, ha marcado la diferencia entre:

i) **los actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, con la confusión marcaria prohibida por el artículo 136 inciso a) de la Decisión 486**, señalando que la primera se refiere a la confusión que generaría el registro de la marca respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; y,

ii) **los actos de competencia desleal en la modalidad de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, con la protección del carácter notorio de un signo distintivo contenida en el artículo 136 inciso h) de la Decisión 486**, señalando que, en el segundo caso, lo que se protege es el esfuerzo empresarial por consolidar el posicionamiento, la fama o el prestigio en el mercado de la empresa, su imagen o de sus productos, e inclusive los valores de la empresa (como la honestidad y la transparencia de ventas), en el desarrollo de su actividad económica.

Finalmente, de las interpretaciones prejudiciales analizadas, podemos señalar que el TJCA acentúa que aquel que alega la causal de irregistrabilidad contenida en el artículo 137 de la Decisión 486, **deberá probar** que el registro hubiera sido solicitado de mala fe; es decir, para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal.

V. Análisis de la jurisprudencia de otros países miembros de la Comunidad Andina en la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486

Para desarrollar el presente numeral, se analizaron 9 resoluciones emitidas por la autoridad administrativa correspondiente en Colombia[20] (Superintendencia de Industria y Comercio) y Ecuador[21] (Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual), en primera y segunda instancia, entre los años 2017 al 2019.

20 1- Resolución No. 461, de fecha 22 de febrero de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2018/0050773.
2- Resolución No. 4278, de fecha 2 de abril de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2018/0072057.
3- Resolución No. 32782, de fecha 1 de agosto de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2019/0018610.
4- Resolución No. 2664, de fecha 20 de marzo de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2018/0066383.

Al respecto, en Colombia, en primera instancia, la autoridad administrativa competente, considera que la finalidad esencial de la prohibición de registro incluida en el artículo 137 de la Decisión 486 es **prevenir** que, con una "solicitud de registro de un signo distintivo, se pretenda burlar o utilizar el sistema de registro de la propiedad industrial, para impedir o entorpecer, al titular legítimo o a un competidor, la concurrencia en el mercado, o a la libre utilización de sus signos" distintivos (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022, p. 230)[22]. Al respecto, la autoridad colombiana, ampara dicha causal en la "Cláusula General" que establece su norma de Competencia Desleal (artículo 7 de la Ley 256 de 1996, de Colombia).

Asimismo, la autoridad colombiana señala que para que se pueda afirmar que existen indicios de:

> Un acto de competencia desleal, que impida el registro de una marca, se deben presentar los siguientes supuestos:
>
> i) Debe haber indicios razonables de que la solicitud se relaciona con un acto de competencia desleal; y, por tanto,
>
> ii) Dichos indicios deben permitir inferir con claridad que el registro se solicitó para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, esto significa que debe existir una **relación causal** entre la solicitud del registro y el actual o potencial acto de competencia desleal" (Resolución N° 49579, p.17).

Asimismo, se precisa que, al analizar los medios probatorios presentados en un procedimiento administrativo, para acreditar que se configura la prohibición de registro del artículo 137 de la Decisión 486, la autoridad administrativa correspondiente, no necesita concluir la existencia del acto de competencia desleal, sino únicamente si existen indicios razonables que permitan inferir la posible comisión de un acto de esa naturaleza.

Ahora bien, es interesante y acertado, como en segunda instancia, la autoridad administrativa colombiana hace referencia de manera expresa a la norma de competencia desleal de su país, al desarrollar las conductas reprimidas por ser contrarias a la buena fe empresarial. En efecto, se señala que a título enunciativo, el artículo 259 de la Decisión 486 "(…) establece tres (3) de los actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, **a los que se le debe añadir los contenidos en la Ley 256 de 1996**" (Resolución N° 49579, p.18)[23]. Consideramos acertada dicha mención expresa a la norma de competencia desleal en el análisis conceptual que realiza la autoridad administrativa de propiedad intelectual colombiana, pues es una manera clara y concreta de materializar la relación de complementariedad entre ambas disciplinas.

Adicionalmente, la autoridad administrativa de segunda instancia de Colombia, precisa que:

i) Para que un acto se considere desleal, bajo el marco de la Decisión 486, debe involucrar necesariamente derechos sobre nuevas creaciones o signos distintivos; y,

ii) Es aplicable el artículo 137 de la Decisión 486, cuando no exista norma especial de protección marcaria para el asunto en controversia; es decir, que la conducta no se encuentre contenida dentro de las prohibiciones de registro del artículo 135 o 136 de la Decisión 486 (Resolución N° 49579). Ello en virtud de la interpretación jurídica "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" (Resolución No. 69646, 2019) .

5- Resolución No. 7015, de fecha 22 de abril de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2018/0068069.

6- Resolución No. 69646, de fecha 4 de diciembre de 2019, emitida por el Director de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. SD2018/0032388.

7- Resolución No. 12102, de fecha 6 de mayo de 2019, emitida por el Superintendente delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, en el Expediente No. 13288133.

21 1- Resolución No. 017-2018-OCDI-IT, de fecha 28 de mayo de 2018, emitida por el Tribunal Uno - órgano Colegiado de Derechos Intelectuales de Ecuador, en el Trámite No. 17-6214-RA-2S.

2- Resolución No. OCDI-2019-1031, de fecha 18 de diciembre de 2019, emitida por el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales de Ecuador, en el Trámite No. IEPI-2017-52712.

3- Resolución No. OCDI-2018-179, de fecha 24 de octubre de 2018, emitida por el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales de Ecuador, en el Trámite No. 17-6179-RA-2S.

22 Ver Resolución No. 461, de fecha 22 de febrero de 2019.

23 Ver Resolución No. 69646, de fecha 4 de diciembre de 2019.

De manera contraria, la autoridad administrativa de propiedad intelectual de Ecuador, no hace mención expresa a las normas de competencia desleal de dicho país, sino que, únicamente, menciona los artículos 258 y 259 de la Decisión 486, en el análisis conceptual del artículo 137 de la Decisión 486.

No obstante, al igual que la autoridad administrativa de Colombia precisa en sus resoluciones que la competencia desleal implica una actitud deshonesta contraria a los usos y costumbres aceptados y a las prácticas comerciales reconocidas, reguladas por los ordenamientos jurídicos; empero partiendo del principio de buena fe, **esos actos deben ser probados**.

Así, por ejemplo, por Resolución No. OCDI-2019-1031, de fecha 18 de diciembre de 2019, el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales de Ecuador, al denegar el registro de la marca **SUKYO MAHIKARI y logotipo**, para distinguir servicios de la clase 35 de la Clasificación Internacional; y, declarar, fundada la oposición interpuesta en base a las marcas **MAHIKARI y logotipo** y **SUKYO MAHIKARI y logotipo**, registradas para distinguir productos y servicios de las clases 16, 38 y 41 de la Clasificación Internacional, que según el criterio de la autoridad administrativa, no se encontraban vinculados a los servicios de la clase 35, señaló que:

> Esta coincidencia total de las denominaciones de fantasía **SUKYO MAHIKARI**, constituye un indicio razonable, a criterio de este Tribunal, de que el registro del signo solicitado podría configurar actos de competencia desleal, al tenor de la norma que se ha transcrito, siendo obligación de esta Autoridad impedir que tal situación se efectivice.

Como se puede apreciar, el caso citado es un claro ejemplo de un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión; y, no de confusión marcaria, pues los productos y servicios que distinguen los signos en conflicto no se encontraban vinculados, por lo que, no era aplicable el artículo 136 inciso a) de la Decisión, sino el artículo 137 de la Decisión 486, en tanto se acreditó la mala fe empresarial del solicitante. Nótese que, en el caso citado, para acreditar la mala fe del solicitante, bastó con que las marcas en conflicto sean semejantes al grado de poder causar confusión en el mercado.
Sobre el particular, no coincidimos con dicho criterio, pues ello significaría que independientemente del principio de especialidad que debe regir la protección de la propiedad intelectual, todo signo que sea confundible a otro será denegado, por presumirse que fue solicitado de mala fe, lo cual nos parece riesgoso. Es más, la autoridad administrativa de Ecuador al realizar el análisis de vinculación entre los servicios de la clase 35 que distinguía el signo solicitado, y los productos y servicios de las clases 16, 38 y 41, concluyó que los mismos no estaban comercialmente vinculados entre sí.

Por su parte, la mayoría de casos analizados, resueltos por la autoridad administrativa colombiana, también se enfocan en el acto de competencia desleal en la modalidad de confusión.

Así por ejemplo, por Resoluciones No. 461, 4278, 32782 y 2662, la primera instancia de la autoridad administrativa de Colombia, concluyó que:

> (…) Si bien la sociedad opositora allega una serie de elementos probatorios que buscan ser indicios sobre un presunto uso inadecuado del signo solicitado en el mercado, la solicitud de registro, tal y como fue solicitada, no se confunde con la marca de la opositora, y corresponderá a un escenario diferente analizar si su uso en el mercado se realiza o realizará de una forma diferente. Por lo que, en el evento en que se configurara un uso diferente del signo solicitado en registro, el opositor puede acudir a las instancias competentes.

Finalmente, en otro caso similar, por Resolución No. 7015, la autoridad administrativa de Colombia, al otorgar el registro de la marca **ATMOS RENTALS**, para distinguir servicios de las clases 35, 37 y 43 de la Clasificación Internacional; y, al declarar infundada la oposición interpuesta en base al artículo 137 de la Decisión 486, al ser considerada por el Opositor como similarmente confundibles a sus marcas **ATTMOSFERAS**, de las cuales el Solicitante había tomado conocimiento previamente, en una audiencia de conciliación en la que asistieron ambas partes, señaló que:

> En este caso este Despacho al realizar el análisis de confundibilidad de los signos ATMOS/ ATTMOSFERAS, encontró que entre el signo solicitado y las marcas opositoras no se generará riesgo de confusión o de asociación en el consumidor, ya que las diferencias gramaticales, fonéticas, conceptuales y gráficas de los signos permiten su individualización y diferenciación en el mercado; es por ello que no se configura la causal alegada de competencia desleal.
>
> Finalmente, es preciso anotar que si bien la sociedad opositora alega una serie de elementos

> probatorios que buscan ser indicios sobre un presunto uso inadecuado del signo solicitado en el mercado, la solicitud de registro, tal y como fue reflejada dentro del petitorio presentado, no se confunde con la marca opositora, y corresponderá a un escenario diferente analizar si su uso en el mercado se realiza o realizará de una forma diferente, en tanto esta instancia no es la competente para analizar dicha situación. Lo anterior no obsta para que en el evento en que se configurará un uso diferente del signo solicitado en registro, el opositor pueda acudir ante las instancias competentes.

En consecuencia, consideramos que los criterios de aplicación empleados por la autoridad administrativa de Colombia, se acercan más a los criterios normativos generales expuestos previamente en los numerales II y III, de la presente investigación. Con lo cual, la experiencia colombiana en la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, resulta favorable para la relación de complementariedad entre la competencia desleal y la propiedad intelectual.

Debemos recordar al lector, que nuestro análisis se limita a las resoluciones citadas. Consideramos que pueden haber casos en donde la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486 haya sido más rigurosa por la autoridad administrativa de Ecuador.

VI. Análisis de la jurisprudencia peruana en la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486

Para desarrollar el presente numeral, se analizaron 23 resoluciones emitidas por la Comisión de Signos Distintivos (en adelante, la CSD) y la SPI, entre los años 2019 al 2021, de primera y segunda instancia[24].

Al respecto, la Comisión de Signos Distintivos, precisa en reiteradas oportunidades que:

> La exigencia de conducirse lealmente es una condición indispensable para que la autoridad administrativa otorgue el derecho de exclusiva

24 1- Resolución No. 0096-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 22 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 794098-2019.
2- Resolución No. 0155-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 29 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 741469-2018.
3- Resolución No. 0133-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 27 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 761063-2018.
4- Resolución No. 0177-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 30 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 780164-2019.
5- Resolución No. 0163-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 30 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 772048-2018.
6- Resolución No. 0209-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 6 de febrero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 767511-2018.
7- Resolución No. 0212-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 6 de febrero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 763653-2018.
8- Resolución No. 0233-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 6 de febrero de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 734594-2018.
9.- Resolución No. 0300-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 736339-2018.
10- Resolución No. 0075-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 11 de enero de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 675950-2016.
11- Resolución No. 0651-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 22 de abril de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 744701-2018.
11- Resolución No. 0612-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 10 de abril de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 737023-2018.
12- Resolución No. 1997-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 5 de diciembre de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 744532-2018.
13- Resolución No. 2111-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 16 de diciembre de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 746286-2018.
14- Resolución No. 1651-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 16 de octubre de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 712168-2017.
15- Resolución No. 1308-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 20 de agosto de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 729013-2017.
16- Resolución No. 1253-2019/TPI-INDECOPI, de fecha 12 de agosto de 2019, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 756089-2018.
17- Resolución No. 4196-2019/CSD-INDECOPI, de fecha 12 de septiembre de 2019, emitida por la CSD, que obra en el expediente No. 798361-2019.
18- Resolución No. 5807-2019/CSD-INDECOPI, de fecha 18 de diciembre de 2019, emitida por la CSD, que obra en el expediente No. 812037-2019.
19- Resolución No. 151-2019/CSD-INDECOPI, de fecha 15 de enero de 2019, emitida por la CSD, que obra en el expediente No. 656702-2016.

> que nace con el acto administrativo que otorga el registro, por lo que, al solicitarse el registro de una marca, la administración deberá tener en consideración la observancia de este presupuesto. Es por ello que no pueden admitirse a registro signos que hayan sido solicitados de mala fe en base a la transgresión de un derecho ajeno, ya que conforme se ha señalado, el actuar en forma deshonesta o desleal constituye un comportamiento no admitido por el ordenamiento jurídico (Resolucion N° 2543-2016/CSD-INDECOPI, "Mala fe", parrafo 5).

Asimismo, siguiendo lo dispuesto por el TJCA, se señala que "no existen supuestos taxativos de las conductas de mala fe (competencia desleal), sino simplemente enunciativos, ya que por su complejidad y naturaleza misma no son susceptibles de ser enumerados taxativamente, sino que dependen de cada caso concreto" (Resolución 3459-2016/CSD-INDECOPI, p. 35). No obstante, a diferencia de lo que sucede en Colombia, la CSD y la SPI no hacen referencia expresa en sus resoluciones a la norma de competencia desleal; a decir, al Decreto Legislativo 1044, en la cual se describen mayores supuestos de actos de competencia desleal.

Adicionalmente, hemos advertido que la mayoría de los casos peruanos, la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, se encuentra referida a un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión. Al respecto, la CSD y la SPI han señalado que

> no basta con que dos signos sean idénticos o confundibles para que con ese sólo hecho se pueda inferir que el titular ha obtenido el registro con mala fe, sino que hace falta además acreditar la ocurrencia de los actos u omisiones por parte del titular registral que constituyan una transgresión al deber de la actuación de buena fe que la normal concurrencia en el mercado existe (Resolución Nro. 1770-2022/CSD-INDECOPI).

Así, por ejemplo, por Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI, declararon infundada la oposición interpuesta por Nike Inovate C.V., en el extremo que afirmó que la solicitud de registro de la marca ROKE habría sido presentada de mala fe con la intención de perpetrar, facilitar y consolidar actos de competencia desleal; y que, en consecuencia, se encontraba incursa en la prohibición de registro del artículo 137 de la Decisión 486. Sobre el particular, el Opositor alegó que –a su entender– no se debía a una simple casualidad que el signo solicitado se asemeje a sus marcas notorias NIKE y , por lo que, para el Opositor, era clara la intención del Solicitante de aprovecharse de la reputación de un signo pre-existente en el mercado.

No obstante, en el caso expuesto, Nike Inovate C.V. no presentó medios probatorios que hagan presumir la mala fe del Solicitante; por lo que, la SPI concluyó que la solicitud de registro de la marca ROKE, no fue presentada con la intención de perjudicar a la opositora obstruyendo su actividad concurrencial, para obtener un beneficio económico con dicha conducta; menos aún, cuando –a criterio de la Sala– los signos no eran semejantes.

Más allá del resultado del caso citado, en él se puede advertir la importancia de los medios probatorios que se presenten con la finalidad de acreditar que una marca solicitada se encuentra incursa en la prohibición de registro del artículo 137 de la Decisión 486. Al respecto, la SPI por Resolución 0075-2019/TPI-INDECOPI ha señalado que: "los supuestos actos maliciosos atribuidos al solicitante deben ser acreditados al momento en que dicha parte solicitó el registro de marca (…)".

Adicionalmente, otro caso relevante de los analizados en la presente sección es aquel que concluyó con la Resolución No. 300-2019/TPl-INDECOPI, a través de la cual la SPI denegó el registro de la marca denominativa **CANIK,** y declaró fundada la oposición presentada en base a las marcas **CANIK y logotipo,** registradas en Estados Unidos de América, Turquía y la Unión Europea, en virtud del artículo 137 de la Decisión 486. Al respecto, la SPI señaló que no se podía deber a una simple coincidencia que las marcas en conflicto compartan el mismo elemento relevante, más aún, teniendo en cuenta el carácter de fantasía de dicha denominación.

20- Resolución No. 155-2019/CSD-INDECOPI, de fecha 15 de enero de 2019, emitida por la CSD, que obra en el expediente No. 741493-2018.

21- Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI, de fecha 20 de enero de 2020, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 771665-2018.

22- Resolución No. 0398-2021/CSD-INDECOPI, de fecha 5 de febrero de 2021, emitida por la CSD, que obra en el expediente No. 835433-2020.

23- Resolución No.0 444-2021/TPI-INDECOPI, de fecha 21 de abril de 2021, emitida por la SPI, que obra en el expediente No. 808660-2019.

Así, en el caso previamente citado, además de las coincidencias gráficas y fonéticas entre los signos en conflicto, la SPI concluyó **los medios probatorios presentados por la Opositora acreditaban que los productos identificados con las marcas registradas estaban siendo comercializados a empresas domiciliadas en el Perú con anterioridad a la solicitud de registro del signo en cuestión**.

En consecuencia, en dicho caso, para la SPI existían indicios suficientes que evidenciaban que al momento de solicitar el registro de la marca **CANIK,** la solicitante **conocía o estaba en la posibilidad de conocer sobre la existencia de las marcas de la Opositora**, toda vez que ellas eran comercializadas en el mercado peruano y pertenecían al mismo rubro de su competencia, el cual es un sector especializado. Así pues, la SPI concluyó que la solicitante actuó de mala fe, con la intención de obtener un provecho ilícito y obstruir la actividad empresarial de la verdadera titular de las marcas **CANIK.**

El caso descrito es interesante, pues reproduce el criterio frecuente de la CSD y la SPI, el cual según hemos podido advertir en las Resoluciones analizadas, evalúa principalmente las siguientes dos condiciones, para determinar si el Solicitante de una marca actuó de mala fe:

i) Que los signos sean susceptibles de causar confusión en el mercado, por ser gráfica y fonéticamente similares; y,

ii) Que existan los medios probatorios suficientes para acreditar que el solicitante conocía o estaba en la capacidad de conocer la existencia de las marcas base de la oposición.

Al respecto, no es necesario que las marcas se encuentren registradas en Perú[25], basta con que se demuestre que las mismas tienen algún tipo de presencia en el mercado peruano, ya sea porque son comercializadas en Perú o porque internacionalmente son conocidas o publicitadas, de tal manera que es esperable que un consumidor medio las conozca. Lo anterior, evidentemente, va depender de cada caso en particular y está sujeto a la evaluación de las pruebas que presente quien alega la prohibición de registro del artículo 137 de la Decisión 486.

Adicionalmente, otro caso relevante de los analizados en la presente sección es aquel en el cual se emitió la Resolución No. 0398-2021/CSD-INDECOPI, a través de la cual la CSD otorgó el registro de la marca Neopan , y declaró infundada la oposición presentada –principalmente– en base a la marca HUGGIES y a las etiquetas , en virtud del artículo 137 de la Decisión 486. Al respecto, la CSD señaló que la empresa opositora no creó convicción de que la marca Neopan haya sido solicitada de mala fe y con la finalidad de perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal.

En dicho caso, la opositora señaló que la intención del solicitante era utilizar el signo en cuestión en empaques que se asemejan a aquellos que utiliza en el mercado. Sobre el particular, la CSD correctamente delimitó la aplicación del artículo 137 señalado lo siguiente:

> Al respecto, resulta conveniente precisar que el presente procedimiento corresponde a uno de solicitud de registro de marca, el cual tiene por finalidad analizar si el signo objeto de análisis ha sido solicitado mediando mala fe o con la finalidad de perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, no siendo materia del presente procedimiento evaluar si el uso del referido signo resulta infractor. // Sin perjuicio de ello, la opositora, en su oportunidad podrá iniciar las acciones que se considere pertinentes en la vía correspondiente.

Por otro lado, también hemos podido advertir que –no es frecuente– que la SPI o la CSD hagan referencia a las normas de competencia desleal a efectos de evaluar la conducta en virtud del artículo 137 de la Decisión 486; sino, que –por lo general– se limitan a señalar que el acto en cuestión es un acto de mala fe, y con ello concluyen que el signo solicitado no debe ser otorgado. Sin embargo, consideramos que el análisis podría ser más completo.

Conceptualmente, la SPI y la CSD desarrollan que un acto de competencia desleal es aquel que no se adecua al principio de la buena fe empresarial; por lo que, si el acto de solicitar un registro de marca no se adecua a la buena fe empresarial; es decir, fue realizado de mala fe, el acto en sí mismo constituye uno de competencia desleal por abuso del sistema

25 De esa manera, consideramos que la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, puede significar en algunos casos una excepción al principio de territorialidad que rige el sistema marcario.

de propiedad industrial, valiéndose del esfuerzo ajeno, con la finalidad de afectar el correcto funcionamiento del mercado.

En otras palabras, con la solicitud de registro de mala fe se estaría perpetrando un acto de competencia desleal. Sin embargo, a través del mismo, también se puede facilitar o consolidar otro acto de competencia desleal, como por ejemplo aquellos en la modalidad de confusión y/o aprovechamiento de la reputación ajena, análisis que no es usualmente efectuado ni por la SPI ni por la CSD.

Ahora bien, a continuación, desarrollaremos una resolución adicional, en la cual también se aplicó el artículo 137 de la Decisión 486, de acuerdo al criterio previamente descrito de la SPI. Por Resolución No. 233-2019/TPI-INDECOPI, la SPI denegó el registro de la marca DIVER, para distinguir servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional, y declaró fundada la oposición presentada por Dukes Road S.L, en base a sus marcas DIVER y DIVERXO, registradas en España y la OAMI, para distinguir productos y servicios de las clases 29, 35 y 43 de la Clasificación Internacional, fundada en el artículo 137 de la Decisión 486.

Al respecto, la SPI consideró que había quedado acreditado que la denominación DIVERXO era la denominación del restaurante que David Muñoz ha posicionado en el rubro de la gastronomía, en diversos países de Europa, en especial en España, obteniendo a partir de ello reconocimiento en diversas páginas periodísticas, como The New York Times y Squire Colombia (artículos presentados como medios probatorios por la Opositora).

De igual manera, la SPI, por Resolución No. 444-2021/TPI- INDECOPI, al denegar el registro de la marca BLACK, para distinguir productos de la clase 30 de la Clasificación Internacional, y declaró fundada la oposición presentada por Mr. Black Spirits Pty. Ltd. (Australia) en base a sus marcas MR BLACK, MR BLACK, y MR·BLACK, registradas en Estados Unidos de América, la Unión Europea y Canadá, para distinguir productos de la clase 33 de la Clasificación Internacional, fundada en el artículo 137 de la Decisión 486.
Al respecto, la SPI señaló que:

> (…) los medios probatorios ofrecidos por la opositora acreditan que las marcas MR. BLACK no solo han sido materia de una amplia campaña publicitaria efectuada a través de redes sociales en Facebook e Instagram durante los años 2013 al 2019, así como en distintos eventos efectuados en países ubicados alrededor del mundo, tales como: Australia, Estados Unidos de América, Reino Unido y Asia, sino que además ha sido merecedora de la medalla de oro en la categoría de "mejor licor de café" en el concurso del "International Wine and Spirit Competition" (IWSC)25 –el cual corresponde a uno de los más prestigiosos concursos de bebidas espirituosas a nivel mundial– todo con anterioridad a la fecha de presentación del signo solicitado por Charles Alexander Nano Malpartida y Luis Alfredo Trujillo Añazco.
>
> Teniendo en cuenta lo anterior, así como el hecho que el solicitado y las marcas de la opositora se encuentran referidos a productos vinculados, se considera que en el caso concreto existen suficientes elementos para determinar que la identidad fonética entre los signos no pueda deberse a una mera coincidencia, sino al conocimiento previo sobre la existencia de los signos de la opositora.

Por tanto, la SPI consideró -en ambos casos- que:

i) Existen suficientes elementos para concluir razonablemente que **la solicitante conocía de los derechos marcarios inscritos a favor de la opositora**, más aún, cuando ello no fue negado por la solicitante; y,

ii) La solicitud de registro **reproduce la misma denominación** que conforma a las marcas registradas a favor de la Opositora; y, la grafía especial de una de ellas.

En consecuencia, la SPI concluyó que la solicitud fue presentada mediando mala fe, motivo por el cual denegó el registro de la misma. Como se puede apreciar, nuevamente se evaluaron las dos condiciones necesarias para que –a criterio de la SPI– se concluya la mala fe del solicitante de un registro marcario.

Por otro lado, hemos advertido que, en algunos casos, la SPI y la CSD han enmarcado un mismo acto como una prohibición contenida en el artículo 136 y en el artículo 137 de la Decisión 486, sin tener alguna consideración adicional en la aplicación del último. Lo cual es incorrecto, pues la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, se realiza únicamente cuando el acto no se encuentra contenido en alguna otra prohibición de registro de la Decisión 486. En efecto, como bien lo señala la autoridad administrativa de Colombia, esta norma especial debe ser aplicada de modo preferente a la norma general.

Sobre el particular, a manera de ejemplo, por Resolución No. 1651-2019/TPI-INDECOPI, la SPI denegó el registro de la marca Black Sport, para distinguir productos de la clase 28 de la Clasificación Internacional; y, declaró fundada la oposición presentada por Puma SE, principalmente, en base a sus marcas PUMA y , en virtud del artículo 137 de la Decisión 486.

Al respecto, la SPI señaló que conforme había acreditado la opositora, la marca PUMA ha sido ampliamente difundida en el mercado peruano en relación a zapatillas de la clase 25 de la Clasificación Internacional, lo cual corrobora la declaración de notoriedad de la misma.

En ese sentido, la SPI consideró que las semejanzas entre los signos no se podían atribuir a una mera casualidad; por lo que, determinó que la Solicitante tuvo un comportamiento contrario a la buena fe comercial y actuó con la intención de perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, al solicitar el registro de la marca Black Sport, para distinguir productos de la clase 28 de la Clasificación Internacional.

Al respecto, debemos señalar que la oposición de Puma SE fue declarada fundada también en el extremo que señaló que el signo solicitado se encontraba incurso en la prohibición de registro del literal h) del artículo 136 de la Decisión 486. Por tanto, nos sorprende que también se haya declara fundado el extremo del artículo 137 de la Decisión 486, cuando conforme hemos desarrollado en el presente artículo la aplicación del mismo se realiza en tanto la conducta evaluada no se encuentre contenida en alguna de las demás prohibiciones de registro contenidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, como en el presente caso. Es evidente que aquel que presenta una solicitud de registro que incurra en alguna de las prohibiciones de registro de la Decisión 486, está realizando un acto contrario a la buena fe empresarial objetiva; es decir, está actuando de manera contraria a las prácticas leales del mercado. No obstante, ello no puede representar que **sin ninguna consideración adicional** se duplique la prohibición de registro a través de la aplicación simultánea del artículo 137, cuando ya se ha aplicado para el mismo acto cualquiera de las prohibiciones de registro del artículo 135 y 136 de la Decisión 486.

De lo analizado, consideramos que la teoría respecto al artículo 137 de la Decisión 486 es clara, los fundamentos jurídicos del mismo son evidentes y desarrollados adecuadamente por la CSD y la SPI. Sin embargo, aparentemente al aplicar el referido artículo, no se reflejan las consideraciones conceptuales señaladas a lo largo del presente artículo, y hemos podido percibir que existiría una cierta aversión a hacer referencia a las normas de competencia desleal.

VII. Comentarios finales

Como hemos podido advertir, los criterios de aplicación del artículo 137 de la Decisión 486 podrían ser uniformados en Perú, teniendo en consideración la relación de complementariedad entre la Propiedad Intelectual y la Competencia Desleal; a decir, entre la Decisión 486 y el Decreto Legislativo 1044.

En efecto, el único criterio de la SPI y de la CSD, que brinda predictibilidad al administrado, es aquel por el cual, se deniega el registro de una solicitud de marca, en virtud del referido artículo, cuando la autoridad administrativa considere que, de las pruebas presentadas en el expediente, tiene indicios suficientes para considerar que: i) el solicitante conocía o estaba en la capacidad de conocer previamente a su solicitud, la existencia de las marcas base de la oposición de un tercero; y, ii) que el signo solicitado sea una imitación de las marcas base de la oposición, o sea gráfica y/o fonéticamente similar a las mismas, independientemente de la vinculación de los productos y/o servicios que las marcas en cuestión buscan distinguir.

Con lo anterior, la regla es que, la autoridad administrativa de Perú, determine si una marca fue solicitada de mala fe; e, inmediatamente resolverá la denegación de la misma, en función al artículo 137 de la Decisión 486. Existen excepciones en los que se evalúa o se hace referencia a si dicho acto de mala fe consolida, facilita o perpetúa un acto de competencia desleal, de tal manera que se realice el análisis completo del referido artículo.

Asimismo, otro problema encontrado en la aplicación del referido artículo, es su carácter complementario respecto de las prohibiciones de registro contenidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, el mismo que debe ser aplicado únicamente en aquellos casos en los que existan consideraciones adicionales que permitan concluir a la autoridad administrativa, que un signo se encuentra incurso tanto en alguna de las prohibiciones de los artículos 135 y 136; así como, en la prohibición contenida en el artículo 137 de la Decisión 486; de tal manera, que se evite una indebida duplicidad.

En ese sentido, consideramos que existe un gran reto por parte de la autoridad administrativa por definir criterios que integren aquellos utilizados en la aplicación de la norma de competencia desleal. A manera de ensayo consideramos que al evaluar la aplicación del artículo 137 de la Decisión 486, se deberían seguir los siguientes pasos:

1. Determinar si la conducta evaluada se encuentra dentro de otra prohibición de registro específica contenida en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486. De ser el caso, definir cuáles son las consideraciones adicionales que motivan la evaluación del artículo 137 de la Decisión 486.

2. Evaluar si la solicitud de registro fue realizada de mala fe. Es decir, si el acto: *i)* no constituye la materialización del esfuerzo propio del solicitante (eficiencia económica), sino del esfuerzo de un tercero, *ii)* constituye un abuso del derecho marcario, o *iii)* busca engañar o perjudicar a un agente económico o al correcto funcionamiento del mercado.

3. Si el acto evaluado en sí mismo es un acto de mala fe; es decir, si la solicitud de registro consolida un acto de competencia desleal; por representar un abuso del derecho marcario, encontrando su fundamento en la cláusula general establecida en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044; o,

4. Si el acto evaluado facilita o consolida un acto de competencia desleal, en cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 259 de la Decisión 486, o en el Decreto Legislativo 1044.

Referencias bibliográficas

De La Cuesta, José María. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad.* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), pp. 176-177

Espinoza Espinoza, Juan. (s.f.). *El Principio de la Buena Fe*. Recuperado de: http://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20-%20JUAN%20ESPINOZA%20ESPINOZA.pdf. p. 5. Consulta 18 de mayo de 2020

Ferreira Rubio, Delia Matilde. (1984). *La buena fe*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. Citado en *De La Puente y Lavalle,* Manuel. Op. cit. p. 336.

Heinemann, Andreas. (2012) *Intellectual Property.* [Propiedad Intelectual]. Colombia: Bogotá.

Indecopi. (5 de enero de 2006). Sentencia nº 001178-2005/TPI de Sala Especializada en Propiedad Intelectual.https://vlex.com.pe/vid/-446330166

Indecopi. (8 de septiembre de 2010). Resolución No. 183-2010/CSD. https:/repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5323/R.183-2010-CCD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Indecopi. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos - Competencia Desleal y Regulación Publicitaria.* https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Indecopi. (17 de marzo de 2006). Resolución No. 0347-2006/TDC-INDECOPI. http://hdl.handle.net/11724/4182

Indecopi. (11 de enero de 2019). Resolución No. 0075-2019/TPI.

Indecopi. (20 de enero de 2020). Resolución No. 0078-2020/TPI-INDECOPI

La Puente y Lavalle, Manuel. (2001). E*l Contrato En General: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo I. Palestra Editores.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (2020). ¿Qué es la propiedad Intelectual? Recuperado de: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf. Consulta 18 de mayo de 2020

Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales. (2019): Resolución No. OCDI-2019-1031

Otero Lastres, Juan Manuel. (s.f.). Conferencia: *"La Libre Competencia y la Propiedad Industrial"*. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/12/15a38_la_libre_competencia.pdf. p. 38. Consulta 13 de mayo de 2020.

Superintendencia de Industria y Comercio (2022). *Instructivo para el examen de registrabilidad de marcas.* [Archivo PDF] https://www.sic.gov.co/

sites/default/files/files/2022/14_12_22_%20INSTRUCTIVO%20PARA%20EL%20EXAMEN%20DE%20REGISTRABILIDAD%20DE%20MARCAS.pdf

Trabucci, Alberto .(1967). *Instituciones del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo II. p. 428.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2016). Interpretación Prejudicial en el Proceso 110-IP-2016, 18 de octubre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2005). Resolución No. 1178 de 2005. http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/GACE2855.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2019). Interpretación Prejudicial en el proceso No. 711-IP-2018 https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/711_IP_2018.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2019). Interpretación Prejudicial en el proceso No. 97-IP-2018. https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/97_IP_2018.pdf

Información, publicidad y engaño

— Jorge Jaeckel Kovács* y Claudia Montoya Naranjo** —

Resumen

Este artículo aborda la noción de engaño al consumidor. Así mismo, plantea las diferencias entre información y publicidad como formas de comunicación comercial, así como la diferencia entre estos conceptos y la libertad constitucional de expresarse y opinar, la cual no necesariamente implica comunicar con fines comerciales o para influir en las decisiones de consumo. Dado que la publicidad, la información y la opinión son categorías diferentes de comunicación, su cuestionamiento legal exige un ejercicio probatorio diferente. La publicidad permite afirmaciones objetivas y subjetivas, mientras que la información se restringe al uso de afirmaciones objetivas. En esta línea, se concluye que la publicidad no puede evaluarse con base en las normas y exigencias de la información y viceversa.

Palabras clave

Publicidad, información, libertad de expresión, libertad de opinión, publicidad engañosa, consumidores

Abstract

This article addresses the notion of consumer deception. It also discusses the differences between information and advertising as forms of commercial communication, as well as the difference between these concepts and the constitutional freedom of expression and opinion, which does not necessarily imply communicating for commercial purposes or to influence consumer decisions. Since advertising, information and opinion are different categories of communication, their legal challenge requires a different evidentiary exercise. Advertising allows objective and subjective statements, while information is restricted to the use of objective statements. Ih this line, it is concluded that advertising can not be evaluated based on the standards and requirements of information and vice versa.

Keywords

Advertising, information, freedom of expression, freedom of opinion, misleading advertising, consumers

* Socio del estudio Jaeckel / Montoya Abogados. Abogado de la Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Comercial. Es experto en temas de derecho de la competencia, consumidor y derecho publicitario.

** Socia del estudio Jaeckel / Montoya Abogados. Abogada de la Universidad de Caldas, con estudios de maestría en Derecho (LLM) de American University - Washington College of Law (2010-2011) y de propiedad intelectual de la misma universidad. Se dedica a temas de derecho de la competencia, consumidor y derecho publicitario.

1. Introducción

En el mundo moderno, cada persona recibe a diario cientos de mensajes o piezas de comunicación con información de la más amplia variedad de productos y servicios a los que puede tener acceso. Los vehículos por medio de los cuales llega esta información ya no se limitan a los tradicionales que se conocían hace algunas décadas, sino que a estos se suman una gran cantidad de medios nuevos o no convencionales, tales como internet, blogs, correo electrónico, plataformas de video y *streaming*, mapas con georreferenciadores y redes sociales, para citar solo algunos.

De la misma manera, los mensajes comerciales adoptan diferentes formas, pues a los avisos, cuñas, vayas y *spots* tradicionales se agregan piezas de comunicación comercial menos evidentes, como son los mensajes de chat, el *native advertising* (publicidad nativa) y la actividad de los influenciadores.

Si bien la difusión de un mensaje comercial –incluso si es por una sola vez– puede afectar una cantidad importante de disposiciones jurídicas[1] y estatutos éticos[2], el análisis del "engaño" que se presenta en este texto se enfoca principalmente en las normas colombianas sobre competencia desleal y protección al consumidor, sin perjuicio de que los principios que se expongan tengan unos fundamentos universales que aplican en forma similar en otros ámbitos regulatorios.

Lo anterior se explica en razón a que el engaño es el efecto que se genera en el receptor de una información, por lo cual el engaño será uno solo y lo que hacen las normas es prever consecuencias cuando este se presenta. De esta forma, la noción de engaño y su alcance es el mismo, sin que se requieran regulaciones especiales o modificaciones para evaluar –y eventualmente sancionar o condenar– mensajes que se transmitan utilizando medios nuevos o no tradicionales y de la forma que estos adopten.

Con base en las nociones que contiene el Estatuto del Consumidor colombiano[3] sobre información y publicidad, en la primera parte se analizarán estas figuras jurídicas para separarlas de otras formas de comunicación y, posteriormente, plantear semejanzas y diferencias entre ellas. Este primer punto permitirá evidenciar que no cualquier información que se transmita acerca de un producto o servicio se encuentra bajo el dominio de las normas sobre protección al consumidor o de competencia desleal, con lo cual se delimita el campo de acción de estas normas.

En la segunda parte se expondrá la noción de engaño junto con los conceptos de veracidad, consumidor y consumidor racional, para determinar cuándo la comunicación es reprochable, cuándo es permitida y en qué casos es irrelevante para las normas citadas.

2. No toda comunicación es información ni publicidad

2.1 Opinión, información o publicidad

El artículo 5 del Estatuto del Consumidor define la *información* como

> todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Por su parte, define a la *publicidad* como "toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo."

Como lo reflejan las definiciones transcritas, y por la misma naturaleza de la información y de la publicidad, estas son formas de comunicación comercial con las que un emisor transmite a uno o más receptores mensajes acerca de un producto o servicio.

Sin embargo, estas dos formas o especies de comunicación no son las únicas que existen, pues es frecuente que las personas –e incluso los consumidores– reciban contenidos en los que se les dan a conocer elementos objetivos de un producto, o en los que se les transmiten mensajes con el objeto de influir en sus decisiones de consumo, sin que los primeros sean calificables como información ni los segundos como publicidad. Ejemplo de lo anterior

1 Algunos regímenes son los de propiedad industrial, derechos de autor, imagen pública, intimidad, datos personales, protección de menores, normas sectoriales (salud, tabaco, higiene, financieras).

2 Por ejemplo, Códigos de Autorregulación Publicitaria.

3 Ley 1480 de 2011.

son los mensajes en redes sociales y las columnas de opinión en las que se realizan críticas de restaurantes o las publicaciones en las que se analizan productos y sus componentes para evaluarlos, criticarlos, compararlos, clasificarlos, recomendarlos o descalificarlos.

En este sentido, a pesar de que las palabras utilizadas en las definiciones del Estatuto del Consumidor son claras, su alcance y contenido no lo son, por lo que llevan a tesis y posiciones contraevidentes.

Como lo ha expresado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, "la labor interpretativa de una norma de ninguna manera puede circunscribirse, exclusivamente, a las palabras en las que se expresa, sino que, su verdadero sentido conlleva un análisis integral del texto, su historia, la relación con otros preceptos, y la finalidad perseguida con ella"[4]. Frente a tales definiciones se debe seguir una interpretación sistemática que conduzca a entender su contenido dentro del contexto de la Constitución y el alcance natural de las normas de derecho del consumo.

Así, no deben confundirse la información y la publicidad con el derecho fundamental a opinar[5], pues, aunque en este último el emisor podría transmitir datos objetivos de los productos y difundirlos con la intención de influir en las decisiones de consumo de quienes los reciben, no por ello se convierte en el tipo de información que regula el estatuto del Consumidor y mucho menos la publicidad.

Aunque lo anterior parecería obvio, no lo es. En un proceso judicial por competencia desleal adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), la parte demandante era una exreina de belleza y modelo (Patricia López Rubio); los demandados, una empresa de cosméticos (Yanbal de Colombia S.A.) y un medio de comunicación (Casa Editorial El Tiempo S.A.- CEET). En su acción, la primera demandó a los últimos por actos desleales de descrédito, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de normas y violación de la cláusula general.

En su defensa la CEET argumentó que "las publicaciones cuestionadas en este caso no correspondían [*sic*] a una actividad publicitaria de los productos de Yanbal, sino a notas editoriales que contienen la opinión de los realizadores de cada una de las revistas sobre determinados aspectos relacionados con el cuidado personal y la belleza, razón por la cual enmarcó el desarrollo de esa actividad dentro del derecho constitucionalmente protegido a informar."[6]

Esta excepción fue rechazada por la SIC –quien actuaba como autoridad jurisdiccional de primera instancia– con el siguiente argumento:

> En relación con este punto, resulta necesario precisar, con fundamento en lo que ha dejado establecido este Despacho, que la publicidad es entendida como "la comunicación impersonal, que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios, la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación", de manera que se debe concluir que, al margen de la forma en que CEET denomine los mensajes que fundamentaron la demanda, los mismos tienen un carácter publicitario en la medida en que reúnen todas las condiciones establecidas en la transcrita definición.
>
> En efecto, los mensajes en cuestión constituyen una forma de comunicación impersonal, pues no están dirigidos a una persona en particular sino al público –lectores– en general, fueron difundidos a través de la utilización de un medio de comunicación y, al margen de la finalidad pretendida por la parte demandada [.] Está demostrado que el efecto de la publicación de los comentados mensajes fue, precisamente, informar a los consumidores de la existencia de los productos de belleza y motivar la adquisición de los mismos[7].

Así, según la sentencia de la SIC, las opiniones que influyen en la decisión de compra de los consumidores son publicidad, independientemente de la

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 3627-2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 15 de septiembre de 2021.

5 Constitución Política de Colombia, artículo 20:
Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.
Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

6 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

7 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

intención con que se transmitan, pues su publicación puede generar ese efecto.

Posteriormente, en el año 2020, la SIC publicó su "*Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*". En esta guía, después de definir quiénes son *influenciadores*[8], la entidad señaló lo siguiente:

> Cuando el influenciador sea quien espontáneamente emite un mensaje publicitario sin que medie una relación o vínculo comercial con algún anunciante, este asumirá dicho rol, pudiéndosele exigir las obligaciones propias del mismo.
>
> (…)
>
> En este orden de ideas, el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, en relación con la información y la publicidad, podría dar lugar a la declaratoria de responsabilidad de los anunciantes, por supuesto; pero también de los influenciadores, quienes dependiendo del rol que desempeñen en la difusión de los mensajes comerciales, podrían ser considerados como anunciantes (en el caso de la promoción de productos propios o en el evento de actuar de manera autónoma sin que medie vínculo comercial con la marca objeto de la acción publicitaria). (p. 14)

Discrepamos de las posiciones expresadas por la SIC, pues al convertir las opiniones en publicidad o en información tutelada por las normas de derecho del consumidor, sin considerar el sujeto y la intención con que las difunde, está desconociendo el derecho a la libertad de expresión y, por ende, el artículo 20 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha manifestado que la libertad de expresión stricto sensu "corresponde al derecho individual de cada persona, a expresarse y difundir libremente el pensamiento, información e ideas sin limitación, por el medio que considere apropiado."[9] Por su parte, en cuanto a la libertad de opinión, la Corte ha señalado lo siguiente:

> La libertad de opinión protege la transmisión de las valoraciones propias que una persona hace de diferentes acontecimientos o hechos, su forma de percibirlos, los sentimientos que le generan y sus propias apreciaciones, por lo cual existe una mayor subjetividad con respecto a la libertad de información, pues depende de las características propias de cada persona la forma en que aprecia las diversas situaciones a las que se ve sometida o de las que conoce. Es decir, un mismo hecho puede generar diversas opiniones entre las personas, sin que, por regla general, se pueda limitar la difusión de una u otra de estas[10].

Así, considerar que cualquier manifestación que haga una persona acerca de un producto configura el tipo de información comercial que regula el estatuto del Consumidor y que, si dicha manifestación se emite con la intención de influir en las decisiones de consumo, es publicidad, desconoce el derecho a la libertad de expresión y opinión que defienden la Constitución y los tratados internacionales de derechos fundamentales.

Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución Política no es el único que se refiere a la información. Al regular los derechos colectivos, el artículo 78 del mismo texto normativo se ocupa de los derechos del consumidor y dispone que "la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización." Consciente de esta situación, a partir de la sentencia C-010 de 2000, la Corte Constitucional diferenció el contenido de las comunicaciones difundidas en desarrollo de los artículos 20 y 78 de la Carta. Se concluyó que mientras las primeras responden al derecho de las personas a difundir su pensamiento (opinión), las segundas, que incluyen la publicidad, envuelven un ánimo mercantil de quien las emite en desarrollo de su libertad económica.[11]

De lo expuesto por la Corte en sus distintas providencias se concluye que el derecho a la libre

8 Superintendencia de Industria y Comercio (2020). Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de los influenciadores. "Se puede entender como *influenciador* la persona, que a través de redes sociales y/o plataformas digitales interactivas, al compartir su cotidianidad, intereses y experiencias con una comunidad en línea, ha logrado construir credibilidad, confianza y una imagen reconocible que le permite influir, afectar o motivar el comportamiento del consumidor."

9 Entre otras muchas sentencias que se refieren al tema, encontramos la siguiente: Corte Constitucional. Sentencia T-028/22, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera; 11 de mayo de 2021.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-361/20, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 31 de agosto de 2020.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-010/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 19 de enero de 2020. 28. Una lectura literal del artículo 13 de la Convención Interamericana, o del artículo 20 de la Carta, sugiere que la propaganda comercial se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión, pues ambas disposiciones señalan que las personas tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole. Por ende, una propaganda comercial debería

expresión y a la opinión es diferente a la difusión de información y publicidad que regula la Ley N.º 1480 de 2011. Mientras la libertad de expresión corresponde a un derecho fundamental de toda persona a difundir su pensamiento, las formas de comunicación previstas por el Estatuto del Consumidor revisten connotaciones económicas y de mercado que permiten regularlas.

En este sentido, contrario a lo señalado por la SIC en la Guía de Influenciadores y en la sentencia 1955 de 2012, tanto la persona en que se origina la difusión de la comunicación, como la intención con que la emite y si su difusión es o no espontánea, sí son determinantes para calificar el mensaje como opinión o como información o publicidad regulada por el estatuto. Estos factores serán los que determinen si tal expresión es libre o si está sometida a los requisitos y exigencias de la Ley 1480 de 2011.

Bajo esta perspectiva, los elementos característicos y diferenciadores de cada categoría son el sujeto responsable o en el que se origina la comunicación y la intención con que se difunde, siendo el efecto que generan un aspecto accidental y que no es determinante para encuadrar la comunicación en una u otra categoría.

En efecto, mientras la opinión puede ser expresada por cualquier persona, la información a la que se refiere el Estatuto del Consumidor siempre se origina en un productor, expendedor u oferente de bienes o servicios y la publicidad en un anunciante[12]. Sin embargo, no basta con el elemento subjetivo para establecer en qué categoría se enmarca una comunicación, pues –contrario a lo señalado por la SIC– la intención con que se difunde el mensaje es determinante para su calificación. Así, cuando la intención del emisor es transmitir su pensamiento acerca de un producto o servicio, la comunicación corresponderá a una opinión; por su parte, si el objeto de la comunicación es informar acerca de características objetivas de un bien o servicio y quien la realiza es su oferente o responsable, la comunicación corresponderá a información regulada por el estatuto del Consumidor; y, finalmente, si lo que se difunde es un mensaje por parte de un anunciante o contratado por él, con el que se pretende influir en las decisiones de compra, la comunicación será una pieza publicitaria.

El efecto que tenga la comunicación en los receptores es indiferente para encuadrar la comunicación en las categorías citadas. La opinión no deja de serlo por el hecho de que sus receptores se vean influidos por ella y decidan comprar o no un producto; prueba de ello es que muchas columnas de opinión, artículos de prensa o manifestaciones públicas (chats, blogs, tuits, videos) se difunden con ese objetivo. Igual sucede con la publicidad, la cual, si bien se emite con la intención de influir en la decisión de compra, en algunas ocasiones no logra conseguir ese objetivo -por ejemplo, por ser deficiente o haber sido mal elegidos los medios para su difusión- y por ello no deja de ser publicidad.

En conclusión, no toda comunicación es el tipo de información y publicidad a la que se refiere el Estatuto del Consumidor. Desconocer lo anterior puede conllevar a infringir el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20 de la Constitución Política, incluso si las opiniones se refieren a bienes o servicios que se ofrecen en el mercado y quien las emite lo hace para influir en el comportamiento de los receptores.

---

recibir exactamente la misma protección constitucional que un mensaje político o una discusión científica y religiosa. Cualquier restricción legal a la publicidad debería entonces respetar las estrictas exigencias señaladas en el fundamento 7º de esta sentencia.

29. Una interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación.

La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole.

Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la "Constitución económica".

12 La Ley 1480 de 2011 no define "anunciante" a pesar de que se refiere a él en sus artículos 29, 30 y 32. No obstante lo anterior, se ha entendido que el anunciante es la persona que adopta la decisión de emitir una pieza publicitaria o de comunicación y, por tanto, quien la aprueba y asume el valor de su producción y difusión.

La "Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores" define al anunciante como "toda persona natural o jurídica que, por cuenta propia o en cuyo nombre, se hace o divulgar publicidad con el propósito de promover sus productos o influir en el comportamiento del consumidor."

2.2 Información y publicidad

Probablemente una de las definiciones más pobres que trae la Ley 1480 de 2011, es la de publicidad. Según el artículo 5 numeral 12 del texto normativo mencionado, esta se define como "toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo[13]."

Como lo señalan las reglas de la lógica, una definición debe abarcar todo lo definido y únicamente lo definido. Si esta regla se aplica a la noción de publicidad que trae el estatuto, fácilmente se observa que tal definición excede el alcance natural que tiene la publicidad, pues, como se dijo en la sección anterior, abarca hipótesis de comunicaciones que no son publicidad –como la opinión– e induce a los intérpretes en error –como le sucedió a la SIC en el 2012 y lo repitió en la Guía de Influenciadores de 2020–.

De acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu." Sin embargo,

> puede ocurrir que las palabras de la ley sean claras, pero el sentido de la norma no, por carecer de armonía con el resto de la normativa relacionada, conducir a conclusiones contrarias a la razón o no alcanzarse a descubrir el motivo de la regulación.[14]

En estos casos, a pesar de la claridad de las palabras, la norma es oscura y debe interpretarse en forma sistemática y siempre acorde con la Constitución.

Así, aunque las palabras que trae la definición de publicidad del estatuto son claras, su sentido no lo es, pues su interpretación literal conduce a conclusiones contrarias a la razón, como incluir formas de comunicación que no buscan beneficiar a un anunciante.

Al interpretar la definición citada dentro del sistema de protección al consumidor al que pertenece, se tiene que la publicidad es toda forma y contenido de comunicación que ordena realizar un anunciante, que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo; será engañosa y prohibida cuando su mensaje "no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión" (Ley 1480, artículo 5 numeral 13).

Desafortunadamente la definición de información no es mejor que la anterior. Según el numeral 7 del artículo 5 del estatuto, la información es:

> todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Ley 1480)

Esta definición tiene los mismos defectos que la de publicidad, pues también abarca formas de comunicación que, a pesar de que pueden reunir los elementos que refiere la norma, no son el tipo de información que interesa al derecho de consumo, sino manifestaciones del derecho a la libertad de expresión, opinión e incluso información que prevé el artículo 20 de la Carta.

Nuevamente, al interpretar la definición dentro del sistema jurídico al que pertenece, se concluirá que la información que regula el Estatuto del Consumidor es aquella que refiere a los elementos arriba transcritos cuando son transmitidos por un productor o expendedor del bien o servicio, pero no cuando la comunicación la emite una persona que no tiene relación ni responsabilidad frente a la oferta de estos.

Una dificultad adicional que no se limita al plano teórico o académico, sino que tiene efectos procesales, consiste en determinar si entre la información y la publicidad existe una relación de género especie o si se trata de figuras diferentes e independientes entre sí.

Lo primero que se debe mencionar es que tanto la información como la publicidad presentan elementos comunes que son característicos de la comunicación, pues en ambos casos hay un emisor, un receptor, un mensaje o contenido y un vehículo de difusión. Sin embargo, también presentan diferencias que las hacen distintas e independientes, por lo cual, si se pudiera hablar de una relación entre la información y la publicidad, habría que concluir que se trata de dos especies del género de la comunicación.

13 Ley 1480 de 2011.

14 Código Civil de Colombia, artículo 27.

Algunas diferencias que evidencian su independencia conceptual y regulatoria, se aprecian en los siguientes apartados de la Ley 1480 de 2011.

a. En la enunciación de los derechos de los consumidores

El artículo 3 de la ley establece como derechos diferentes los que tienen los consumidores a (i) recibir información y (ii) ser protegidos frente a la publicidad engañosa.[15]

Si la ley determinó que de la información y la publicidad se derivan derechos diferentes es porque son distintos. La consecuencia de esto se refleja en que la ley dispuso una definición y una regulación para cada uno de ellos, estableciendo títulos, capítulos y artículos especiales e independientes en los que desarrolló cada uno de estos derechos.

b. En las definiciones

Si la publicidad y la información tienen definiciones distintas es porque son conceptos diferentes.

El concepto de publicidad que trae la ley no se estructura con base en la información, sino en la comunicación y el mensaje. Así, la norma reconoce que existen piezas publicitarias que no tienen por objeto dar a conocer los elementos objetivos de los productos a los que se refiere la información y que la publicidad emplea elementos subjetivos que la alejan de la objetividad que reviste la información.

Acorde con lo anterior, la noción de publicidad engañosa no exige que aquello que se comunique deba corresponder a información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, características que sí se exigen para la información[16]; sino que reprime aquella que resulta engañosa, en razón a que su mensaje es susceptible de inducir a error, engaño o confusión respecto de lo anunciado.

Prever requisitos diferentes para la información y la publicidad es lógico, pues, como lo han señalado las autoridades involucradas a nivel mundial en el tema, existe publicidad que cumpliendo con las exigencias que tiene la información puede resultar engañosa. De igual manera, existen mensajes que sin cumplir con estos elementos no engañan al consumidor, por ejemplo, al transmitir mensajes subjetivos.

c. La estructura de la Ley y su división

Al ser la información y la publicidad conceptos diferentes que generan distintos derechos, el resultado que se sigue es que cada uno tiene una regulación propia e independiente, tal como lo dispuso la Ley 1480 de 2011.

Así, el Estatuto del Consumidor dedicó un Título y un Capítulo especial y único para la información ("*Título V - De la Información – Capítulo Único - De la Información*") y un Título y un Capítulo especial y único para la publicidad ("*Título VI - De la Publicidad – Capítulo Único De la Publicidad*").

La independencia de títulos y capítulos no solo indica que los conceptos de información y publicidad son diferentes, sino que crea reglas especiales para cada una de esas figuras, sin que sea posible considerar que entre la información y la publicidad existiera una relación de género especie. Si así fuera, la publicidad estaría regulada dentro de las normas de la información o, cuando menos, sus normas habrían sido establecidas como un capítulo de la información, cosa que el legislador no hizo.

d. La obligación de difusión y su contenido mínimo

La Ley 1480 de 2011 establece como una obligación de los productores y proveedores difundir información acerca de los productos que ofrecen. En este sentido, el artículo 23 dispone que "los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan". De ello se sigue que transmitir información es

15 Ley 1480 de 2011.

Artículo 3°. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

Derechos:

(…) 1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.

16 Artículo 23: Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, *clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea* [énfasis agregado] sobre los productos que ofrezcan (…).

una obligación que se encuentra en cabeza de los sujetos mencionados y que si faltan a ella pueden ser sancionados. Tan cierta es esta obligación, que el artículo 24 del estatuto fija el contenido mínimo que debe informarse, el cual debe reunir las condiciones antes citadas.

A diferencia de lo anterior, la Ley 1480 de 2011 no establece que la difusión de publicidad sea obligatoria o que constituya un deber del anunciante, pues, como es natural, nadie puede ser obligado a anunciar. Lo que prevé la ley en su artículo 3, numeral 14 es que aquella publicidad que se difunda no sea engañosa y, en ese sentido, fija el derecho del consumidor a recibir protección contra esta.

Siendo un deber de los productores y proveedores transmitir información mínima y no estando obligados los anunciantes a difundir publicidad, no cabe duda que la información y la publicidad son figuras diferentes y con reglas propias, pues si a la publicidad se aplicaran las reglas de la información, tendría que tener los contenidos mínimos a los que hace referencia el artículo 24 de la ley.

De lo anterior se concluye que el Estatuto del Consumidor contiene reglas propias y especiales para la información, y reglas propias y especiales para la publicidad, por lo que es jurídicamente desacertado evaluar la publicidad con base en las normas de la información y viceversa.

e. Los sujetos a los que se les imponen cargas

Los sujetos responsables por infringir las normas sobre información y publicidad son diferentes. Mientras los responsables por la información son el proveedor y el productor, los anunciantes lo son por la publicidad y, en algunas ocasiones, el medio de comunicación.

En conclusión, por ser la publicidad y la información especies diferentes del género de la comunicación, el estatuto crea frente a cada una derechos, definiciones, regulaciones, exigencias y obligaciones –incluso de difusión– distintas, de donde se sigue que no es jurídicamente viable evaluar la publicidad con base en las normas y exigencias de la información, ni viceversa.

3. La noción de engaño: cuándo se presenta y cuándo no

Antes de abordar el tema del engaño es necesario y justo hacer una precisión previa: el engaño es la excepción y de ninguna forma constituye la regla general.

En los medios de comunicación, e incluso en las páginas web de las entidades públicas, es frecuente ver grandes comunicados o noticias en las que se informa que alguna empresa fue sancionada o condenada por publicidad engañosa. Si bien esto puede ser verdad y efectivamente pudo haber un caso de publicidad engañosa, lo cierto es que los medios y las entidades rara vez publican las decisiones en las que se archivan los procesos exonerando de responsabilidad a los anunciantes o declarando que no existió engaño. Si a esto se agrega, como se dijo en la introducción de este escrito, que cada persona está expuesta diariamente a cientos de mensajes informativos y publicitarios y que el 99% o más de ellos son verdaderos, la conclusión solo puede ser una: por regla general la publicidad no es engañosa y los anunciantes y empresarios respetan las reglas de protección al consumidor y son leales en el comercio.

3.1 La veracidad frente a la comunicación: mito o realidad

El Diccionario de la Lengua Española define en su cuarta acepción la palabra mito de la siguiente forma: "Persona o cosa a la que se le atribuyen cualidades o excelencias que no tiene". Por su parte, la palabra realidad la define el mismo diccionario como "existencia real y efectiva de algo" o "verdad, lo que ocurre verdaderamente".

En este punto toma importancia la diferenciación entre información y publicidad, pues dependiendo del tipo de comunicación de que se trate, la exigencia de veracidad será una realidad o simplemente un mito que varias veces ha estado a punto de convertirse en realidad, por atribuirle a la publicidad cualidades y exigencias que no tiene.

3.2 Veracidad de la información – Las exigencias que fija la ley

Como se ha señalado a lo largo de este escrito, la información, la publicidad y la opinión son formas diferentes de comunicación en las que cada una tiene sus propias características, tanto desde una perspectiva conceptual como jurídica.

Como se indica en su definición, la información es

> todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante

> respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Ley 1480 2011, art. 5 numeral 7)

Se observa entonces que la información a la que se refiere el Estatuto del Consumidor corresponde a los datos que se comunican acerca de los atributos de un producto o servicio. En todos los casos, dicha comunicación refiere únicamente elementos objetivos, los cuales tienen la particularidad de permitir que aquello que se informa pueda ser confrontado con la realidad para verificar su correspondencia.

De esta forma, siendo datos que se refieren a atributos o características objetivas, la ley exige que esta información sea veraz[17], de manera que quien la reciba se forme un concepto que coincida con la realidad del producto o servicio que se ofrece.

Dado lo anterior y como consecuencia de la naturaleza objetiva de la información, es natural y lógico que el estatuto disponga que es un derecho de los consumidores "obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación" (Ley 1480 de 2011, artículo 3 numeral 1.3) y que el artículo 24 de la misma ley establezca que es un deber de los productores y proveedores "suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan".

Independientemente del significado que tiene cada uno de los adjetivos que utiliza la ley, la cual parece más una repetición de sinónimos redundantes en los que un adjetivo se explica con la definición de otro que también figura en la lista[18], lo cierto es que todas estas exigencias se resumen en dos: la información debe ser verdadera y suficiente.

Cuando la información es verdadera, el consumidor recibe datos que le permiten conocer las características del producto que se ofrece. Sin embargo, este elemento por sí solo no basta, pues podría suceder que se transmita información sobre un aspecto, pero se omita frente a otros que pueden ser relevantes. En tal sentido, además de verdadera, la información debe ser suficiente; es decir, la necesaria para que el consumidor se forme una idea de la oferta y los atributos de los bienes.

A los requisitos citados normalmente suele agregarse que la información sea verificable. Consideramos que este no es un requisito de la información, sino una consecuencia de la veracidad, pues probar que lo que se dice acerca de un bien coincide con los atributos que tiene es un hecho externo al producto y una labor técnica de confirmación.

Por último, si la información que se transmite es verdadera y suficiente, los demás requisitos que enuncia la ley se cumplen por sí solos, toda vez que los datos serán completos, veraces, transparentes, oportunos, verificables, comprensibles, precisos e idóneos.

---

17 Real Academia Española. (s.f.). Veraz. En Diccionario de la lengua española

Veraz: "Que dice, usa o profesa siempre la verdad". https://dle.rae.es/veraz?m=form // Verdad: "Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente." https://dle.rae.es/verdad

18 En innumerables resoluciones la SIC ha procurado definir el alcance de cada uno de los atributos que fija la Ley 1480 de 2011 para la información. A título de ejemplo se cita la Resolución 83923 de 2021:

Si bien, estas características no se encuentran definidas en el estatuto del Consumidor, las mismas pueden ser dilucidadas de la siguiente manera:

> Información clara: Significa que la información debe ser inteligible, libre de obstáculos y fácil de comprender.
>
> Información veraz: "este elemento se refiere a la realidad y certeza de la información, implica que debe estar ajustada a la realidad, además que debe ser cierta y comprobable. Así las cosas, debe existir correspondencia entre los atributos que se ofrecen respecto del bien y los que efectivamente se otorgan al consumidor".
>
> Información suficiente: La información que el productor o proveedor debe brindar al consumidor debe incluir todas las características relevantes que puedan incidir en la decisión de compra o adquisición del producto o servicio. Ello no significa que deba incluirse la mayor cantidad posible de información, sino la suficiente para que el consumidor pueda entender con claridad los aspectos que rodean su decisión de consumo.
>
> Información oportuna: Implica que la información se dé en el momento adecuado, "cuando el consumidor la necesite, de tal forma que una información extemporánea puede alterar la capacidad de decisión del consumidor(...)"
>
> Información verificable: El carácter "verificable" de la información indica la posibilidad de que esta pueda ser contrastada para corroborar su veracidad.
>
> Información comprensible: Esto significa que la información debe ser presentada de tal manera, que los consumidores puedan entender sin mayores elucubraciones, las características del producto o servicio que se les ofrece.
>
> Información precisa: La información debe ser concreta, exacta y corresponder directamente con el producto o servicio al cual hace referencia.
>
> Información idónea: El concepto de idoneidad tiene que ver con la calidad y la relevancia de la información con relación a la naturaleza, la finalidad y la destinación del producto o servicio."

En consecuencia, frente a la información que regula el Estatuto del Consumidor la veracidad es realidad.

3.3 Engaño, veracidad y publicidad

En materia de análisis publicitario, el concepto relevante es el de engaño, no el de veracidad y, por ende, tampoco el de comprobabilidad. En este punto, tanto las normas de Consumidor, como las de competencia desleal (Ley 256 de 1996 y Decisión 486/2000 de la CAN) coinciden con que lo que se reprime es el engaño, no la falta de veracidad en sí misma considerada.

En efecto, de acuerdo con el numeral 13 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, la publicidad engañosa es "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión."

Por su parte, el artículo 8 de la Ley N.º 256 de 1996 considera desleal "toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos". De la misma forma, presume que tal deslealtad se produce por:

> la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. (art. 11)

A lo anterior debe agregarse que, por mandato expreso del legislador, la norma de engaño está en concordancia con el Convenio de París sobre Propiedad Industrial (Ley N.º 178 de 1994), el cual establece -con idéntico texto a la Decisión 486 de la CAN- que "constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial (…) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos." (art. 259-c.)

3.3.1 Veracidad vs. engaño

Como se observa, las normas de consumidor no exigen que aquello que se diga en una pieza publicitaria sea verdadero, sino que, cuando mucho, lo que permite es presumir la deslealtad, pues el eje sobre el que giran las normas es el error o engaño al que se pueda inducir al receptor de la comunicación. De lo anterior se desprende que, frente a la publicidad, la exigencia de veracidad es un mito.

Respecto de la no exigencia de veracidad, el Tribunal Superior de Bogotá señaló:

> Por su importancia para la definición de este litigio, dado que se alegó la configuración de actos de engaño y de descrédito (Ley 256 de 1996, arts. 11 y 12), es necesario resaltar, acorde con el respeto a las mencionadas libertades, que si bien lo deseable -y esperable- es que las personas que concurran a un mercado obren con apego al postulado de veracidad y, conforme con él, hagan indicaciones exactas, completas, verdaderas y pertinentes sobre las prestaciones mercantiles, la actividad, el establecimiento, el modo de fabricación, las características y la aptitud de los productos de sus competidores, entre otras variables, en consideración a la trascendencia que tiene esa forma de proceder en la economía de mercado y en los derechos de los consumidores, no es posible censurar y tildar como desleal la sola difusión de indicaciones incorrectas o falsas, o la omisión de las verdaderas, pues, por extraño que parezca y por más perplejidad que provoque, las simples afirmaciones o negaciones imprecisas, e incluso las que distorsionen total o parcialmente una específica realidad, no constituyen –por regla– comportamiento artero.
>
> (…)
>
> Y también se ha decantado, por esa misma vía, que la descrita no es una conducta de resultado, en la medida en que "no se exige ... un engaño efectivo, un resultado, sino una aptitud para incidir en la conducta de quienes son los destinatarios de la información emitida ... no se exigirá para la estimación de la deslealtad, la prueba de que uno o varios destinatarios han percibido falsariamente [sic] la realidad del bien, del servicio, la naturaleza, modo de adquisición etc., sino que deberá probarse cuantas circunstancias permitan realmente significar que el acto da lugar o pudiera dar lugar, si produce plenos efectos, a los resultados influyentes en la conducta de quienes lo perciben."[19]

19 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, 24 de abril de 2018. Verbal de Caracol Televisión S.A. contra Telmex Colombia S.A.

Así las cosas, la falsedad de una afirmación –o la ausencia de veracidad– no son sinónimos de engaño, como tampoco la veracidad de una aseveración es sinónimo de que la pieza publicitaria esté correcta. Así pues, un anuncio comercial podrá ser permitido aun cuando lo que se diga no sea verdadero y, en sentido opuesto, podrá ser descalificado incluso cuando lo que se diga sea literalmente cierto.

Como consecuencia de lo anterior, habrá *engaño* "cuando el mensaje que difunde un anunciante (...) contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad". (Jaeckel, 2004, como se citó en el Tribunal Superior de Bogotá, 2021).

Esta noción de engaño abarca los diferentes elementos que se involucran en la comunicación: (i) comprende al emisor (anunciante), que es el responsable de la pieza publicitaria, quien la ordena y a quien beneficia; (ii) al receptor, que es a quien se dirige el mensaje y no simplemente el consumidor o cliente, pues debe recordarse que los objetivos de la publicidad no se limitan a vender un producto, sino que su principal finalidad es crear recordación y valor de marca; y (iii) un mensaje, es decir, aquello que se comunica.

Ahora bien, el análisis de piezas publicitarias involucra un ejercicio complejo, el cual no se limita a confrontar frases o imágenes con productos o servicios, sino que debe considerar aspectos propios de la comunicación y de la percepción del consumidor.

3.3.2 El mensaje debe interpretarse en su integridad y contexto, en la forma en que lo interpreta el consumidor racional, medio o común

Debe recordarse que la publicidad es comunicación –no necesariamente información– y en ella se presenta una mezcla de denotaciones y connotaciones, donde lo importante no es lo que se dice o calla, sino lo que se transmite. Así, lo que se analiza es el mensaje que se comunica con la publicidad dentro de su contexto e integridad y no por sus palabras o imágenes aisladas, toda vez que el consumidor no decodifica frases sueltas o imágenes, sino mensajes y contextos (Jaeckel, 1999).

En este sentido, lo primero que se debe determinar es el mensaje que transmite la publicidad, para posteriormente determinar si este es capaz o susceptible de generar en el receptor una representación distorsionada de la realidad.

Aquí entra a jugar un papel preponderante el destinatario del mensaje. Si bien la publicidad es percibida por múltiples personas, debemos tener en cuenta que no está dirigida a todas ellas, sino a un consumidor objetivo que utiliza los productos o servicios ofrecidos. Por ejemplo, un producto de higiene femenina no está destinado a ser consumido por hombres, por lo cual, si alguno o algunos se vieran engañados por su mensaje, tal resultado sería jurídicamente indiferente.

Por otra parte, no basta con determinar cuál es el consumidor objetivo –o target– al que se dirige la pieza publicitaria, sino que se debe analizar la actitud que esta toma frente a la publicidad.

En tal sentido, para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Si el error es generalizado, podría asumirse que este se origina en el mensaje y que el anunciante es responsable de él; por el contrario, si el error se presenta en unas cosas personas, posiblemente este sea atribuible a ellas, por lo cual el anunciante no será responsable. Frente a este punto, la "Federal Trade Comission" de los Estados Unidos dijo lo siguiente:

> Un anunciante no puede ser acusado de ser responsable por cualquier concepción errada imaginable, o aún más por una concepción descabellada, donde las interpretaciones están sujetas a la ridiculez o a la debilidad mental. Algunas personas, por su ignorancia o por su incomprensión, pueden caer en error hasta por una afirmación escrupulosamente honesta. Así, si unos pocos transeúntes despistados creen, por ejemplo, que todos los "Pastelitos Daneses" son hechos en Dinamarca, ¿es por ello sancionable como engaño anunciar "Pastelitos Daneses" cuando ellos son hechos en este país? Por supuesto que no. Una interpretación no se convierte en falsa o engañosa solamente por el hecho de que sea malentendida irracionalmente por un segmento insignificante y no representativo de las personas a las cuales el mensaje está dirigido. (Federal Trade Commission [FTC], 1983, p.3)

Así las cosas, como lo hemos expuesto en múltiples escritos y ponencias y ha sido acogido por las diferentes autoridades en la materia, el patrón de consumidor que se debe considerar es el del consumidor racional.

> Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma como los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado.
>
> La superficialidad en el análisis que hace el consumidor "no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor." (Indecopi. Resolución 052-096 TRI -SDC)
>
> Si se llegara a sancionar a un anunciante por cualquier interpretación absurda que hiciera una persona que observa un aviso, no se estaría protegiendo al consumidor, sino castigando al anunciante por las interpretaciones irracionales y descabelladas de unas cuantas personas que no representan el entendimiento general que los consumidores le dan a los anuncios.
>
> Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (Jaeckel, 2005, p. 62)

En conclusión, y como lo indicó la SIC en la Resolución 83923 de 2021, "para el análisis sobre la publicidad engañosa se valoran de manera conjunta todos los elementos que la integran. Así, a manera de ejemplo, y sin pretender que los que se anuncien abarquen la totalidad, deben tenerse en cuenta los textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, cualquier otra información contenida en ellas y, en especial, el mensaje transmitido que se construye a partir de los anteriores elementos enunciados. De igual manera, el estudio debe efectuarse a partir del contenido y significado común y usual que se le atribuiría a las palabras, frases y oraciones comprendidas en el anuncio", entendiendo el mensaje en la forma como lo hace un consumidor racional, común o medio -agregamos-.

3.3.3 Las normas que regulan la publicidad reprimen el engaño al consumidor y no la simple falta de veracidad

De acuerdo con el Estatuto del Consumidor, "está prohibida la publicidad engañosa" (art. 30), es decir, "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión" (art. 5 numeral 13).

De estas normas debe resaltarse que la Ley 1480 de 2011 no prohíbe la publicidad cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente. La restricción recae únicamente sobre aquella publicidad que, además de reunir esas condiciones, por la forma en que es difundida y expuesta, induce o puede llegar a inducir a error, engaño o confusión al consumidor racional al que se dirige.

Así, el estatuto reconoce que puede haber afirmaciones que no sean verdaderas o que no transmitan datos completos de los productos, pero de ello no se sigue forzosamente que engañen al consumidor.

Igual sucede frente a las normas de competencia desleal, pues el artículo 11 de la Ley N.° 256 de 1996 reprime la inducción al público a error y solo *presume* desleales la "utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error" a las personas a las que se dirige.

Así, al ser una presunción legal, el anunciante podrá probar que, a pesar de que las afirmaciones que contiene un mensaje publicitario no son verdaderas, las mismas no son capaces de inducir a error a sus destinatarios. De ello se sigue que, al igual que el estatuto del Consumidor, la Ley de Competencia Desleal no condena las afirmaciones que no sean ciertas, sino aquellas que pueden resultar engañosas.

La no exigencia de veracidad en las afirmaciones es ratificada por el artículo 259 de la Decisión 486 y el punto 3 numeral 3 del artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley N.° 178 de 1994 (norma dispuesta por el legislador en concordancia

con el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal). En estas disposiciones se establece que constituye un acto de competencia desleal la difusión de "indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

3.3.4 Afirmaciones objetivas y subjetivas *(puffery)*

Un aspecto que no debe desconocerse es que la publicidad puede contener tanto mensajes objetivos como subjetivos.

Los aspectos objetivos refieren a atributos, características, elementos de los productos o servicios que, por tener una entidad física o ser cuantificables, pueden ser comprobados. Como ejemplo de ello encontramos a los componentes, el volumen, el rendimiento, el precio, los usos y las preferencias de los productos.

A su vez, las afirmaciones subjetivas son aquellas en las que el anunciante expresa su opinión acerca de su producto o servicio. Este tipo de afirmaciones no son comprobables, pues al ser opiniones no son falsas ni verdaderas y, por tanto, no son susceptibles y la ley no exige que sean comprobables. Ejemplos de afirmaciones subjetivas son "la mejor del mundo", "la única", "perfecta" y, en general, aquellas en las que el anunciante elogia su producto.

Un elemento importante de las afirmaciones subjetivas es que normalmente no guían la decisión de compra de los consumidores. Lo anterior en razón a que el comprador las percibe como alabanzas, e incluso exageraciones, que el anunciante hace de su producto, por lo que el consumidor las espera y, por regla general, no las toma en serio. Debe recordarse que el consumidor recibe cientos de mensajes comerciales a diario, por lo cual está habituado a recibir publicidad y a diferenciar aquello que es objetivo y comprobable de aquello que simplemente busca generar simpatía, afecto, empatía o recordación.

La ley no es ajena a la existencia de afirmaciones objetivas y subjetivas y, en forma acertada, dispone exigencias frente a las primeras, al tiempo que es indiferente frente a las segundas. Lo anterior se debe a que, mientras la información se limita a transmitir datos objetivos que guían su decisión de compra, la publicidad es esencialmente persuasiva y siempre contiene algún elemento subjetivo.

En efecto, el artículo 5 numeral 7 de la Ley N.° 1480 de 2011 establece que la información es "todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación" y el artículo 23 exige que esos datos que se informan deben ser claros, veraces, suficientes, oportunos, verificables, comprensibles, precisos e idóneos.

Como se observa, todos los elementos que se refieren a la información corresponden a elementos objetivos, sin que ninguno de ellos tenga una connotación subjetiva.

En cuanto a la publicidad, en las normas no hay ninguna exigencia de que lo que se comunique sea objetivo, sino simplemente se indica que, si se hace alguna referencia a un elemento de ese tipo, el anunciante se obliga a cumplirlas.[20]

En resumen, como señala el Tribunal Superior de Bogotá:

> La normatividad contiene dos figuras distintas pero conexas: i) la publicidad que puede incluir aspectos objetivos, como también valoraciones subjetivas, debiendo ser los primeros ciertos y suficientes, es decir, despojados de cualquier elemento que pueda llevar al engaño, provocar error o confusión, porque la misma tiene como límite la sinceridad, corrección y buena fe y, de otro lado, ii) el deber de información que porta, de manera exclusiva, elementos objetivos que describen estrictamente la realidad de lo ofertado. En uno y otro caso, deberá ser acreditado en el proceso el aspecto omitido, falseado, tergiversado, artificioso, etc., de la información o publicidad, su influencia en la formación del consentimiento de quien invoca la protección frente al negocio y el perjuicio que se alegue fue derivado de esos defectos.[21]

20 Ley 1480 de 2011. Artículo 29:
Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.

21 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Luis Roberto Suárez González, 17 de febrero de 2021.

De lo expuesto se concluye que, al ser la información la difusión de datos objetivos, esta debe ser verdadera y suficiente, con lo que se consigue que el consumidor conozca la realidad del producto y, con base en esta, adopte una decisión de compra. Cuando la información no es verdadera y suficiente, tampoco será clara, comprensible, completa ni comprobable, por lo que las autoridades podrán sancionar al productor o expendedor que la difunda, pues será contraria a las exigencias que para ella fija el estatuto del Consumidor.

Por su parte, la publicidad no debe ser engañosa; es decir, no debe ser capaz de inducir a error al consumidor o a las personas a las que se dirige. Dado que la publicidad contiene afirmaciones objetivas y subjetivas, solo las primeras guían la decisión de compra, pues las segundas son percibidas como la opinión del anunciante respecto de su producto. En tal sentido, la posibilidad de comprobar un mensaje está referida a sus elementos objetivos y solo será sancionable cuando sea capaz de generar en el consumidor racional una representación distorsionada de la realidad.

4. Conclusiones

El engaño es un estado que se genera en el receptor de una información. El estado de engaño es el mismo frente a cualquiera de las normas que prevén consecuencias por tal provocación. De esta forma, la noción de engaño y su alcance es el mismo, sin que se requieran regulaciones especiales o modificaciones para evaluar –y eventualmente sancionar o condenar– mensajes que se transmitan utilizando medios nuevos o no tradicionales.

Tanto la información como la publicidad presentan elementos comunes que son característicos de la comunicación, pues en ambos casos hay un emisor, un receptor, un mensaje o contenido y un vehículo de difusión. Sin embargo, también presentan diferencias por lo cual, si se pudiera hablar de una relación entre la información y la publicidad, habría que concluir que se trata de dos especies del género de la comunicación.

En el Estatuto del Consumidor colombiano la información y la publicidad están definidas; sin embargo, no es claro el alcance y contenido de cada categoría lo que ha llevado a posiciones y tesis contraevidentes.

Las opiniones no son por su naturaleza de publicidad ni de información, sino que son formas de comunicación amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Esto indica que no toda manifestación que haga una persona sobre un producto tiene propósito comercial o de influir en las decisiones de consumo. Algunas opiniones pueden influir en el receptor y lo lleven a adquirir un producto y, a pesar de ello, no pueden catalogarse como anuncios.

La publicidad puede contener tanto mensajes objetivos como subjetivos. En esta línea, mientras la información se limita a transmitir datos objetivos que guían su decisión de compra, la publicidad es esencialmente persuasiva y siempre contiene algún elemento subjetivo.

Referencias bibliográficas

Código Civil [CC]. Ley 57 de 1877. 20 de abril de 1887 (Colombia).

Comunidad Andina de Naciones, Decisión N.º 486. 14 de septiembre de 2000.

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional. Sentencia T-010/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 19 de enero de 2020

Corte Constitucional. Sentencia T-361/20, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 31 de agosto de 2020.

Corte Constitucional. Sentencia T-028/22, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera; 11 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 3627-2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 15 de septiembre de 2021.

Federal Trade Commission (1983). Policy Statement of Deception,

Jaeckel Kovács J. (1999). Publicidad engañosa y publicidad comparativa. *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados 24*, N.° 198.

Jaeckel Kovács J. (2005). Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N°. 20.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. D.O. No.48.220.

Ley 178 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979. 28 de diciembre de 1994. D.O. No. 41.656.

Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. 14 de enero de 1996- D.O. No. 42.692.

Resolución 83923 de 2021 [Superintendencia de Industria y Comercio]. 31 de diciembre de 2021.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio (2020). *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de los influenciadores*.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, 24 de abril de 2018.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Luis Roberto Suárez González, 17 de febrero de 2021.

Desafíos del Derecho de la Competencia Ecuatoriano, luego del Examen Inter-pares de la OCDE y el BID

— Diego Pérez Ordóñez* y Eduardo Regalado Mantilla** —

Resumen

El Examen Inter-pares que realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo, fue un esfuerzo valioso para someter el régimen de competencia ecuatoriano a una evaluación multilateral de pares. La evaluación evidenció oportunidades de mejora que se muestran como algunos de los desafíos más relevantes para el desarrollo del Derecho y la política de competencia ecuatoriana.

En este documento, analizaremos algunos de sus principales hallazgos. Comenzaremos con una breve exposición del fundamento constitucional del régimen de competencia ecuatoriano. Luego, haremos una revisión del Informe para aproximarnos a su estructura institucional. Pasaremos a exponer el estado actual de la función de cumplimiento de conductas anticompetitivas (*enforcement*). Posteriormente, revisaremos las principales observaciones en materia de control de concentraciones. Y, por último, presentamos conclusiones.

Palabras clave

Examen inter-pares, Ecuador, derecho de la competencia, revisión judicial, control de concentraciones, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Abstract

The Peer Review assessment by the Organization for Economic Co-operation and Development, in collaboration with the Inter-American Development Bank, was a valuable effort to submit the Ecuadorian competition regime to a multilateral peer review. The evaluation revealed opportunities for improvement which constitute relevant challenges to develop the Ecuadorian competition law and policy.

We will analyze some of the main findings. We will begin with an explanation of the constitutional basis of the Ecuadorian competition regime. Then, we will review the Report regarding the institutional bodies. We will present a state-of-the-art of enforcement function and judicial review. Subsequently, we will analyze the main comments regarding merger control. Finally, we state conclusions.

Keywords

Peer review, Ecuador, competition law, judicial review, merger control, Superintendency of Market Power Control, Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Inter-American Development Bank (IDB).

* Socio del estudio Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Posgrado en Ciencias Políticas (2000) en la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Dirige las prácticas de fusiones y adquisiciones y Derecho de Competencia.

** Asociado del estudio Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Posgrado en Derecho de la Competencia por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Bancario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado en la cátedra de Contratación Bancaria en el Universidad Andina Simón Bolívar. Su práctica se enfoca en las áreas resolución de controversias y competencia.

1. Introducción[1]

En los últimos años, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE») y el Banco Interamericano de Desarrollo («BID») han incrementado esfuerzos por promover el desarrollo de la política de competencia en países de Latinoamérica y el Caribe («LAC»). En lo principal, a través de la colaboración multilateral en el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia («FLACC»). El FLACC reúne, de forma anual, a autoridades y funcionarios de agencias de competencia de LAC para «[p]romover el diálogo, la creación de consenso y el establecimiento de redes entre los encargados de formular políticas y de hacer cumplir la ley en la región» (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2019)[2].

El examen inter-pares (*peer review*) es un instrumento central para que los países de LAC, de forma voluntaria, sujeten sus normas y políticas de competencia a un diagnóstico por parte de "miembros de la comunidad internacional (OCDE, 2021, p. 3)**.** Su objeto es la identificación de oportunidades de mejora basadas en las mejores prácticas internacionales. De esta forma, se pretende coadyuvar al fortalecimiento institucional de las autoridades de competencia y la promulgación de reformas regulatorias procompetitivas (OCDE, 2021).

El Ecuador fue sometido al examen inter-pares entre abril y mayo del 2020. En la evaluación participaron distintos actores, públicos y privados, que están vinculados con la práctica de competencia en el país. En esencia, se analizó el contexto y entorno institucional y se revisó las funciones de cumplimiento y promoción de la competencia ecuatoriana. Los resultados de la evaluación fueron expuestos, en un evento virtual, el 31 de marzo de 2021. Asimismo, los principales hallazgos y conclusiones constan en el documento «Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador», publicado en la misma fecha (el «Examen Inter-pares de Ecuador» o, el «Informe»).

Dada la actualidad e importancia del Examen Inter-pares de Ecuador, en este documento, analizaremos algunos de sus principales hallazgos con un enfoque constructivo.

2. El Régimen de competencia ecuatoriano

2.1 Fundamento constitucional y modelo económico

De forma introductoria, consideramos necesaria una referencia sucinta al fundamento constitucional del régimen de competencia ecuatoriano. La Constitución de la República del Ecuador (la «Constitución»)[3], publicada en el 2008, configuró, con sus particularidades y notas diferenciadoras, un Estado social y democrático de Derecho (Constitución Política de la República del Ecuador [Constitución], 2008, Artículo 1)[4]. La naturaleza del Estado ecuatoriano, en este sentido, define su sistema económico. Por ende, el constituyente previó un modelo económico «social de mercado»[5].

El modelo económico establecido en la Constitución tiene como fuente y medida el reconocimiento y garantía de los derechos individuales[6] y colectivos[7]. En particular, su sentido último es la garantía de los derechos: (i) a desarrollar actividades

1 Este artículo fue presentado el 12 de septiembre de 2022 y aprobado el 14 de marzo de 2023. En este sentido, informamos al lector que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue reformada con la «Ley Orgánica Reformatoria de Diversos Cuerpos Legales, para el Fortalecimiento, Protección, Impulso y Promoción de las Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, Artesanos, Pequeños Productores, Microempresas y Emprendimientos», publicada en el Registro Oficial Suplemento 1, de 16 de mayo de 2023 (la «Ley Reformatoria a la LORCPM»). La Ley Reformatoria introdujo varios cambios en el régimen de competencia ecuatoriano. Debido a la fecha de publicación de la Ley Reformatoria a la LORCPM y la fecha de presentación y aprobación de este artículo, las reformas no serán tratadas, salvo alguna mención en particular.

2 Ver OCDE: https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2021foro/

3 Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

4 Artículo. 1 de la Constitución (2008): «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada […]».

5 Artículo 283 de la Constitución (2008). Este modelo económico es, por concepto, intermedio entre los modelos de «economía planificada» y el liberalismo económico del *laissez-faire*. *Vid*, *inter alia*, «*Ordo Manifesto of 1936*», A. PeacocK / H. WiLLgerodt (Eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, *London*, 1989, pp. 15

6 El modelo económico desarrollado por la escuela de Friburgo persiguió como principal objetivo garantizar la libertad individual de los ciudadanos. En su entendimiento, solo se garantizaba esta libertad a través de un sistema económico que se fundamente y defienda la libre competencia.

7 Artículo . 4.2 de la LORCPM (2011). Uno de los principios del Derecho de la competencia es la defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.

económicas, en forma individual o colectiva (libertad de empresa) y, (ii) a la libertad de contratación (como una manifestación concreta de la libertad de empresa) (Constitución, 2008, Artículo 66, Numerales 15 y 16)[8]. En esta medida, el sistema económico del Ecuador se funda en una estructura de mercado basada en la libre competencia.

Esta estructura de mercado, cuyo componente fundamental es la competencia, define la política económica y comercial del Ecuador. La Constitución, en lo principal, prevé los parámetros estructurales que conforman esta política. En concreto:

a) Asegurar la adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; y, propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes[9];

b) Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados[10];

c) La regulación, control e intervención estatal, en cuanto sea necesario, en la actividad económica][11];

d) Establecer una política de precios orientada a proteger la producción nacional;

e) Prever los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal[12]; y,

f) Asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, a través del fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades[13].

En consecuencia, sobre la base de un modelo económico social de mercado, la Constitución establece la política económica fundada, en esencia, en la defensa y promoción de la libre competencia. La competencia, en último sentido, es un instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos, en particular, a la libertad de empresa y contratación.

2.2 Estructura institucional del Derecho de la competencia ecuatoriano

Con el fundamento constitucional mencionado, el entramado institucional en materia de competencia surgió en el año 2011 con la publicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (la «LORCPM»)[14] y sus normas de desarrollo. La configuración institucional prevista en la LORCPM creó un sistema bicéfalo de regulación y control de competencia económica.

Por un lado, la Junta de Regulación del Poder de Mercado (la «Junta») es el órgano de rectoría encargado de la formulación de política pública y regulación (secundaria, sujeta al principio de legalidad)[15]. El artículo 45 del Reglamento de la LORCPM expone que está "integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social. La Junta pertenece en su estructura orgánica a la Función Ejecutiva[16]. Por otro lado, según la OCDE (2021) la Superintendencia de Competencia Económica (la «SCE» o «Autoridad de Competencia Ecuatoriana»), es el órgano técnico encargado de la promoción de la competencia, control y sanción de prácticas prohibidas. La SCE es una de las instituciones que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social del Ecuador[17].

8 Art. 66, números 15 y 16 de la Constitución.

9 Art. 284.8 de la Constitución.

10 Art. 304.6 de la Constitución.

11 Art. 335 de la Constitución.

12 *Ibídem*.

13 Art. 336 de la Constitución.

14 Registro Oficial Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011. La LORCPM ha sido reformada en algunas ocasiones. La última reforma se publicó el 16 de mayo de 2023, con la Ley Reformatoria a la LORCPM. Por el alcance de este artículo las reformas no serán tratadas.

15 Art. 35 de la LORCPM.

16 Lo que podría amenazar la independencia de la SCE, que depende de las regulaciones de la Junta.

17 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen dos Funciones o Poderes del Estado, adicionales a las tradicionales Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Así, según la Constitución, la Función Electoral se encarga de garantizar «[e]l ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía». Finalmente, según el artículo 204 de la Constitución, la Función de Transparencia y Control Social tiene competencias constitucionales para «[p]romove[r] e impulsa[r] el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomenta[r] e incentiva[r] la participación ciudadana; protege[r] el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y preven[ir] y combati[r] la corrupción» (2008). La SCE pertenece a esta Función o Poder del Estado ecuatoriano.

En la práctica, a pesar de que la configuración institucional indicada tiene origen en la Ley, la Junta se ha relegado del ejercicio de sus competencias[18]. La SCE, en consecuencia, asumió el rol protagónico como la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. De hecho, la SCE fue la que solicitó el Examen Inter-pares de Ecuador a la OCDE, en el año 2019[19]. Por estos motivos, dentro del alcance de este documento, haremos un breve análisis de la estructura orgánica de la SCE como la agencia de competencia en Ecuador.

El Superintendente es el representante legal, judicial y extrajudicial, de la SCE; quien dirige la institución y a todos sus órganos[20]. Según su Estatuto Orgánico por Procesos (2019), la SCE cuenta con una estructura orgánica interna formada, en lo que nos atañe, por los siguientes órganos: la Intendencia General Técnica (la «IGT») y la Comisión de Resolución de Primera Instancia (la «CRPI»)[21].

La IGT es uno de los principales órganos de la SCE. En particular, debido a que, bajo su dependencia jerárquica, están las intendencias nacionales técnicas de investigación y control[22]. Estas intendencias se encargan del cumplimiento (*enforcement*) de la LORCPM y, por ende, las conductas que tipifica (*e.g.* prácticas colusorias; abuso de posición de dominio; prácticas de competencia desleal[23]; y, concentraciones económicas). Asimismo, la intendencia que se encarga de la promoción de la competencia es dependiente orgánica de la IGT[24].

La IGT tiene entre sus principales funciones y potestades: (i) la investigación e instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores en contra de operadores económicos por presuntas prácticas anticompetitivas; (ii) la elaboración de informes previos –actos de simple administración– requeridos para la autorización de concentraciones económicas que se someten a la CRPI; y, (iii) la promoción del funcionamiento competitivo de los mercados (*e.g.* a través de estudios de mercado o propuestas de mejora regulatoria).

La CRPI es el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores y, de ser el caso, imponer sanciones y medidas correctivas. Asimismo, autoriza las operaciones de concentración económica que se someten a su conocimiento, las condiciona al cumplimiento de remedios estructurales y/o de comportamiento o, de plano, las niega.

En lo fundamental, las intendencias de la IGT ejecutan las investigaciones y la CRPI emite la resolución correspondiente; es decir, toma las decisiones. La explicación es útil para comprender el entramado institucional interno de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. Además, ilustra una de las preocupaciones de los actores vinculados al régimen de competencia ecuatoriano. Los servidores públicos de la SCE, en particular, de nivel directivo, son designados por el Superintendente. La «designación» es una declaración unilateral de voluntad del Superintendente, en calidad de autoridad nominadora de la SCE[25].

18 En más de 10 años de existencia, en general, la Junta ha emitido un aproximado de doce resoluciones en materia de competencia. En lo principal, guías sobre buenas prácticas en el sector del *retail* de supermercados, resoluciones en materia de definición de mercados relevantes y metodología para el cálculo de multas en procedimientos sancionadores. Asimismo, estableció umbrales para operaciones de concentración económica; y, aplicación de la regla de *minimis*.

19 *Vid*, *inter alia*: https://www.competenciaecuador.com/noticias/la-ocde-y-el-bid-presentan-el-informe-de-resultados-de-los-exmenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-poltica-de-competencia-en-ecuador

20 Arts. 213 de la Constitución y 36 y 42 de la LORCPM

21 Resolución Nro. SCPM-DS-2019-62, de 25 de noviembre de 2019, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 98, de 11 de diciembre de 2019. Mediante la resolución referida, se expidió una reforma integral al Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCE que modificó ciertas competencias materiales de los órganos internos y, con sus reformas posteriores, está vigente a la fecha.

22 A saber: (i) Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; (ii) Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; y, (iii) Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

23 Las prácticas por competencia desleal se encuentran tipificadas como infracciones administrativas en la LORCPM. Sin embargo, el 18 de enero de 2022 la SCE presentó el proyecto de «Ley Orgánica de Competencia Desleal» ante la Asamblea Nacional del Ecuador (el «Proyecto de Ley»). El Proyecto de Ley concretiza una de las recomendaciones del Examen Inter-pares de Ecuador. En efecto, considerando la naturaleza de las prácticas desleales y sus bienes jurídicos tutelados, el Proyecto de Ley pretende establecer un sistema de protección autónomo y especial. A esta fecha, el Proyecto de Ley sigue el procedimiento legislativo correspondiente para su tratamiento y, de ser el caso, aprobación.

24 La Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia.

25 En el régimen laboral del sector público ecuatoriano, la autoridad nominadora -de ordinario, la máxima autoridad- es aquella que tiene atribuciones y funciones de gestión y administración del talento humano (*e.g.* contratación y desvinculación de personal, imposición de sanciones disciplinarias). En general, suele ejercerse a través de delegación.

Los Comisionados, miembros de la CRPI, son servidores de nivel directivo de la SCE designados por el Superintendente; carecen de estabilidad laboral al ser funcionarios de nombramiento y remoción libre. Es decir, debido a que el Superintendente designa a los Comisionados puede removerlos en cualquier momento[26]. Tampoco existe regulación alguna, de rango legal, que garantice la independencia orgánica de los miembros de la CRPI.

El Examen Inter-pares de Ecuador evidencia esta preocupación. Al decir del Informe: «[l]os actores interesados han señalado su preocupación por la independencia de los comisionados del Superintendente de Control de Poder de Mercado» (OCDE, 2021, p. 35). En efecto, dada la posibilidad de que sean removidos de sus cargos en cualquier momento: «[l]os comisionados pueden tener incentivos para actuar de acuerdo con los intereses de la autoridad de la SCE» (OCDE, 2021, p. 36).

Coincidimos con las opiniones recogidas en el Examen Inter-pares. En abstracto, podría ser riesgoso que el Superintendente dirija a los órganos de investigación (IGT) y al órgano de resolución (CRPI). La ausencia de independencia orgánica, autonomía administrativa y estabilidad laboral podría comprometer los principios de imparcialidad y objetividad que son inherentes a la Administración pública; en particular, al ejercer potestades como las de control y sanción.

De lege ferenda, la problemática podría ser abordada desde una reforma legislativa que establezca un procedimiento de concurso público, merecimientos y oposición, para la selección y nombramiento de los comisionados. Un procedimiento que procure garantizar principios de igualdad, transparencia y objetividad en cada una de sus fases. Así, concluiría con el nombramiento –no designación– de los ganadores por un periodo definido y estable, con independencia de la autoridad de turno. Incluso, luego del procedimiento correspondiente, la decisión de nombramiento podría corresponder a un órgano colegiado externo a la SCE y a la Función de Transparencia y Control Social.

En la línea del Examen Inter-pares de Ecuador, consideramos que la Política y el Derecho de la competencia puede mejorar en la medida en la que cuente con una institucionalidad robusta que brinde confianza a todos los actores involucrados en el proceso competitivo. La reforma legislativa sería una alternativa para reforzar la independencia, formal y material, del órgano decisor de la SCE; y, con ello, fortalecer la institucionalidad –esencial en la actividad de la Administración pública–. En especial, considerando que, como sucede en este caso, la toma de decisiones tiene efectos sobre los derechos de las personas, como la libertad de contratar, el libre desarrollo de actividades económicas y, en último sentido, debería redundar en el bienestar colectivo.

2.3 El *enforcement* de conductas anticompetitivas en el Ecuador

2.3.1 Control de conductas anticompetitivas

Los desafíos que enfrenta el Derecho y la política de competencia ecuatoriana nos lleva a procurar un análisis a partir del Examen Inter-pares de Ecuador y la experiencia, con el objeto de reflejar la relevancia de este asunto.

En el apartado que trata sobre «priorización y planificación de la SCE», el Informe manifiesta que la SCE mencionó 3 prioridades relacionadas con sus objetivos institucionales a mediano plazo. Estas prioridades serían: «[1]) producir estudios analíticos "serios y confiables"; 2) incrementar la eficiencia operacional; y 3) mejorar la "creación de precedentes en la ley de competencia". La última prioridad parece de particular importancia debido a que implica un compromiso por parte de la agencia para realizar investigaciones y tomar decisiones que no tengan defectos a nivel procedimiento, que sean analíticamente robustas y bien fundamentadas para que sean capaces de resistir los desafíos[27] legales» (OCDE, 2021, p. 47).

El Examen Inter-pares de Ecuador manifiesta que, entre el 2014 y el 2019, la CRPI emitió 49 decisiones relacionadas con prácticas colusorias, abuso de posición de dominio y competencia desleal. En materia de abuso de poder de mercado, se evidencia el cierre y archivo de «[u]n gran número investigaciones de oficio por falta de mérito [lo que] explica la diferencia entre el número de investigaciones iniciadas y el de casos abiertos y decisiones finales» (OCDE, 2021, p. 100). De ahí que la mayoría de

26 La remoción es una de las formas previstas en la Ley para terminar la relación laboral de los funcionarios de nivel directivo (entre otros), que implica una decisión unilateral de la autoridad nominadora (quien los designa). Por ende, no requiere procedimiento previo ni tampoco implica sanción –a diferencia de la destitución–.

27 Entendemos que el término «desafíos legales», en realidad, se refiriere a «impugnaciones legales».

las investigaciones de la SCE corresponden a esta conducta. En concreto, se habría iniciado 107 investigaciones; sin embargo, la CRPI habría resuelto solo tres (OCDE, 2021).

La problemática de los casos resueltos por la CRPI, en particular, en conductas de abuso (la mayoría) parecería ser reincidente y estaría relacionada con defectos en la investigación e instrucción del procedimiento. En efecto, lo reconocen opiniones recogidas en el Informe: «[t]odos los casos de abuso de poder de mercado resueltos por la CRPI han sido considerados como seriamente defectuosos por los actores interesados. Los tribunales también anularon las decisiones de la SCE» (OCDE, 2021, p.100).

La revisión del Informe sobre *enforcement* en el país arroja un diagnóstico preocupante, que puede ser extensible a los procedimientos incoados por cada conducta que la SCE supervisa. La mayoría de las investigaciones que se inician son archivadas por falta de mérito y, cuando existe resolución condenatoria, las decisiones suelen ser anuladas en sede judicial. Por ello, el Informe expone que la prioridad establecida por la SCE «[r]esulta crucial: solo unos cuantos casos se han completado con éxito dentro de la SCPM y han sido confirmados por los tribunales» (OCDE, 2021, p. 47).

En nuestra opinión, plantear alternativas que coadyuven a la consecución de uno de los objetivos prioritarios identificados por la Autoridad de Competencia de Ecuador requiere comprender el origen de la problemática: yerros, que suelen ser comunes y recurrentes, en el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, haremos (i) una breve aproximación al procedimiento ecuatoriano de *enforcement* y, (ii) unos comentarios sobre las principales oportunidades de mejora en cuestión de instrucción del procedimiento y cumplimiento de garantías mínimas del debido procedimiento administrativo (debido proceso).

Primero, una breve aproximación al procedimiento ecuatoriano de *enforcement.* El régimen de competencia ecuatoriano es propio del Derecho administrativo sancionador, al igual que ocurre en otros países de LAC. Por su naturaleza jurídica, le son aplicables sus principios generales y estructurales, tales como: el principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, *in dubio pro* administrado, *non bis in idem,* prohibición de aplicación analógica e interpretación restrictiva de la norma.

En la misma medida, son aplicables las normas sustantivas y adjetivas, comunes, al procedimiento administrativo y, especiales, respecto del procedimiento sancionador. Entre las principales: la carga de la prueba corresponde a la Administración (por regla general), la caducidad de las potestades públicas por el transcurso del tiempo, la obligación de separación entre la función de investigación y la de resolución y la obligación de instruir un procedimiento previo establecido en la Ley.

Según el artículo 53 de la LORCPM, el procedimiento puede iniciar de oficio, a requerimiento de otro órgano de la Administración o, por denuncia. En el caso de oficio y solicitud de otro órgano de la administración, anteceden dos «fases previas». La primera, implica una «calificación de procedencia, prioridad y urgencia de iniciar un expediente investigativo». La segunda, con la calificación precedente, permitiría una fase pre-procedimental de «investigación previa» que duraría hasta 180 días, según normas infralegales emitidas por la SCE. Luego de las fases previas indicadas, el procedimiento sigue el mismo trámite del iniciado por una denuncia.

En el caso de la denuncia, se requiere la calificación por parte de la intendencia de investigación y control correspondiente, según el tipo de la presunta práctica investigada. Con la calificación, la denuncia se traslada al denunciado para que presente explicaciones en 15 días. Si las explicaciones son suficientes para la SCE, archiva la denuncia. Caso contrario, inicia la fase de investigación que dura hasta 180 días, prorrogables por el mismo plazo una sola vez. Concluye con un informe que recomienda el archivo o la formulación de cargos y se notifica al investigado para que presente excepciones. Esta fase de investigación o instrucción es reservada, salvo para el sujeto investigado[28].

Con esas excepciones, se abre la fase de prueba por hasta 60 días prorrogables por 30 adicionales. Luego, se emite un informe final de resultados y, de ser el caso, se establece la presunta infracción cometida y la sanción que aplicaría. Se remite el informe y expediente a la CRPI y, se le notifica al operador imputado para que presente alegatos. La CRPI puede convocar a audiencia o no y, con ello, debe emitir la resolución correspondiente, dentro de los 90 días posteriores. Las fases mencionadas

28 Art. 56 de la LORCPM.

resumen, de forma muy breve, el procedimiento sancionador que ejecuta la SCE.

Segundo, unos comentarios sobre las principales oportunidades de mejora en cuestión de instrucción del procedimiento y cumplimiento de garantías mínimas del debido procedimiento administrativo.

Es necesario partir de la premisa de que el procedimiento no se limita a un conjunto ordenado de trámites o pasos que la Administración debe seguir para emitir un acto administrativo válido. En realidad, es una garantía constitucional de los sujetos investigados, pues materializa el debido procedimiento administrativo (debido proceso)[29]. Por ello, durante la investigación e instrucción del expediente sancionador, el cumplimiento de las garantías inherentes al debido proceso es un derecho de las personas y una obligación correlativa de la Administración. Naturalmente, el procedimiento sancionador en materia de competencia no es la excepción.

En adición, resoluciones sólidas, sin defectos de procedimiento y con fundamento analítico robusto, que resistan la revisión judicial posterior requieren el cumplimiento del principio de legalidad. Es decir, que la Autoridad de Competencia Ecuatoriana ejerza sus potestades públicas (*e.g.* investigación y resolución), dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.

Bajo estas consideraciones, creemos que existen algunos defectos recurrentes en la investigación, instrucción y resolución de los procedimientos de esta materia. Los defectos surgen de la aplicación de las normas de la LORCPM y sus normas de desarrollo por parte de los órganos de instrucción y resolución de la SCE. De manera ejemplificativa, nos referiremos a algunos de ellos.

En materia sustantiva y adjetiva, la LORCPM prevé algunas normas cuya interpretación exegética, puede dificultar su entendimiento y aplicación. *Verbi gratia*, aquellas que se refieren al ejercicio de potestades administrativas, de naturaleza reglada (no discrecional), que tienen relación directa con derechos constitucionales de los operadores económicos investigados.

Nos referimos, entre otras, a las normas que regulan la reserva de la fase de investigación del expediente y su documentación relacionada, salvo para el investigado[30]. Además, aquellas que tienen vinculación con la potestad reglada para declarar la confidencialidad de cierta información que podría ser sensible[31]. Estas normas, aplicadas en su sentido literal y de forma aislada o «asistemática», suelen ocasionar vicios de procedimiento que comprometen la solidez –y validez– de las decisiones de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana.

Sobre las normas de reserva de las fases de investigación previa e investigativa formal, la documentación producida durante estas fases y el acceso al expediente del procedimiento. La Ley Reformatoria a la LORCPM, publicada el 16 de mayo de 2023, dispone que «[e]n la etapa de investigación preliminar, por ser previa al proceso de investigación, no habrá partes directamente involucradas, por lo que, el órgano de sustanciación deberá guardar reserva respecto de la existencia del procedimiento ante particulares o terceros, hasta el momento en que solicite explicaciones, en cuyo caso, las partes podrán acceder al expediente»[32]. La LORCPM prevé, de manera general, la reserva de la fase de investigación «salvo para las partes directamente involucradas»[33] naturalmente, el sujeto investigado. A nivel reglamentario[34] se prevé, sobre el acceso al expediente y sus documentos, que en la fase de investigación las «partes» podrán acceder al expediente, y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren. La excepción, dispone la norma legal y reglamentaria es la información confidencial de terceros (*e.g.* secretos comerciales)[35].

29 Artículo 76 de la Constitución (2008): «En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso […]»

30 Arts. 56 de la LORCPM y 65 del RLORCPM.

31 Art. 3 del RLORCPM.

32 Previo a la Ley Reformatoria a la LORCPM, el art. 56 de la LORCPM no disponía la reserva total de la fase de investigación previa. Es decir, parecería que la reforma introducida limita el acceso al expediente durante esta fase, incluso, para aquellos sujetos que están siendo indagados. La constitucionalidad de la norma reformada merecería un análisis independiente, que escapa del alcance de este artículo.

33 Art. 65 de la LORCPM.

34 Art. 56 de la LORCPM y art. 3 del RLORCPM.

35 Es relevante mencionar que la Constitución prevé, entre las garantías del debido proceso, que todo procedimiento debe ser público, salvo las excepciones previstas en la ley (por ejemplo, la prevista en el art. 56 de la LORCPM). Asimismo, es una garantía constitucional que las partes pueden «[a]cceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento», de conformidad con el artículo 76.7 (d) de la Constitución (2008).

Existen procedimientos sancionadores en los que la aplicación de las normas reglamentarias mencionadas puede comprometer el ejercicio a la defensa del sujeto investigado. Por ejemplo, cuando se traducen en limitaciones impuestas por la Administración al acceso a documentos del expediente e, incluso, actuaciones administrativas que originan los procedimientos; y, que, en esta medida, delimitan el alcance de los hechos y acusaciones endilgadas contra operadores económicos investigados.

En ciertos casos, estas limitaciones pueden ser un impedimento para que el investigado ejerza su derecho a conocer, de forma previa y detallada, los hechos, cargos y acusaciones que se le imputan. De tal forma, pueden implicar una restricción al contenido esencial del derecho a la defensa, incompatible con las garantías constitucionales del debido proceso.

En el mismo sentido, en materia de normas que se refieren a la potestad reglada de declarar información confidencial o reservada. Se han evidenciado procedimientos sancionadores en los que se omite emplear técnicas o metodologías para el tratamiento de información sensible y no se entrega información generada por la Administración o terceros, esencial para el ejercicio a la defensa del investigado. Técnicas que, reconociendo la importancia de proteger información clasificada, implican la formulación de documentos censurados o anonimizadas; otros que incluyen indicadores o datos agregados. Asimismo, la elaboración de resúmenes preparados por expertos independientes que prescinden de los datos que constituyen la información confidencial. De hecho, estas técnicas son utilizadas ampliamente en regímenes de competencia comparados.

En otros casos, hay procedimientos en los que se pretende usar las técnicas indicadas desnaturalizándolas. De forma ilustrativa, es usual que en los procedimientos sancionadores la SCE emplee «extractos no confidenciales» que suprimen o tachan información esencial. Es decir, de tal importancia, que su censura impide al operador económico comprender los hechos o inteligir el alcance integral de las imputaciones y acusaciones que se le atribuyen (desde la perspectiva jurídica e, incluso, económica).

En otras palabras, con la justificación de proteger información confidencial, los supuestos «extractos» censuran información que, materialmente, puede ser sustancial para el ejercicio del derecho a la defensa del sujeto investigado. Es necesario indicar, información de terceros o, inclusive, elaborada por la propia Administración –a pesar del principio de transparencia–. Naturalmente, este tipo de documentos mutilados pueden llegar a viciar el procedimiento, por conculcar la defensa del investigado.

A simple vista, parecerían dos intereses en contraposición. Por un lado, el de terceros en la protección de su información confidencial o sensible suministrada a la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y, además, la obligación de su reserva[36]. Por otro lado, más que interés, el derecho constitucional de los sujetos investigados al debido proceso. Naturalmente, materializado en las garantías de defensa, acceso al expediente y a las actuaciones administrativas de la autoridad correspondiente; y, asimismo, a conocer, de forma previa y detallada, los hechos, las acusaciones e imputaciones que se le endilgan en su contra, según expusimos[37].

Es pertinente mencionar que en ordenamientos jurídicos comparados de Derecho de la competencia (*e.g.* el Comunitario Europeo o español), el sujeto investigado en el procedimiento sancionador tiene impedido, con carácter general, acceder información reservada durante la fase de instrucción del ex-

36 En principio, la información producida por la propia Administración no debería estar sujeta a confidencialidad o reserva alguna para el investigado, por el principio de transparencia que la rige y, naturalmente, por el derecho a la defensa.

37 Consideramos que este análisis merece una revisión caso a caso, según la práctica anticompetitiva por la que se está investigando a un operador económico.

Por ejemplo, en el caso de prácticas colusorias, cuando la autoridad de competencia está ejecutando un programa de delación compensada (*leniency*), el delator y la información que suministra para delatar un cártel merecen una protección reforzada. En efecto, los programas de delación compensada son las herramientas más efectivas, a nivel mundial, para la detección y sanción de cárteles; por su alto grado de eficacia, los delatores deben tener un incentivo positivo para delatar y entregar toda la información necesaria; así, el incentivo redunda el efecto disuasivo que estos programas persiguen y la eficacia del régimen de competencia en sí mismo.

Sin embargo, consideramos que no ocurriría lo mismo en las investigaciones de prácticas de abuso de posición de dominio. Es decir, por ejemplo, cuando un competidor denuncia a un operador dominante. La denuncia y la información suministrada por el denunciante no podría (o no debería) mantenerse reservada para el operador denunciado. De hecho, el operador denunciado debería tener acceso a la denuncia, toda la documentación suministrada en ella y todas las actuaciones administrativas ejecutadas por la autoridad de competencia. En especial, en la medida en la que esa información es necesaria para comprender los hechos, cargos e imputaciones que se le atribuyen y pueda ejercer, materialmente, su derecho a la defensa.

Pese al interés en el tema tratado, la limitación del objeto de este trabajo no nos permite profundizarlo.

pediente. Sin embargo, emitida la formulación de cargos, se les reconoce, en el ejercicio de su derecho de defensa, el derecho a acceder a la información clasificada o reservada. En particular, aquella información con la que la formulación de cargos funda sus conclusiones sobre la calificación de la conducta investigada y la propuesta de sanción. La Autoridad de Competencia Ecuatoriana suele mantener reservada o confidencial esta información, incluso, después de la resolución sancionadora.

Es decir, en regímenes de competencia comparados no se podría impedir a un sujeto investigado el acceso a las piezas probatorias o parte de la información confidencial/reservada usada en la formulación de cargos. En especial, en la medida en la que fue usada, como base fáctica o jurídica, para la formulación de cargos y propuesta de sanción. Lo contrario, se consideraría incompatible con el derecho al debido proceso y a la defensa del investigado.

Por ello, como comentábamos, resulta fundamental el empleo adecuado de las técnicas o metodologías para el tratamiento de información sensible o confidencial de terceros. Bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el acceso directo a los documentos que contienen la información clasificada, en ciertos casos, puede sustituirse por el acceso a medios alternativos no-confidenciales o a la observancia de procedimientos para evitar la difusión de la información o su aprovechamiento, más allá del ejercicio del derecho a la defensa de un investigado.

A manera de colofón, conviene indicar que, como se observa, las potestades públicas, los principios estructurales del procedimiento sancionador y las normas a las que nos referimos tienen una vinculación material y pueden limitar los derechos constitucionales de los operadores económicos investigados. Por ende, su aplicación literal y aislada del resto de normas que integran el ordenamiento jurídico suele generar defectos en el procedimiento; y, en particular, coartar la garantía del debido proceso de manera que condicionan la validez de la resolución que emite la Autoridad Competencia Ecuatoriana.

En esta medida, su debido entendimiento y aplicación requiere una interpretación sistemática que parta de la Constitución. El debido procedimiento administrativo es una garantía constitucional de los investigados (*e.g.* debido proceso). De tal manera que: «[e]vita la adopción de decisiones discrecionales y arbitrarias por parte de la administración pública y brinda [o debería brindar] certeza de que sus resoluciones han sido adoptadas con sustento técnico y jurídico» (Guerrero Celi, 2022, p.29).

Recordemos que la Administración pública, como la SCE, debe servir con objetividad al interés general y garantizar el efectivo goce de los derechos de las personas[38]. El procedimiento administrativo no es la excepción: «[L]os derechos de los ciudadanos no pueden ser vulnerados de forma arbitraria con el pretexto de servir o procurar el interés general» (Guerrero Celi, 2022, p.38). Por tanto, la garantía del debido proceso del investigado debe ser conciliada con el interés general que persigue el Derecho de la competencia y sus fines: la eficiencia económica del mercado y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

La instrucción de procedimientos sancionadores que cumplan con el debido proceso y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico aportan a la solidez y validez de las decisiones de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. Además, en la medida en la que el procedimiento se sustancie conforme a Derecho, la revisión judicial se podrá enfocar en los asuntos de fondo y no solo en los de vicios de procedimiento. De hecho, hasta la fecha, conocemos que los defectos de procedimiento son el principal argumento de las sentencias que dejan sin efecto decisiones administrativas de competencia en el país.

El sucinto análisis expuesto no agota ni pretende agotar el debate sobre los temas tratados. En sentido contrario, pretendemos brindar una perspectiva con algunos criterios que pueden ser útiles para la comprensión del problema y su alcance. De tal forma, coadyuvar, en alguna medida, a la consecución de uno de los objetivos prioritarios expuestos en el Examen Inter-pares por la Autoridad de Competencia Ecuatoriana: resoluciones sólidas, sin defectos de procedimiento y con análisis robustos, que resistan la revisión judicial posterior y puedan aportar a la creación de un precedente judicial en materia de competencia.

2.3.2 El control de concentraciones

Las transacciones que implican el cambio o la toma de control de uno o varios operadores económicos

38 Arts. 76 y 226 de la Constitución y 37 del Código Orgánico Administrativo.

se entienden como concentraciones económicas y pueden estar sujetas a la obligación legal de notificación previa a la SCE. En esta materia, la legislación ecuatoriana ha funcionado razonablemente bien desde la vigencia de la LORCPM.

Siguiendo a la mayoría de agencias y ordenamientos jurídicos comparados, el control que ejerce la Autoridad de Competencia Ecuatoriana se realiza previo a la ejecución de la operación (*closing*). Sin embargo, también hay oportunidades de mejora como en las áreas precedentes. A continuación, comentamos algunas que nos parecen relevantes.

El control de concentraciones en el Ecuador presenta dos umbrales que activan la obligación de notificación: (i) el volumen de negocios total en el Ecuador (facturación)[39]; y, (ii) la cuota de mercado del 30% o superior (los «Umbrales de Notificación»)[40]. El cumplimiento de uno de los umbrales hace la notificación de la transacción obligatoria, es decir, no requieren ser concurrentes.

El Examen Inter-pares del Ecuador señala que los actores del sector privado, entrevistados durante el proceso de evaluación, manifestaron que los Umbrales de Notificación se suelen cumplir de forma relativamente sencilla; por ejemplo, el umbral de cuota de mercado (30%). Esto ocasionaría la notificación de muchas operaciones «[q]ue son inofensivas para la competencia y [daría lugar] a un trabajo largo y laborioso para que la INICCE las revise y emita una respuesta» (OCDE, 2021, p. 62). En consecuencia, podrían ameritar una reforma.

La valoración del control de concentraciones requiere un equilibrio entre «[l]as ventajas de este tipo de umbrales [de cuota de mercado] (en específico, la capacidad de activar la notificación de fusiones potencialmente problemáticas respecto a compañías con bajas facturaciones), con su falta de certidumbre (debido a que requieren un análisis complejo y no objetivo, es decir, la definición de mercado y el cálculo de la participación, para determinar si debe notificarse una transacción)» (ICN, 2018, como se citó en OCDE, 2021, p. 64).

En el caso del umbral de facturación, según las mejores prácticas internacionales, podría ser relevante estimar que, al menos, dos de las partes que participen en la transacción cumplan el umbral de facturación local (como los compradores, en el caso de adquisición de control conjunto) y/o que el negocio u operación adquirida cumpla el umbral de facturación local requerida (ICN, 2018, como se citó en OCDE, 2021, p. 63). La implementación de este criterio podría realizarse mediante una reforma legal.

Ahora bien, respecto del procedimiento de autorización hay dos aspectos que pueden optimizarse. *Primero*, respecto de la fecha límite para la notificación de la transacción. En general, la operación de concentración debe notificarse a la Autoridad de Competencia Ecuatoriana en un plazo de 8 días a partir de la fecha de conclusión del acuerdo (*signing*), de conformidad con la legislación vigente[41]. Tal como indica el Informe, estimamos que este plazo es muy corto.

En efecto, la OCDE (2021) afirmó lo siguiente:

> «[l]a fecha debería ser más larga para proporcionar a las partes fusionantes un grado razonable de flexibilidad para determinar cuándo se puede notificar una fusión propuesta, conforme a la Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones, con la condición de que no se implemente la fusión antes de la notificación y la aprobación, dado que, en este caso, se aplicarían las leyes de las reglas para salir en falso» (p. 64).

En las transacciones de *M&A*, el *gun jumping* es una contingencia que puede ser asumida o no por las partes de una transacción, sobre la base de su apetito al riesgo legal y, en particular, de competencia. Asumir este riesgo no sería recomendable[42], pues podría considerarse una infracción muy grave

39 Según el artículo 16 de la LORCPM (2011) y lo dispuesto por la Junta, en el caso de transacciones que no involucran instituciones del sistema financiero, mercado de valores y seguros, "el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes [debe superar,] en el ejercicio contable anterior a la operación", las 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas («RBU»). En el año 2022, una RBU equivale a US$ 425,00.

40 Art. 16 de la LORCPM.

41 *Ibidem.*

42 La eventual violación de una *standstill obligation* podría ser problemática. En el régimen de competencia ecuatoriano, al igual que en otras legislaciones comparadas, una investigación por ejecutar una transacción sin cumplir con la obligación de notificación (si era obligatoria) podría implicar un procedimiento, largo y complejo. Su resultado podría ser una multa de hasta el 12% del volumen de negocio del año anterior al que se implementó la transacción y, además, multas para los representantes legales que intervinieron en la operación.

a la LORCPM[43]. Por tanto, en nuestra opinión, una ampliación del plazo para la notificación de la operación aportaría positivamente al régimen ecuatoriano. Esta es otra mejora regulatoria que podría implementarse mediante una reforma legal al artículo 16 de la LORCPM.

Segundo, respecto del inicio formal del procedimiento de autorización de concentración y los plazos para su resolución. Una vez notificada la transacción, la SCE debe emitir una comunicación formal al operador solicitante en la que informa que la notificación de concentración tiene la información completa. A partir de esta comunicación, inicia el procedimiento y se empieza a contabilizar el plazo para la resolución de la solicitud de autorización. La SCE tiene 60 días hábiles, prorrogables por 60 días adicionales, para emitir su decisión; si no la emite dentro del tiempo indicado, la operación se entiende autorizada de forma tácita (silencio administrativo positivo).

Sin embargo, no se establece un plazo expreso para que la SCE emita la comunicación formal que informa sobre la completitud de la solicitud de autorización presentada. La laguna normativa suele ocasionar que la Autoridad de Competencia Ecuatoriana se tome periodos de tiempo considerables y no uniformes para emitir esta comunicación. Así, se extiende, de forma artificial, los plazos previstos para la autorización de la operación. *De lege ferenda*, sería recomendable una disposición con un plazo concreto para que la SCE emita la comunicación formal e inicie el procedimiento de autorización. Con ello, se aportaría certidumbre y previsibilidad a los operadores involucrados en transacciones sujetas a notificación obligatoria.

Por otro lado, en cuanto a la metodología para la revisión de concentraciones económicas. En el Ecuador, la revisión de una operación se ejecuta con una «prueba de dominio». *Grosso modo*, la Autoridad de Competencia Ecuatoriana evalúa elementos estructurales, esto es, si la transacción crea, modifica o refuerza el poder de mercado[44]. Según el Examen Inter-pares del Ecuador gran parte de las agencias de competencia del mundo no ejecutan prueba de dominancia. En su lugar, aplican la prueba de la disminución sustancial de la competencia (*Substantive Lessening of Competition test* - «SLC»).

Esta prueba se centra en los efectos materiales de la operación de concentración en el mercado, por ejemplo, si es probable que los precios incrementen después de la transacción; y, además, se enfoca en la pérdida de competencia entre las empresas del mercado relevante en cuestión (OCDE 2021). El Informe refiere que la prueba de disminución sustancial de competencia «[p]odría permitir examinar los efectos coordinados y abarcar las fusiones de conglomerados» (OCDE, 2021, p. 68). En esta línea, podría coadyuvar a estimar efectos anticompetitivos de las transacciones por debajo de los umbrales de dominación, conforme lo ha reconocido la OCDE (2021).

Consideramos que una aproximación de la SLC para la evaluación de los efectos de las operaciones de concentración económica podría ser útil para una optimización regulatoria. En la práctica, dependería de una reforma legal y, a la par, un cambio en los criterios emitidos por la Junta. En cualquier caso, el régimen de control de concentraciones vigente prevé que, luego de analizada la operación, la Autoridad de Competencia Ecuatoriana puede negarla o autorizarla, con o sin remedios. Es decir, sujetarla a condiciones o compromisos de naturaleza conductual, estructural o combinada.

Finalmente, el Examen Inter-pares del Ecuador sugiere que una alternativa regulatoria viable podría ser el establecimiento de un régimen de control por fases. Al respecto, conviene precisar que el procedimiento de autorización concentraciones vigente, estableció un régimen bifásico a partir de diciembre de 2020[45].

En efecto, una vez emitida la comunicación formal que hemos comentado, inicia la primera fase del procedimiento de control (la «Fase I»). En la Fase I, la SCE realiza una evaluación *prima facie* de los efectos potenciales de la transacción. Si no se verifican eventuales problemas de competencia se autoriza, sujeta o no a condiciones. La Fase I tiene una duración máxima de 25 días hábiles. Si la SCE no se pronuncia dentro del plazo, se pasa a la siguiente.

La segunda fase, implica un examen material de la transacción y el análisis a fondo de sus efectos reales y potenciales para la competencia (la «Fase II»). Luego de este análisis, la SCE emite la deci-

43 Art. 87.3 (c) de la LORCPM.

44 Art. 15 de la LORCPM.

45 La última reforma del RLORCPM fue publicada en el Registro Oficial Nro. 697 de 1 de diciembre de 2020. Esta reforma incluyó un régimen de control de concentraciones por fases.

sión correspondiente que puede autorizar la transacción (con o sin condiciones) o negarla. La Fase II tiene el plazo de 60 días hábiles, prorrogables otros 60 días.

En total, el promedio de tiempo que puede durar el análisis de una operación de concentración puede variar, según la complejidad de la transacción y sus eventuales efectos en el mercado o mercados en cuestión. Por lo expuesto, consideramos que esta recomendación del Informe ya está incluida en el régimen de competencia ecuatoriano que, a esta fecha, tiene un procedimiento de control optimizado por fases.

3. Conclusiones

Del análisis efectuado al Examen Inter-pares del Ecuador, hemos identificado algunas oportunidades de mejora del régimen de competencia que se traducen en desafíos. En consecuencia, corresponde expresar las siguientes conclusiones.

Primero, se requiere robustecer la institucionalidad en materia de competencia y disminuir cualquier viso de discrecionalidad. Consideramos deseable que la Junta priorice la emisión y el desarrollo de la política pública de competencia. Es decir, defina las acciones y prioridades estratégicas del régimen. A su vez, debería emitir lineamientos claros para el ejercicio de las potestades de control, sanción y promoción de la SCE.

Segundo, *de lege ferenda*, podrían presentarse reformas regulatorias procompetitivas. Estas reformas podrían enfocarse en los principales aspectos que hemos comentado. En concreto, se podría proponer que los comisionados que conforman el órgano de resolución, la CRPI, sean nombrados mediante concurso público, de merecimiento y oposición. El concurso y nombramiento podría ejecutarse por un órgano colegiado, independiente a la SCE. Asimismo, el nombramiento podría ser por un periodo definido y estable.

Sería viable considerar una revisión específica de la normativa de procedimiento que hemos comentado, la LORCPM y su Reglamento, cuya interpretación y aplicación han generado diferencias de criterio entre la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y los involucrados en el proceso competitivo. Para la LORCPM, el órgano competente sería la Función Legislativa y, para el Reglamento, el Poder Ejecutivo. En ambos casos, las propuestas de revisión y reforma podrían ser impulsadas por la propia SCE –similar a otras ocasiones–. Lo importante sería alcanzar un consenso con los actores involucrados para llegar a un proyecto que cuente con la retroalimentación de todas las perspectivas posibles.

En la misma línea, sería recomendable que se evalúe la necesidad de implementar reformas en materia de control de concentraciones. Entre las principales, podría considerarse la ampliación del plazo para notificar la transacción, la modificación de los umbrales de notificación y la implementación de un plazo específico para que la SCE comunique el inicio del procedimiento. Estas reformas podrían aportar para optimizar el régimen de control de concentraciones.

Tercero, sería deseable la formación específica de los servidores públicos, encargados de los distintos procedimientos, en materia de Derecho de competencia y Derecho administrativo sancionador. Ello aportaría para mejorar la calidad de las resoluciones en los aspectos de procedimiento y materiales. Así, las resoluciones podrían ser más sólidas y pasar la revisión judicial con menos cuestionamientos. La construcción de un precedente judicial sobre asuntos de competencia depende de ello.

Cuarto, estimamos que los desafíos que plantea el desarrollo del Derecho y la política de competencia en Ecuador dependen, en gran medida, de una colaboración entre el sector privado y público. El aporte de los actores privados y la apertura de agencia de competencia ecuatoriana, al igual que de la Junta, será crucial para su crecimiento.

El Examen Inter-pares del Ecuador fue un gran diagnóstico inicial para reforzar el régimen de competencia ecuatoriano. Cada observación y comentario, implementado adecuadamente, puede contribuir a la transparencia del régimen, la confianza en la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y su institucionalidad. En esta medida, mientras el Derecho y la política de competencia del país se fortalezca, redundará en la eficiencia económica del mercado y el bienestar de la sociedad ecuatoriana en su conjunto.

Referencias bibliográficas

Código Orgánico Administrativo [COA]. Artículo 37. (3 de julio de 2017). https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008).

Decreto 1152 de 2020. Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697. 17 de noviembre de 2022. https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/01/Reglamento-LORCPM.pdf

Guerrero Celi, F. (2022). *Procedimientos Administrativos: Principios y Sustanciación*.

International Competition Network [ICN] (2018). Recomendaciones para procedimientos de notificación y análisis de concentraciones (en inglés). ICN. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

Ley 0 de 2011, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (13 de octubre de 2011). Registro Oficial Suplemento 555.

https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org7.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2019). *Latin American and Caribbean Competition Forum*. https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2019spanish/

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2021) *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia*. Ecuador. Editorial OCDE. https://www.oecd.org/daf/competition/ecuador-examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-2021.pdf?cv=1

Superintendencia de Control de Poder de Mercado (25 de noviembre de 2019). Resolución Nro. SCPM-DS-2019-6. https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/11/SCPM-DS-2019-62.pdf

Los acuerdos de cooperación entre competidores y su análisis bajo la ley de represión de conductas anticompetitivas

— José Carlos Gonzales Cucho* —

Resumen

En el presente artículo se identifican escenarios actuales de cooperación entre competidores, en los cuáles pueden producirse riesgos de conductas anticompetitivas derivados de prácticas como la compartición de información sensible, el establecimiento de precios en ciertos niveles de la cadena productiva, entre otros.

Asimismo, se busca profundizar en las razones comerciales que motivan estas alianzas entre competidores. Adicionalmente, se analizará cuál ha sido la respuesta por diversas agencias de competencia en el mundo a este tipo de prácticas, especialmente en el contexto derivado de pandemia por el COVID-19.

Finalmente, a partir de la experiencia comparada y la doctrina especializada se propondrá cuáles deberían ser los criterios que debería seguir Indecopi para evaluar la legalidad de esta clase de acuerdos.

Palabras clave

Cooperación, competidores, agentes económicos, riesgos, conductas anticompetitivas, acuerdos principales, acuerdos complementarios, acuerdos lícitos, alianzas, legislación, barreras

Abstract

This article identifies current scenarios of cooperation between competitors, in which risks of anticompetitive behaviors derived from practices such as the sharing of sensitive information, the establishment of prices at certain levels of the production chain, among others, may occur. Likewise, it seeks to deepen the commercial reasons that motivate these alliances between competitors.

Additionally, the response by various competition agencies in the world to this type of practice will be analyzed, especially in the context derived from the COVID-19 pandemic.

Finally, based on comparative experience and specialized doctrine, the criteria that Indecopi should follow to assess the legality of this kind of agreement will be proposed.

Keywords

Cooperation, competitors, economic agents, risks, anticompetitive behaviors, main agreements, complementary agreements, legal agreements, alliances, legislation, barriers

* Socio de Diez Canseco Abogados. Abogado por la PUCP. Magister en Regulación de Servicios Públicos por la PUCP. Magíster en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad de Castilla - La Mancha. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la UNMSM. Next Generation Partners en The Legal 500.

El autor desea agradecer especialmente a Fabriccio Luna Aguilar por su colaboración en la investigación para la elaboración del presente artículo.

1. Introducción

Imagina que eres un estudiante en su último año de secundaria. Un día cualquiera te encuentras tranquilo en casa y de repente tus padres te llaman con una voz seria (diferente a la amable voz que suelen usar) porque quieren conversar contigo. La reacción inmediata sería de, cuando menos, sorpresa o desconcierto. Empiezas a preocuparte, aunque al tratar de recordar, con más calma, te das cuenta de que no has hecho nada "malo" o que mereciera una llamada de atención, pero la duda te persigue. Una vez te acercas temeroso por la puerta, tus padres te comentan que ya estás en entrando al último semestre del colegio y que es hora de que conversen sobre cuál será tu futuro, qué carrera quieres estudiar, en dónde y las posibilidades que tendrás. Finalmente, respiras aliviado. Si bien puede que la conversación vaya a ser algo incómoda debido a que tanto tú como tus padres piensan diferente, al final sabes que es algo necesario y que la conversación es por un bien mejor.

Algo muy similar sucede con los acuerdos entre competidores. Cuando uno empieza a conocer el Derecho de la Competencia y escucha que dos empresas competidoras han entrado en contacto, la primera reacción suele ser la de reproche a esa sola interacción. Ello toda vez que, en muchas ocasiones el contacto entre dos o más empresas ha permitido que las agencias de competencia detecten indicios de prácticas colusorias horizontales como fijaciones de precios, repartos de mercados, coordinación de licitaciones, entre otros supuestos.

Sin embargo, así como cuando el joven del ejemplo se puso a reflexionar que "el que no la debe no la teme", si uno se detiene a pensar un instante, se dará cuenta que, hoy en día, no es para nada atípico que empresas competidoras tengan argumentos válidos para realizar acuerdos complementarios o de cooperación, a fin de alcanzar una serie de objetivos que no podrían ser logrados de otra manera. Desde acuerdos asociativos, pasando por acuerdos de compra conjunta y llegando hasta los acuerdos de investigación y desarrollo (I+D); aunque la lista no se detiene ahí, existen una serie de mecanismos de colaboración entre competidores y sobre los que existe un consenso de que estos pueden traer una serie de eficiencias al mercado y a los consumidores.

En ese orden de ideas, la pandemia del COVID-19 ha planteado una serie de retos en todos los ámbitos de nuestras vidas, reconfigurado la forma en la que realizamos nuestras actividades y, asimismo, trae nuevamente debates que son importantes de atender. Esta situación sin precedentes, por ejemplo, implicó desafíos en el sector de la salud y del abastecimiento de bienes y servicios esenciales que requerían medidas para asegurar la integridad y vida de las personas. Es en dicho escenario en donde el contexto social se ha visto motivado a promover que las empresas trabajen en conjunto para la generación de soluciones eficientes que pudieran dar respuesta a los problemas que aquejaban a la población frente a las condiciones atípicas derivadas de la pandemia (ausencia de insumos, demoras excesivas en transporte, limitaciones a la movilidad, entre otros).

Ello ha sido objeto de pronunciamiento de varias instituciones y autoridades de competencia. Al respecto, la International Competition Network ha reconocido el valor de que los acuerdos de cooperación tienen en contextos de crisis, sobre todo para temas médicos:

> Esta situación extraordinaria puede desencadenar la necesidad de que los competidores cooperen temporalmente para garantizar el suministro y la distribución de productos y servicios escasos que protejan la salud y la seguridad de todos los consumidores. Tales esfuerzos conjuntos, si son limitados en su alcance y duración, necesarios para ayudar a los afectados por la COVID-19, y en línea con las leyes aplicables o las orientaciones específicas de las autoridades, pueden ser una respuesta necesaria para proteger a los consumidores y proporcionar productos o servicios que no podrían estar disponibles de otra manera (…). (2020)

En la misma línea, la OECD no ha sido tampoco ajeno al asunto, estableciendo que la cooperación entre competidores puede generar eficiencias que son necesarias para enfrentar la crisis sanitaria:

> Es probable que la colaboración entre competidores aumente durante una crisis, ya que las empresas pueden participar en proyectos conjuntos de I+D (por ejemplo, investigación médica) o en la producción/distribución conjunta de bienes esenciales (por ejemplo, cadena alimentaria o productos de primera necesidad).
>
> Estos acuerdos pueden ser necesarios durante las crisis para aumentar la producción de un determinado producto o coordinar un servicio esencial. Incluso pueden ser promovidos por los gobiernos. La cooperación entre competidores puede, en efecto, aumentar el bienestar de los consumidores al hacer que haya más productos disponibles, y la mayoría de las leyes

> de competencia permiten la cooperación entre competidores cuando hay eficiencias y beneficios para el consumidor.
>
> Sin embargo, las autoridades de la competencia deben asegurarse de que dicha cooperación no se convierta en restricciones duras de la competencia, como la fijación de precios (véase más adelante "carteles de crisis"). Además, las autoridades de competencia deben garantizar que cualquier cooperación a corto plazo no se prolongue más de lo necesario para hacer frente a la crisis. (2020)

Si bien las infecciones y los males causados por la pandemia, afortunadamente, han comenzado a disminuir en un grado considerable, no sucede lo mismo con sus efectos, muchos de los cuales han cambiado de forma definitiva la forma de relacionarnos. Uno de ellos es recordar la imperiosa necesidad de que se discutan los alcances y límites de los acuerdos de cooperación entre competidores, ya que, aun cuando pase la pandemia, estos seguirán siendo necesarios en razón de las eficiencias que generan que, en última instancia, benefician a toda la sociedad.

El presente artículo se enfoca en entender cómo los acuerdos de cooperación son empleados en el resto del mundo para que, a partir de la regla de la razón que les es aplicable a este tipo de conductas, brindar lineamientos que permitan un correcto análisis para identificar adecuadamente los escenarios en los que es legítimo que los agentes económicos que compiten en el mercado puedan colaborar dentro del marco legal.

2. Perspectiva comparada sobre los acuerdos de cooperación

A fin de tener una comprensión más amplia de los beneficios que los acuerdos de cooperación pueden producir para el mercado en su conjunto, es pertinente realizar una revisión sobre cómo esta institución está vista en la perspectiva comparada. De esta manera, el entendimiento de cómo funciona nuestra propia legislación en la materia, así como los lineamientos que propondremos para el análisis de estas conductas, resultará mucho más sencillo.

2.1 Chile

Las prácticas colusorias en Chile son conocidas como acuerdos o prácticas concertadas entre competidores. Estas conductas son reguladas por el artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211.

Dicha disposición regula dos supuestos. El primero comprende a los acuerdos que tienen por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación; como podemos ver, estas conductas son las denominadas acuerdos prohibidos *per se*. Por otro lado, también están presentes las prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. Estos últimos acuerdos requieren del examen del caso específico, por lo que se tienen en cuenta sus efectos, evaluándoseles bajo la "regla de la razón".

Como explican Grunberg y Montt, para verificar la existencia de un acuerdo concertado se deben cumplir los siguientes requisitos:

> 1) alguna forma de contacto entre las partes, incluyendo contactos indirectos o débiles;
>
> 2) consenso cooperativo, que puede construirse incluso a partir del mero hecho de recibir información;
>
> 3) conducta subsecuente en el mercado, requisito que se satisface sin dificultad, especialmente si se ha recibido información, la que invariablemente se introduce al proceso de toma de decisiones de la firma. (2010, p. 44)

Sin embargo, fuera de la referencia a las conductas colusorias que se encuentran bajo el análisis de la "regla de la razón", no existe una referencia expresa a que los acuerdos de colaboración entre competidores puedan ser siempre admitidos.

No obstante, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha reconocido en varias ocasiones que los acuerdos de colaboración entre competidores pueden beneficiar a la competencia en diversas circunstancias. En ese sentido, el TDLC en la Resolución N° 54/2018, a propósito de la Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. (ACHET) sobre la operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. Y otras, ha señalado lo siguiente sobre las virtudes de estos acuerdos:

> No siempre son dañinos. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente, sea por la escala alcanzada; por la reducción en costos informacionales, de transacción, de marketing (a través de la integración

> de promoción y avisaje) u otros; o por eliminar problemas tales como el free riding, por ejemplo. Más aún, algunos joint ventures son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable. (2018, p.34)

Si bien en el caso de la Consulta de ACHET, la Corte Suprema chilena no aprobó la operación de concentración empresarial; en la cual, a diferencia de los acuerdos de colaboración, se da un cambio completo en la independencia en la toma de decisiones; ello no obsta para demostrar que los beneficios mencionados también se pueden producir en acuerdos de colaboración.

De hecho, justamente porque la relevancia de estos acuerdos puede darse incluso en casos en los que hay dos o más partes que prescinden de la independencia para formar una sola entidad empresarial, con mayor razón las eficiencias que se explicarán más adelante pueden generarse cuando producto de un acuerdo las empresas no excluyen su independencia.

Por ello, diversos analistas consideran que en Chile urge una regulación, guía o directriz sobre las asociaciones entre competidores que puedan ser lícitas, ello con el fin de gatillar los beneficios que estos pueden generar para el proceso competitivo (Toro, 2020, p.34).

2.2 Colombia

Los acuerdos de colaboración entre competidores han sido objeto de constante discusión en Colombia, lo que motivó que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) emitiera la Resolución 4851 de 2013, mediante la cual establece que estos acuerdos son aquellos en los que dos o más empresas, que estén en el mismo eslabón de la cadena productiva y compitan; combinen sus recursos o unan parte de sus operaciones para alcanzar determinadas metas comerciales. Los acuerdos más comunes son: (i) de investigación y desarrollo; (ii) de producción; (iii) de compra; (iv) de comercialización; y (v) de estandarización.

Asimismo, dicha resolución en conjunto con la Resolución 20490 del 2020 establecen los criterios mediante los cuales se entiende que un acuerdo de colaboración no genera perjuicios sustanciales al proceso competitivo:

a) El acuerdo produce mejoras en eficiencia
b) Carácter indispensable
c) Beneficios para los consumidores
d) No eliminación de la competencia

Asimismo, cabe resaltar que la SIC ha establecido que los acuerdos de colaboración que cumplan con dichos requisitos no van a requerir ser informados a la SIC, aunque ello sí será necesario cuando dichos acuerdos constituyan uno de integración. Además, la SIC estableció que para que un acuerdo se considere de integración, este debe tener los siguientes elementos:

a) Vocación de permanencia y eliminación de la competencia en un negocio específico
b) Que no implique el simple traslado de una función específica, sino que constituya la unión de un negocio o mercado
c) Que el negocio resultante de la operación tenga plenas funciones en el mercado

Asimismo, se puede apreciar que la legislación colombiana es consistente con su posición respecto de la importancia de los acuerdos entre competidores. Ello quedó evidenciado con la expedición del Decreto 482 de 2020[1], publicado solo dos meses antes de la Resolución 20490, mediante el cual el Estado buscó impulsar la creación de sinergias y eficiencia en aras de alcanzar una mejora en el transporte y la logística de alimentos y bebidas de primera necesidad, todo ello con la finalidad última de evitar el desabastecimiento de bienes esenciales a nivel nacional.

La emisión de esta norma permitió la creación del Centro de Logística y Transporte, al cual se le había asignado, entre otras, la función de analizar y autorizar acuerdos de colaboración entre generadores de carga y/o empresas transportistas, lo que mejoraría la cadena de distribución de los productos y alimentos de primera necesidad en Colombia (Esguerra Asesores Jurídicos, 2020).

2.3 México

De manera similar a los casos anteriores, la ley de competencia mexicana, Ley Federal de Competen-

1 Decreto 482 del 2020 (Gobierno Nacional). Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica. 26 de marzo de 2020. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=110958

cia Económica, prohíbe la realización de prácticas monopólicas absolutas, tales como la fijación de precios, división de mercado, manipulación de la oferta o demanda, la colusión en licitaciones públicas o el intercambio de información que tenga como objeto alguna de las conductas anteriores.

La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) se ha pronunciado explícitamente respecto de la aplicación de la Ley Federal en el contexto de la emergencia sanitaria, señalando que los acuerdos de colaboración no serán perseguidos en tanto estos sean necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger cadenas de suministro, evitar la escasez o acaparamiento de mercancías, que no tengan como finalidad el desplazamiento de sus competidores. Ello, no obstante, no es impedimento para que la COFECE continúe con el análisis de concentraciones que tengan como fin la producción de sinergias y mejorar la capacidad de producción de las empresas[2].

Como se puede apreciar, la autoridad de competencia mexicana se pronunció de manera clara respecto de la necesidad de implementar acuerdos de cooperación entre competidores siempre que se alineen con sus directrices y que no incurran en una prohibición absoluta, las cuales siguen siendo perseguidas.

Debido a los nuevos retos que introdujo la pandemia, la COFECE emitió, mediante el Acuerdo No. CFCE-296-2020, la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos, la cual supuso una actualización de su anterior versión del 2015. El objetivo de la guía es establecer predictibilidad respecto de los criterios que utiliza la Comisión al momento de evaluar las comunicaciones entre competidores, de forma que los agentes económicos se encuentren en la capacidad de evaluar sus acciones y evalúen los riesgos que estas implican.

La guía reconoce que el intercambio de información puede tener efectos positivos y es necesario en determinados contextos, por lo que también sirve como herramienta para que las empresas puedan determinar con relativa certeza sobre las informaciones que, atendiendo a su caso particular, podrían ser intercambiadas con el fin de obtener ciertas ventajas competitivas que serían evaluadas como legítimas y dentro del marco legal.

Así como en Chile, en México también se determinó que era una necesidad el poder regular o brindar criterios respecto a los acuerdos de colaboración, razón por la cual la COFECE propuso la elaboración de una Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores, una iniciativa a nuestro criterio bastante positiva. De hecho, inclusive se llegó a emitir el anteproyecto de dicha guía, siendo un instrumento innovador, y que les permitiría a los agentes en el mercado estimar si un acuerdo se enmarcaría o no en lo que la Ley Federal entiende como una concertación ilícita; sin embargo, la mencionada propuesta no ha sido aprobada hasta la fecha.

2.4 Estados Unidos de Norteamérica

No cabe duda de que en la experiencia norteamericana la *Sherman Act*, publicada en 1890, ha constituido el antecedente más importante en lo que al derecho *antitrust* se refiere.

La Sección 1 de dicha ley establece la prohibición de acuerdos o conductas coordinadas, sean estas expresas o tácitas, de empresas que irrazonablemente restrinjan el comercio y la competencia. A partir de dicha consideración, la jurisprudencia ha ido consolidando el posicionamiento de los estándares de la *per se illegality* y de la *rule of reason,* es decir, los equivalentes a los estándares de prohibición absoluta y relativa que son recogidos en nuestro ordenamiento. De esta manera, la evolución del derecho *antitrust* en Estados Unidos ha sido más que evidente y se ha mantenido constante con el pasar de los años.

Sin embargo, la realidad es que, al menos hasta recién entrado el siglo XXI, había una inexistencia de estándares claros para la evaluación de los acuerdos de colaboración entre competidores, ya que existían dudas razonables sobre cuál era la forma de examinarlos. Al respecto, esta situación ya había sido detectada por Gundlach y Mohr cuando trataron de establecer un marco de referencia legal para un mejorar los análisis de las cortes:

> La opinión de que la colaboración suele producirse a través de cárteles o *joint ventures* ha generado confusión sobre su estatus legal y el

2 Comisión Federal de Competencia Económica (2020). Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria. https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

> modo de análisis adecuado para evaluar las formas "intermedias" de colaboración (es decir, ni cártel ni *joint venture*). Las recientes decisiones del Tribunal Supremo indican un sistema judicial incierto en cuanto al método adecuado. Los modelos de aplicación utilizados por el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission* reflejan opiniones divergentes en cuanto a la colaboración y las preferencias políticas.
>
> La incertidumbre respecto a la colaboración ha hecho que la legislación antimonopolio pase de las normas claras del pasado "a una zona gris en la que es posible que un caso que un caso salga de una manera u otra". La confusión aumenta los costes para las empresas que contemplan la colaboración y puede disuadir de los acuerdos competitivamente beneficiosos. (1992, p.101)

A fin de responder a dichas críticas, uno de los hitos más significativos en el desarrollo del análisis de los acuerdos de colaboración es la emisión de los *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*[3], publicado en el año 2000 por la *Federal Trade Commission* y el *Department of Justice.* Este documento reconoce que los acuerdos entre competidores muchas veces son necesarios y que las colaboraciones que derivan que dichas convenciones pueden ser muy complejas y manifestarse de una gran variedad de formas, pero que, sin embargo, pueden conllevar a lograr ciertas metas como la expansión de las empresas a mercados extranjeros, realizar esfuerzos de innovación y reducir sus costos de producción.

De esta manera, las empresas cuentan con un marco de referencia flexible pero funcional que les permite evaluar si la colaboración que están llevando a cabo con otro competidor puede ser cuestionada por las agencias de competencia.

Partiendo del uso de la *rule of reason* en todos los casos en los que no sea evidente que el acuerdo va a dañar a la competencia (tales como la fijación de precios, establecimiento de posturas en licitaciones, división de mercado, entre otros), la Guía brinda una serie de criterios para poder identificar las eficiencias de dichas conductas. Entre estos criterios se encuentran, por ejemplo:

a) Identificar la naturaleza del acuerdo

b) Mercados relevantes potencialmente afectados por la colaboración

c) Distribución de cuotas y concentración en el mercado

d) Factores relevantes para la capacidad e incentivo de los participantes de la colaboración para competir

e) Barreras de entrada

f) Beneficios procompetitivos del acuerdo

g) Efecto competitivo global

Al final, contar con criterios claros les ha brindado seguridad jurídica tanto a los consumidores como a los agentes económicos, ya que, en palabras de Cohen y Zanfagna a propósito de la recién emitida guía señalaron lo siguiente:

> El marco de referencia se construye en torno al concepto de acuerdo relevante que le dan a las Directrices un alcance suficientemente amplio para analizar las alianzas estratégicas actuales y permite un análisis sustantivo lo suficientemente centrado como para analizar estas colaboraciones acuerdo por acuerdo (…) El análisis de la regla de la razón es flexible, ya que a veces permite una exculpación rápida del acuerdo, y a veces requiere un examen más minucioso (…) Estos aspectos clave del análisis son la contribución principales de las Directrices sobre la colaboración de los competidores, el bosque entre los árboles. (2000, p. 217)

2.5 Experiencia comunitaria europea

Las normas comunes sobre competencia se rigen por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La disposición más relevante es el artículo 101, siendo que en su apartado 1 se proscribe que:

> Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (…).

El apartado 2 de esta norma dispone que los acuerdos o decisiones que derivan de un acuerdo tal como son descritas en el apartado 1 son nulas de pleno derecho, mientras que el apartado 3 estable-

3 Federal Trade Comission & Department of Justice. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors.* https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

ce que la prohibición será inaplicable si es que con la realización de dichas conductas descritas se contribuye a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, teniendo que cumplir con los requisitos que dicho apartado impone. Caso contrario, las conductas serán nulas de pleno derecho.

De esta forma, se puede apreciar que la Unión Europea entiende que existen determinadas circunstancias en la que los acuerdos entre empresas o asociaciones de empresas podrían encontrarse justificadas si con ello se producen una serie de beneficios que se trasladen a los consumidores. De hecho, en coherencia con dicha regulación, mediante la Comunicación 2011/C 11/01 (Comunicación 11/01) – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión Europea ha establecido su postura sobre este tópico:

> Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación. (2011, p.4)

Mediante estas directrices, la Unión Europea establece un marco teórico y práctico para que las empresas puedan evaluar la compatibilidad de sus decisiones con el artículo 101 TFUE. En particular, establece que la carga de la prueba de demostrar las eficiencias que el acuerdo de cooperación puede desplegar recae en las empresas que invoquen dicha disposición. Es decir, los argumentos fácticos y medios probatorios que sean presentados deben estar lo suficientemente sustentados como para generar en la Comisión la convicción suficiente de que el acuerdo alegado puede producir eficiencias específicas que son favorables a la competencia (2011).

Es preciso mencionar también que otra de las virtudes de la legislación comunitaria europea es la producción de los llamados Reglamentos de Exención, los cuales presumen que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios pueden generar eficiencias importantes para los acuerdos de cooperación. En ese sentido, a la fecha se cuenta con un Reglamento de Exención para los acuerdos de investigación y desarrollo[4] y para los acuerdos de especialización.

De todas maneras, la Comisión no excluye que dichas eficiencias puedan darse en otros tipos de acuerdos de cooperación horizontal, por lo que afirmó lo siguiente:

> [E]l análisis de las eficiencias de un acuerdo individual de conformidad con el artículo 101, apartado 3, trata en gran parte de identificar los conocimientos técnicos y los activos complementarios que cada una de las partes aporta al acuerdo y de evaluar si las eficiencias resultantes son tales que se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3 (2011, p.12).

3. Acuerdos lícitos entre competidores en la legislación peruana

La normativa de libre competencia en el Perú es encabezada por el Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante LRCA).

Las conductas que describimos en el primer apartado como las más perniciosas para la competencia son las descritas en el artículo 11.2 de la referida norma. Todo aquel acuerdo que tenga por objeto una fijación de precios, compartimentación del mercado, restricción del nivel de producción o cualquier clase de coordinación de posturas o abstenciones en procesos de licitaciones será considerado ilícito. Estos acuerdos son conocidos como *hardcore cartels* o "acuerdos desnudos", ya que no tienen ninguna otra motivación más que abandonar el proceso competitivo con el fin de adquirir beneficios artificialmente obtenidos por medios distintos a una mayor competitividad. Como lo hace explícito la misma norma, estas constituyen prohibiciones absolutas, lo que implica que no tienen justificación posible.

Dicha falta de justificación se debe a que el artículo 8 contempla la regla de prohibición absoluta o "regla per se", que es un estándar de prueba que la ley ha contemplado en el que tan solo la verificación de la conducta es suficiente para que dicho comportamiento sea declarado ilegal y amerite una sanción.

4 Diario Oficial de la Unión Europea. *Reglamento relativo a la aplicación* del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Reglamento (UE) N° 1217/2010 de la Comisión de 14 de diciembre 2010. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1217&from=ES

En contraposición, el artículo 9 introduce a la prohibición relativa o "regla de la razón", el cual ya no solo requiere de la ocurrencia de la conducta, sino que además se le exige a la autoridad de competencia que verifique si dicha conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de las competidores. Dicha prohibición se traduce en el deber de realizar un balance entre los beneficios y perjuicios de un comportamiento que, a primera vista, podría ser anticompetitivo.

Las conductas que nuestra LRCA contempla y que deben ser evaluadas bajo ese régimen son, por un lado, el abuso de posición de dominio (artículo 10) y las prácticas colusorias verticales (artículo 12). No obstante, hay un tercer grupo al que no se le suele prestar tanta atención y que generalmente se olvida que también se encuentra sujeto a dicha evaluación, que, a tenor textual del artículo 11.3 de la ley, son las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2. Estos son los que nos importan para efectos del presente artículo: los acuerdos de cooperación entre competidores.

De hecho, la mencionada disposición de la LRCA complementa la sección donde se enuncian las prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta, ya que el mismo artículo 11.2 consigna que "constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos" (2008).

Acá se pueden establecer dos distinciones. La primera, es la diferencia entre las prácticas inter marca e intra marca, de lo cual no nos ocuparemos en el presente trabajo, ya que los acuerdos de cooperación entre competidores suponen la preexistencia de una competencia inter marca. La distinción importante es la segunda, que separa a los acuerdos complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, de los que no lo son. En ese sentido, los acuerdos que no sean complementarios o accesorios a otro lícito serán los pasibles de ser sancionados bajo la regla per se, mientras que los que sí son complementarios o accesorios se evaluarán bajo la regla de la razón.

Esta interpretación no es para nada nueva, sobre todo si consideramos que un primer acercamiento a tal postura ya se tuvo desde que se encontraba vigente la anterior norma de competencia, el Decreto Legislativo N° 701. Nos referimos al precedente de observancia obligatoria que quedó establecido con la Resolución N° 206-97-TDC, conocido como el caso CIVA vs. Mariscal Cáceres, en donde se estableció lo siguiente:

> (…) Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.
>
> Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración, así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:
>
> i) Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
>
> ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
>
> iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia[5].

Este precedente es de gran importancia, ya que resaltaba la posibilidad de la existencia de acuerdos

5 Caso *Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres* S.A. Resolución Nº 206-97-TDC de fecha 13 de agosto de 1997. http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/articulos/2005/3/1-64/Re206-1997.pdf

complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, permitiendo su legalidad de cumplir con los requisitos que se consignan. Lamentablemente, la Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI se apartaría notablemente de los criterios planteados en el precedente bajo comentario en los términos siguientes:

> De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia –producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas– o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
>
> En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.
>
> La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan[6].

Este precedente establece un grado de permisibilidad menor en lo que refiere a los acuerdos de cooperación, haciéndolos ver como casos sumamente excepcionales, elevando de esta manera el estándar probatorio que se tiene para los mismos de manera injustificada (Sotomayor, 2015) y que desincentiva fuertemente la generación de acuerdos de colaboración entre agentes económicos competidores que tienen la potencialidad de ser muy beneficiosos.

A pesar de esta circunstancia, la evolución en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, así como los desafíos que ha traído la pandemia del COVID-19, le han terminado dando parcialmente la razón al precedente del caso CIVA vs Mariscal Cáceres, ya que nuestro contexto ha puesto de manifiesto la necesidad de realizar estos acuerdos, reconociendo sus beneficios para el mercado y los consumidores, por lo que incluso deberían ser promovidos siempre que se cuente con criterios claros y objetivos para su análisis, cuestión que trataremos de delinear en las siguientes páginas.

Para ello, consideramos que, sin perjuicio de la eventual publicación de lineamientos o una Guía por parte de la Autoridad, debería aplicarse un esquema sencillo pero eficiente, que consiste en dos pasos y nos permitiría determinar la legalidad de los acuerdos de cooperación entre empresas competidoras:

i) En un primer nivel, identificar si nos encontramos frente a un acuerdo principal o uno accesorio o complementario a un acuerdo lícito.

ii) En un segundo nivel, si comprobamos que nos encontramos ante un acuerdo accesorio o complementario a otro, realizar un análisis de las eficiencias derivadas de dicho acuerdo.

3.1 Primer Nivel: ¿Acuerdos principales o complementarios?

Para determinar si es que nos encontramos ante acuerdos principales o complementarios necesitamos recurrir a la doctrina de las *ancillary restraints,* desarrollada mayormente en el seno de la Unión Europea.

Las restricciones accesorias han sido continuamente interpretadas por la Comisión de la Unión Europea, por ejemplo, en la Comunicación 101 del 27 de abril del 2004 a propósito del artículo 81 TFUE (que actualmente corresponde al artículo 101 TFUE) en donde se plantea que:

6 Caso *Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) vs Comisión.* Resolución Nª 224-2003/TDC-INDECOPI de fecha 16 de junio de 2003. https://indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/ResolucionN0224-2003-TDC.pdf/550b1339-4fdf-408c-8fd3-1ea02df58238

> En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma (…). Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18(2). Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca.
>
> La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma. (2004, p. 103)

Los criterios de la Comunidad Europea nos dan luces respecto a que, para lograr distinguir entre un acuerdo principal y uno complementario o accesorio, es necesario identificar si es que existe de por medio una **subordinación**, la cual se encuentra determinada por un criterio de necesidad. Esta necesidad, se debe evaluar desde la óptica de que el acuerdo, al pertenecer a otro más grande, permite que este último pueda desplegar todos los efectos que se pretenden de la forma más eficiente posible. Cabe resaltar que aún no estamos evaluando si es que con la ejecución del acuerdo se producen más efectos positivos o negativos, sino únicamente si este acuerdo subordinado permite gatillar objetivamente todos los efectos que las partes buscan con la operación principal.

Al elemento de la subordinación se le debería de sumar la condición de **colateralidad**. Esta condición implica que el acuerdo accesorio no forme parte del cuerpo del acuerdo principal, sino que debe encargarse de establecer limitaciones razonables a la actuación de los participantes del acuerdo fuera de este para que la colaboración resulte eficiente para las partes. Estas prohibiciones no serían parte del cuerpo del acuerdo como tal, sino que es una restricción colateral a la operación comercial (Sotomayor, 2015).

En ese sentido, para poder diferenciar efectivamente entre un acuerdo principal y uno accesorio, habría que realizar este "test de accesoriedad" que, siguiendo a Miguel Sotomayor-Flores, requiere de la conjunción tanto de la condición de colateralidad como del elemento de la subordinación.

Así, si el test de accesoriedad nos da como resultado que un acuerdo convenido entre dos agentes competidores en el mercado es accesorio por encontrarse subordinado a otro principal y las limitaciones que establece son restricciones colaterales, entonces estaríamos ante un acuerdo complementario o accesorio a otro acuerdo principal que es lícito. De encontrarnos en dicho escenario, entonces nos desprenderíamos de cualquier vinculación con una práctica colusoria horizontal sujeta a una prohibición absoluta tal como lo establece el artículo 11.2 de la LRCA, por lo que a conclusión a la que arribaríamos sería que estamos efectivamente ante el supuesto contemplado en el 11.3 de la misma norma.

De ser el caso, como comentamos anteriormente, este acuerdo estaría sujeto a la regla de la razón por pertenecer al estándar de prueba de prohibición relativa, en donde se tiene que realizar una ponderación de los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la conducta. Este examen constituiría un "análisis de eficiencias", razón por la que propondremos algunos criterios que pueden ser útiles para determinar los beneficios de estos acuerdos de colaboración.

3.2 Segundo Nivel: Análisis de las eficiencias del Acuerdo

A continuación, presentamos cuatro criterios que sugerimos para evaluar si un acuerdo de cooperación genera en su balance más efectos procompetitivos o no.

Evidentemente, todos los criterios mencionados parten de la premisa de una previa identificación del mercado involucrado en el que el acuerdo de cooperación despliega sus efectos, ya que esta es una condición necesaria para que se puedan cuantificar los beneficios, perjuicios y riesgos a la competencia que se podrían generar. Evaluar la producción de eficiencias en abstracto no resulta funcional si es que no tenemos una clara idea de a

qué consumidores se les está beneficiando/perjudicando con ello.

a) Eficiencias de producción que sean medibles

Para llevar a cabo un acuerdo de cooperación entre dos empresas competidoras, se requiere de la producción de beneficios, ya que de lo contrario el mismo carecería de sentido. Por ello, el primer elemento es verificar la generación de eficiencias de producción que puedan ser objetivamente medidas y apreciables, tales como un ahorro en los costos de producción, mayor velocidad en el proceso de producción de determinados bienes, etc.

Incluso si es que un acuerdo de cooperación a simple vista puede implicar algunas restricciones que le son consustanciales para poder alcanzar la finalidad perseguida por el acuerdo principal, al final lo que importa es la ponderación entre las eficiencias y los perjuicios que se generan. Se tiene que tener en cuenta que, en ciertos escenarios, es perfectamente posible que el aumento en la concentración del mercado disminuya los precios, ya que la mayor cuota de mercado coadyuva a la generación de eficiencias productivas que superan y compensan los riesgos del mayor poder de mercado.

Por ejemplo, en el caso de los acuerdos de compras conjuntas, estos suelen suponer una serie de eficiencias derivados de economías de escala o a nivel del alcance que permiten reducir los costos de transporte o en el personal que realiza las compras, reducción en los costos de transacción, les permite acceder a descuentos por compras en volumen, etc. De hecho, incluso esa mayor concentración les permite a los compradores competir más fuertemente en el que el mercado de los vendedores se encuentre altamente concentrado, ya que les brinda una mayor capacidad de negociación (Bullard, 2002). En este caso, podemos apreciar que la medición de las eficiencias de producción puede ser tanto en lo que refiere a costos, que usualmente pueden calcularse en términos monetarios, pero también en capacidad de negociación y posicionamiento en el mercado.

El propósito del acuerdo de colaboración entre los mismos es hacer a las partes mejores competidores. Mejor aún si luego del acuerdo aún queda una competencia significativa en el mercado contra la cual las empresas van a competir, ya que ello es un indicador de que las firmas buscan ser más eficientes en el mercado. Si bien en tales convenios puede haber acuerdos que restrinjan la competencia entre las firmas participantes, tales como un convenio de exclusividad en un alcance geográfico y temporal determinado, estas pueden ser necesarias para que la colaboración funcione (Craig, 1998).

b) Traslado al consumidor de dichas eficiencias

Uno de los elementos más importantes dentro de un acuerdo de colaboración es que, para poder decir que se han generado efectos procompetitivos es necesario que las eficiencias que benefician a las partes del acuerdo puedan ser internalizadas por los consumidores.

Dichas eficiencias deberían traducirse en beneficios tales como una mayor innovación y tecnología en los productos, mejora en la calidad de los bienes y servicios adquiridos por los consumidores, reducción de los precios, nuevas modalidades de compra y adquisición que dinamicen el mercado, etc. Por ejemplo, una colaboración podría forzar a que otras empresas ofrezcan bienes y servicios más baratos y que son mejor valorados por los consumidores, o que estos productos se comercialicen más rápidamente de lo que sería posible en un escenario sin dicho acuerdo[7].

Partiendo de dichas consideraciones, entonces podíamos apreciar que nos encontrábamos ante un acuerdo legal en la medida que permitía la proyección de eficiencias procompetitivas de las que disfrutarían los usuarios.

Por ello, en la medida de que existan beneficios que puedan mejorar el *statu quo* de los consumidores respecto a cómo se encontraban antes de que las firmas cooperaran, estaremos frente a un argumento que podría validar la legalidad de un acuerdo de cooperación.

c) No generación de barreras de ingreso al mercado

Si bien es evidente que un acuerdo de cooperación puede aumentar la participación en el mercado de los participantes involucrados, ello no debe generar barreras de ingreso al mercado.

Esto es importante en la medida que la facilidad de entrada al mercado puede disuadir o impedir que

7 Federal Trade Comission & Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, pp. 23. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

se mantengan los precios por encima de los niveles competitivos, así como prevenir que se mantenga la producción, calidad o servicio de los productos por debajo del nivel competitivo que existiría si es que dicho acuerdo no existiera[8].

d) Duración del acuerdo

Un elemento importante resulta la duración en la que el acuerdo accesorio o complementario tiene lugar. A mayor tiempo de duración del acuerdo, más riesgos existen para la competencia. En contrapartida, si es que el acuerdo resulta tener una duración determinada y "razonable", entonces probablemente los efectos sobre la competencia no vayan a ser significativos.

Ello se debe principalmente a dos causas. En primer lugar, porque si un acuerdo dura más de lo que en principio necesita para ser efectivo y se prolonga excesivamente, ello genera fuertes incentivos a las empresas parte para que dejen de competir, ya que se sienten cómodas en una situación en donde son más eficientes y no tienen que afrontar los riesgos intrínsecos del proceso competitivo. La segunda razón es que, si el acuerdo es por un plazo corto, entonces es razonable pensar que, en la generalidad de los casos, esto se realiza porque los beneficios que esperan obtenerse producto del acuerdo superan a los potenciales impactos anticompetitivos del acuerdo.

No obstante, tampoco se puede esperar que estos acuerdos cesen de un día para otro. Si es que un nuevo competidor busca incursionar en un nuevo mercado o ampliar su gama de negocios, probablemente opte por un acuerdo de colaboración de tipo *joint venture* o I+D. Si es que no se permite que el acuerdo produzca adecuadamente sus efectos en el tiempo, entonces los agentes económicos pierden el valor de lo invertido, lo que generaría dificultades para que dichas empresas se mantengan en el mercado.

En ese sentido, uno debe preguntarse si el plazo del acuerdo es razonable para hacer que el negocio de que se trate sea viable. Si el plazo es desproporcionado en función del objeto que se busca realizar, probablemente dicho acuerdo esté ocultando algún acuerdo injustificadamente restrictivo para la competencia. Si, por otro lado, dicho acuerdo es el necesario para alcanzar que los beneficios esperados se produzcan, entonces probablemente nos encontraremos ante un acuerdo de colaboración perfectamente lícito.

Siguiendo a los criterios comparados, un plazo razonable podría ser de 3 años, aunque obviamente ello puede variar ligeramente en función al tipo de negocio y acuerdo que esté bajo examen. En función a ello, si es que el acuerdo tiene una duración igual o menor a los 3 años, y salvo que existan riesgos claramente evidentes que indiquen lo contrario, el análisis debería relajarse en función a que nos encontraremos con un acuerdo que se encuentra amparado en las disposiciones de la LRCA, y que es consistente con los objetivos de la libre competencia.

4. Conclusión

Los acuerdos entre competidores razonablemente despiertan las alarmas de cualquier agencia de competencia, ya que los daños que le pueden causar al proceso competitivo en general, y a los agentes económicos y consumidores en particular, pueden llegar a ser bastante dañinas. Sin embargo, si es que de la evaluación de un acuerdo llegamos a la conclusión de que no lo debemos juzgar bajo los lentes de la regla per se, sino bajo la regla de la razón, entonces corresponde dar un paso hacia atrás y ponernos a pensar en cualquier son los efectos que dichos acuerdos tienen en el mercado.

Especialmente en contextos graves como la pandemia o una recesión económica, es importante preocuparnos por el comportamiento de las empresas; no obstante, incluso fuera de estas circunstancias, los acuerdos de colaboración entre competidores pueden resultar siendo sumamente útiles para la competencia, por lo que no solo deberían ser aceptados, sino incluso promovidos por Indecopi o cualquier entidad que vele por la libre competencia.

Sin embargo, ello no implica quitarle importancia al tema, sino precisamente todo lo contrario, es decir, se debe optar por observar con una mirada crítica estas conductas y evaluar qué tanto nos pueden beneficiar o perjudicar. Por ello, el objetivo de este artículo ha sido brindar brevemente una serie de criterios que, ante la aún gran sensación de falta de predictibilidad sobre la consideración de estos con-

8 Federal Trade Comission & Department of Justice. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors,* pp. 222. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

venios, pueden ser útiles para tener determinar la legalidad de estos acuerdos y, gracias a ello, que los agentes económicos y consumidores cuenten con una herramienta adicional que les brinde seguridad jurídica en la toma de decisiones.

Referencias bibliográficas

Arboleda, C. (2014). El régimen de los acuerdos de colaboración entre competidores. *Revista Derecho Competencia, vol. 10* (10), pp. 283-323. https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/6-el-regimen-de-los-acuerdos.pdf

Bullard González, A., & Falla Jara, A. (2002). "La mujer del César" ¿Son los acuerdos de compras conjuntas ilegales según las normas de Libre Competencia?. *IUS ET VERITAS*, *13*(25), 190-203. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16207

Cohen, W. & Zanfagna, G. (2000). "Inside the Competitor Collaboration Guidelines: The Forest Among the Trees". *University of Chicago Legal Forum, vol. 2000* (1). https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1287&context=uclf

Commerce Comission New Zealand (2018). Competitor Collaboration Guidelines. https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0036/89856/Competitor-Collaboration-guidelines.pdf

Comisión Federal de Competencia Económica (2020). Anteproyecto de la Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores.

Comisión Federal de Competencia Económica (2020). Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos. https://www.cofece.mx/guia-para-el-intercambio-de-informacion-entre-agentes-economicos/

Comisión Federal de Competencia Económica (2020). Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria. https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

Congreso del Perú (1991). Decreto Legislativo N° 701, Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República del Perú, 07 de noviembre.

Congreso del Perú (2008). Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República del Perú, 25 de junio.

Craig, C. (1998). *Capítulo 3: Acuerdos horizontales. Acuerdos entre competidores diferentes a los Acuerdos tipo Cártel.* En Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en transición.

Decreto 482 del 2020 (Gobierno Nacional). Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica. 26 de marzo de 2020. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=110958 Diario Oficial de la Unión Europea. *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología.* Comunicación 101 del 27 de abril de 2004. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2004:101:FULL&from=ET

Diario Oficial de la Unión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal.* Comunicación 11 del 14 de enero de 2011. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:ES:PDF

Diario Oficial de la Unión Europea. *Reglamento relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.* Reglamento (UE) N° 1217/2010 de la Comisión de 14 de diciembre 2010. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1217&from=ES

Diario Oficial de la Unión Europea. *Reglamento relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización.* Reglamento (UE) N° 1218/2010 de la Comisión de 14 de diciembre 2010. https://www.boe.es/doue/2010/335/L00043-00047.pdf

Esguerra Asesores Jurídicos (2020). *Boletín Informativo Las excepciones a la aplicación del derecho de la competencia: Opciones para la colaboración entre agentes económicos. Alternativas jurídicas para enfrentar la crisis causada por el COVID-19. https://centrocedec.files.*

wordpress.com/2020/04/esguerra_boleticc81n_excepciones_d_competencia.pdf

Fiscalía Nacional Económica- FNE, Cuenta Pública Participativa (2019). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/discurso_cuenta_publi-ca_2018.pdf

Grunberg, J. & Montt, S. (2010). "Informe en Derecho: Prueba de la Colusión". *Centro de Regulación y Competencia.* Universidad de Chile. http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:bd40f622-274b-481c-af33-20303a1cb515/3.pdf

Gundlach, G. & Mohr, J. (1992). *Collaborative Relationships: Legal Limits and Antitrust Considerations.* Journal of Public Policy & Marketing, *vol. 11* (2), pp. 101-114. https://www.unf.edu/~ggundlac/pdfs/pub_46.pdf

Indecopi (1997). Resolución N° 206-97-TDC, Caso *Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres* S.A., de fecha 13 de agosto. https://www.indecopi.gob.pe/es/web/intranet/actividad-reciente-del-sitio-lrt?p_p_id=110&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_110_struts_action=%2Fdocument_library_display%2Fview_file_entry&_110_redirect=https%3A%2F%2Fwww.indecopi.gob.pe%2Fes%2Fweb%2Fintranet%2Factividad-reciente-del-sitio-lrt%3Fp_p_id%3D110%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_110_struts_action%3D%252Fdocument_library_display%252Fview%26_110_folderId%3D595566&_110_fileEntryId=595639

Indecopi (2003). Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI, Caso *Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) vs Comisión,* de fecha 16 de junio de 2003. https://indecopi.gob.pe/documents/20182/168301/ResolucionN0224-2003-TDC.pdf/550b1339-4fdf-408c-8fd3-1ea02df58238

Institute of Medicine (1999). *Collaboration Among Competing Managed Care Organizations for Quality Improvement.* Washington, DC: The National Academies Press. https://doi.org/10.17226/6417

International Competition Network (2020). *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic.* https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19S-tatement-April2020.pdf

Kaiser, H. (2009). *A primer in Antitrust Law and Policy.* https://www.law.berkeley.edu/php-programs/courses/fileDL.php?fID=381

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2020). *OECD competition policy responses to COVID-19.* https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19

Resolución 4851 de 2013 (Superintendencia de Industria y Comercio). Po la cual se ordena el cierre de una actuación administrativa. 15 de febrero de 2013. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_4851_DE_15_DE_FEBRERO_DE_2013_CIERRE_DISTRIBUIDORAS_AXA.pdf

Resolución 20490 de 2020 (Superintendencia de Industria y Comercio). Por la cual se fijan criterios que facilitan el cumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Dec2reto 417 de 2020. 11 de mayo de 2020. https://www.andi.com.co//Uploads/RESOLUCIO%CC%81N%2020490%20de%202020%20(1).pdf

Sotomayor, M. (2015). *Héroes y villanos: Los acuerdos de colaboración empresarial y su incidencia sobre la libre competencia* (Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura). Repositorio institucional de la Universidad de Piura. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2258/DER_030.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Superintendencia de Industria y Comercio (2015). *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores.* https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

Toro L., Viertel, M. & Ureta, G. (2020). *Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno.* Centro Competencia (CeCo). https://centrocompetencia.com/los-acuerdos-licitos-entre-

competidores-y-su-falta-de-regulacion-bajo-el-ordenamiento-juridico-chileno/

Unión Europea (2010). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea. Roma: 30 de enero.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – TLDC (2018). *Resolución 54/2018. Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG. sobre Operación de Concentración Latam Group American Airlines Inc. y Otras, Rol NC 424-2016.*

Zain, S. (2006). *Suppresion of innovation or collaborative efficiencies?: An antitrust analysis of research and development collaboration that led to the sehelving of a promising drug.* J. Marshall Review Intellectual Property Law, *volumen 5*. https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1099&context=ripl

Fundamentos de la intervención estatal en materia de competencia, consumidor, propiedad intelectual y datos personales

— Alejandro Alterwain* —

Resumen

El autor analiza los fundamentos que habilitan al Estado a diseñar y aplicar ciertas regulaciones, particularmente la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, la propiedad intelectual y la protección de datos personales. El autor pasa revista de las fallas de mercado que justifican la intervención estatal a través de dichas regulaciones. El autor procura demostrar la conveniencia de usar las fallas de mercado para determinar el alcance objetivo de cada una de dichas regulaciones y la jurisdicción de las agencias estatales con competencia en ellas. El autor finaliza el estudio con conclusiones y algunas sugerencias para la determinación de la ley y jurisdicción para el caso que preliminarmente se identificara que la alegada infracción procura explotar más de una falla de mercado.

Palabras clave

Fallas de mercado, poder de mercado, competencia, antitrust, consumidor, propiedad intelectual, privacidad, protección de datos

Abstract

The author analyzes the foundations that enable the State to design and enforce certain regulations, particularly the competition law, consumer protection, intellectual property and the protection of personal data. The author reviews the market failures that justify state intervention through such regulations. The author seeks to show the convenience of using market failures for the determination of the objective scope of each of said regulations and the jurisdiction of the state agencies with competence in same. The author ends the study with conclusions and some suggestions for the determination of the law and jurisdiction for the case that it is preliminarily identified that the alleged infraction seeks to exploit more than one market failure.

Keywords

Market failure, market power, competition, antitrust, consumer, intellectual property, privacy, data protection

* Dirige las áreas de práctica de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de FERRERE, Uruguay. Abogado por la Universidad de la República (Uruguay). Magister en Derecho (LL.M) por la Universidad de Columbia (Estados Unidos).

1. Introducción

El objeto de este artículo es estudiar los fundamentos económicos o de otro tipo de ciertas intervenciones estatales en los mercados.

Los Estados afectan las condiciones de competencia a través de una diversidad de acciones, por lo que focalizaremos este trabajo en el análisis de los fundamentos de la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, la propiedad intelectual y el derecho de la privacidad o protección de datos personales.[1]

Para realizar dicha tarea nos fundamentaremos en la figura de la "falla de mercado" como justificativo de cualquier intervención pública en los mercados.

Comenzaremos nuestro estudio con el análisis de la defensa de la competencia y su interrelación con el concepto de poder de mercado, lo que será central en este artículo.

En forma seguida, examinaremos otras regulaciones, como son la defensa del consumidor, la propiedad intelectual e inclusive el derecho de la privacidad o protección de datos personales (regulación de naturaleza no económica, como veremos), para así analizar las clases de fallas de mercado (u otras cuestiones) que cada una de dichas regulaciones procura corregir.

Finalmente, presentaremos ciertas conclusiones y sugerencias para la determinación de la ley y jurisdicción aplicable ante conductas que procuran explotar múltiples fallas de mercado.

2. Intervenciones estatales en los mercados

Los gobiernos (o más generalmente, los Estados) afectan las economías de mercado y sus condiciones de competencia a través de una infinidad de acciones; de diversa naturaleza, las que en adelante denominaremos "intervenciones".

La economía de mercado, cabe recordar, es el sistema económico que se rige por la ley de la oferta y la demanda –no así por un dirigismo público– y en el que rige el *principio de libre competencia*.

Dicho principio se deriva del de libertad de empresa y puede definirse como el derecho de toda persona a participar de una economía de mercado, ya sea como oferente o adquirente de bienes o servicios, sin interferencia, distorsión o intervención injustificada alguna en el mercado (sea de particulares o del Estado) y así en el desarrollo de su actividad económica.

A través de sus intervenciones, el Estado puede afectar negativamente el principio de libre competencia, como también dotarlo de mayor plenitud. Por ende, mientras algunas intervenciones pueden constituir verdaderas interferencias con la libre competencia, en otros casos el Estado interviene para facilitar el desarrollo de nuevos mercados.

La primera faceta de la intervención estatal en la libre competencia se vincula con la función estatal de garante de derechos individuales. El Estado debe propiciar un marco general de libertad, igualdad, seguridad y de respeto por la propiedad privada. Debe garantizar las relaciones de intercambio, así como las libertades públicas, como la circulación, expresión, educación, asociación, etc. (Laguna de Paz, 2016). Más aún, el Estado debe garantizar la libertad de contratación y de formación de precios, así como la libertad de acceso y salida de los mercados. Se requiere también que el Estado conceda seguridad jurídica a las inversiones y en general a las actividades económicas, además de desarrollar una política monetaria estable y predecible (Pascual y Vicente, 2013).

El Estado también interviene en los mercados cuando desarrolla tareas de planificación económica, cuando fija impuestos, el salario mínimo a los trabajadores, entre otros; y, cuando fija las reglas aplicables a la responsabilidad civil, al derecho contractual y a los procesos de bancarrota.

Por supuesto, el Estado también incide en la economía y en los mercados cuando regula –también cuando omite regular– el ejercicio del poder empresarial en materia política, como las leyes que regulan el *lobby y* el financiamiento de partidos políticos. En definitiva, el Estado es responsable por un mar de actos y hechos que, en mayor o menor medida, inciden en la libre competencia.

En muchos casos, sin embargo, ocurre que el Estado afecta la libre competencia en forma involuntaria o accidental. Por ejemplo, el fin típicamente buscado por un incremento de impuestos es au-

1 No ingresaremos, en esta oportunidad, en el análisis de la regulación económica propiamente dicha (regulación ex - ante), la que puede presentar distintos fundamentos, cuyo estudio excede los límites autoimpuestos para este trabajo.

mentar la recaudación, no así afectar el consumo o el precio final de ciertos productos (aunque puede ser ese el objetivo principal en relación con algunos impuestos, como es el caso de los impuestos pigouvianos).

En otros casos, por el contrario, el Estado planifica intervenir en los mercados. Existe un designio intervencionista cuando monopoliza por ley ciertas actividades económicas, o cuando desarrolla actividad regulatoria, por ejemplo, fijando precios máximos para la venta de ciertos productos. También interviene intencionalmente en los mercados cuando participa en ellos, ya sea en calidad de adquirente u oferente de bienes o servicios. En este último caso, el Estado desarrolla actividad económica, ya sea monopolizada o compitiendo con el sector privado.

Como fuera dicho, en este artículo examinaremos exclusivamente las justificaciones de ciertas intervenciones estatales de tipo regulatorias, utilizando para ello la herramienta económica de la "falla de mercado".

3. Las fallas de mercado como justificación para la intervención en los mercados

Enseña la teoría económica que los mercados se autorregulan gracias a la "mano invisible", según la famosa expresión acuñada por Adam Smith.

Hay situaciones, sin embargo, en que los mercados librados a sus propias fuerzas no proveen resultados socialmente óptimos; imperfecciones que se conocen como –o se deben a ciertas– "fallas de mercado".[2]

Algunas de las causas que generan dichas fallas de mercado son bien conocidas: la existencia de poder de mercado, los bienes públicos, la asimetría de la información, los monopolios naturales y los sesgos cognitivos, es decir, las desviaciones respecto del comportamiento humano racional.

Verificada una falla de mercado, el mercado no funciona adecuadamente (genera ineficiencias en el sentido de Pareto, con lo cual sería posible beneficiar a un sujeto sin perjudicar a otro) o, inclusive, el mercado puede llegar a no existir. En cualquiera de dichos escenarios, hay razones que justifican la intervención en los mercados.

Más aún, la propia expresión "falla de mercado" se vincula habitualmente a la intervención estatal. Así, en un glosario del año 2008, la OCDE define el concepto de falla de mercado como *"un término general que describe situaciones en las que los resultados del mercado no son Pareto eficientes. Las fallas de mercado proveen un racional para la intervención del gobierno"* (p. 323).

Por supuesto, las regulaciones constitucionales y legales no suelen remitirse a las fallas de mercado. Sin embargo, expresiones como las "razones de interés general" (por citar la Constitución uruguaya en sus artículos 7 y 36) son los justificativos habituales para limitar el goce de ciertos derechos fundamentales de corte económico, típicamente la libertad de empresa y la propiedad.

4. La defensa de la competencia

4.1 La defensa de la competencia como intervención estatal

Señalaba Adam Smith, en un pasaje de su obra que, sin perder vigencia, ha sido excesivamente citado, que:

> rara vez se verán juntarse los de una misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión (…) que no concluyan sus juntas y sus conversaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de los artefactos o mercaderías. (1794, p. 223)

Pues bien, la defensa de la competencia combate la tendencia natural de los competidores a eliminar o minimizar los "riesgos" de la competencia, lo que hacen típicamente a través de acuerdos anticompetitivos. Por ende, si bien Adam Smith nunca imaginó un régimen legal de defensa de la competencia, sus palabras resumen el fundamento de dicha disciplina tal cual la conocemos.

2 Debe advertirse que también se ha argumentado que, como por regla los mercados no presentan las condiciones teóricas de la competencia perfecta, según algunos autores las fallas de mercado serían la regla y los mercados que se autorregulan correctamente la excepción, concepción que pondría en tela de juicio toda la construcción acerca de las fallas de mercado como "excepciones" o "imperfecciones". En esta línea, Stiglitz expresa que más que fallas de mercado, debiera hablarse de "fallas de gobierno", que son las que en definitiva determinan el incorrecto funcionamiento de algunos mercados (Stiglitz, 2008).

En un primer acercamiento a la materia, podría pensarse que el rol del Estado cuando ejerce su autoridad en materia de defensa de la competencia debiera ser neutro en materia competitiva, tal como un árbitro de fútbol en un partido bajo su dirección, que no debe favorecer a ninguno de los equipos en la contienda.

Sin embargo, así como el juez de fútbol (o de cualquier otro deporte) difícilmente evite tomar decisiones que afecten el resultado del partido (algunos dirán que el árbitro es un jugador más, pero con un deber de neutralidad), algo similar ocurre en materia *antitrust*.

En este sentido, se ha dicho que la defensa de la competencia es una suerte de "esponja" que absorbe elementos sociales, económicos y políticos locales. Es en razón de dichas características que la defensa de la competencia es incapaz de alcanzar un estado de pureza analítica (Ezrachi, 2017).

A modo de ejemplo, ejercer el derecho de la competencia requiere jerarquizar el control de determinadas distorsiones en los mercados sobre otras (por ejemplo, priorizar el control de concentraciones empresariales en ciertos sectores de la economía respecto de otros) o determinar si para la autorización de una transacción debe priorizarse un aumento en los precios o un avance tecnológico. También implica adherir a una de varias escuelas de pensamiento económico que pueden servir para interpretar una misma situación de hecho.

Esta particularidad del derecho de la competencia, que forma parte de las "políticas de competencia", resulta aun más evidente en aquellos temas sobre los cuales la literatura económica se encuentra fuertemente dividida. Inclusive, no es poco frecuente que una autoridad de competencia cambie de posición en relación con su valoración de ciertas prácticas, con lo cual lo que ayer era ilegal, hoy día no sólo no es ilegal, sino que debe fomentarse.

Siguiendo con la metáfora de la esponja, la "porosidad" de la defensa de la competencia también queda de manifiesto cuando del punto de vista normativo dicha disciplina no persigue uno sino varios objetivos, o cuando su fin último no está claramente establecido en la ley. En cualquiera de estas situaciones, es común encontrar conductas que son convalidadas en una jurisdicción y prohibidas en otra, aun con leyes de competencia sin diferencias sustanciales en sus textos.

Dicho lo anterior, debe aclararse que las características señaladas no implican que el derecho de la competencia sea en todos los casos una disciplina subjetiva y maleable. De hecho, hay ciertos conocimientos económicos –principalmente derivados de la escuela neoclásica de la economía– que brindan un nivel mínimo de certeza y objetividad al derecho antitrust. Ezrachi señala que la Economía provee de una suerte de membrana al derecho de la competencia que limita la capacidad de absorción (que es natural en dicha regulación) y que evita la incorporación de valores inconsistentes con la teoría económica (p. 59).

4.2 Defensa de la competencia y poder de mercado

La disciplina de la defensa de la competencia y el concepto de poder de mercado están estrechamente entrelazados.

Germán Coloma, por ejemplo, define la defensa de la competencia como "*una política pública destinada a remediar las distorsiones, originadas en el ejercicio del poder de mercado, que se producen como consecuencia de la realización de prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas*" (2009, p. 477). En un mismo sentido, Laguna de Paz señala que *"el objeto del Derecho de la Competencia es el ejercicio anticompetitivo del poder de mercado"* (2016, p. 318). Más recientemente, tras analizar la evolución jurisprudencial en los Estados Unidos y de la Unión Europea, Petit afirma que las leyes de competencia en dichas regiones son *"más anti poder de mercado que leyes antitrust"* (2022, p. 65).

Paradójicamente, las autoridades de competencia y los tribunales evitan referirse expresamente al concepto de poder de mercado. Al decir de Petit (2022), se trata de una expresión "tabú" para los tribunales de la Unión Europea.

4.3 ¿Qué es el poder de mercado?

En términos coloquiales, suele decirse que el poder de mercado es la posibilidad de una empresa de no ser "tomadora de precios". Tiene poder de mercado quien fija sus precios con algún grado de libertad respecto de los precios de la competencia o de las preferencias de los consumidores.

Sin embargo, el poder de mercado no es un fenómeno que beneficia a unas pocas empresas. En la medida que los productos de una empresa no son perfectamente intercambiables con los de otras,

dicha empresa goza de algún grado de poder de mercado (Easterbrook, 1984). Por ello, el poder de mercado es, en realidad, una cuestión de grados y se encuentra presente en todo el mercado.

Petit (2022) identifica distintas definiciones técnicas de poder de mercado. En muy breve síntesis y sin ingresar en sus particularidades, dichas definiciones comprenden: (1) la posibilidad de una empresa de extraer renta al comercializar bienes o servicios a algunos clientes y no a todos (asumiendo una curva de demanda descendente), (2) la fijación de precios por sobre el costo de producción (esta es la definición de los autores neoclásicos) y (3) la libertad de una (o varias) empresa(s) de influir deliberadamente en los precios mediante el control de la producción del mercado (es decir, el control sobre la cantidad producida en todo el mercado) y el aprovechamiento de las limitaciones de la oferta (es decir, según aclara el autor, aprovechando ciertas restricciones exógenas a la empresa que previenen la introducción de bienes sustitutos ante la escasez generada por la reducción en la producción).

Ahora bien, la determinación del poder de mercado presenta nuevos desafíos en los llamados "mercados digitales" y genera la interrogante de si hay una nueva modalidad de poder de mercado aplicable a dicho sector de la economía.

Según la OCDE (2022), los mercados digitales se destacan por diversos factores, que incluyen la presencia de plataformas de dos lados; fuertes efectos de red, economías de escala y alcance sustanciales; aprovechamiento de grandes volúmenes de datos personales; costos de cambio (*switching costs*) significativos; relevancia de los derechos de propiedad intelectual; modelos de negocios disruptivos, verticalmente integrados (también en conglomerados) y precios bajos o inclusive cero.

En relación con las políticas de ingresos de las plataformas digitales, debe decirse que cuando las empresas no cobran un monto de dinero por sus servicios, dichos negocios no son gratuitos sino con precio "0", lo cual es distinto. Ello, pues, con frecuencia, las empresas en los mercados digitales no cobran a sus clientes en forma monetaria sino a través de la recolección y tratamiento de sus datos personales.

También es frecuente que las empresas en dichos mercados cobren monetariamente solo por los servicios "premium"; modelo de negocios que ha dado lugar al neologismo de los servicios *freemium*, pues dicha modalidad de fijación de precios coexiste en muchos modelos de negocios con la prestación de servicios con precio cero ("free").

Dicho fenómeno ha desafiado el concepto de poder de mercado en su sentido tradicional, el que hoy día convive con expresiones (nos referiremos a sus nombres en inglés por ser los más conocidos) como *platform power*, *intermediation power*, *portfolio power, bottleneck power, gatekeepers*, *strategic market status* y *paramount significance for competition across markets*, todas expresiones que, cada una con sus particularidades, refieren al poder de mercado en los mercados digitales.

La OCDE (2022) ha señalado que en los mercados digitales el concepto de poder de mercado mantiene sus fundamentos técnicos, pero se manifiesta no solo en términos de precios, sino también a través de otros parámetros competitivos, como la calidad del producto, su publicidad, la recolección de datos y la presencia de sesgos en la intermediación (como la posibilidad de conceder ventajas a publicaciones propias frente a las de terceros).

Stiglitz (2022) va más lejos aún en este nuevo escenario y sugiere abandonar el concepto económico tradicional de poder de mercado y sustituirlo por un estándar más amplio. Un concepto más de "poder" que de "poder de mercado", el que por ejemplo capture la influencia de algunas empresas, particularmente las redes sociales, en la diseminación de ideas.

De ese modo, el laureado autor ingresa en una de las polémicas actuales más relevantes, que se vincula al alcance objetivo de las leyes de competencia y de la jurisdicción de las autoridades de aplicación de dicha normativa. En efecto, si tal como señala Stiglitz el concepto de poder de mercado alcanzara a fenómenos que no tienen que ver directamente con la fijación de precios o la determinación de las calidades de los productos o servicios, cabría preguntarse si el derecho de la competencia debe también ocuparse de cuestiones tradicionalmente ajenas a su campo, como son las cuestiones sociales, políticas, ambientales, entre otras.

Al respecto se ha señalado que *"las cuestiones sobre privacidad, poder político o de inequidad social o económica son relevantes en materia legal general, pero no son problemas de antitrust salvo que amenacen con reducir las cantidades producidas, aumenten precios o restrinjan la innovación"* (Hovenkamp, 2022, p. 2006).

4.4 ¿Qué relevancia tiene el poder de mercado en materia de competencia?

El poder de mercado genera ineficiencia y afecta tanto el bienestar general (como causa del "costo social" o "peso muerto del monopolio") como también el bienestar de los consumidores en materia de precios, innovación, calidad y variedad (bienestar o excedente de los consumidores que es transferido a los productores).

Con lo cual, el poder de mercado es una falla de mercado que genera los perjuicios que la defensa de la competencia procura evitar.

Pero la determinación del poder de mercado es también un asunto *metodológico* en el sentido que el mismo surge como un sustituto imperfecto de la noción de efectos anticompetitivos (Elhauge, Geradin, 2007). Es una suerte de atajo para anticipar la generación de dichos efectos: probado que una empresa goza de poder de mercado, las leyes de competencia presumirán que ciertas conductas generarán efectos anticompetitivos. Por el contrario, sin poder de mercado, las leyes presumirán que su comportamiento es irrelevante en términos competitivos.

Desde este punto de vista, Easterbrook señala en un conocido artículo que no importa cuán seriamente lo intenten, las empresas que carecen de poder de mercado no pueden dañar la competencia. Por ende, continúa el autor, los tribunales no deben indagar sobre prácticas cometidas por empresas sin poder de mercado. Dichas prácticas podrán perjudicar a algunos consumidores, a unos pocos rivales o a sí mismos, a través de la selección de "tácticas anticompetitivas", pero sin poder de mercado, no sobrevivirán. Las firmas rivales terminarán por presentar mejores ofertas a los consumidores (p. 20).

En esa línea, las agencias de competencia y los tribunales generalmente infieren la generación de efectos anticompetitivos cuando determinadas conductas son realizadas por empresas con cierto nivel de poder de mercado, habitualmente con "posición dominante" o *"monopoly power"* (Elhauge, Geradin, p. 237).

Elhauge y Geradin (2007) explican que el poder de mercado actúa en ocasiones como una suerte de escudo de las empresas sujetas a la legislación antitrust, excluyendo la aplicación de dicha normativa a las empresas que no gozan de cierto nivel de poder de mercado.

El caso típico es la exigencia de la posición dominante (o de un alto grado de poder de mercado) como condición para sancionar a una empresa por el desarrollo de ciertas conductas individuales. En términos de los citados autores: *"…el escudo que provee el concepto de poder de mercado es especialmente importante en los casos de conducta unilaterales, pues sin dicha protección, cualquier empresa correría un riesgo omnipresente de que todas sus acciones comerciales sean revisadas bajo las leyes antitrust"* (p. 237).

Desde ya, la contracara de la misma moneda es que el poder de mercado actúa como un arma o herramienta que permite atacar a las empresas que poseen dicho poder en alto grado y abusan del mismo. Con lo cual, la defensa de la competencia prohíbe el desarrollo de ciertas conductas que son perfectamente lícitas para empresas sin dicho grado de poder de mercado.

4.5 ¿Debe presumirse que la obtención de poder de mercado es siempre indeseable?

La libre competencia ofrece al ganador algún grado adicional de poder de mercado, aunque más no sea en forma transitoria. Por ello, sin poder de mercado como recompensa, difícilmente habría competencia para bajar precios, presentar nuevos productos, mayor innovación, etc. El poder de mercado es, entonces, la "zanahoria" tras la cual corren los competidores.

Desde esta perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos afirmó que *"la mera posesión de un poder monopólico y la concomitante carga de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos, al menos por un corto período, es lo que atrae "visión para los negocios" en primer lugar; induce la toma de riesgos que produce innovación y crecimiento económico"*.[3]

Inclusive, puede ocurrir que la propia normativa premie o tolere la adquisición legítima de poder de mercado en ciertas circunstancias. Es el caso

3 Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

de la ley de defensa de la competencia uruguaya, que reproduciendo el artículo 5º del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR dispone que *"[l]a conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia"* (Ley 18.159 art. 2 *in fine*).

En definitiva, el poder de mercado es una falla de mercado central en materia de defensa de la competencia, que justifica la intervención de los mercados a través de la aplicación de dicha normativa, ante la detección de su adquisición o ejercicio indebido.

5. La defensa del consumidor

5.1 El derecho del consumidor y las "fallas de mercado internas"

En un conocido artículo, Robert Lande y Neil Averitt (1997) propusieron unificar defensa de la competencia y defensa del consumidor en una sola teoría: ambas regulaciones compartirían un fin común: facilitar el ejercicio de la "soberanía del consumidor" (*"consumer sovereignty"*), o lo que es lo mismo, la elección efectiva por parte del consumidor.

Según los autores, las leyes antitrust intentan asegurar que los mercados permanezcan competitivos, de modo tal que subsista una gama significativa de opciones disponibles para los consumidores, cuestión que no ocurre cuando una empresa monopoliza indebidamente un mercado o cuando las empresas coluden y, de ese modo, presentan un precio o producto uniforme.

Las leyes de protección del consumidor, por su parte, procuran que los consumidores puedan elegir efectivamente entre dichas opciones que el derecho antitrust preserva, sin que sus facultades de elección se vean afectadas por estrategias engañosas de los proveedores. Por ende, continúan los citados autores, las violaciones de las leyes de protección de los consumidores afectan su habilidad de selección, o lo que es lo mismo, su capacidad de conocer sus alternativas.

De ese modo, concluyen Lande y Averitt que la defensa del consumidor actúa ante lo que los autores denominan una "falla de mercado interna", una suerte de falla de mercado que ocurre *"en la cabeza del consumidor"* y que por ello no reduce objetivamente sus opciones, aunque si puede afectar su percepción sobre ellas.

5.2 La asimetría informativa

La primera falla de mercado que puede facilitar el abuso del consumidor por parte de su proveedor, y generar la "falla de mercado interna" a la que referían Lande y Averitt, es el aprovechamiento del proveedor de su superioridad informativa respecto del consumidor.

La Agencia de Defensa del Consumidor uruguaya parece suscribir esta mirada en su sitio web: *"la misión del Área Defensa del Consumidor es lograr el equilibrio en las relaciones de consumo, procurando mayor información y transparencia en el funcionamiento del mercado, eliminando los posibles abusos del sistema"*.

Desde este punto de vista, la defensa del consumidor puede entenderse como una modalidad de regulación que intenta corregir la falla de mercado de asimetría informativa, situación que ocurre cuando, en el marco de una transacción, uno de sus participantes tiene mayor conocimiento que su contraparte respecto al objeto de la transacción.

La asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor se verifica por el nivel de conocimiento de uno y otro respecto de los contratos que los vinculan, la posibilidad de redactarlos, revisarlos y negociarlos, las características del producto transado, etc.

Es por ello que las regulaciones de defensa del consumidor establecen deberes de información sobre las características y riesgos de los productos, exigen transparencia en la oferta de bienes y servicios, y con frecuencia limitan la validez de los contratos de adhesión, o la inclusión de ciertas cláusulas "leoninas" en ellos.

Las regulaciones de defensa del consumidor también prohíben ciertas modalidades de publicidad que pueden llevar a confusiones en los consumidores, cuestión que no se vincula exclusivamente con la asimetría informativa, sino también con la capacidad –y racionalidad– de los consumidores para comprender las ofertas que les son dirigidas, cuestión que veremos a continuación.

5.3 Explotación de los sesgos cognitivos del consumidor

Afirmar que la defensa del consumidor procura neutralizar, exclusivamente, la asimetría informativa entre las partes de una relación de consumo, implica partir de una premisa probablemente

equivocada: que el consumidor es un sujeto perfectamente racional y que su única debilidad respecto al proveedor es su menor nivel informativo.

La realidad demuestra que el consumidor real no es, ni de cerca, el "homo economicus", es decir, el sujeto perfectamente racional de la teoría neoclásica.

> Como señala Cohen (2019, pp. 39-40):
>
> Todos los consumidores son irracionales en cierto punto; es la forma en que los seres humanos están configurados. Los consumidores procesan la información de forma imperfecta, tratan de conservar los recursos cognitivos simplificando en exceso sus elecciones, y son fácilmente influenciables por el comportamiento estratégico de las contrapartes más sofisticadas. Muchos carecen de conocimientos financieros básicos y no saben estimar los riesgos y los costos. La mayoría toma decisiones por impulso y tiene dificultades para sopesar sus intereses futuros con los deseos presentes. Tienen poco tiempo, poca memoria y una capacidad de atención limitada, y su juicio se ve a menudo comprometido por tensiones mentales y emocionales. En conjunto, estos factores conducen a errores sistemáticos y predecibles en la toma de decisiones de los consumidores, que pueden explotarse de forma que reducen su bienestar.

Por ello, las debilidades de los consumidores no se solucionan únicamente con más o mejor información, pues los consumidores no pueden procesar cantidades excesivas de información, o cuya extensión no guarde relación con el interés promedio de un consumidor en el tipo de contrato en cuestión. Por ende, *"proveerles más información, mejor información o información más simple no guiará necesariamente a los consumidores a tomar mejores decisiones"* (Herrine, 2022).

Ahora bien, como señala Cohen (2019) ingresar en la psiquis de los consumidores y aplicar una regulación en función de ello implica navegar por la delgada línea que divide la explotación ilegítima de los sesgos cognitivos de los consumidores -es decir, de los aspectos irracionales de los consumidores- con la astucia comercial de los participantes de mercado competitivos (p. 39).

Por ello, correctamente dicho autor señala que la defensa del consumidor no debe prohibir la mera explotación de los sesgos cognitivos de los consumidores. En efecto, en última instancia toda publicidad o promoción intenta convencer al consumidor de adquirir bienes o servicios más allá de sus verdaderas necesidades. Por ende, las leyes de defensa del consumidor deben aplicar un estándar por el que se prohíba la explotación no razonable de dichas debilidades (p. 40), pero no el mero aprovechamiento de algún sesgo cognitivo.

Desde ya, la búsqueda o delineación del estándar del consumidor para la aplicación de la normativa de defensa del consumidor excede los límites de este trabajo. Por ello, me permito terminar este apartado recordando el caso de una conocida heladería de mi país, la que realizaba una particular "promoción": con la compra de 5 productos, la heladería regalaba 1 producto adicional, pero si el cliente llevaba 10 productos, la heladería regalaba 2.

Recuerdo haber consultado en la heladería si, como suponía, de comprar 15 productos me regalarían 3, lo cual efectivamente era sí, según me respondieron. Me pregunté entonces, cuál era la promoción de la heladería, si es que la había.

5.4 Poder de mercado

Al proveedor de bienes o servicios que entra en una relación de consumo se le aplican las normas de defensa del consumidor sin importar su capacidad económica.

Como ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Sala de Defensa de la Competencia) del Perú, *"la protección del consumidor persigue básicamente la eliminación de la desigualdad informativa del consumidor frente al proveedor, no teniendo relación alguna con los actos abusivos de quienes ostentan posición de dominio"*.[4]

Sin embargo, las legislaciones de competencia y consumidor presentan ciertos vasos comunicantes. A modo de ejemplo, la Ley 17.250 uruguaya sobre defensa del consumidor establece, entre los parámetros para calificar a las infracciones como leves, graves y muy graves, *"la posición en el mercado del infractor"* (artículo 46).

También los abusos de posición dominante de tipo "explotativos" (desarrollados por empresas con posición dominante en perjuicio de los consumidores), presentan ciertas características que emparen-

4 Resolución N° 0225'2004/TDC-INDECOPI, pág. 29.

tan ambas legislaciones, particularmente cuando se relacionan con prácticas no vinculadas a precios y que por ende pueden implicar no sólo un abuso de poder económico, sino también un abuso de la asimetría informativa o de sesgos cognitivos.

A modo de ejemplo, la *Autorité de la concurrence*, la autoridad de competencia francesa, multó a la empresa Google por abusar de su posición de dominio en el mercado de publicidad en búsquedas en Internet. Entre otras conclusiones, la autoridad de competencia señaló que la empresa sancionada había adoptado, para su plataforma de publicidad en línea, reglas opacas y difíciles de entender, y las había aplicado en forma injusta y aleatoria.[5]

6. La propiedad intelectual

6.1 Los bienes públicos

En Economía, "bienes públicos" son los dotados de dos características: (1) son bienes *no excluibles*, en el sentido de que no permiten excluir a ningún consumidor de su consumo, aun cuando dichos consumidores no hayan contribuido en su producción. El ejemplo tradicional es la defensa nacional: una vez creado un sistema de defensa, todo habitante, residente o visitante en el país se beneficia del sistema, independientemente de que pague o no por él (Nicholson, 2004), y (2) son bienes no rivales, por cuanto su consumo por parte de un consumidor no disminuye o afecta el consumo disponible para otros. Es el caso típico de los bienes intangibles, como la información, los cuales admiten una cantidad infinita de usos.

Ambas características (no excluible y no rival) no siempre coinciden. Por ejemplo, los bienes de club (*"club goods"*) se caracterizan por ser no rivales (al menos hasta cierto grado de consumo) pero permiten la creación de mecanismos de exclusión. Es el caso de las carreteras, grandes proyectos de infraestructura, servicios de televisión para abonados, etc.

El mercado no provee adecuadamente los bienes públicos pues existe el problema del *free riding*, es decir, el "aprovechamiento parasitario" de quien no invierte en la producción del bien, esperando que el bien sea producido por otro. Con lo cual, dado que varias personas esperan aprovecharse de la inversión de otras, existe el riesgo de que el bien carezca de oferta suficiente o directamente no sea provisto en el mercado.

6.2 La propiedad intelectual y los bienes públicos

Los bienes intelectuales comparten en buena medida las características mencionadas de los llamados bienes públicos. Una obra musical, por ejemplo, es un bien no excluible, en el sentido de que su autor no puede impedir su uso por parte de otras personas (por supuesto, salvo por la regulación de propiedad intelectual). También es un bien no rival, pues su uso por parte de una persona no afecta al uso por parte de otras (Leveque, Ménière, 2004).

Landes y Posner (2003), por su parte, argumentan que los bienes protegidos particularmente por derechos de autor no son bienes públicos puros, sino que presentan ciertas características de bienes públicos, pues si bien su uso por una persona puede no agotar el bien, sí puede afectar su valor de mercado, por ejemplo, si es sobreexplotado.[6]

En cualquier caso, y dejando de lado la discusión acerca de si los bienes intelectuales son bienes públicos o no (lo que inclusive requeriría distinguir entre los distintos tipos de bienes intelectuales), es indudable que los inventos y demás obras intelectuales (literarias, artísticas, etc.) habitualmente demandan altísimas inversiones para su elaboración, pero el costo de copiarlos es, en algunos casos, cercano a cero.

> En términos de Landes y Posner (2003):
>
> Un nuevo producto puede requerir a su desarrollador el incurrir en altos costos antes de poder implementar cualquier aplicación comercial, por lo que un competidor que pueda copiar el producto sin incurrir en dichos costos tendrá una ventaja de costos, que llevará a una caída en el precio de mercado a un punto en que el desarrollador [original del producto] no podrá recuperar sus costos fijos. (p. 294)

La regulación se presenta allí como una respuesta ante dicha falla de mercado. Estimula la oferta, habitualmente a través de la concesión en exclusiva a un único operador. Es decir que el régimen de

5 Decisión 19-D-26 del 19 de diciembre de 2019.

6 Con frecuencia, este mismo razonamiento es defendido por los titulares de marcas de productos de lujo como justificación para desarrollar ciertas prácticas comerciales que si bien limitan la competencia e impiden la baja en los precios (por ejemplo, la fijación de precios de reventa), por otro lado aseguran una mayor exclusividad en la tenencia de dichos productos, lo que sostienen es valorado por sus clientes.

propiedad intelectual, principalmente a través de las regulaciones de patentes y de derechos de autor, se constituye como una regulación de mercado que procura corregir dicha falla de mercado, confiriendo al inventor o al autor una serie de derechos exclusivos (o en algunos casos, derechos de retribución) por un período limitado de tiempo.

De ese modo, el régimen de la propiedad intelectual procura hacer del bien intangible en cuestión un bien excluible, pues su titular podrá impedir o cobrar un precio por el uso y explotación económica del mismo (Leveque, Ménière, 2004, p. 5).

La propiedad intelectual también facilita la transferencia y comercialización de dichos bienes a fin de que sean poseídos por quien más lo valora (Leveque y Ménière, 2004).

Resta aclarar que la propiedad intelectual es siempre una regulación imperfecta, por cuanto difícilmente pueda evitarse la discusión acerca de si el alcance y duración de los derechos exclusivos son adecuados o equilibrados.

7. La protección de datos personales

Como bien recuerdan Economides y Lianos (2021), la regulación de protección de datos personales –la más novedosa de las regulaciones estudiadas– no está dirigida a resolver una falla de mercado, sino a la protección de la intimidad (p. 791). Con lo cual, es una regulación que busca dar plenitud al derecho a la intimidad y proteger a su titular de intentos de avasallamiento de ese derecho.

No obstante lo anterior, los datos personales son también bienes económicos, cuestión que la revolución digital ha puesto de manifiesto y no requiere hoy día de mayor desarrollo. Sus titulares pueden (o podrían) acordar y lucrar por la transferencia de sus datos personales, lo que demuestra que es posible asignar a la intimidad o a los datos personales un valor monetario (Botta, Wiedemann, 2019). Ello permitiría hablar, en consecuencia, de un mercado de datos personales.

Se ha señalado que el mercado de datos personales presenta una serie de fallas de mercado, entre los que se destaca la llamada "paradoja de la privacidad". Ésta refiere al fenómeno por el cual una amplia mayoría de usuarios de plataformas digitales alega preocuparse por su privacidad y la necesidad de proteger sus datos personales, pero luego no lo hace, por ejemplo, al transferir sus datos en forma gratuita o aceptando políticas de privacidad sin detenimiento alguno (Botta, Wiedemann, p. 432).

También se ha destacado la falta de transparencia que enfrentan los usuarios para comprender las políticas de privacidad y el alcance de su consentimiento. Dicha situación se vincula con la asimetría de información entre los proveedores y los usuarios, que con frecuencia no logran tomar decisiones racionales y debidamente informadas (Botta, Wiedemann, p. 433).

A su vez, el poder de mercado (en el sentido amplio referido por Stiglitz) también incide en la posibilidad de algunas plataformas de recolectar datos personales en términos poco equitativos para con los usuarios.

Más aún, Economides y Lianos señalan que las políticas de precio cero de las plataformas de servicios digitales han impedido el surgimiento de un potencial mercado "vibrante" de datos personales (2021, p. 774).

Dichos autores señalan que las plataformas también aprovechan ciertos sesgos cognitivos de los usuarios, quienes mayormente consideran su costo actual de transferir sus datos personales (con frecuencia cero), pero desatienden el costo futuro de haberlo hecho (p. 788).

En ese contexto de numerosas fallas de mercado, no es de sorprender que las autoridades de competencia, de consumidor y de protección de datos personales reciban reclamos por comportamientos económicos de similares características, casi en forma indistinta.

Esto ocurrió, por ejemplo, en relación con ciertos reclamos (no idénticos entre sí, pero sí vinculados) contra la empresa Meta (previamente Facebook), referidos a ciertas transferencias no autorizadas de datos personales. Mientras en Alemania el caso fue resuelto por la agencia de competencia (con una resolución luego anulada por el Poder Judicial de aquel país), en Italia fue la autoridad de defensa del consumidor la que sancionó a la empresa, basándose para ello en el *Codice del Consumo* italiano.

Por otra parte, las agencias de protección de datos personales suelen proteger a los titulares de datos en función de sus derechos de intimidad y no de fallas de mercado, como el poder de mercado de los titulares de las plataformas.

Sin embargo, con seguridad en muchos casos los reclamos por conductas abusivas vinculadas con

la recolección y tratamiento de datos personales se han presentado ante otras autoridades –de competencia e inclusive de consumidor– y no ante las agencias de protección de datos, no por razones estrictamente técnicas, sino mayormente institucionales, que se explican por el mayor desarrollo y capacidades de las agencias de competencia y de consumidor, respecto a las más noveles agencias de protección de datos personales.

8. Conclusiones

Cada una de las regulaciones examinadas presenta diferentes fines, estándares legales y de prueba, rango de sanciones y demás características. En algunos países, hay agencias con competencia o jurisdicción en más de una de dichas regulaciones, pero con frecuencia son agencias independientes entre sí, algunas más desarrolladas y sofisticadas que otras.

Por ende, si la denuncia por una supuesta violación a dichas regulaciones pudiera presentarse, sin reglas claras, en más de una agencia o jurisdicción (o bajo más de una regulación subyacente) a discreción del denunciante, la suerte del infractor podría ser distinta, según el foro y ley aplicable, favoreciéndose así el *lex* o *forum shopping*.

Desde ese punto de vista, pensamos que comprender la clase de falla de mercado que cada regulación procura corregir, permite dirigir los reclamos o denuncias ante el foro y bajo la ley pertinente.

Por ello, pareciera un corolario de cuanto viene de decirse que cada agencia u órgano de aplicación debiera intervenir exclusivamente en presencia de la falla de mercado que habilita la aplicación de la regulación subyacente.

Así, sería sistémico determinar que una agencia de competencia solamente podrá intervenir en presencia de un abuso de poder de mercado, que una agencia de defensa del consumidor solamente podría intervenir en presencia de una asimetría informativa (o sesgos cognitivos del consumidor), y asi sucesivamente.

Pensamos, sin embargo, que no debe realizarse una sistematización rígida o absoluta de las distintas regulaciones de mercado, pues la realidad económica es siempre más rica y compleja que cualquier sistematización humana posible.

En este punto, es ilustrativo recordar a Vaz Ferreira (1963), quien enseñaba en sus lecciones de filosofía que se puede pensar por sistemas o por ideas. Explicaba el reconocido autor uruguayo que:

Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservar, anotar, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que tener en cuenta cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos. (p. 153)

Por ende, en presencia de conductas que explotan varias fallas de mercado (como con frecuencia es el caso), en la medida que el principio del *non bis in idem* lo permita, se debe autorizar la presentación o tramitación de denuncias o investigaciones ante diversas agencias u órganos de aplicación (o bajo las distintas regulaciones subyacentes, si una misma agencia tuviera competencia en varias regulaciones) de forma tal de sujetar al eventual infractor a las responsabilidades previstas en las diversas regulaciones aplicables.

Por el contrario, si el *non bis in idem* no lo permite, la regulación aplicable y la jurisdicción competente será, a nuestro juicio, la de la falla de mercado predominante, es decir, la de la falla de mercado presuntamente explotada con mayor intensidad por el sujeto investigado. Con lo cual, en escenarios de multiplicidad de fallas de mercado, la predominante funcionará como punto de conexión más estrecho para la intervención regulatoria.

A modo de ejemplo, si una misma conducta explotara el poder de mercado del proveedor de bienes o servicios, pero también aprovechará la asimetría informativa entre las partes, deberá analizarse si el caso investigado es principalmente un caso de explotación de poder de mercado o de aprovechamiento de asimetrías informativas.

Para ello, la agencia receptora de la denuncia deberá analizar en forma preliminar la sustancia de la alegada infracción, de forma tal de determinar *ab initio*, ya no la responsabilidad final del sujeto investigado, sino la naturaleza de las fallas de mercado supuestamente explotadas, para así confirmar su propia competencia y dar inicio a la investigación de la conductas denunciada, si correspondiera.

Referencias bibliográficas

Botta, M y Wiedemann, K. (2019). The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey. *The Antitrust Bulletin 2019*, Vol. 64 (3), p. 428-446.

Cohen, J. (2019). Bringing down the average: the case of a "less sophisticated" reasonableness standard in US and EU Consumer Law, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 32.1, p. 1-44.

Coloma, G. (2009). *Defensa de la Competencia*, 2° Edición Actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid.

Easterbrook, F.H. (1984), Limits of Antitrust, *Texas Law Review*, Vol. 63, N° 1, p. 1-40.

Economides, N y Lianos, I. (2021). Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, Vol.17. 4, p. 1-83.

Elhauge, E. y Geradin, D. (2007), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Portland.

Ezrachi, A. (2017), Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement (*Vol. 5 No. 1), 49-75.

Herrine, L. (2022), What is Consumer Protection For? *Loyola Consumer Law Review, p. 1-55*.

Hovenkamp, H. (2021). Antitrust and Platform Power, 130 *Yale Law* Journal*, p. 1952-2050. 130 Yale Law Journal 1952*

Laguna de Paz, J.C. (2016), *Derecho Administrativo Económico.* Civitas/Thomson Reuters (Legal) Limited.

Lande, R.H. y Averitt, N.W. (1997), Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law, *Antitrust Law Journal*, Vol 65, p. 713-756.

Landes, W. y Posner, R. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. The Belknap Press of Harvard University Press.

Leveque, F. y Ménière, Y. (2004). *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press.

Miranda Londoño, A y Márquez Escobar, J.P. (2004), Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación, *Vniversitas;* Vol. 53, Núm. 108 (2004); 71-117.

Nicholson, W. (2004). *Teoría Microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, Octava Edición, Thomson.

OECD (2008). *Glossary of Statistical Terms*.

OECD (2022). *Handbook on Competition Policy in the Digital Age.*

OECD (2022). *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy.*

OECD Competition Law and Policy. (2 de marzo de 2022). *2022 OECD Competition Open Day - Keynote Address by Joseph Stiglitz* [Archivo de Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=xRIEmb789Zo&t=1651s

Pascual y Vicente, J. (2013). *Mercado, competencia y Estado*, Marcial Pons, Madrid.

Petit, N. (2022). Understanding Market Power, *RSC Working Paper 2022/14*.

Smith, A. (1794), *Investigación de la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Libro I Cap. II, versión traducida por Josef Alonso Ortiz, Valladolid.

Stiglitz, J. (2008), *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*.

Vaz Ferreira, C. (1963). *Lógica Viva*, Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay.

Un análisis práctico de la reforma de la Unión Europea de su Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y directrices sobre acuerdos verticales

— Antonio Guerra Fernández* y François Doumont** —

Resumen

La entrada en vigor en junio de 2022 y para los próximos doce años del nuevo Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV) y de las Directrices relativas a las restricciones verticales afecta la determinación del carácter anticompetitivo o pro-competitivo de los acuerdos verticales y la posibilidad de acogerse a exenciones de salvaguardia regulatoria. Esta reforma llevada a cabo por la Comisión Europea es el primer ejercicio normativo de tal magnitud sobre las restricciones verticales, realizado como respuesta al auge de marketplaces y de plataformas de comercio electrónico. Asimismo, tiene en cuenta prioridades políticas como la transición digital y la sostenibilidad. Entre las principales modificaciones cabe resaltar la diferente delimitación de las restricciones especialmente graves relacionadas con internet, las obligaciones de paridad, las cláusulas de no competencia y la determinación del precio de venta. Por otro lado, han sufrido cambios significativos los criterios aplicables a los diferentes modelos de acuerdos de distribución. Asimismo, se han introducido disposiciones sobre proveedores de servicios de intermediación online y sobre objetivos de sostenibilidad.

Palabras clave

Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales, Exenciones de salvaguardia regulatoria, Derecho de la Competencia de la Unión Europea, *marketplaces* y comercio electrónico, Restricciones especialmente graves, Acuerdos de distribución, Obligaciones de paridad, Ventas *online*.

Abstract

The entry into force in June 2022 and for the next twelve years of the new Vertical Block Exemption Regulation (RECAV) and the Guidelines on vertical restraints affect the determination of the anti-competitive or pro-competitive nature of vertical agreements and the possibility of benefit from regulatory safeguard exemptions. This reform carried out by the European Commission is the first regulatory exercise of such magnitude on vertical restraints in response to the rise of marketplaces and e-commerce platforms. It also takes into account political priorities such as digital transition and sustainability. Among the main amendments include the different delimitation of particularly severe restrictions related to the internet, parity obligations, non-compete clauses and the determination of the selling price. On the other hand, significant changes have taken place in the criteria applicable to different models of distribution agreements. Moreover, provisions on online intermediation service providers and sustainability objectives have also been introduced.

Keywords

Block Exemption Regulation for Vertical Agreements, Safe harbor exemptions, European Union Competition Law, marketplaces and e-commerce, Hardcore restrictions, Distribution agreements, MFN, Online sales.

* Socio del Área del Derecho a la Competencia del estudio jurídico Uría Menéndez. Abogado por la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Economía Internacional por el Instituto Ortega y Gasset y graduado en Derecho de la Competencia por la Universidad de Cambridge. El abogado Antonio Guerra se especializa en derecho a la competencia.

** Senior asociado en el Área del Derecho a la Competencia del estudio jurídico Uría Menéndez. Abogado colegiado en Madrid y Bruselas. Con una maestría en Université catholique de Louvain y en King´s College London. El abogado Francois Doumont se especializa en derecho a la competencia.

Los autores agradecen a la abogada Barbara Montanari su gran contribución a esta publicación.

1. Introducción

El 10 de mayo de 2022 la Comisión Europea (en adelante, la "Comisión") aprobó, por un lado, el Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales[1] (a continuación, el "RECAV"[2]), que sustituye al RECAV de 2010 que expiró el 31 de mayo de 2022; y, por otro lado, las Directrices relativas a las restricciones verticales[3] (en adelante, las "Directrices"), que sustituyen a las directrices homónimas de 2010. Esta reforma es el resultado de un proceso de evaluación y consulta iniciado en 2018 (véase la sección 2).

Como su nombre indica, estas nuevas normas de Derecho de la Competencia regulan aquellos acuerdos verticales que desplieguen efectos en el mercado interior de la Unión Europea, que hayan sido celebrados entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena producción, suministro y distribución de los bienes y servicios (intermedios o finales) y que se refieran a las condiciones en las que estos se pueden comprar, vender o revender por las partes del acuerdo. Más concretamente, el RECAV prevé una exención de la que las partes del acuerdo pueden beneficiarse cuando no sean competidores directos (con la excepción de los acuerdos no recíprocos) y la cuota de mercado del proveedor y del comprador no exceda un 30% (véase la sección 3.3.1).

Así, como consecuencia de la reforma, se ven afectadas las cláusulas contractuales de una multitud de acuerdos verticales y, notablemente, los celebrados entre proveedores y distribuidores, categoría que incluye los contratos de distribución (por ejemplo, en las modalidades selectiva o exclusiva), suministro, concesión, franquicia, reventa, marketing o agencia, etc.

Mientras que el RECAV de 2010 y sus Directrices se modificaron para fomentar el desarrollo del comercio electrónico (que se encontraba aún en una fase relativamente inicial de su evolución)[4] en la Unión Europea (en adelante, la "UE"), el nuevo reglamento se ha adoptado para adaptar las normas de Derecho de la Competencia al nuevo entorno empresarial, reconfigurado por el crecimiento del comercio electrónico, las ventas *online* y las plataformas digitales. En otras palabras, la Comisión parece haber llegado a la conclusión de que el sector *online* en su conjunto está ahora a la par con el sector *offline* y, por lo tanto, debe adaptarse a esta nueva realidad económica. Por la misma razón, en los considerandos del RECAV, la Comisión también hace referencia al papel cada vez más importante de la economía de plataformas *online* y de los servicios de intermediación *online* (véase la sección 7.1), así como el de la distribución dual (véase la sección 6.4).

Además, la reforma incorpora algunos de los principios rectores de la evaluación de las restricciones *online* que han sido establecidos por la jurisprudencia[5] del Tribunal de Justicia de la UE desde la publicación en 2010 del previo RECAV, *inter alia* las sentencias *Pierre Fabre*[6] y *Coty*[7] (véase la sección 5.1).

Este artículo pretende transmitir la relevancia de la reforma y describir el contenido y el alcance de las modificaciones más relevantes. Para lograrlo, el presente artículo: (i) examinará los objetivos de esta reforma y los antecedentes que llevaron a ella, (ii) proporcionará una visión general del marco jurídico de la UE aplicable a los acuerdos verticales y (iii) ofrecerá una aproximación a los principales cambios introducidos por esta importante reforma.

Desde la perspectiva de los autores, esta reforma tiene una gran relevancia no solo para la Unión Europea, sino también para otros países, incluyendo a los de América Latina. No debe olvidarse que la UE es utilizada a menudo por otros países como fuente de "mejores prácticas" (especialmente su *soft law* que conforman las Directrices). Aunque el

1 Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (11 de mayo de 2022). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R0720.

2 A menudo se le conoce como VBER para sus siglas en inglés.

3 Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales. (30 de junio de 2022). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1661783617948&uri=CELEX%3A52022XC0630%2801%29.

4 Comisión Europea. (2022). *Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines.* https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf

5 Sin embargo, las Directrices se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6 Asunto C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la Concurrence EU:C:2011:649.

7 Asunto C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941.

propósito de este artículo no sea entrar en detalle sobre cómo estos textos podrían afectar a jurisdicciones específicas, los autores creen que la reforma de la Unión Europea es de interés para cualquier país que desee adaptar su legislación a las últimas tendencias del mercado. De hecho, ninguno de los temas tratados en el presente artículo es exclusivo de la Unión Europea. Por lo que saben los autores, la UE es la primera jurisdicción que lleva a cabo un ejercicio legislativo tan amplio sobre las restricciones verticales en su conjunto desde el auge de las plataformas digitales y el comercio electrónico.

2. Proceso de revisión

Cabe señalar que la Comisión lleva preparando la reciente reforma desde hace años, ya que se ha llevado a cabo un largo proceso consultivo y de evaluación[8] en el que destaca la autocrítica hecha sobre las anteriores Directrices, así como el interés por las opiniones de expertos, autoridades nacionales y regionales de defensa de la competencia y partes interesadas. Este proceso es una piedra angular del sistema de creación de normas en la UE[9] y forma parte de las prerrogativas de la Comisión como principal órgano ejecutivo.

En septiembre de 2020, al final de la primera fase de evaluación (de aproximadamente 18 meses de duración) que consistió en la recopilación de pruebas sobre el funcionamiento del RECAV y las Directrices[10], la Comisión publicó un documento de trabajo[11] en el que se exponían los resultados de la evaluación del anterior RECAV y de sus Directrices. En este momento se confirmó la utilidad de estas herramientas para facilitar la autoevaluación de los acuerdos verticales y para la reducción de los costes de cumplimiento de las empresas. No obstante, se hizo patente la necesidad de su adaptación a la evolución producida en el mercado desde su adopción en 2010, sobre todo en lo que respecta al comercio a través de internet. Por ello, la Comisión puso en marcha en octubre de 2020 la fase de evaluación del impacto (*impact assessment*), valiéndose de informes de expertos, de consultas públicas abiertas y de conversaciones con autoridades y partes interesadas (logrando más de 110 contribuciones[12]), lo que permitió recabar más documentación sobre los ámbitos susceptibles de mejora[13].

En julio de 2021, la CE publicó sus borradores del RECAV y de las Directrices actualizados e invitó a las partes interesadas a formular observaciones. En noviembre de 2021, la Comisión publicó sus resultados, que incluían un resumen de las contribuciones recibidas. Más tarde, en febrero de 2022[14], se llevó a cabo una consulta específica adicional sobre el proyecto de orientaciones relativas al intercambio de información en el contexto de la distribución dual. Tras ello, finalmente la Comisión adoptó el nuevo RECAV y sus Directrices (junto al *impact assessment*[15]) que fueron publicados el 10 de mayo de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea[16].

Lo anterior demuestra la minuciosidad y la profundidad del proceso llevado a cabo por la Comisión

8 Para más información sobre el proceso, se puede consultar la siguiente página web de la Comisión: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_es.

9 Las Directrices de mejora de la legislación establecen los principios que sigue la Comisión al preparar nuevas iniciativas y propuestas y al gestionar y evaluar la legislación existente.
Comisión Europea (3 de noviembre de 2021). Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Directrices para legislar mejor, SWD(2021) 305 final. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

10 La fase de evaluación incluyó un proceso de consulta pública (al que más de 160 partes interesadas contribuyeron) y una sesión de trabajo con las partes interesadas. En esta fase también han sido objeto de ponderación la información recopilada para la investigación del sector del comercio electrónico, los precedentes de la Comisión y la experiencia de las autoridades nacionales de competencia, así como la jurisprudencia nacional y de la UE pertinente.

11 Comisión Europea (2020). *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de Evaluación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales (SWD(2020) 173 final).*

12 Por ejemplo, asociaciones comerciales, empresas (entre otras, Telefónica, Booking.com, LVMH, Siemens, Amazon y Lufthansa), sindicatos y ONGs.

13 Comisión Europea (10 de mayo de 2022). *Defensa de la competencia: La Comisión adopta un nuevo Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y unas nuevas Directrices verticales.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2844.

14 Comisión Europea (4 de febrero de 2022). *Additional public consultation on proposed guidance relating to information exchange in the context of dual distribution, intended to be added to the Vertical Guidelines.* https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2021-vber_en.

15 Comisión Europea (n.d.). *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, {C(2022) 3015 final} - {SEC(2022) 198 final} - {SWD(2022) 140 final}.*

16 Comisión Europea (10 de mayo de 2022). *Defensa de la competencia: La Comisión adopta un nuevo Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales y unas nuevas Directrices verticales.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2844.

para reevaluar esta pieza fundamental de las normas de competencia de la UE. También pone de manifiesto el gran interés generado por el RECAV y, por extensión, la importancia práctica que tiene para numerosas empresas de toda la UE.

3. Marco legal, funciones y vigencia de las normas modificadas

Restricciones verticales

Como se anticipó en la sección 1, las restricciones verticales son prácticas concertadas o acuerdos celebrados entre dos o más empresas que operan, a efectos de ese acuerdo, en un eslabón diferente de la cadena de comercialización de los productos o servicios, con el fin de modificar o regular las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios (Massaguer et. al, 2020).

Según lo indicado en las Directrices, el hecho de que las partes del acuerdo se sitúen en diferentes niveles de la cadena implica que los acuerdos verticales suelan ser menos perjudiciales que los acuerdos horizontales. En efecto, las partes en un acuerdo vertical tienden a tener incentivos para acordar precios más bajos y estándares de servicio más altos, lo cual beneficia a los consumidores. De hecho, el ejercicio del poder de mercado por parte o bien de la empresa en el mercado ascendente (aguas arriba) o bien de la empresa en el mercado descendente (aguas abajo) normalmente perjudicaría la demanda de producto de la otra, lo que sugiere que las empresas implicadas en el acuerdo suelan tener incentivos para tratar de evitar el ejercicio del poder de mercado por parte de la otra. Además, la naturaleza normalmente complementaria de las actividades de las partes en un acuerdo vertical en la introducción de bienes o servicios en el mercado también implica que las restricciones verticales presentan un mayor margen de generación de eficiencias que podrían compensar los posibles efectos anticompetitivos.

No obstante, en determinados casos, las empresas con poder de mercado pueden utilizar las restricciones verticales para perseguir fines contrarios a la competencia, ya que determinadas restricciones pueden dar lugar a la exclusión del mercado, al debilitamiento de la competencia o a la colusión (Comisión Europea, 2022)[17].

Marco jurídico

El RECAV y las Directrices son las normas fundamentales para determinar si estos acuerdos o prácticas concertadas (o, en sentido amplio, restricciones) verticales tienen o no carácter anticompetitivo[18] o, lo que es lo mismo, para verificar si la restricción cumple las condiciones del apartado 1 del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE")[19] y no está exenta sobre la base del artículo 101.3 del TFUE.

El artículo 101 del TFUE prohíbe los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen la competencia de forma apreciable. En el ámbito del tema tratado en esta publicación y como se indica en la introducción de las Directrices, el objetivo del artículo 101 del TFUE es asegurarse de que las empresas no utilicen restricciones verticales para impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado de la Unión Europea en detrimento de los consumidores. No obstante, dicha prohibición no se aplica a los acuerdos que cumplen los requisitos del artículo 101.3 del TFUE (ver sección 3.3.1).

El RECAV, al igual que su versión anterior, es aplicable *mutatis mutandi* a los acuerdos verticales que tienen efectos exclusivamente en el mercado de un Estado miembro. Sin embargo, éstos se deberán evaluar a la luz de la norma nacional equivalente al artículo 101 del TFUE[20].

Además, cabe destacar que, por su naturaleza de Reglamento, el RECAV tiene efecto directo (Mata, 1994). Eso implica que su contenido será de obligatorio acatamiento en todos sus elementos y di-

17 Párrafos 10-11 de las Directrices. Caso C-32/11 Allianz Hungária Biztosító EU:C:2013:160, apartado 43 y jurisprudencia citada.

18 También resulta de interés mencionar la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen de forma sensible la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 101 del Tratado, DO 2014 C291/1, acompañada del documento de trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a Orientaciones sobre las restricciones de la competencia "por razón de su objeto" a efectos de definir qué acuerdos pueden beneficiarse de la Comunicación *de minimis*, SWD(2014) 198 final, revisado el 3 de junio de 2015. Esta comunicación ofrece una alternativa para que determinados acuerdos verticales no entren en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE siempre que el acuerdo no constituya una restricción apreciable de la competencia. La propia Comunicación señala que la salvaguardia regulatoria aplicable por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en la Comunicación es especialmente relevante para las categorías de acuerdos no cubiertos por el RECAV (u otro reglamento de exención por categorías). Esta comunicación no se aborda en el presente artículo.

19 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (26 de octubre de 2012). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT.

20 En España por ejemplo, se evaluará a la luz del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

rectamente aplicable en cada Estado miembro de la Unión Europea como parte del ordenamiento nacional. El efecto directo del Derecho de la Unión Europea fue consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1962[21].

Funciones

3.1.1 RECAV

El RECAV proporciona a las partes de los acuerdos verticales una mayor seguridad, al establecer una exención conocida como "puerto seguro" o salvaguardia regulatoria. Esta salvaguardia regulatoria (en inglés, *safe harbor)* implica que los acuerdos que cumplan los requisitos del RECAV están exentos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE por la aplicación automática del artículo 101.3 del TFUE. Así, se presume la legalidad de un acuerdo y se protege a la empresa de la responsabilidad legal de los resultados de determinadas conductas hechas como consecuencia de tal acuerdo.

Para acogerse a la salvaguardia regulatoria la cuota de mercado de compra y/o de venta de referencia en los que se compran y/o venden los bienes o servicios contractuales de ninguna de las empresas implicadas puede superar el 30%[22], debiendo ulteriormente respetarse ese límite porcentual en sus dos vertientes por parte de una única empresa cuando ésta actúe como compradora y también como vendedora frente a diferentes empresas que son parte del acuerdo (artículo 3 del RECAV). Cumplido este requisito, las empresas han de verificar adicionalmente que el acuerdo no contiene ninguna de las denominadas "restricciones especialmente graves" (artículo 4 del RECAV, en inglés *hardcore restrictions*). Si el acuerdo reúne estas condiciones, se beneficiará automáticamente de la exención.

En caso de no cumplirse tales condiciones, esto no significa que el acuerdo deba considerarse ya contrario al artículo 101.1 del TFUE. Primero habrá que valorar si, a la luz de las características del caso concreto, el acuerdo vertical cumple los requisitos del artículo 101.3 del TFUE para acogerse a la exención ahí establecida[23].

Como ya indicado antes, la lógica del mantenimiento de estos umbrales refleja la opinión predominante en el sector sobre que las restricciones impuestas en los acuerdos verticales sólo son susceptibles de tener efectos anticompetitivos significativos cuando son suscritos por empresas con poder de mercado (es decir, con más del 30% de cuota) (Van Bael & Bellis , 2021).

3.1.2 Directrices y precedentes de los Tribunales europeos y de la Comisión

Para poder llevar a cabo la evaluación detallada en los párrafos anteriores, las Directrices orientan sobre cómo debe interpretarse el RECAV y facilitan criterios de autoevaluación de los acuerdos o prácticas concertadas que no quedan automáticamente exentos por éste (véase la nota al pie 4).

En efecto, la octava sección de las Directrices describe la política de aplicación de la Comisión de los apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE en casos concretos. Esta evaluación individual no se tratará en la presente publicación, ya que no fue el objeto principal de la reforma y se aplica solo a los acuerdos verticales que no estén exentos con arreglo al RECAV.

Las Directrices no son formalmente vinculantes (*soft law*) y, por lo tanto, deben leerse en función de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos[24]. Dicho esto, las actuales Directrices codifican algunos aspectos de la jurisprudencia y están sujetas a ella y, por otra parte, la práctica decisoria de la Comisión debe ser coherente y conforme con lo dictado por los Tribunales Europeos.

21 Sentencia de 5 de febrero de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa, C-26/62, EU:C:1963:1.

22 Las Directrices (párrafo 26) también establecen que los acuerdos verticales celebrados por empresas no competidoras cuya cuota de mercado individual no supere el 15% se consideran, por lo general, ajenos al artículo 101.1 del TFUE.

23 Existen otros reglamentos de exención por categorías. Por ejemplo, el reglamento (UE) n ° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

24 Párrafo 2 de las Directrices. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el grado en el que se pueden considerar vinculantes a las Directrices. En efecto, ha considerado que la Comisión, como órgano que publica las Directrices, las aplica y, eventualmente, sanciona en función de ellas, está obligada a respetar los principios de igualdad de trato y de confianza legítima. Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha sostenido que, en determinadas condiciones, las comunicaciones y directrices pueden producir efectos jurídicos: véase el asunto C-189/02P, Dansk Rørindustri y otros contra Comisión, EU:C:2005:408 (párrafos 210-211). También es preciso resaltar que el Tribunal de Justicia de la UE ha considerado que las autoridades o los tribunales nacionales no están sujetos a las mismas limitaciones que la Comisión: véase el asunto C-226/11, Expedia, nota 15 (párrafos 28 y siguientes). Van Bael & Bellis (1 de marzo de 2021). *Competition Law of the European Union*. (6ª ed.). Kluwer Law International.

Vigencia

Esta nueva regulación entró en vigor el 1 de junio de 2022 y estará vigente durante doce años (hasta el 31 de mayo 2034), si bien el siguiente proceso formal de reevaluación empezará a los ocho años de su entrada en vigor. Todo ello sin perjuicio de que la Comisión siga supervisando el funcionamiento del RECAV y de las Directrices durante estos 12 años y de su posibilidad de modificar las Directrices a la luz de la evolución del mercado.

El artículo 10 del RECAV dispone un régimen transitorio por el cual la prohibición establecida en el artículo 101.1 del TFUE no se aplicará a acuerdos preexistentes durante el primer año de vigencia del nuevo reglamento (del 1 junio de 2022 al 31 mayo de 2023). Por ello, aquellos acuerdos que ya estuvieran en vigor a 31 de mayo de 2022 y cumplieran los requisitos del anterior RECAV, seguirán beneficiándose de la exención automática hasta el 31 de mayo de 2023, aun sin cumplir lo previsto en el nuevo RECAV.

Por lo tanto, muchas empresas están revisando la compatibilidad de los contratos y políticas comerciales que tienen en vigor con el nuevo régimen, para adaptarlos debidamente. La reforma, cabe señalar, también podría afectar a los contratos que tienen un alcance geográfico que va más allá de la Unión Europea, ya que algunas empresas revisarán sus políticas internas de *compliance* o sus acuerdos marco. Esto es especialmente cierto para las empresas que se dedican (exclusivamente) a la venta *online*, como veremos en las secciones 6.4 y 7.1.

4. Alcance de la reforma

La reforma se ha centrado en la necesidad de actualizar los límites de un espacio protegido que no fuera demasiado generoso, pues no cumpliría con el artículo 101 del TFUE, ni demasiado limitado, pues incrementaría los mencionados costes de cumplimiento para las empresas y disminuiría la seguridad jurídica. Además, la reforma permite evitar errores de tipo I, que son más altos en la economía digital y podrían desincentivar modelos de negocios que podrían llegar a ser beneficiosos.

Además, esa actualización se ha llevado a cabo a la luz de ciertos acontecimientos económicos y sociales (concretamente, un mayor crecimiento de las ventas *online* y la progresiva aparición de nuevos actores en el mercado, como las plataformas *online*[25]) y también atendiendo a determinadas prioridades políticas europeas (como la transición digital[26] y el *Green Deal* europeo[27]).

Como resultado, la Comisión mantuvo la estructura general del RECAV, aunque con un marco de análisis algo más claro, ya que, por ejemplo, se han recopilado en una sola sección las orientaciones anteriormente dispersas sobre fijación de precios de reventa. En las siguientes secciones se abordarán los cambios introducidos en el RECAV y las Directrices.

5. Restricciones especialmente graves

Como se ha indicado, el artículo 4 del RECAV establece un catálogo de conductas que suponen restricciones especialmente graves en el mercado, pues tienen por objeto[28] o por efecto[29] impedir la

25 Párrafo 11 del RECAV.

26 Parlamento Europeo (24 de marzo de 2022). *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users.* https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users.

27 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (n.d.). *Competition policy supporting the Green Deal. Call for contributions.* https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/SPANISH%20COMPETITION%20AUTHORITYs%20COMMENTS%20EU%20CALL%20FOR%20CONTRIBUTION%20ON%20HOW%20COMPETITION%20RULES%20AND%20SUSTAINABILITY%20POLICIES%20WORK%20TOGETHER_0.pdf.

Parlamento Europeo (17 de junio de 2022). *EU responses to climate change.* https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20180703STO07129/eu-responses-to-climate-change.

28 "Las restricciones de la competencia por objeto son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia. Son restricciones que, a la luz de los objetivos de las normas de competencia de la UE, tienen un potencial tan grande de generación de efectos negativos sobre la competencia que no es necesario probar sus efectos sobre el mercado para aplicar el apartado 1 del artículo 101" (Comisión Europea, 2014, p. 5) del TFUE. En este sentido, véase el apartado 179 de las Directrices y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, ECLI:EU: C:2016:26, apartado 26.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que determinados tipos de coordinación entre empresas muestran un grado de nocividad suficiente para la competencia como para que se considere innecesario evaluar sus efectos. En este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, apartados 35 a 37 y jurisprudencia citada.

29 Si un acuerdo no es restrictivo por objeto y se quiere determinar si tiene efectos restrictivos sobre la competencia, deben ponderarse sus efectos anticompetitivos tanto reales como potenciales o, lo que es lo mismo, debe determinarse si tiene efectos anticompetitivos probables (Massaguer et. al, 2020).

competencia. Si existe tal restricción, el acuerdo en su conjunto queda fuera del ámbito de aplicación del RECAV. No obstante, hay que señalar que en el artículo 5 del RECAV, se enumeran unas "restricciones excluidas", que no son más sino unas obligaciones o cláusulas específicas de acuerdos verticales, a las que no se les aplicará en ningún caso la exención, sin perjuicio de que el resto del acuerdo esté cubierto por la salvaguardia. Para que esta aplicación parcial de la exención sea posible, la parte susceptible de quedar exenta debe poderse separar de las obligaciones o cláusulas no cubiertas por la exención.

A continuación, analizamos los aspectos más relevantes de las restricciones y las novedades que se han introducido con la reciente reforma.

Restricciones relacionadas con internet

La transición digital del mercado y, en concreto, las nuevas dinámicas del comercio electrónico en la distribución de bienes y servicios han implicado modificaciones transversales en la regulación europea de acuerdos verticales.

En primer lugar, el artículo 4(e) del RECAV establece como restricción (territorial) especialmente grave que se impida el uso efectivo de internet por parte del distribuidor (o de sus clientes) para vender determinados bienes o servicios, independientemente del modelo de distribución empleado. En cambio, también se establece en el mismo artículo que los proveedores pueden imponer a los compradores o a sus clientes (i) restricciones a las ventas *online* que no supongan impedirles el uso efectivo de internet o (ii) restricciones de la publicidad *online,* que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad. Esas restricciones se aplican a cualquier método de distribución.

Las Directrices (párrafo 208) facilitan unos ejemplos de conductas que quedan exentas por el RECAV, *inter alia*: (i) prohibir de forma directa o indirecta el uso de los *marketplaces* (siempre que el comprador pueda utilizar su propia tienda *online* y hacer publicidad *online*, es decir, que no se impida el uso efectivo de internet); (ii) requisitos destinados a garantizar la calidad o una apariencia particular de la tienda *online* del comprador; (iii) requisitos relativos a la presentación de los bienes o servicios contractuales en la tienda *online;* (iv) la exigencia de que el comprador opere en uno o más establecimientos físicos o; (v) el requisito de que el comprador venda una cantidad absoluta mínima *offline*. Estos ejemplos se relacionan con el principio (ajustado) de equivalencia (véase la sección 5.1.1).

Con respecto a la prohibición de forma directa o indirecta del uso de los *marketplaces*, es preciso indicar que es el resultado de la implementación de la jurisprudencia de la Unión Europea del caso *Coty*.[30] Por lo tanto, ahora, la compatibilidad de esta restricción con el Derecho de la Competencia ha dejado de ser meramente jurisprudencial y ha sido codificada en las nuevas Directrices. Es decir, la reforma considera que el proveedor puede prohibir la utilización de *marketplaces* para la distribución de sus bienes en determinados supuestos. Se aplica a todos los sistemas de distribución, no únicamente a la distribución selectiva y, gracias a la codificación en el RECAV, ya no únicamente a productos de lujo.

Además, las Directrices (párrafo 206) facilitan unos ejemplos de restricciones indirectas del uso efectivo

30 Véase la sección 8.2.3 de las Directrices y el Asunto C-230/16 - Coty Germany, apartados 64 a 69. En relación con el mencionado asunto Coty Germany resulta de utilidad resumirlo brevemente. Coty Germany (en adelante, "**Coty**") vendía cosméticos de lujo en Alemania y los comercializaba utilizando un sistema de distribución selectiva. En el contrato con uno de sus distribuidores autorizados, Parfümerie Akzente (en adelante, "**Akzente**"), que comercializaba los productos en tiendas físicas y en "amazon.de", se había previsto una serie de obligaciones que el distribuidor debía cumplir para preservar la imagen de lujo de las marcas de Coty (en concreto, aspectos relacionados con la decoración, la selección, la presentación y la ubicación de productos). Tras la entrada en vigor del primer RECAV en 2010, Coty modificó el contrato de distribución con Akzente imponiéndole que las ventas en internet se realizaran a través del "escaparate electrónico" de la tienda autorizada y que se protegiera el carácter de lujo de los productos. Asimismo, el nuevo acuerdo impedía que el distribuidor (selectivo) utilizara en el mercado *online* un nombre comercial distinto o una tercera empresa que no estuviera autorizada. Ante la negativa de Akzente a aceptar las modificaciones contractuales, Coty recurrió ante los tribunales alemanes para impedir que se distribuyeran los productos en la plataforma *online.* El tribunal de primera instancia consideró las peticiones de Coty injustificadas y la cláusula innecesaria y no susceptible de una exención individual. El tribunal de apelación elevó al TJUE una cuestión prejudicial y este último determinó que, a fin de preservar la "imagen de prestigio" o el "aura" de los productos de una empresa, no resulta contraria al Derecho de la Competencia la prohibición a un distribuidor autorizado de utilizar de un sitio web de terceros si se cumplen ciertas condiciones. Dicho test consistía en asegurarse de que (i) la naturaleza del producto requiere de una distribución selectiva para preservar su calidad y asegurar su uso correcto (diferencia clave con el asunto *Fabre*); (ii) los revendedores son elegidos en condiciones uniformes y abiertas y de forma no discriminatoria; y (iii) que los criterios sean apropiados para lograr tal objetivo y no excesivos (Arroyo, 2019).
También véase: DG Competition. (Abril de 2018). *EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?* https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf.

de internet que quedan excluidas del mecanismo de puerto seguro, *inter alia*: (i) instrucciones de rechazar los pagos con tarjetas de crédito extranjeras (*geoblocking*); (ii) requisitos para impedir el acceso de clientes situados en otros territorios al sitio web del comprador o desviarlos; (iii) la exigencia de que el comprador realice una determinada parte de las ventas totales *offline*; (iv) la exigencia de que las ventas sólo puedan realizarse en un espacio físico o con la presencia física de personal especializado[31] y las (v) restricciones del uso de canales enteros de publicidad *online*, como los motores de búsqueda[32] o los sitios web de comparación de precios, o las restricciones indirectas como la obligación del distribuidor de no utilizar las marcas comerciales o los nombres de las marcas de los proveedores para posicionarse en los motores de búsqueda. Sin embargo, la prohibición del uso de determinados canales de publicidad *online* no es, por lo general, una restricción especialmente grave.

A raíz de estos ejemplos provenientes de las Directrices, cabe apreciar que se protege la publicidad *online* con mayor énfasis que la venta *online*. Por ejemplo, impedir la venta *online* a través de un canal concreto de internet está exento por el RECAV (como la venta a través de *marketplace*), pero limitar la publicidad a través de un canal concreto (en herramientas de comparación de precios y en anuncios en motores de búsqueda) es una restricción especialmente grave (Uría Menéndez, 2022). Aunque el diferente estándar que se aplica a los marketplaces y a la publicidad en línea no está muy justificado, la razón es que para una empresa hacer publicidad es más importante que utilizar un *marketplace* siempre que se le permita utilizar su propio canal y no se le impida por tanto el uso efectivo de Internet. Tras las críticas recibidas en la consulta, la Comisión utiliza este test unificado del objetivo de impedir el uso efectivo de internet para tratar "por igual" a *marketplaces* y publicidad, pero en el artículo 4(e) del RECAV y en las Directrices deja claro que las restricciones relativas a la publicidad tienen más probabilidades de tener el objeto de impedir el uso efectivo de internet que la restricciones al uso de *marketplaces*.

5.1.1 Principio de equivalencia y *dual pricing*

Con carácter general, cabe afirmar que las nuevas Directrices suponen una relajación del llamado "principio de equivalencia" entre las ventas *offline* y *online* (lo que implica poder imponer criterios para las ventas *online* que no son globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en tiendas físicas). Eso se debe a que los estudios realizados durante el proceso de evaluación demuestran que las ventas *online* se han convertido en un canal de comercialización que funciona bien y que ya no requiere de una protección especial en relación con los canales de venta *offline* (Comisión Europea, 2022).

Otra señal de esta relajación es la cabida del *dual pricing*[33] en la exención por categoría, independientemente del modelo de distribución, ya que antes de la reforma esa conducta se trataba como una restricción especialmente grave. Este cambio de criterio deriva de considerar que un precio distinto puede incentivar o recompensar un nivel apropiado de inversión[34] para cumplir con unos requisitos tales como disponer de una tienda física o establecer un *help-desk online*, *inter alia*. No obstante, se aplica la regla general conforme a la que las diferencias de precio no deben impedir *de facto* las ventas *online* (sin que sea posible limitar el número de productos que se pueden vender *online* o que, como consecuencia de la diferencia, la venta *online* no sea rentable) y tendrán que estar razonablemente relacionadas con las distintas inversiones requeridas y los costes incurridos por los distribuidores de cada canal.

En la práctica, se permite una implementación flexible del *dual pricing*; por ejemplo, mediante un método de ajuste de precios posterior que tome en

31 Véase el asunto C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, apartados 36 y 37.

32 Véase la Decisión de la Comisión en el asunto AT.40428 - Guess, apartados 118 a 126. En esta decisión la Comisión apreció que las restricciones de publicidad *online* adoptadas por Guess (concretamente, el reservarse el uso exclusivo para publicidad *online* de los nombres, también en forma de palabras clave, y logos de sus marcas) no tenían una finalidad legítima, sino que buscaban reducir la presión que ejercían los distribuidores autorizados independientes sobre las actividades de distribución de la propia Guess, para reducir así sus propios costes de publicidad. La autoridad europea llegó a la conclusión de que dichas restricciones no servían para proteger la imagen de marca, como alegaba Guess, y que tenían el efecto de mermar la capacidad de los distribuidores autorizados de ser localizados en internet y, *de facto*, la capacidad de lograr ventas. Por ello, dichas restricciones fueron consideradas como anticompetitivas y Guess fue sancionada.

33 El *dual pricing* o la fijación de precios duales implica cobrar al mismo distribuidor precios mayoristas diferentes (más altos) por los productos destinados a la venta *online* y los productos destinados a la venta *offline* (Comisión Europea, 2022).

34 Párrafo 209 de las Directrices.

consideración las ventas reales realizadas en uno y otro canal (si bien la normativa no exige a ninguna de las partes realizar cálculos complejos). Con este cambio, se abre la posibilidad de que, por un lado, el precio de suministro sea mayor si el distribuidor revende el producto *online* y de que, por otro lado, el proveedor pueda efectuar las comprobaciones apropiadas al respecto para asegurarse de que está facturando correctamente sus precios de suministro.

Obligaciones de paridad (o cláusulas de nación más favorecida)

Las obligaciones de paridad (a veces denominadas cláusulas de nación más favorecida, acuerdos de paridad entre plataformas o "MFNs", por sus siglas en inglés) son acuerdos entre compradores y vendedores, en virtud de los cuales una parte garantiza a la otra el mejor precio o las mejores condiciones para un producto o servicio (o, lo que es lo mismo, se prohíbe a la contraparte ofrecer a terceros precios inferiores o mejores condiciones comerciales).

En el párrafo 356 se define también las MFNs entre plataformas: [estas obligaciones] *exigen que un vendedor de bienes o servicios ofrezca los bienes o servicios a otra parte en condiciones que no sean menos favorables que las ofrecidas por el vendedor a otras partes o a través de otros canales determinados*.

Aunque este tipo de obligaciones se han utilizado durante mucho tiempo en todos los sectores sin plantear problemas significativos de competencia (en las anteriores directrices solo se recogían como posible mecanismo de fijación del precio de reventa), la imposición de dichas obligaciones por parte de los proveedores de servicios de intermediación *online* ha dado lugar en los últimos años a un amplio escrutinio. En particular, los casos de Booking.com y Expedia suscitaron el debate sobre qué tipo de MFN es admisible con arreglo a la legislación de la UE o a la nacional (Heinz, 2019)[35] (siendo este debate también existente en otras jurisdicciones, como Reino Unido, Japón y Australia).

Como resultado, el RECAV consideró adecuado modificar la exención que les es aplicable (artículo 5.1.(d)) y ahora se consideran restricciones excluidas de la exención aquellas obligaciones de paridad que impidan al comprador de servicios de intermediación *online* ofrecer condiciones más favorables en el nivel minorista mediante cualquier otro servicio de intermediación *online* competidor (en adelante, "*retail wide MFNs*"). La exclusión abarca no solo precios, sino cualquier otro parámetro relevante del servicio (mayor inventario, disponibilidad o capacidad; por ejemplo, disponibilidad de plazas hoteleras). A falta de exención automática, habrá que evaluar las obligaciones individualmente con arreglo al artículo 101 del TFUE. Las Directrices incluyen nuevas orientaciones para evaluar las *retail wide MFNs* que no pueden acogerse a la salvaguarda del RECAV (sección 8.2.5.3 de las Directrices).

Sin embargo, el RECAV mantiene la exención para todas las demás obligaciones de paridad al por menor que afecten solo al canal directo de ventas a nivel minorista (en adelante, "*narrow MFNs*") o incluso las amplias que no afecten a servicios de intermediación *online* o que afecten a servicios de intermediación *online*, pero no operen en el nivel minorista. Por ejemplo, las cláusulas que restringen a los proveedores la posibilidad de ofrecer mejores condiciones en sus propios sitios web siguen estando exentas. Sin embargo, las nuevas normas establecen que, cuando las plataformas *online* impongan *narrow MFNs* que abarquen una parte significativa de los usuarios (efectos acumulativos de redes paralelas de acuerdos similares) y no haya pruebas de eficiencias, es probable que se retire el beneficio de la exención por categorías (artículo 6 del RECAV, que rige la retirada de la exención por las autoridades en casos individuales).

La exclusión de las *retail wide MFNs* del RECAV significa que la Comisión considera que esas MFNs tienen más probabilidades de generar efectos anticompetitivos, como permitir la colusión entre los proveedores de servicios de intermediación *online* o impedir la entrada o la expansión de los (potenciales) proveedores competidores. Por otra parte, si bien las *narrow MFNs* eliminan la restricción competitiva de los canales de venta directa del comprador, la Comisión las considera proporcionadas, ya que tratan de resolver el problema del "parasitismo" (*free riding*), al que se enfrentan los proveedores de servicios de intermediación *online*, sin reducir la competencia entre dichos proveedores.

35 Cabe señalar que las cláusulas de paridad (tanto las *retail wide MFNs* u otras cláusulas amplias como las *narrow MFNs*) han sido prohibidas en algunos Estados miembros, concretamente en Austria y Bélgica.

Restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta

5.1.2 Fijación de precios de reventa - excepciones

El RECAV y las Directrices continúan considerando la fijación de precios de reventa (*resale price maintenance* o "RPM")[36], incluyendo en ella la fijación de márgenes, como una restricción especialmente grave (artículo 4(a) del RECAV). De hecho, en 2018, la Comisión impuso una multa de 111 millones de euros a cuatro fabricantes de productos electrónicos por fijación de precios mínimos o precios fijos de reventa de sus productos a distribuidores online[37]. Esta decisión es especialmente relevante ya que la Comisión llevaba más de quince años sin sancionar este tipo de restricción vertical, pues la había dejado siempre en manos de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

Ahora bien, en las Directrices se amplían las orientaciones sobre el control de precios y se añaden dos excepciones:

(i) Los precios mínimos anunciados (*minimum advertised prices* o *"*MAPs*"*). Con carácter general, los MAPs se calificarán como una fijación de precios de reventa indirecta siempre que se impida al distribuidor informar a sus clientes de sus propios descuentos adicionales a los del proveedor. No obstante, en las Directrices[38] se compatibiliza esta previsión con la prohibición de venta a pérdida de la normativa de competencia desleal. En efecto, se indica que los MAPs podrían estar justificados en virtud del artículo 101.3 del TFUE para evitar una situación recurrente en la que un distribuidor concreto utilice el producto de un proveedor como líder de pérdidas (*loss leader*[39]).

(ii) Los contratos de cumplimiento (*fulfilment contracts*). Según las Directrices[40], la fijación del precio de reventa en un acuerdo vertical entre un proveedor y un comprador que ejecuta un acuerdo previo entre el proveedor y un usuario final específico (por ejemplo, porque por motivos logísticos se ejecuta el contrato a través de un distribuidor independiente) no constituye una fijación de precios de reventa cuando el usuario final haya renunciado a su derecho a elegir la empresa que debe ejecutar el acuerdo. En tal caso, la fijación del precio de reventa no da lugar a una restricción en el sentido del artículo 101.1 del TFUE, puesto que el precio de reventa ya no está sujeto a la competencia en relación con el usuario final en cuestión. Sin embargo, es preciso señalar que la imposición de un precio de reventa por parte del proveedor puede equivaler a la RPM cuando la empresa que presta los servicios de cumplimiento es seleccionada por el cliente.

5.1.3 Contrato de agencia

Ahora bien, las Directrices siguen estableciendo que la fijación del precio de reventa no constituye una práctica prohibida cuando se acuerda en el seno de una relación agencia en el sentido definido por las propias Directrices (agente genuino). A este respecto, cabe destacar que las nuevas Directrices aclaran que los agentes que participen en la venta de bienes no pierden la condición de agente genuino por el hecho adquirir la propiedad de los bienes por un periodo (muy) breve de tiempo, a condición de que (i) la venta se realice por cuenta del principal y (ii) el agente no incurra en costes o riesgos vinculados con la transmisión de la propiedad (véase párrafo 33 de las Directrices). A raíz de lo anterior, resulta posible afirmar que determinados acuerdos, como los de fijación de precio de reventa, entre el proveedor y el agente seguirán estando excluidos.

Las nuevas Directrices facilitan más orientación para determinar la condición de agente genuino (y

36 La fijación del precio de reventa es la práctica por la que un fabricante impone un precio fijo o mínimo para la reventa de un producto de marca a los minoristas u otros distribuidores.
Collins (n.d.). Resale price maintenance definición y significado. https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/resale-price-maintenance.

37 Véanse las Decisiones de la Comisión en los asuntos AT.40182 - Pioneer; AT.40469 - Denon & Marantz, AT.40181 - Philips, AT.40465 - Asus.

38 Párrafo 197(c) de las Directrices.

39 Un *loss leader* es un producto o servicio que se vende a pérdida para atraer a los clientes con el fin de que compren otros productos más caros.
Cambridge Dictionary (n.d.). Significado de Loss leader. https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/resale-price-maintenance.

40 Párrafo 193 de las Directrices.

no entrar así en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE en lo que respecta a la reventa), en concreto en situaciones en las que el agente tiene una doble función (es decir, agente y distribuidor independiente para el mismo proveedor). Por ello, el agente que aspira a ser calificado de genuino debe demostrar que:

(i) las actividades y los riesgos cubiertos por la relación de agencia pueden diferenciarse efectivamente de las actividades de la relación de distribución (párrafo 36 de las Directrices); y

(ii) la relación de agencia (o de distribución) no es obligatoria para el agente, ni siquiera *de facto* (una situación que se daría cuando, por ejemplo, el vendedor amenazara con poner fin a la relación de distribución en caso de cesar la de agencia).

Si se cumplen estas condiciones, un agente con doble función puede considerarse un auténtico agente, siempre que además todos los costes directa o indirectamente relacionados con la relación de agencia estén pagados por el vendedor.

Cabe señalar que los acuerdos con operadores de plataformas *online* normalmente no cumplen las condiciones para ser considerados agentes genuinos (párrafo 46 de las Directrices).

6. Restricciones en los acuerdos de distribución

En el RECAV se reorganiza la lista de las restricciones *hardcore* con el fin de distinguir claramente entre los distintos sistemas de distribución y aumentar el alcance de las restricciones de ventas activas que no se consideran *hardcore* por aplicación de la excepción.

Ventas activas y pasivas

El RECAV recoge una definición expresa de lo que son ventas activas[41] y pasivas[42] en relación con los acuerdos de distribución. De acuerdo con la regla general que se mantiene, la distinción se hará en función de quién tome la iniciativa en la comercialización del producto y la restricción de ventas pasivas sigue siendo más grave. Sin embargo, el nuevo RECAV (artículo 4(b), (c) y (d)) y las Directrices (sección 6.1.2.2) proporcionan más ejemplos y orientación, lo que ayuda a delimitar más precisamente ambas modalidades de venta. Uno de los objetivos perseguidos por la Comisión con esta aclaración es flexibilizar el diseño de las redes de distribución y permitir a los proveedores un mayor control sobre la comercialización de sus productos en entornos digitales.

Por una parte, se indica en qué casos el empleo de medios publicitarios debe considerarse venta activa: el factor determinante es la personalización de esa promoción, es decir si está dirigida específicamente a un determinado grupo de clientes o territorios. A modo de ejemplo (párrafos 213-214 de las Directrices), se considerará venta activa: (i) el uso de publicidad o servicios de comparación de precios o motores de búsqueda dirigidos a grupos de clientes específicos o a clientes de territorios determinados; (ii) el operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos; y (iii) el utilizar en un sitio web idiomas[43] de uso común en determinados territorios, siempre que tales idiomas sean diferentes a los empleados habitualmente en el territorio en el que esté establecido el proveedor (con excepción del inglés).

Por otra parte, se especifica que la participación en licitaciones públicas o privadas se considera una venta pasiva (independientemente del tipo de

41 Artículo 1, l) del RECAV: *"«ventas activas»: dirigirse activamente a clientes mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa o a través de publicidad y promoción personalizadas, fuera de línea o en línea, por ejemplo mediante medios de comunicación impresos o digitales, incluidos los medios en línea, servicios de comparación de precios o publicidad en motores de búsqueda dirigidos a clientes de determinados territorios o grupos de clientes, operar un sitio web con un dominio de primer nivel correspondiente a territorios concretos, u ofrecer en un sitio web lenguas de uso común en determinados territorios, cuando dichas lenguas sean diferentes de las utilizadas habitualmente en el territorio en el que esté establecido el comprador" (Comisión Europea, 2022, p. 5).*

42 Artículo 1, m) del RECAV: *«ventas pasivas»: ventas en respuesta a peticiones no solicitadas de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios al cliente, siempre y cuando no se haya iniciado la venta mediante la publicidad activa dirigida al cliente, grupo de clientes o territorio concretos, e incluyendo las ventas resultantes de la participación en procedimientos de contratación pública o que respondan a invitaciones privadas de licitación.*

43 Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2010, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH/ Oliver Heller*, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 93.

procedimiento de licitación pública), puesto que se entiende que la iniciativa proviene del órgano contratante. De ello se desprende que cualquier acuerdo que limite la capacidad de un distribuidor para participar en una licitación pública o para responder a una invitación en una licitación privada supone una restricción especialmente grave cuando tal licitación se desarrolle fuera de su ámbito de exclusiva.

Distribución exclusiva

La reforma también modifica algunas condiciones de la distribución exclusiva[44]. En primer lugar, es novedosa la posibilidad de configurar una exclusiva compartida (artículo 4(b) del RECAV). Mientras que el antiguo RECAV únicamente aplicaba la exención automática al nombramiento de un distribuidor exclusivo por territorio o por grupo de clientes, ahora queda ampliada la cobertura del puerto seguro hasta un máximo de cinco distribuidores exclusivos por cada territorio o cada grupo de clientes.

La Comisión considera que este número permite mantener los incentivos para que los distribuidores inviertan en la promoción y venta de los productos del proveedor, al tiempo que ofrece suficiente flexibilidad al proveedor para organizar su sistema de distribución. Sin embargo, por encima de este máximo, existiría el riesgo de que los distribuidores exclusivos se aprovecharan de las inversiones y esfuerzos de los demás (*free riding*), eliminando así el incentivo de cada distribuidor para invertir y, por tanto, la eficacia que justifica permitir estas restricciones en la distribución exclusiva.

En segundo lugar, el RECAV permite proteger un territorio o grupo de clientes que haya sido reservado por el proveedor o atribuido en exclusiva a un distribuidor de las ventas activas no solo de otros distribuidores (como hasta ahora), sino que también de sus clientes directos. Por lo tanto, un proveedor puede legítimamente obligar a sus compradores a repercutir la obligación en sus clientes cuando el cliente del comprador haya celebrado un acuerdo de distribución con el proveedor o con una parte a la que el proveedor haya otorgado derechos de distribución. Así, se pueden proteger los incentivos a la inversión de los distribuidores. Quedan, por lo tanto, incorporadas a la exención las restricciones *pass on*[45] o "en cascada" en la distribución exclusiva y también en la distribución selectiva.

Distribución selectiva

El nuevo RECAV concede una mayor protección a los sistemas de distribución selectiva frente a las ventas de distribuidores no autorizados situados en el territorio de la distribución selectiva (artículo 4(c)(i))[46]. En efecto, las nuevas Directrices explican que un sistema de distribución selectiva puede beneficiarse de la exención por categorías independientemente de la naturaleza del producto en cuestión, de la naturaleza de los criterios de selección y de la publicidad de estos últimos.

Concretamente, el RECAV permite a los proveedores restringir a los compradores y a sus clientes las ventas activas o pasivas a distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en el que el proveedor opere un sistema de distribución selectiva. A diferencia de lo que ocurría con el antiguo RECAV, esta habilitación es aplicable con independencia de que esos compradores o clientes estén situados dentro o fuera del territorio en el que se ha establecido la distribución selectiva. Sin embargo, las restricciones al suministro cruzado entre miembros del sistema de distribución selectiva, así como las restricciones territoriales y de clientes en la zona donde se ha establecido la distribución selectiva, siguen siendo restricciones especialmente graves.

Además, cabe señalar que la combinación de modelos (exclusiva y selectiva) en un mismo territorio o para un mismo grupo de clientes (por ejemplo, la configuración de un sistema exclusivo a nivel mayorista y un sistema selectivo a nivel minorista) continúa siendo una restricción especialmente grave de la competencia.

44 Artículo 1, g) del RECAV: «sistema de distribución exclusiva»: un sistema de distribución en el que el proveedor se reserva un territorio o grupo de clientes exclusivamente a sí mismo o a un máximo de cinco compradores, y restringe la venta activa en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes para el resto de sus compradores.

45 La capacidad de transmitir/repercutir la restricción de ventas activas no se extiende, aparentemente, a los clientes del distribuidor que no hayan sido designados formalmente como revendedores. No parece haber una razón clara para este cambio.

46 Artículo 1, g) del RECAV: «sistema de distribución selectiva»: un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema.

Distribución dual e intercambio de información

En los últimos años, la distribución dual ha sido objeto de un significativo incremento desencadenado por el aumento de las ventas *online* (y el uso de *marketplaces*) y, en particular, de las ventas que los proveedores pueden realizar a través de sus propias tiendas *online*[47].

Esta situación particular tiene lugar cuando un proveedor vende bienes o servicios a distribuidores independientes y, paralelamente, opera al mismo nivel que los distribuidores independientes (es decir, sus clientes), compitiendo así con estos últimos (por ejemplo, un proveedor vende sus productos a minoristas independientes, pero también opera sus propias tiendas minoristas físicas u *online*). Este cambio de dinámica no ha pasado desapercibido a la Comisión, que ha reformado también este extremo. La Comisión sigue adoptando la postura de que el impacto positivo de la distribución dual en la competencia generalmente superará cualquier posible impacto negativo en la relación competitiva entre el fabricante y el distribuidor a nivel minorista.

La normativa anterior excluía de la exención por categorías los acuerdos verticales entre competidores, pero establecía explícitamente que la distribución dual quedaba cubierta por el puerto seguro para los acuerdos verticales, recibiendo así el mismo tratamiento que éstos. En la normativa actual se pueden apreciar ampliaciones y reducciones de la cobertura de la salvaguardia regulatoria (aunque el RECAV no se aplica a acuerdos entre empresas competidoras fuera de la distribución dual).

Por un lado, la exención ahora abarca también a mayoristas e importadores (además de fabricantes), siempre que el distribuidor no compita con el proveedor aguas arriba respecto del nivel en el que compra los bienes o servicios. Por otro lado, hay dos limitaciones significativas. La primera excluye los acuerdos verticales de naturaleza híbrida (artículo 2(6) del RECAV y sección 4.4.4. de las Directrices), es decir, los acuerdos relativos a la prestación de servicios de intermediación *online* ("OIS" por sus siglas en inglés) en los que el proveedor de OIS también vende bienes o servicios en competencia con las empresas a las que el proveedor de OIS ha proporcionado bienes o servicios. La segunda trata de un tema que dio lugar a mucho debate durante el proceso de reforma: el alcance de la exención en intercambios de información entre el proveedor y sus distribuidores. El articulo 2(5) del RECAV estableció finalmente que un intercambio de información en distribución dual está cubierto por la salvaguardia regulatoria sólo cuando (i) está directamente relacionado con la aplicación del acuerdo vertical y (ii) sea necesario para generar una mejora en la producción o distribución de los bienes o servicios cubiertos por el acuerdo (criterios cumulativos). Cuando no se den esas circunstancias, el intercambio de información deberá ser estudiado individualmente para determinar si es compatible con el artículo 101 del TFUE.

En relación con los intercambios de información, también merece la pena destacar que las Directrices recogen una lista "blanca" (*white list*[48]) de carácter no cerrado de información que puede intercambiarse en tanto suele beneficiarse de la exención por categorías. Entre las materias que pueden intercambiarse libremente entre proveedor y distribuidores cabe señalar: información técnica, logística, sobre *marketing* y promociones; *feedback* de clientes; precios de reventa de sus distribuidores; porcentaje de ventas realizadas por el distribuidor de los productos suministrados por el proveedor sobre el total de ventas del distribuidor de ese tipo de productos (incluyendo los comprados a otros proveedores distintos) e información agregada, por parte del distribuidor al proveedor, sobre el rendimiento de otros distribuidores de su red (actividades de *marketing* y ventas).

Por el contrario, las Directrices también incluyen una lista "negra" de información (*black list*[49]) que, salvo ciertas excepciones, no es susceptible de exención. Hay tres categorías principales: precios de reventa futuros; información de ventas a clientes individuales (con excepciones); e información intercambiada sobre los productos de marca blanca entre una cadena de supermercados y los fabricantes que producen bajo marca propia productos competidores.

Otro aspecto que merece la pena destacar de la nueva redacción de las Directrices (párrafo 103 de las Directrices) es que se recogen orientaciones sobre medidas de aseguramiento que minimicen el riesgo de infracción, tales como agregar la información

47 Una situación de este tipo también se puede encontrar en el ámbito de franquicias, ya que el franquiciador suele disponer de establecimientos propios que compiten con los de los franquiciados.

48 Párrafo 99 de las Directrices.

49 Párrafo 100 de las Directrices.

compartida, aplicar un retraso en la comunicación de información o implantar medidas técnicas o administrativas con el fin de garantizar que la información comunicada solo sea accesible al personal responsable de cada parte al acuerdo (barreras de información o *firewalls*).

7. Otras cuestiones de interés

Plataformas digitales (o proveedores de servicios de intermediación *online*)

Un tema transversal de la reforma es el tratamiento de las plataformas digitales en el marco de esta normativa, dadas sus especificidades (dualidad de funciones) y su creciente importancia en la economía y, en particular, en los acuerdos de distribución. A diferencia del antiguo RECAV, el nuevo reglamento cubre específicamente los OIS. El artículo 1, apartado 1, letra (d) del nuevo RECAV aclara que los proveedores de OIS pueden considerarse proveedores a efectos de la aplicación de esta norma. El artículo 1, apartado 1, letra (e) del nuevo RECAV define los servicios de intermediación *online* como servicios de la sociedad de la información prestados a otras empresas o a consumidores. Además, las Directrices (sección 4.3) proporcionan orientación sobre cómo se aplica el reglamento a los acuerdos verticales con OIS. Cabe destacar que los servicios de intermediación *online* se consideran un bien o servicio a efectos del reglamento y también los bienes y servicios intermediados se consideran bienes y servicios, por lo que el OIS por ejemplo no puede fijar el precio de venta de los bienes y servicios intermediados.

Como se ha explicado anteriormente, las plataformas digitales reciben a veces un trato diferente a otras empresas. Por ejemplo, los OIS no suelen considerarse auténticos agentes, las plataformas híbridas no se benefician de la exención de la distribución dual, las *retail wide MFNs* se dirigen específicamente a los proveedores de OIS y las *narrow MFNs* impuestas por los OIS tienen más probabilidades de ser anticompetitivas. Además, el umbral de cuota de mercado establecido en el artículo 3.1 del RECAV debe calcularse sobre el mercado de suministro (y compra) de OIS y no sobre el mercado o mercados de los bienes y servicios intermediados, por lo que es menos probable que las grandes plataformas de OIS se beneficien del RECAV. Además, la fijación por los OIS del precio de venta de los bienes o servicios intercambiados en su plataforma sería una restricción especialmente grave.

Cabe señalar que los cambios son coherentes con la recientemente adoptada Ley, o más bien el Reglamento, de Mercados Digitales (Parlamento Europeo, 2022), que se centra en los *gatekeepers* digitales (empresas que gozan de poder de mercado y, por lo tanto, no se benefician del puerto seguro).

Cláusulas de no competencia

En línea con el artículo 5 del RECAV, las Directrices introducen la exención de las cláusulas de no competencia con renovación tácita[50] bajo ciertas circunstancias. Antes de la reforma, las renovaciones tácitas se equiparaban a una duración indefinida y, por ello, quedaban excluidas de la salvaguardia regulatoria. Ahora, las cláusulas de no competencia cuya duración no exceda cinco años, pero tácitamente renovables más allá de ese periodo, podrán también beneficiarse de la exención a condición de que el distribuidor pueda o bien renegociar, o bien terminar efectivamente la obligación de no competencia a partir del quinto año, lo que permite al comprador cambiar efectivamente de proveedor tras la expiración de ese período (párrafo 248 de las Directrices). Para el ejercicio efectivo de esta facultad es preciso que el distribuidor no tenga que incurrir en costes no razonables y el periodo de preaviso que tenga que respetar sea razonable.

Por otra parte, las obligaciones de no competencia impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva con respecto a la reventa de productos específicos de proveedores competidores siguen sin beneficiarse de la exención.

Objetivos de sostenibilidad

Es interesante señalar que las nuevas normas también enfatizan la importancia de incluir los objetivos de desarrollo sostenible[51] en la valoración de la compatibilidad de un acuerdo con las normas de

50 Artículo 1, f) del RECAV: «cláusula de no competencia»: cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente.

51 El desarrollo sostenible es un principio fundamental del Tratado y un objetivo prioritario para las políticas de la Unión (artículo 3, apartado 3 del TUE). Véase también párrafo 8 de las Directrices: *El concepto de sostenibilidad incluye, entre otras cosas, la lucha contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero), la limitación del uso de los recursos naturales, la reducción de residuos y la promoción del bienestar animal.*

competencia. La justificación legal de ese planteamiento sostenible brota del considerar que la consecución de dichos objetivos puede constituir una eficiencia al amparo del artículo 101.3 del TFUE. Algunas eficiencias explícitamente reconocidas por las Directrices (párrafo 144) son el uso de criterios relacionados con la sostenibilidad en un sistema de distribución selectiva y la imposición de obligaciones de exclusividad para incentivar las inversiones en plantas de energía verde.

Por su relevancia, también cabe señalar que las Directrices contemplan la posibilidad de admitir la legalidad de las cláusulas de marca única[52] de más de cinco años de duración, cuando esas restricciones ayuden a la consecución de objetivos de desarrollo sostenible. También, existe esta justificación en el ámbito de las cláusulas de no competencia (párrafo 316 de las Directrices).

8. Conclusiones

Aunque esta nueva reforma sólo resulte de aplicación a la Unión Europea, aborda una serie de cuestiones, especialmente las digitales, que ocupan un lugar destacado en la agenda de muchas autoridades de competencia y gobiernos de todo el mundo en 2022. En este momento, la reforma refleja y pone en práctica los hallazgos del estudio más extenso sobre cómo la nueva economía de plataformas ha afectado al comercio, todo desde la perspectiva de los acuerdos verticales.

Si bien el sistema de exención por categorías puede ser específico para algunas jurisdicciones, los nuevos principios y orientaciones establecidos en el RECAV y, especialmente, en sus Directrices son generalmente aplicables a la mayoría de las jurisdicciones de fuera de la UE. En opinión de los autores, las Directrices son una herramienta valiosa incluso para las empresas de otros continentes que buscan anticiparse a cualquier reforma o cambio en el análisis competitivo de dichos acuerdos en sus jurisdicciones, especialmente en lo que concierne al tratamiento de las plataformas y *marketplaces online*.

Como es obvio, ninguna jurisdicción seguirá ciegamente el enfoque europeo (y tampoco debería hacerlo), pero esta legislación ofrece un punto de partida útil. Por ejemplo, la exención por categorías para acuerdos verticales del Reino Unido, que también entró en vigor el 1 de junio de 2022, presenta algunas divergencias con el RECAV de la UE. También es cierto que el nuevo RECAV dista mucho de ser impecable y plantea nuevas cuestiones (como la forma de fijar los precios en el contexto de la doble tarificación a nivel mayorista, la evaluación de las *retail wide y narrow MFNs* o lo que constituye una restricción con el objeto de impedir el uso efectivo de internet) que deberán abordar la Comisión, las autoridades nacionales y, lo que es más importante, los Tribunales europeos.

También será interesante ver cómo las empresas adaptarán sus contratos durante el periodo de transición y, en particular, cómo aprovecharán la mayor flexibilidad en torno a ciertas prácticas relacionadas con las restricciones de las ventas por internet, el diseño de sistemas de distribución selectiva o las restricciones de las ventas activas (exclusividad compartida) o, por el contrario, cómo se adaptarán al enfoque más estricto para la doble distribución o las MFNs.

Sin duda alguna, esta nueva reforma, que ha sido fruto de un largo estudio y de intercambios de opiniones, implicará una ulterior intensa labor de reflexión, investigación y adaptación por parte de los operadores del Derecho de la Competencia, tanto dentro como fuera de la UE, durante los próximos doce años.

Referencias bibliográficas

Arroyo Aparicio, A. (2019). Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty). *Cuadernos de Derecho Transnacional*,*11*(1), 663-670. https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4637.

Comisión Europea. (2022). *Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines.* https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf.

Escudero Puente, A. & Tuit, M. (2022). *Nuevas normas de competencia aplicables a los acuerdos de distribución*. https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/nuevas-normas-de-competencia-aplicables-a-los-acuerdos-de-distribucion/.

52 Cláusulas por las que el cliente se compromete a comprar la mayoría de sus necesidades de un determinado producto sólo a un determinado proveedor. (Escudero y Tuit, 2022).

Heinz, S. (5 de junio de 2019). *Booking.com's „narrow" MFN clauses now also permissible in Germany, Court of Appeals rules.* http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/06/05/booking-coms-narrow-mfn-clauses-now-also-permissible-in-germany-court-of-appeals-rules/.

Massaguer Fuentes, J. M.; Navarro Varona, E.; Folguera Crespo, J.; Magide Herrero, M.; Gutiérrez Hernández, A.; Vidal Martínez, P.; Capilla Casco, A.; Guerra Fernández, A.; Sarmiento Ramírez-Escudero, D.; Vélez Fraga, M.; Encinas Rodríguez, A. (2020). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. (6ª ed.). Aranzadi.

Mata Sierra, M.T. (1994). *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*(1ª. ed.). Tecnos.

Parlamento Europeo. (24 de marzo de 2022). *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users.* https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users.

Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (11 de mayo de 2022). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R0720.

Van Bael & Bellis (2021). *Competition Law of the European Union*. (6ª ed.). Kluwer Law International. .

UK Competition and Markets Authority (20 de Agosto de 2015). *Hotel online booking: monitoring of pricing practices of online travel agents*. https://www.gov.uk/cma-cases/online-travel-agents-monitoring-of-pricing-practices.

Las marcas en la industria del cannabis: reflexiones sobre sus particularidades

— Helena Camargo Williamson* —

Resumen

La industria del cannabis legal ha tenido, y seguirá teniendo, un crecimiento acelerado. Una industria de tal dimensión trae consigo muchos retos, dentro de los cuales la protección de la propiedad intelectual no es indiferente. En materia de protección marcaria, surgen interrogantes muy característicos. En ese sentido, en el presente artículo se determinará, por un lado, si son registrables las marcas que indiquen o evoquen cannabis, o contengan la representación de la planta de cannabis, o si por el contrario deben ser negadas bajo la óptica de ser contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres. Por otro lado, se considerará si es posible otorgar marcas para productos de cannabis de cualquier tipo en aquellos países donde sólo se permite su uso para fines medicinales, o si por el contrario debería restringirse la concesión de estos signos distintivos a la Clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza.

Finalmente, se determinará la relación entre las marcas que amparan productos de cannabis, la obligación de uso y la causal de exoneración de uso por fuerza mayor.

Palabras clave

Propiedad industrial, protección marcaria, cannabis, obligación de uso, pandemia, Clasificación Internacional de Niza, Convenio de París

Abstract

The legal cannabis industry has been, and will continue to be, growing rapidly. An industry of this size brings with it many challenges, within which the protection of intellectual property is not indifferent. In the area of trademark protection, very characteristic questions arise. In this sense, this article will determine, on the one hand, whether trademarks indicating or evoking cannabis, or containing the representation of the cannabis plant, are registrable, or whether on the contrary they should be denied in order to be contrary to the law, morals and good costumes. On the other hand, it will be considered whether it is possible to grant brands for cannabis products of any kind in those countries where their use is only allowed for medicinal purposes, or whether the granting of these distinctive signs should be restricted to Class 5 of the Nice International Classification.

Finally, the article will determine the relationship between the brands that protect cannabis products, the obligation of use and the grounds for exemption from use by force majeure.

Keywords

Industrial property, trademark protection, Cannabis, obligation to use, pandemic, Nice International Classification, Paris Convention

* Helena Camargo es abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y especialista en propiedad industrial, derecho de autor y nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es socia de la firma Posse Herrera Ruiz, donde dirige el área de Propiedad Intelectual. Cuenta con más de 30 años de experiencia aconsejando y representando a clientes nacionales y extranjeros en asuntos de propiedad intelectual y sanitarios. Helena es una de las primeras abogadas colombianas en gestionar portafolios marcarios asociados a la industria del Cannabis.

1. Introducción

Es indudable que la industria del cannabis legal ha tenido, y seguirá teniendo, un crecimiento acelerado. De hecho, se espera que el mercado legal del cannabis a nivel global, estimado en 2018 en USD 12 mil millones (mm), llegue a USD 166 mil millones en el 2025 (Ramírez et al., 2019, p.4).

Una industria de esta magnitud trae consigo muchos retos, dentro de los cuales la protección de la propiedad intelectual no es menor.

Una publicación de la Revista Forbes de México sugiere que los consumidores buscan tanto productos que les ayuden a dormir mejor, mercado que alcanzará los 46.500 millones de dólares para el 2015, como productos que mejoren el rendimiento físico y mental durante el día, y propone que es el momento de introducir una categoría innovadora de productos que impulsen al cannabis al protagonismo. Indica esta publicación que aproximadamente el 45% de los adultos optaron por el cannabis en lugar del alcohol durante la pandemia (Nieto, 2022).

En materia de protección marcaria, surgen interrogantes muy característicos. Así, se requiere determinar si son registrables las marcas que indiquen o evoquen cannabis, o contengan la representación de la planta de cannabis, o si por el contrario deben ser negadas bajo la óptica de ser contrarias a la ley, o a la moral y las buenas costumbres, ello a la luz de las normas penales de los países que las tengan, así como bajo la perspectiva del Artículo 7 del Convenio de París.

También es necesario considerar si es posible otorgar marcas para productos de cannabis de cualquier tipo en aquellos países donde sólo se permite su uso para fines medicinales, o si por el contrario debería restringirse la concesión de estos signos distintivos a la Clase 5 de la Clasificación Internacional de Niza.

Finalmente, es importante también determinar la relación entre las marcas que amparan productos de cannabis, la obligación de uso y la causal de exoneración de uso por fuerza mayor.

Las diversas posiciones de los países frente a la industria del Cannabis

Para los propósitos de este análisis, podemos clasificar la posición de los países latinoamericanos en las siguientes categorías:

1. Aquellos donde se permite el cultivo, comercialización y consumo de cannabis, con restricciones referentes a la cantidad que se puede adquirir y cultivar, pero no en cuanto a sus fines medicinales o recreativos. (Uruguay[1], Jamaica[2])

2. Aquellos donde se establecen algunos permisos para el cultivo, comercialización y consumo de cannabis, pero sólo para fines industriales, científicos y/o medicinales (Brasil[3], Argentina[4], Colombia[5], Chile[6], Paraguay[7], México[8], Costa Rica[9], Panamá[10], Puerto Rico[11], Perú[12 13]):

3. Aquellos donde se permite su utilización en la industria, pero sólo del cannabis no psicoactivo o cáñamo, esto es, de la planta, o la parte

1 Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. Ley 19172 de 2014. Montevideo 20 de diciembre de 2013. Recuperado de: http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf

2 Parlamento Jamaiquino. Dangerous Drugs (Amendment) Act 2015. 20 de marzo de 2015. Recuperado de: https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Dangerous%20Drugs%20Act_0.pdf

3 *Deutsche Welle.* (14 de junio de 2022)."Brasil: tribunal autoriza por primera vez cultivo de cannabis". https://p.dw.com/p/4CiEn

4 Presidencia de la República Argentina. (11 de noviembre de 2020).Decreto 883 del 2020. https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/237208/20201112#:~:text=DCTO%2D2020%2D883%2DAPN,Reglamentaci%C3%B3n.&text=CONSIDERANDO%3A,de%20Cannabis%20y%20sus%20derivados.

5 Congreso de la República de Colombia. (06 de julio de 2016). Ley 1787 de 2016.

6 Congreso Nacional de Chile. (2 de febrero de 2005). Ley 20000 de 2005.

7 Congreso Nacional de la República de Paraguay. (26 de agosto de 2020). Ley 6602 de 2020.

8 Presidencia de los Estados Unidos Mexicanos. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario para la Producción, Investigación y Uso Medicinal de la Cannabis y sus Derivados Farmacológicos. (12 de agosto de 2021). https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609709&fecha=12/01/2021#gsc.tab=0

9 Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2 de marzo de 2022). Ley 10.113 de 2022.

10 Asamblea Nacional de Panamá. (13 de octubre de 2021). Ley 242 de 2021.

11 Asamblea Legislativa de Puerto Rico. (09 de julio de 2017). Ley 42 de 2017.

12 Congreso de la República de Perú. (17 de noviembre de 2017). Ley 30681 de 2017.

13 Congreso de la República de Perú. (25 de julio de 2021). Ley 31312 de 2021.

de la misma, cuyo contenido de delta-9 tetrahidrocannabinol –THC- es inferior a 1 % en peso seco (Ecuador[14])

4. Países donde se permite la posesión personal, pero no su venta o cultivo (Perú[15], Brasil[16]).

Lo cierto es que la tendencia a nivel mundial es la de autorizar el cultivo y consumo de cannabis no sólo para fines médicos o científicos, sino también para uso recreativo, tendencia que se justifica en factores tales como arrebatarle el negocio al narcotráfico y dar un viraje a la guerra contra las drogas, pero sobre todo por las sumas de dinero que este negocio mueve.

2. Las diversas posiciones de los países frente al registro de marcas para productos o servicios relacionados con el Cannabis

Las Oficinas de Marcas alrededor del mundo han adoptado diversas posiciones en torno a la registrabilidad de marcas que amparan productos o servicios relacionados con el cannabis, o que están conformadas por términos o imágenes que representan o evocan cannabis. A continuación, cito algunos ejemplos de estas posiciones divergentes.

En Estados Unidos, donde el cultivo y uso del cannabis está legalizado en algunos estados, pero no a nivel federal, la United States Patent and Trademark Office USPTO consistentemente rechazaba cualquier solicitud de registro de marcas asociadas con cannabis o que buscaran amparar productos o servicios relacionados con dicha planta.

Esta situación cambió el 2 de mayo de 2019, cuando, a raíz de la expedición de la Ley Agrícola (Farm Bill) de 2018, la USPTO expidió nuevas guías de examen para este tipo de marcas.

> La Ley Agrícola de los Estados Unidos, sancionada el 20 de diciembre de 2018, modifica la Ley de Comercialización Agrícola (AMA), eliminando el "cáñamo" de la definición de marihuana contenida en la Ley de Sustancias Controladas (CSA). Lo anterior significa que "las plantas de cannabis y los derivados que no contienen más del 0,3% de THC en peso seco ya no son sustancias controladas bajo la CSA. (Bernal, 2019)

Lo antes mencionado abre la puerta para el registro de las marcas que busquen amparar tales productos. Esta posibilidad no se extiende a marcas que amparen alimentos, bebidas, suplementos dietarios o alimentos que contengan cannabidiol (CDB), pues tales productos no pueden ser comercializados legalmente en el comercio interestatal.

En cuanto a los servicios que involucren el cultivo o la producción de cannabis; o productos relacionados al cannabis, el solicitante deberá certificar que la actividad se llevó a cabo bajo licencia o autorización de un estado, territorio o tribu nativoamericana de conformidad con un plan aprobado por Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA).[17]

En otro sentido, en diciembre de 2019 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea negó el registro de una marca consistente en la imagen de una planta de cannabis y las palabras "Cannabis Store Amsterdam", por considerarla "contraria al orden público", al entender que tales símbolos pueden incitar al consumo de drogas. La marca había sido solicitada para una tienda-restaurante de productos alimenticios (Salvatierra, 2019).

En el 2007, en Perú, el Indecopi negó el registro de la marca *Marijuana* acompañada de un logotipo que incluía una representación de dicha planta, con fundamento en la prohibición de registrar signos "contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres".[18] Sin embargo, en el 2011 concedió la marca *Huerta Perdida*, la cual también incluye la imagen de una hoja de cannabis, haciendo una distinción entre signos contrarios a las buenas costumbres y signos que puedan ser considerados "de mal gusto".[19]

14 El Universo. (29 de julio de 2020). *"Con la emisión de licencias se autorizará cultivo de cannabis en Ecuador"*. https://www.eluniverso.com/noticias/2020/07/22/nota/7915860/cannabis-ecuador-normativa

15 Congreso de la República de Perú. (17 de noviembre de 2017). Ley 30681 de 2017.

16 Deutsche Welle. (2022)."*Brasil: tribunal autoriza por primera vez cultivo de cannabis*". https://p.dw.com/p/4CiEn

17 The United States Patent and Trademark Office. Examination Guide. *Examination of Marks for Cannabis and Cannabis-Related Goods and Services after Enactment of the 2018 Farm Bil*. 2019. Pág. 1-19. https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Exam%20Guide%201-19.pdf

18 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 3197-2008/TPI-INDECOPI. 2008. pp. 8-9.

19 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 0436-2011/TPI-INDECOPI. 2011. p. 31.

En un caso más reciente, el Indecopi negó el registro de la marca *Clínica Cannabis* en Clase 44 (servicios médicos), con fundamento en que dicho signo carece de aptitud distintiva, pues la expresión sería entendida como refiriéndose a un establecimiento de salud en donde se tratará a los pacientes con cannabis. El elemento gráfico del signo, consistente en la representación estilizada de una hoja de cannabis sobre una cruz, se limita a reforzar la idea que transmite la denominación (Lex, 2022).

En Costa Rica, el Tribunal Registral Administrativo negó el registro de la marca *Cannabis* en Clase 35, por considerarla contraria a la moral y al orden público (Soto, 2020).

En Argentina, no existe restricción alguna para el registro de marcas relacionadas con cannabis, salvo aquellas que aplican a cualquier marca. Sin embargo, la marca mixta *Cannabis* fue negada en Clase 34 (tabaco, cigarrillos y otros artículos para fumadores), con fundamento en ser contraria a la moral y las buenas costumbres (Alcaraz, 2020).

En cuanto a México, la prohibición de registrar marcas contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres fue derogada, abriendo así la puerta al registro de marcas cuya denominación esté relacionada con el cannabis.

Estos ejemplos puntuales permiten ver que las marcas relacionadas con la industria del cannabis han recibido en algunos países tratamientos diferentes a aquellos que se aplican a la generalidad de las marcas, bien sea prohibiendo completamente su registro, como sucedía en Estados Unidos antes de la Ley Agrícola, bien sea negándolas por ser contrarias a la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, hay un aspecto que merece ser tenido en consideración: la disposición del Artículo 7 del Convenio de París.

3. Artículo 7 del Convenio de París

Establece el artículo 7 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883: "*La naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no puede, en ningún caso, ser obstáculo para el registro de la marca*".[20]

La aplicación literal de esta disposición implica que ninguna marca puede ser denegada bajo el argumento de que busque amparar productos o servicios relacionados con el cannabis.

Sin embargo, la mencionada disposición debe entenderse en concordancia con el artículo 6 *quinquies*, según el cual las marcas de fábrica o de comercio no podrán ser rehusadas para su registro ni invalidadas más que en tres casos, dentro de los cuales se incluye:

> cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público. Se entiende que una marca no podrá ser considerada contraria al orden público por el solo hecho de que no esté conforme con cualquier disposición de la legislación sobre marcas, salvo en el caso de que esta disposición misma se refiera al orden público.[21]

Así pues, una marca no podrá ser negada por amparar cannabis o productos que lo contengan, pero sí por incluir referencias al cannabis en su denominación.

En este sentido, la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI) negó el registro de la marca *MH Medical Hemp* por considerarlo un signo contrario a la ley:

> La expresión medical hemp, en español marihuana médica o cannabis médico, aun cuando el titular ha desreivindicado voluntariamente su protección, continúa siendo parte del signo e igualmente será usada de esta manera en el tráfico mercantil; y unido al diseño de la estructura del tetrahidrocannabinol, principal constituyente psicoactivo del cannabis, sin lugar a dudas contravienen la legislación de marcas vigente en el territorio nacional debido a que el Código Penal de nuestro país (Ley No. 62 o Código Penal Cubano de 29 de diciembre de 1987 y puesto en vigor el 30 de abril de 1988) prohíbe el uso de los estupefacientes, drogas, sustancias psicoactivas o psicotrópicas u otras de efectos similares obtenidas de esta planta. (2022, p.1)

20 https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3468565/09.+08-ConvenioParis.pdf/f41da984-822f-6bbb-61d9-95dc-0d6a7eaf

21 Cuestionando la existencia de la prohibición absoluta de registro de marcas contrarias a la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres, establecida en el artículo 135 inciso p) del la Decisión No 486. (2012). Pontificia Universidad Católica del Perú.

4. La registrabilidad de las marcas relacionadas con el cannabis

Partiendo de la idea de que las marcas que amparan productos o servicios relacionados con el cannabis deben ser examinadas bajo los mismos criterios que cualquier otra marca, resulta interesante resaltar cómo ha sido analizada la distintividad intrínseca de estos signos.

a) Marcas genéricas

Una marca genérica es aquella que indica, de manera clara, directa e inequívoca, qué es el producto o servicio por ella amparado, siendo también genérico el nombre que se utiliza para designar de manera usual el producto, aunque su significado no aparezca en un diccionario.

En ese sentido, el Tribunal Andino de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones lo siguiente:

> En el marco del Literal g) del Artículo 135 de la Decisión 486, se entiende por signo común o usual aquel que se encuentra integrado exclusivamente por uno o más vocablos o indicaciones de los que se utilizan en el lenguaje corriente o en el uso comercial del país en que se ha solicitado el registro del signo, para identificar los productos o servicios de que se trata.[22]

En aplicación de esta prohibición, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia negó el registro de la marca *Mariajuana* en Clases 5 y 34, con el argumento de que

> si bien el término Mariajuana puede ser considerado como un nombre compuesto, María Juana, también corresponde a una designación común en Colombia y otros países de la región, por cuanto es utilizado en el lenguaje coloquial u argot popular para referirse al cannabis o marihuana (especialmente con connotación recreativa).[23]

En una decisión muy interesante, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia analizó la registrabilidad de la marca *Cannabs* en Clase 5 frente a las causales de carencia de distintividad intrínseca.

Con respecto a la genericidad del signo *Cannabs*, la Superintendencia consideró que no se trata de un término genérico, sino evocativo, pues, debido a la manera como está escrita, carece de significado, pero sugiere al consumidor una relación directa con la palabra cannabis, "*la cual es entendida como una preparación presente en múltiples productos de naturaleza medicinal*". El signo solicitado, afirma, no alude al género de los productos que identifica los cuales son medicamentos, ni es de necesaria utilización para los empresarios del sector para designar u ofrecer sus productos o servicios.

Con relación a si es la designación común o usual del producto, se tomó en consideración que la expresión Cannabis hace parte de una pluralidad de signos en la Clase 5 (*Cannabimax, Cannabidol, Cannabifarma,* y otros), por lo cual debe ser considerada como una palabra débil y de uso común. Sin embargo, la partícula *Cannabs* no está presente en otros conjuntos marcarios, por lo cual no puede afirmarse que se haya convertido en una expresión de común usanza para el consumidor.

Sin embargo, encuentra que la configuración *Cannabs* resulta insuficientemente distintiva pues no logra generar un impacto y recordación en los consumidores que les permita distinguir el producto y asociarlo con un origen empresarial determinado.[24]

En Chile, el Tribunal de Propiedad Industrial negó el registro de la marca *Weed* para distinguir almacenaje y distribución de productos farmacéuticos y de artículos para fumadores, con fundamento en que el signo solicitado se traduce "*hierba, en general o también como marihuana*", por lo cual indica de forma directa el objeto de los servicios pedidos y resulta engañoso respecto a otros productos diversos a la hierba.[25]

En otra decisión, El Tribunal de Propiedad Industrial de Chile negó el registro de *Blackberry Kush* para distinguir semillas de marihuana en Clase 31. Al respecto consideró que la presentación de una solicitud de marca para productos que incluyan marihuana o cannabis no implica una vulneración del ordenamiento jurídico, por cuanto el uso de cannabis para fines de investigación científica o

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial de 18 de abril de 2018. Proceso No 299-IP-2016. Pág. 14.

23 Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección de Signos Distintivos. Resolución 22276 de 22 de abril de 2022. Pág. 5.

24 Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección de Signos Distintivos. Resolución 68159 de 21 de octubre de 2021.

25 Tribunal de Propiedad Industrial de Chile. Sentencia de 12 de abril de 2018. Ministros Fitch Rossel Pamela, Iglesias Muñoz Carmen y Álvarez Piñones Andrés. Pág.1.

clínica y determinados tratamientos médicos se encuentra permitido. Sin embargo, fundamentó el rechazo en que la marca solicitada corresponde a una expresión genérica, al ser Blackberry Kush una semilla fruto de un cruce automático entre la Blueberry original y una planta de hachís Kush resinosa y de color oscuro seleccionada de un banco de genética.[26]

El Tribunal chileno negó también *Pure Hemp* para distinguir productos de la Clase 34, con fundamento en que dicha expresión, traducida al español, es "cáñamo puro", esto es, "*marihuana cuya característica principal es encontrarse en estado puro, es decir libre y exento de toda mezcla de otra cosa, lo cual hace al signo indicativo en relación a los productos solicitados e inductivo a error respecto de aquellos que no se traten o no se relacionen al cáñamo en estado puro*".[27]

b) Marcas descriptivas

En términos generales, una marca descriptiva es aquella que informa cualidades, características o propiedades de los productos o servicios amparados por dicha marca. En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*:*

> Los signos descriptivos, son aquellos que indican la naturaleza, función, cualidades, cantidad, destino, lugar de origen, características o informaciones de los productos a los cuales protege la marca, y el consumidor por medio de la denominación llega a conocer el producto o una de sus características esenciales.[28]

En la legislación andina, no todo signo descriptivo está impedido de fungir como marca. Para que ello suceda, el signo debe referirse exactamente a la cualidad común y genérica de un producto; así, el término confortable será descriptivo para sillones, pero no para helados. Por eso, para determinar si un signo es descriptivo, la doctrina sugiere preguntarse cómo es el producto, y si la respuesta coincide con el signo, éste se considerará descriptivo.

A continuación, se mencionan algunos ejemplos de la manera como se ha analizado la descriptividad de marcas relacionadas con el cannabis, los cuales demuestran que este criterio no se aplica uniformemente en los países de Latino América.

En una resolución de 2019, el INAPI de Chile rechazó el registro de la marca *Outdoor Cannabis* en Clases 3, 5, 31 y 34, bajo el argumento de que el signo es descriptivo y carece de distintividad "*toda vez que informa que los productos son fabricados en base a cannabis cultivada en el exterior, bajo el sol, en oposición a la que se cultiva en el interior o en invernaderos*" y que induciría a error si se trata de productos no elaborados a partir de cannabis de estas características.[29]

En 2020, el IMPI de México negó el registro de la marca *Adictivo Cannabis* en la Clase 33, con fundamento en que la denominación describe los productos a distinguir, bebidas alcohólicas, pues "*indica que los mismos contienen una preparación con propiedades estupefacientes, es decir, que el consumo habitual de las mismas crea adicción por sus propiedades intrínsecas.*"[30]

También en México, el IMPI negó el registro de la marca *CBDROP,* con el argumento de que se trata de "*la construcción artificial de dos términos que no resultan registrables*" y que, vistos en su conjunto y al ser traducidos, constituyen una denominación descriptiva de los productos a proteger y de sus características: "*toda vez que al estar compuesto por los términos CBD y DROP, aun y cuan sólo presente una consonante D, son términos que cuentan con un significado propio y no por el hecho de estar unidos se coligen distintivos".*[31]

En Colombia se negó el registro de la marca *Cannabis Business Consultants* en Clase 35, con fundamento en lo siguiente:

> La descriptividad del signo solicitado CANNABIS BUSINESS CONSULTANTS surge de la relación directa entre éste y los servicios a identificar "Publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina; servicios de asesoramiento y consultoría". El lema comercial indica directamente

26 Tribunal de Propiedad Industrial de Chile. Sentencia del 23 de octubre de 2019. Ministros Arellano Quiroz, Marco, Fitch Rossel, Pamela y Fuentealba Rollat, Janett.

27 Tribunal de Propiedad Industrial de Chile. Sentencia del 23 de enero de 2020. Iglesias Muñoz, Carmen, Álvarez Piñones, Andrés y Fitch Rossel, Pamela. Pág.1.

28 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 16 de mayo de 1997. Proceso 12-IP-96.

29 Instituto Nacional de Propiedad Intelectual de Chile. Resolución No. 21 de julio de 2020. Solicitud No. 1328603. Pág. 2.

30 Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Resolución de 10 de agosto de 2020. Expediente No. 2200087. Pág. 4.

31 Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Resolución No. 23 de junio de 2021. Expediente No. 2299919. Pág. 4.

> los tipos de servicios ofrecidos por el signo, sin que esté acompañado de otros elementos que permitan diferenciarlo claramente de los demás servicios que gozan de las mismas características. En efecto, a partir de un juicio objetivo, no se requiere de un conocimiento especializado para que el consumidor promedio sin un mayor esfuerzo imaginativo entienda cuáles son los servicios identificados con el signo CANNABIS BUSINESS CONSULTANTS. Como se puede observar, el lema describe el servicio, en tanto que se refiere "consultores de negocios de cannabis" lo que determina que no puede ser de uso exclusivo de un solo empresario, pues existen otros empresarios en el sector empresarial que requieren la utilización de estas expresiones.[32]

En otra decisión en Colombia fue negado el registro de la marca *Biocanabis* en Clases 3 y 5, bajo el argumento de que describe características de los cosméticos y medicamentos. Afirma la Resolución:

> Lo anterior, por cuanto del prefijo "BIO", fácilmente el consumidor entenderá que el producto en sí mismo, en este caso, "cremas cosméticas y medicamentos", se caracterizan por consistir o provenir de lo natural, biodiverso o que da vida20. En el mismo sentido, de la expresión "CANABIS", la cual, aun cuando originalmente se escriba "CANNABIS", deja a la vista que dicho productos (cremas cosméticas y medicamentos), provienen, consisten o están hechos de aquella planta popularmente conocida como "Marihuana", especie vegetal con múltiples propiedades terapéuticas y medicinales21. Por tanto, esta Dirección considera que el signo "BIOCANABIS" de conformidad con los criterios jurisprudenciales establecidos, constituye una indicación que comercialmente se refiere a una característica comercial exclusiva de los productos que se pretenden amparar, pues al percibir la marca los consumidores por el concepto que emite la expresión "BIOCANABIS", inferirán que productos como: cremas cosméticas y medicamentos, son de origen natural proveniente del "CANNABIS". Adicionalmente, estos conceptos, son de necesaria utilización de los comerciantes del sector para crear sus marcas o productos.[33]

En Costa Rica, se negó el registro de la marca CBD para distinguir aceites esenciales al considerarse que el término hace referencia a una característica de los productos que ampara y, además, al ser usado en otros aceites esenciales como lavanda y naranja, confundiría al consumidor quien tendría la expectativa de un contenido de CBD en el producto que adquiere.[34]

En Perú se negó el registro de la marca *Cbdmedic* en Clases 3 y 5, argumentando que es descriptiva, pues informa directamente a los consumidores que los productos amparados "*contendrán en su composición o preparación uno de los dos componentes cannabinoides más importantes de la planta de cannabis (CBD), el cual producirá algún efecto medicinal."* [35]

c) Carencia de distintividad

Esta causal es, a mi juicio, una de las más difíciles de evaluar toda vez que puede servir de "comodín" para el rechazo de marcas fuertemente evocativas, pero eventualmente registrables.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dado algunos lineamientos para la aplicación de esta causal, como que se trata de una marca demasiado simple o común:

> Hay signos que no son genéricos ni descriptivos ni que se refieren a un objeto o servicio determinado y que no reúnen la distintividad necesaria para diferenciar un producto de otro, razón por la que, no posee la condición de "distintividad" para constituirse en marca...En efecto, mientras la descriptividad denota indirectamente el producto mismo, la insuficiente distintividad no denota al producto, sino que es simplemente incapaz de diferenciar a un producto determinado en todos los sentidos del término. La insuficiente distintividad consiste en una marca demasiado simple o demasiado común, tomada en **sí misma,** tal como figuras geométricas simples, o signos aritméticos, o palabras como MAS o PARE o Y, mientras que la descriptividad debe ser siempre referida al producto[36].

32 Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 81523 de 13 de diciembre de 2021. Pág.7.

33 Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 75753 de 25 de noviembre de 2020. Pág.14.

34 Decisión del Tribunal Registral Administrativo. Voto No. 0227-2020 de 25 de mayo de 2020.

35 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Comisión de Signos Distintivos. Resolución No.1714-2020 de 11 de mayo de 2020.

36 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 14 de abril de 1997. Proceso 27-IP-95. Pág. 8.

Ha expresado también que son signos débiles, aunque no necesariamente sean genéricos o descriptivos:

> Existen denominaciones o signos, adjetivos o sustantivos, que no caen ni dentro del campo de la estricta genericidad ni la descriptividad, y que independientemente del bien externo que van a proteger, carecen de la suficiente fuerza distintiva que los convierte en signos débiles que en ocasiones pueden conducir a la irregistrabilidad... La distintividad es insuficiente por el solo hecho de considerar al signo como tal, sin la relación inclusive con el producto o bien que va a proteger...Los signos genéricos y descriptivos tienen una insuficiente distintividad; pero no todo signo insuficientemente distintivo es por sí genérico o descriptivo.[37]

En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia negó el registro de la marca *Kanabis*, acompañada de un elemento gráfico que reproduce la planta de cannabis, para distinguir productos agrícolas y semillas extraídas de la planta de cannabis en Clase 31, con fundamento en que hace alusión directa al cannabis e indicando que no es posible asociarlo a un origen empresarial determinado *"al estar compuesto por elementos de libre utilización en el comercio"*.[38]

La Superintendencia también negó el registro de la marca *Pharmacy Cannabis Services Colombia*, acompañada de un diseño y reivindicando colores, para distinguir servicios de venta de medicamentos y servicios médicos y farmacéuticos en las clases 35 y 44, con fundamento en que el consumidor, al encontrar el signo en el mercado, estará frente a una expresión "*estrechamente relacionada con los servicios que pretende distinguir, términos de uso común e incluso explicativo en relación a lo que se pretende identificado, por lo tanto, es una expresión que, trasmite una idea amplia que le impide individualizar productos y servicios y asociarlos a un origen empresarial particular*".[39]

Como carente de distintividad fue considerada en Colombia la marca *High* para distinguir productos cosméticos de la Clase 3, bajo el argumento de que dicha expresión es una expresión débil de uso común en la Clase 3, la cual no está acompañada por otros elementos distintivos que la hagan registrable.[40]

También fue negada con el mismo fundamento la marca *Purple Cannabis,* por hacer referencia a una variedad de color púrpura del cannabis, Purple Haze. Y, si bien el signo no se solicitó para identificar cannabis, sino jabones, aceites esenciales y cosméticos, estos productos podrían incorporar ingredientes de cannabis en su variedad púrpura.[41]

5. Marcas contrarias a la moral, el orden público y las buenas costumbres

Una mención especial merece las decisiones que han negado marcas de cannabis con fundamento en que son contrarias a la moral, el orden público o las buenas costumbres.

En ese sentido, tal como hice mención en el portal "Asuntos legales" (2017):

> Dentro de ese contexto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que puede registrarse todo lo que no esté prohibido, y en ese sentido no hay, en principio, limitación alguna al registro de marcas alusivas al cannabis.
>
> Sin embargo, esa posibilidad debe mirarse también a la luz de la prohibición de registrar signos que sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres, y esta prohibición, que en un principio suena como de muy fácil aplicación, resulta en realidad bastante compleja de aplicar en la práctica por sus contornos difusos y cambiantes.
>
> En una decisión reciente, la Superintendencia de Industria y Comercio definió la moral como "el conjunto de normas de conducta que la mutua convivencia fija entre los hombres", y las buenas costumbres como "aquellas que reflejan una adecuación entre la actuación individual o colectiva y la moral".[42]
>
> La aplicación de estos conceptos abstractos ha ido delineándose a través de las decisiones adoptadas por las autoridades marcarias, aun-

37 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 16 de mayo de 1997. Proceso 12-IP-96.

38 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución 18358 de 5 de abril de 2022.Pág.3.

39 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 4319 de 7 de febrero de 2022. Pág.3.

40 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 73069 de 17 de noviembre de 2020.

41 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 48322 de 19 de agosto de 2020.

42 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución No. 1637 de enero de 2021. Pág.3.

> que no parece existir una directriz clara en este sentido, y ello seguramente se debe a que se trata de conceptos no sólo subjetivos, sino que cambian con los tiempos. (Editorial La República S.A.S., 2018)

Ya hemos mencionado la decisión del Tribunal General de la Unión Europea que confirmó la denegación de la marca *Cannabis Store Amsterdam* para distinguir productos alimenticios y servicios de restauración, con el fundamento de que resulta "*contraria al orden público*". Como se afirma en la publicación de Romaní Martínez Alner (2019), el orden público lo formarían "*los principios sociales, políticos y jurídicos*", mientras que las buenas costumbres se referirían a "*valores y convicciones subjetivos aceptados por una determinada sociedad en el momento presente*".

En una decisión de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI), se negó el registro de la marca *Myshehem Cannabis Plant Based Oil"*, con fundamento en que:

> dicha marca hace referencia a un aceite a base de la planta de cannabis, la cual posee propiedades psicoactivas, empleada para la confección de drogas, lo que resulta repudiado porque se refieren a algo vergonzoso, contrario a la moral y a las buenas costumbres de los ciudadanos en el territorio nacional.[43]

En el 2019, el IMPI de México negó el registro de la marca *CBDBOX* argumentando que, al contener el elemento CBD, (Cannabidiol) componente del cannabis, sustancia cuya siembra, preparación, adquisición, comercio, empleo, uso y consumo estaban prohibidos en México, por ello:

> resulta contrario al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, por ende, dar publicidad a este tipo de signos contraviene la disposición legal en cita, ya que constituye una incitación a su consumo, aunado a que las conductas relacionadas con la sustancia mencionada constituyen un problema grave para la salud pública.[44]

Con argumentos similares, el IMPI negó también el registro de *Mezcanabis*, aduciendo que:

> al ser una de las funciones intrínsecas de la marca, la de publicitar los productos que con la misma se pretenden distinguir en el mercado de los demás de su misma clase o especie, esta autoridad considera que de otorgarse el registro solicitado se estarían contraviniendo las disposiciones legales mencionadas, además de ser contrario al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.[45]

Prueba de que los conceptos de moral, orden público y buenas costumbres son subjetivos, y cambian con los tiempos, es el hecho de que marcas tales como *CannRelief* y *Goodfields Cannabis* estén actualmente registradas en México.

Es de prever que, en la medida en que los países vayan aceptando el uso del cannabis para fines medicinales y aún recreativos, las denegaciones por esta causal desaparecerán completamente.

6. La descripción de productos o servicios para marcas relacionadas con el cannabis

Cuando se prepara una solicitud de registro para marcas relacionadas con la industria del cannabis, un aspecto que debe ser considerado es que algunos países, entre los cuales está Colombia, tienden a rechazar descripciones que no estén expresamente contenidas en la Clasificación de Niza.

Los únicos productos dentro de la Clasificación de Niza que contienen la palabra "cannabis" son:

- Cannabis para uso médico / marihuana para uso médico (050500)
- Cannabis sin procesar (310174)
- Plantas de cannabis (310173)

Por otra parte, la búsqueda de cáñamo sí arroja varios resultados, lo cual es comprensible si se considera que este término no sólo se utiliza para designar las variedades de la planta cannabis, sino también para la fibra que se obtiene de ellas, la cual tiene usos en la industria:

- Cinchas de cáñamo (220015)
- Fibras de cáñamo (220013)

43 Oficina Cubana de la Propiedad Industrial. Denegación Provisional Total de Protección del Registro Internacional 1599644. Solicitante I Love Canna Limited.

44 Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Dirección Divisional de Marcas, Subdirección Divisional. Oficio de 10 de junio de 2019. Expediente No. 2158157. Pág. 1.

45 Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Dirección Divisional de Marcas Subdirección Divisional. Oficio de 7 de junio de 2019. Expediente No. 2156112.

- Hilos de cáñamo (230005)
- Cañamazo (tela de cáñamo) (240016)
- Tejidos de cáñamo (240017)
- Tela de cáñamo (240018)
- Semillas de cáñamo procesadas (productos para sazonar) (300305)
- Semillas de cáñamo sin procesar (310177)

Así pues, si se quiere proteger "marihuana" o "cannabis" en Clase 34, podrá ser necesario explicar que estos productos se encuentran dentro de la descripción más amplia "hierbas para fumar". Si se quiere proteger "aceite de cannabis" en Clase 29, habrá que argumentar que se trata de un "aceite vegetal".

De todas maneras, y considerando la manera vertiginosa como esta industria está creciendo en el mundo, seguramente cada vez habrá menos objeciones por la inclusión de productos y servicios relacionados con el cannabis en las descripciones de las solicitudes de marcas.

7. Marcas para productos de cannabis y obligación de uso. Exoneración de la obligación de uso por fuerza mayor

El registro de una marca confiere a su titular un derecho de exclusividad, que lo faculta para impedir que los terceros, sin su autorización, usen esa marca, o una confundiblemente similar, para identificar productos o servicios idénticos o competitivamente conexos.

Atado a ese derecho va una obligación, que no es otra que la de usar la marca en el mercado. La marca no nació para quedarse en el registro; nació para jugar un papel en el mercado frente a los consumidores y a la competencia.

Ahora bien, el no cumplimiento de esta obligación de uso puede acarrear la pérdida del derecho. En efecto, nuestra legislación no consagra la obligación de probar el uso de la marca cada cierto tiempo, ni tampoco al momento de la renovación, pero establece la figura de la cancelación por no uso a petición de parte interesada.

Ante esto cabe preguntarse cuál es la razón de ser de esta obligación de uso de la marca registrada. Como mencioné anteriormente en el portal del estudio "Cardenas Vega" (2016):

> La primera finalidad de la exigencia de uso es que el consumidor asocie marca y producto. En efecto, la marca no se consolida como bien inmaterial hasta que el consumidor la asocia con un producto o servicio, y el titular de la marca facilita esta asociación al usar adecuadamente la marca.
>
> La segunda finalidad esencial de la exigencia de uso es la de aproximar la realidad formal del registro de marcas a la "realidad real". En efecto, la situación ideal sería que en el registro figurasen únicamente las marcas usadas, con el fin de que existiera concordancia entre la posición registral de la marca y la posición de la marca en la realidad del mercado.
>
> Por último, la finalidad funcional es la de hacer posible que los nuevos solicitantes de marcas puedan registrar marcas. En efecto, encontrar signos atractivos registrables como marca es cada vez más difícil, por lo cual se busca facilitar la posición del solicitante de una nueva marca mediante la cancelación de las marcas registradas y no usadas.

La cancelación por no uso no es una figura caprichosamente instituida por el legislador comunitario. Es, por una parte, un modo de extinción de los derechos sobre la marca, en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley.

Es, además, una figura instituida para equilibrar los intereses del titular de la marca y los intereses de sus competidores, constituyéndose en una medida coercitiva para el cumplimiento de la obligación de usar.

En efecto, el derecho sobre la marca, como derecho de uso exclusivo, otorga a su titular la facultad de impedir determinados actos en relación con su signo distintivo. La cancelación por no uso es, en consecuencia, una fórmula de equilibrio que pretende armonizar, por una parte, el derecho monopolístico sobre la marca y, por la otra parte, el derecho de los solicitantes de nuevas marcas, que no son otros que los competidores del titular.

De lo anterior se deriva que el uso de la marca deba tener unas determinadas características:

> El uso efectivo se da cuando la marca se manifiesta públicamente en el mercado. Actividades como la fabricación de etiquetas o la obtención de permisos de comercialización no constituyen, por sí mismos, uso de marca.
>
> El uso de la marca dependerá de la naturaleza del producto o servicio, ya que no es lo mismo vender productos de consumo masivo que vender productos de consumo selectivo.

> La dimensión de la empresa titular también es relevante para analizar el uso efectivo: una empresa pequeña podrá justificar el uso de la marca con menos ventas que una de gran tamaño. (Camargo, 2016)

Frente a este panorama, cabe preguntarse qué sucede cuando una marca para amparar productos de cannabis es concedida para productos o servicios en los cuales no está autorizado el uso de la planta.

Tomemos como ejemplo el registro de una marca en Colombia para distinguir productos alimenticios elaborados a base de cannabis. Tal uso no está, hasta hoy, autorizado en nuestro país. Transcurridos tres años desde el registro, la marca estaría abierta a una cancelación por no uso.

Ahora bien, las razones por las cuales no procede la declaratoria de cancelación a pesar del no uso es cuando ello se deba a fuerza mayor, caso fortuito o restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes y servicios protegidos por la marca.

En un caso que fue famoso, el caso Belmont, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina hizo un análisis exhaustivo de esta causal de exoneración.[46]

Citando al profesor Vedel, afirma el Tribunal que la fuerza mayor se caracteriza por su imprevisibilidad. Un acontecimiento que puede ser razonablemente previsto no es constitutivo de fuerza mayor. Y lo diferencia del caso fortuito en razón del carácter exterior de la fuerza mayor. La fuerza mayor, en suma, depende de energías naturales, más o menos conocidas, pero superiores a toda influencia humana; en tanto que el caso fortuito es un fenómeno que surge de causas ignoradas.

Trayéndolo al campo marcario, cita el Tribunal a Fernández-Novoa:

> La doctrina tanto alemana como española, sostiene que entre las causas que justifican la falta de uso de la marca registrada se encuentran en primer término, *"la guerra y las catástrofes naturales como el fuego y la inundación*".[47]

Seguidamente reseña, ya de una manera general y haciendo referencia a otros motivos que fundamentan el no uso de la marca, tenemos los siguientes:

> Entre estas causas se incluyen asimismo las disposiciones legales y las medidas administrativas por virtud de las cuales se decreta el cierre de la empresa titular de la marca, o bien se prohíbe la fabricación o venta de los artículos de marca. Y dentro de las medidas administrativas se destaca expresamente la autorización que han de conceder las autoridades sanitarias para que un producto farmacéutico sea introducido en el mercado: si el procedimiento de concesión de esta autorización se demorase, esta demora constituiría una causa justificativa de la falta de uso de la marca.[48]

En el citado caso, donde se argumentó la restricción a las importaciones de cigarrillos como causal de fuerza mayor que exoneraba de la obligación de usar la marca, el Consejo de Estado no aceptó este argumento, pero por una razón puntual, a saber, que las importaciones a través del puerto libre de San Andrés y Providencia sí era posible.

Sin embargo, el mencionado caso tiene una diferencia fundamental con la pregunta que nos hacemos aquí, y es que es un hecho que sobrevino al registro de la marca y no, como sucedería con las marcas que amparan productos relacionados con cannabis, un hecho que se conoce a priori, que puede ser razonablemente previsto y que, por tanto, será difícil de enmarcar dentro de esta causal.

8. Conclusión

La industria del cannabis está creciendo y va a hacerlo aún más. El Derecho Marcario enfrentará situaciones que deberán resolverse a la luz de los principios que lo rigen y bajo el postulado de que las marcas, y los productos que ellas amparan, no son buenos ni malos. Todo depende del uso que se haga de ellos.

Referencias bibliográficas:

Alcaraz, C. (23 de junio de 2020). *Situación actual de las patentes y marcas sobre derivados del cannabis en Argentin.* Espacio H&A. https://www.hyaip.com/es/espacio/situacion-actual-de-las-patentes-y-marcas-sobre-derivados-del-cannabis-en-argentina/

Camargo, H. (22 de septiembre de 2016). *La obligación de usar la marca*. Cadenas Vega. https://

46 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial de 26 de enero del 2000. Proceso 15-IP-99.

47 Ídem

48 Ídem.

www.cardenasvega.com/index.php/cardenas-vega/boletin-intelectual/item/obligacion-usar-marca

Camargo, H. (6 de octubre de 2017). *Marcas con connotaciones religiosas*. Asunto Legales. https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/helena-camargo-514721/marcas-con-connotaciones-religiosas-2556091

Bernal, D. (17 de mayo de 2019). *Registro de marcas de productos derivados del cannabis.* OlarteMoure. https://www.olartemoure.com/registro-de-marcas-de-productos-derivados-del-cannabis-2/

Deutsche Welle (14 de junio de 2022). *Brasil: tribunal autoriza por primera vez cultivo de cannabis*. https://p.dw.com/p/4CiEn

El Universo. (29 de julio de 2020). *Con la emisión de licencias se autorizará cultivo de cannabis en Ecuador*. https://www.eluniverso.com/noticias/2020/07/22/nota/7915860/cannabis-ecuador-normativa

Editorial La República S.A.S. (3 de abril de 2018). *Marcas con connotaciones religiosas.* https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/helena-camargo-514721/marcas-con-connotaciones-religiosas-2556091

Indecopi. (1883). Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3468565/09.+08-ConvenioParis.pdf/f41da984-822f-6bbb-61d9-95dc0d6a7eaf

Lex. (8 de junio de 2022). *Indecopi negó registro de marca a clínica por usar denominación «cannabis» y exhibir hoja de marihuana en logo.* Pasión por el derecho. https://lpderecho.pe/indecopi-nego-registro-de-marca-a-clinica-por-usar-denominacion-cannabis-y-exhibir-hoja-de-marihuana-en-logo/

Nieto, G. (18 de agosto de 2022). *Marcas del cannabis impulsan la innovación.* Forbes. https://www.forbes.com.mx/marcas-de-cannabis-impulsan-la-innovacion/

Ramírez et al. (2019). *La industria del cannabis medicinal en Colombia.* Fedesarrollo. https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3823

Romani y Martinez. (2019). ¿Marcas contrarias al orden público y a las buenas costumbres? Estupefacientes, insultos *y más*. RMA. http://rma.legal/es/2019/12/17/marcas-contrarias-al-orden-publico-y-a-las-buenas-costumbres-estupefacientes-insultos-y-mas/

Salvatierra, J.(12 de diciembre de 2019). *La hoja de marihuana no puede ser una marca.* El País. https://elpais.com/economia/2019/12/12/actualidad/1576170206_026936.html

Soto, M. (02 de diciembre de 2020).*"Cannabis ¿Marca Registrada?"*. La República. https://www.larepublica.net/noticia/cannabis-marca-registrada

The United States Patent and Trademark Office. (2019). Examination Guide. *Examination of Marks for Cannabis and Cannabis-Related Goods and Services after Enactment of the 2018 Farm Bil*. 2019. https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Exam%20Guide%201-19.pdf

Reforma al régimen de sanciones por la violación de las normas de libre competencia en Colombia: Análisis de la ley 2195 de 2022*

— Alfonso Miranda Londoño[1] y Luis Daniel Morales Hernández[2 3] —

Resumen

El artículo contiene un análisis detallado de las reformas introducidas por la Ley 2195 de 2022 al régimen de sanciones por la violación de las normas de libre competencia en Colombia. Para el efecto se analizan en detalle los antecedentes de la Ley 2195 de 2022 que es una ley de transparencia y anticorrupción, a la cual se le introdujo al final una modificación al régimen de sanciones contenido en la Ley 1340 de 2009. Al respecto, se hace una valoración crítica del incremento de la capacidad de sanción por la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la forma en que dicha facultad ha evolucionado desde la expedición de la Ley 155 de 1959 hasta nuestros días.

Palabras clave

Libre competencia, multas, Superintendencia de Industria y Comercio.

Abstract

This paper contains a detailed analysis of the reforms introduced by Ley 2195/2022 into antirust regulation in Colombia. For this purpose, the background of Ley 2195 of 2022 is analyzed in detail, which is a transparency and anti-corruption law, that was modificated in the sanctions regime contained in Ley 1340 of 2009. In this regard, we made a critical assessment of the increase of the sanctioning capacity for the performance of restrictive practices of competition and the way in which such power has evolved since the publication of Ley 155 of 1959 until today.

Keywords

Antitrust regulation, penalties, Superintendence of Industry and Commerce.

* **Nota del editor:** El presente artículo es una republicación del artículo denominado "Reforma al régimen de sanciones por violación de las normas de Libre Competencia en Colombia. Ley 2195 del 2022" publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas en mayo del 2022.

1 Alfonso Miranda Londoño es abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Exdirector del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana (2003 - 2021), Cofundador y Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC (1995 hasta la fecha) y profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Javeriana. Lidera la práctica de Derecho de la Competencia en *Esguerra Asesores Jurídicos.* Es el fundador de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia – ACDC. Designado como Asesor No Gubernamental *Non Governmental Advisor – NGA* ante la Red Internacional de Competencia - *International Competition Network – ICN*, por Colombia (2012 – 2016 y 2019-2020). Socio de la firma *Esguerra Asesores Jurídicos.* E-mail: amiranda@esguerra.com

2 Coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.

3 Los autores agradecen la colaboración de la estudiante Rebeca Moncayo Sañudo en la elaboración de este documento.

1. Introducción

En el presente documento, realizamos un análisis de la reciente reforma introducida por la Ley 2195 del 17 de enero de 2022 al Régimen de Competencia en Colombia; y específicamente nos concentraremos en el análisis de las modificaciones que la mencionada ley realiza respecto del régimen de sanciones por la violación de las normas de libre competencia.

Para el efecto analizaremos los antecedentes y el entorno de la Ley 195 de 2022 y la evolución del régimen de sanciones del Derecho de la Competencia en Colombia, con el fin de ofrecer un esb.a. tudio detallado y crítico de la reforma, que coloca a la Autoridad de Competencia de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), a la cabeza de las autoridades de competencia de la región, en lo que tiene que ver con la capacidad para imponer sanciones a los infractores del Régimen de Competencia.

Para el efecto, hemos venido elaborando documentos que como en el presente caso, puedan servir de herramienta práctica para quienes tienen que interpretar o utilizar las normas. Así mismo, hemos venido avanzando en nuestro proyecto de fichas de las principales decisiones de competencia en nuestro país. Estos análisis pueden ser consultados en nuestra página web: http://www.centrocedec.org

2. Antecedentes

En esta sección incluimos la línea del tiempo del trámite de la ley en el Congreso de la República[1]:

Fecha	Actuación y Comentarios
29-10-2020	**Radicación del Proyecto de Ley en el Congreso.** Resaltamos que en el Proyecto presentado no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.
04-11-2020	**Publicación del Proyecto de Ley en la Gaceta No. 1249 de 2020.** De la Exposición de Motivos: del proyecto de ley extraemos las siguientes ideas: El Proyecto parte de la necesidad de combinar y articular herramientas para luchar contra la corrupción, para lo cual involucró la participación de múltiples entidades del poder público, entre las que se encontraba la Superintendencia de Industria y Comercio. Así mismo se indica que se tuvieron en cuenta recomendaciones internacionales. **1. Objetivos del proyecto:** El Proyecto se fundamenta en dos pilares: prevención y probidad. Manifiesta la necesidad de implementar políticas de protección al denunciante de los actos ilícitos, que aseguren la reserva de su identidad, estabilidad laboral y protección; así como la necesidad de incentivar la cultura de la legalidad a través de diversos programas. Señala la importancia de que el Estado pueda reaccionar en bloque. Indica que, para su elaboración, cada entidad señaló los vacíos o debilidades institucionales que obstaculizan la lucha contra la corrupción. Fruto de este esfuerzo es el capítulo de fortalecimiento institucional y ajustes al régimen disciplinario. El Proyecto pretende introducir diversas figuras y estrategias. Entre esas, la figura del daño punitivo, bajo la justificación de que los corruptos no pueden disfrutar de sus bienes después de pagada la condena, sin restituir a la sociedad del daño cometido, así como de actualizar la acción de repetición del Estado contra los funcionarios. En esta parte no se hace referencia al tema de libre competencia económica.

1 https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/11360/#tab=2

	2. Justificación del articulado: **2.1** **Medidas de protección para los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción:** Se reconoce la ausencia de mecanismos para la protección de los denunciantes de prácticas de corrupción, frente a posibles represalias y amenazas. Dentro de los esquemas de protección, resalta la protección de la identidad del denunciante como su pilar. **2.2** **Responsabilidad de las personas jurídicas:** El Proyecto hace énfasis en este punto para establecer la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y señala que en este caso el comportamiento objeto de reproche es la tolerancia o el consentimiento. **2.3** **Extinción de dominio:** El Proyecto introduce modificaciones para dinamizar el proceso extinción de dominio de los bienes asociados a conductas ilícitas. **2.4** **Beneficiario final:** El Proyecto introduce el Principio de debida diligencia para quienes tengan que implementar un sistema de prevención. **2.5** **Sistema General de Información de Lucha contra la Corrupción:** El Proyecto crea este sistema para mayor transparencia. **2.6** **Pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción:** El Proyecto busca promover valores para contrarrestar los factores culturales que inciden en la corrupción. **2.7** **Fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción:** El Proyecto busca articular las instituciones para mayor coordinación entre ellas. Contempla modificaciones en el monto de las sanciones a personas jurídicas por soborno trasnacional e incumplimiento de disposiciones contables. **2.8** **Fortalecimiento de la transparencia en el proceso de elección de personeros y en el desarrollo de su gestión.** **3. Disposiciones en materia de daño y reparación de los afectados:** Cuando los derechos vulnerados son derechos colectivos indivisibles se debe fortalecer la normativa para que los responsables de la corrupción resarzan los daños causados a los derechos colectivos, **como es el caso de la libre competencia económica.** Se busca la reparación integral y el restablecimiento del derecho, para lo cual se deben tasar los perjuicios sufridos por la Nación. Pretende incorporar el daño punitivo, siempre que se pruebe dolo o culpa grave, con lo cual se quiere enviar un mensaje firme a la sociedad, respecto de la lucha contra la corrupción. **4. Otros temas que trae el Proyecto:** **4.1** **Ajustes a la acción de repetición.** **4.2** **Ajustes al régimen disciplinario para combatir la corrupción:** Busca fijar términos de prescripción de la acción según la gravedad de la falta. **4.3** **Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia:** Para incrementar la transparencia del uso de los recursos públicos. Resaltamos que en el Proyecto publicado no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.
13-04-2021	**Publicación de la Ponencia para Primer Debate. Ponente, Germán Varón Cotrino. Gaceta No. 274 de 2021.** De la Ponencia para Primer Debate destacamos los siguientes aspectos: 1. **Protección a denunciantes, quejosos o a quien informe de actos de corrupción:** se establece reserva de su identidad, no oponible a los intervinientes del proceso en aras de su derecho de defensa (Art. 4). 2. **Modificación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas:** se excluye a la Superintendencia de Industria y Comercio por no ejercer facultades de inspección, vigilancia y control sobre un sector específico como si lo hacen otras entidades (Art. 10 para. 2). 3. **Sanciones:** se establece un régimen sancionatorio para las personas jurídicas que cometan actos de corrupción (Capítulo II). 4. **Régimen disciplinario para combatir la corrupción:** se busca la graduación de las sanciones teniendo en cuenta el dolo y la culpa. Se establece la sanción a empresas subordinadas si la matriz u otra persona jurídica del grupo empresarial controlada por la matriz incurre en actos de corrupción en beneficio de la subordinada (Art. 27). Resaltamos que en la Ponencia para Primer Debate no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.

08-06-2021	**Proyecto aprobado en Primer Debate en el Senado. Gaceta No. 1160 de 2021.** Del Proyecto aprobado en Primer Debate destacamos las siguientes modificaciones: 1. **Protección a los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción:** Se mantiene el Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) pero se eliminan los artículos de protección física, reserva de su identidad y protección laboral. Dicha modificación no aparece justificada. 2. **Responsabilidad de las personas jurídicas:** las sanciones también se derivan de la conducta de los funcionarios o empleados condenados penalmente u objeto de principio de oportunidad por actos de corrupción a favor de la empresa. (Art. 20). La finalidad es evitar actos de corrupción por interpuesta persona, para evitar comprometer a la persona jurídica. 3. **Graduación de las sanciones:** se disponen como agravantes no solamente el beneficio económico obtenido por el infractor, sino también el beneficio pretendido (Art. 5 y 23). Se justifica en que el beneficio puede ocultarse en movimientos contables o la destrucción de evidencia. El Proyecto, en Primer Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.
06-09-2021	**Publicación de la Ponencia para Segundo Debate. Ponente, Germán Varón Cotrino. Gaceta No. 1160 de 2021.** La Ponencia para Segundo Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.
27-10-2021	**Proyecto aprobado en Segundo Debate en la Plenaria del Senado. Gacetas Nos. 1589 de 2021 y 1639 de 2021.** El Proyecto, en Segundo Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.
23-11-2021	**Publicación de la Ponencia para Tercer Debate. Ponente, José Daniel López Jiménez. Gaceta No. 1677 de 2021**. La Ponencia para Tercer Debate no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.
24-11-2021	**Proyecto aprobado en Tercer Debate en la Comisión de la Cámara de Representantes. Gaceta No. 1752 de 2021.** El Proyecto, en Tercer Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.
01-12-2021	**Publicación de la Ponencia para Cuarto Debate. Ponente, César Augusto Lorduy. Gaceta No. 1752 de 2021.** De la Ponencia para Cuarto Debate destacamos que se crea el capítulo XI: Otras disposiciones, **y en él se incluyen las modificaciones a la Ley 1340 de 2009 en materia de Derecho de la Competencia.** Estas incluyen: a. Beneficios por colaboración con la autoridad b. Monto de multas a los Agentes de Mercado c. Monto de multas a los Facilitadores En el mismo capítulo se incluye una adición a la Ley 599 del 2000: a. **Injuria y calumnia contra funcionarios o exfuncionarios públicos**: crea como nuevo tipo penal la injuria y calumnia debidamente comprobada que pretenda atacar u obstruir las funciones constitucionales y legales de algún funcionario público.
06-12-2021	**Proyecto aprobado en Cuarto Debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. Gaceta No. 1828 de 2021.** Del Proyecto en Cuarto Debate, destacamos que el texto de las modificaciones al Derecho de la Competencia se mantuvo igual.
10-12-2021	Concepto Institucional de la Cámara Colombiana de Informática. Gaceta No. 1828 de 2021.
14-12-2021	**Informe de conciliación. Ponentes: Carlos Abraham Jiménez López y César Augusto Lorduy Maldonado. Gaceta 1860/21 – 1861/21.** Del Informe de Conciliación destacamos lo siguiente: a. **Modificaciones al Derecho de la Competencia**: el texto de las modificaciones al Derecho de la Competencia se mantuvo igual. Se acoge el texto de la Cámara de Representantes. b. **Injuria y calumnia contra funcionarios o exfuncionarios públicos**: se elimina el artículo que contenía este nuevo delito, por falta de acuerdo entre los conciliadores.
15-12-2021	**Aprobación de la Conciliación en la Plenaria de la Cámara de Representantes.**
16-12-2021	**Aprobación de la Conciliación en la Plenaria del Senado.**
18-01-2022	**Sancionado como Ley 2195 de 2022 por el Presidente de la República.**

3. Análisis y Comentarios a las Reformas Introducidas Por La Ley 2195 De 2022

Como se muestra en la tabla anterior, el 18 de enero de 2022, el Presidente Iván Duque Márquez sancionó la Ley 2195 de 2022, *"POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"*. De conformidad con el artículo 1 de la Ley, el objetivo de la misma es *"… adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público"*.

De manera consistente con el objetivo señalado, la ley adopta una serie de medidas que tienen efectos sobra las actividades de los servidores públicos y de las empresas y sus empleados; y que refuerzan las medidas establecidas por el Estado colombiano con el fin de luchar contra la corrupción, las cuales están contenidas en el llamado Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, en el Código de Comercio y en otras normas.

En este sentido, la Ley 2195 de 2022 hace referencia aspectos tales como:

- La responsabilidad de las personas jurídicas, incluyendo a las sucursales de las sociedades extranjeras, por la realización de actos de corrupción.
- La administración de los bienes sobre los cuales opera la extinción de dominio.
- La determinación de los beneficiarios reales de los bienes.
- El manejo y articulación de los sistemas de intercambio de información y la colaboración entre entidades estatales para la lucha contra la corrupción.
- La pedagogía para la lucha contra la corrupción.
- El fortalecimiento de la administración para la lucha contra la corrupción.
- La modificación de la acción de repetición contra los empleados públicos.
- Normas sobre transparencia y moralización de la contratación pública, entre las cuales se establece la obligación para las empresas de establecer programas de transparencia y ética empresarial.
- Reparación de daños causados por los actos de corrupción.
- Normas sobre responsabilidad fiscal.
- Por último, las normas relevantes para este análisis, que son las normas que modifican el régimen de Protección o Defensa de la Competencia.

Uno de los aspectos más delicados de la ley que se comenta consiste en la posibilidad de que las nuevas sanciones previstas para los actos de corrupción puedan ser aplicados a las prácticas restrictivas de la competencia, las cuales en algunos casos pueden ser caracterizadas a la vez como actos de corrupción, como por ejemplo en los casos de colusión en las licitaciones u ofertas públicas relacionados con la contratación estatal. En casos como estos, una persona jurídica o sucursal de una sociedad extranjera, podría llegar a ser investigada y sancionada de manera simultánea o sucesiva por la realización de actos de corrupción y por prácticas restrictivas de la competencia, sin contar con los posibles procesos penales, de indemnización de perjuicios y de responsabilidad fiscal.

De conformidad con lo anterior, una persona jurídica o sucursal de una sociedad extranjera, podría resultar investigada y sancionada por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, a la vez que se le aplican las sanciones contenidas en la ley que se comenta, para los casos de corrupción, tal y como lo dispone el artículo 4 de la Ley 2195 de 2022, según el cual es posible imponer por actos de corrupción: **(i)** Multas hasta por 200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **(ii)** Inhabilidad para contratar en los términos del literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993; **(iii)** Publicación de la decisión de sanción; **(iv)** Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio del Gobierno, en un plazo de diez (10) años; **(v)** Remoción de los administradores u otros funcionarios que hayan sido condenados penalmente; y **(vi)** inscripción de la sentencia en el registro público. La caducidad de la facultad sancionatoria por estas infracciones es de diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que asigne responsabilidad penal a los administradores de las personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras, o se les haya otorgado un principio de oportunidad. Es por lo tanto indispensable que las empresas comprendan la gravedad de las sanciones que les pueden sobrevenir por la participación,

así sea tangencial en conductas de colusión en las licitaciones u ofertas públicas relacionadas con la contratación estatal.

Dicho lo anterior, nos concentraremos en el análisis de las normas de competencia introducidas por la Ley 2195 de 2022 en nuestro ordenamiento jurídico. Es necesario considerar que los países en los cuales prevalece el sistema de aplicación pública del Derecho de la Competencia (*"public enforcement"*), como es el caso de Colombia, tienen el reto de lograr la indemnización de perjuicios de las víctimas de las prácticas restrictivas de la competencia, la cual no puede ser otorgada por la autoridad de competencia, que desarrolla un procedimiento administrativo de investigación y sanción, pero no tiene facultades para adjudicar perjuicios a las víctimas de las conductas anticompetitivas, ya que esta es una función de naturaleza judicial, que escapa a sus posibilidades.

En estos países, entre los cuales se encuentra Colombia, así como los demás países Latinoamericanos y Europa, los perjudicados por las conductas anticompetitivas deben iniciar acciones de naturaleza judicial, entre las cuales se encuentran las acciones de grupo, de responsabilidad civil contractual o extracontractual, de competencia desleal u otras que les brinde el ordenamiento jurídico. Este tema es tan importante que el 26 de noviembre de 2014, el Parlamento y el Consejo Europeos expidieron la Directiva 2014/104, "*relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*"[2].

Esta directiva contiene incentivos para los perjudicados por las prácticas restrictivas de la competencia puedan acudir ante la jurisdicción y solicitar y obtener la indemnización de los daños que les han sido caudados con dichas prácticas. Sin embargo, estos incentivos y la posibilidad real de que los perjudicados puedan adelantar de manera más efectiva las acciones judiciales en contra de las empresas investigadas, podría disuadir a los posibles solicitantes de participar en el Programa de Delación, ya que en ausencia de reglas sobre la reserva de la identidad del delator y de la información que aporte al expediente, así como de reglas de responsabilidad especiales que reconozcan su colaboración con la investigación, el delator quedaría expuesto en primera línea, con la posibilidad de ser la única empresa que responda por los perjuicios, sobre todo si los demandantes cuentan desde inicio de la investigación con la información y las pruebas para demandar al delator, pero no así a los demás investigados.

Por esta razón, la directiva europea contiene reglas sobre confidencialidad de la identidad del delator y de las pruebas que aporta al expediente, así como reglas que excluyen su responsabilidad solidaria con los demás investigados respecto de los daños ocasionados. Como lo explicaremos a continuación, este tipo de reglas que la Unión Europea viene aplicando desde el 2014, están orientadas en la misma dirección que las que ha establecido la Ley 2195 de 2022 en Colombia, con el fin de proteger la efectividad del Programa de Delación.

En este sentido, la Ley 2195 de 2022 introduce dos reformas al Derecho de la Competencia en Colombia: **(i)** La primera, que se relaciona de manera directa con el tema tratado en los párrafos anteriores, se refiere al Programa de Beneficios por Colaboración y consiste en la incorporación de nuevas reglas de confidencialidad y la modificación del régimen de responsabilidad de los colaboradores, por los daños y perjuicios causados por la conducta anticompetitiva. **(ii)** La segunda reforma consiste en una modificación completa del régimen de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) por la infracción de las normas de Protección de la Competencia. En el presente documento, analizaremos únicamente lo referente a la reforma introducida por la ley al régimen de sanciones por la violación al Régimen de Competencia.

3.1 Reformas introducidas al régimen de multas

Para que un régimen de competencia sea efectivo en la lucha contra los carteles y las demás prácticas restrictivas de la libre competencia, es necesario que la autoridad de competencia pueda aplicar multas severas que generen un desincentivo para los posibles infractores. En este sentido, para que las multas sean disuasorias, deben tener dos (2) características: **(i)** Deben tener una cuantía que elimine las utilidades que produce la práctica anticompetitiva, es decir, que elimine la rentabilidad de la infracción de la ley; y **(ii)** La autoridad debe

2 Véase en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=RO

tener la capacidad de descubrir a los infractores para poderles imponer las multas que correspondan por la realización de las conductas anticompetitivas. Dicho lo anterior, las multas no pueden ser confiscatorias, porque en ese caso la aplicación del Derecho de la Competencia podría causar mayor un daño a la economía si las multas que impone la autoridad eliminan las fuentes de empleo, los ingresos del Estado y en general afectan gravemente el tejido empresarial.

La evolución de las multas que puede imponer la autoridad de competencia en Colombia se puede ver en el siguiente cuadro:

Norma	Agente Económico - Persona Natural o Jurídica (Anteriormente Persona Jurídica)	Facilitador - Persona Natural o Jurídica (Anteriormente Persona Natural)
Ley 155 de 1959	De conformidad con el artículo 14 de la Ley 155 de 1959 la multa a imponer seria la suma de hasta quinientos mil pesos (COP $500.000,oo).	La Ley 155 de 1959 no señalaba multa alguna a imponer para los facilitadores o personas naturales.
Decreto 2153 de 1992	De conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 la multa a imponer por la violación de las normas de competencia seria la suma de hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de dos mil millones de pesos (COP $2.000.000.000,ooo).	De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 la multa a imponer a aquellas personas naturales que autoricen ejecuten o toleren conductas anticompetitivas es de hasta trescientos (300 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima sería de trescientos millones de pesos (COP $300.000.000,oo).
Ley 1340 de 2009	De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la multa a imponer por la violación de las normas de competencia para las Personas Jurídicas seria hasta la suma de cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMLMV), o si resulta ser mayor, hasta el ciento cincuenta por ciento (150%) de la utilidad obtenida con la práctica restrictiva. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de pesos (COP $100.000.000.000,oo). Adicionalmente el articulo 25 para efectos de graduar la multa, consagraba los siguientes criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio: 1. "El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado; 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta; 4. El grado de participación del implicado; 5. La conducta procesal de los investigados; 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor." Por último, Ley 1340 establecía en el parágrafo del articulo 25 las hipótesis de agravación y atenuación de la multa:	De conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 la multa a imponer a las Personas Naturales que colaboren faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias del régimen de competencia sería de hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 SMLMV). En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería dos mil millones de pesos (COP $2.000.000.000,oo) Adicionalmente el articulo 26 efectos de graduar la multa, consagraba los siguientes criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio: 1. "La persistencia en la conducta infractora; 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado; 3. La reiteración de la conducta prohibida; 4. La conducta procesal del investigado; y, 5. El grado de participación de la persona implicada." Las multas no pueden ser pagadas ni aseguradas por la empresa a la cual está vinculada la persona natural, ni por sus vinculadas.

	(i) Hipótesis de circunstancias de agravación de la multa: "La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta." (ii) Hipótesis de circunstancia de atenuación de la multa: "La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción."	
Ley 2195 de 2022	De conformidad con el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la SIC impondrá la sanción, a los Agentes de Mercado, ya sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, para lo cual debe utilizar el criterio que arroje un tope mayor, de entre los siguientes: 1. "Hasta el veinte por ciento (20%) de los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción." 2. "Hasta el veinte por ciento (20%) del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción." 3. "Hasta el equivalente a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV)." 4. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de pesos (COP $100.000.000.000,oo). 5. "Hasta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato estatal, cuando la practica restrictiva afecta o pueda afectar procesos de contratación pública." 6. "Hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de las utilidades percibidas por el infractor de la conducta anticompetitivas, siempre y cuando fuere posible cuantificarlas y dicho porcentaje fuere superior a los criterios 1 2 y 3 a los que nos referimos anteriormente." Una vez la Superintendencia de industria y comercio determine el tope de la sanción, esta utilizará los siguientes criterios para efectos de graduar la multa: (i) La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo; (ii) La naturaleza del bien o servicio involucrado; (iii) El grado de participación del implicado; (iv) El tiempo de duración de la conducta; (v) La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor. Por último, en caso de que existan circunstancias de agravación, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la multa se puede incrementar hasta el diez por ciento (10%) del importe de la multa a imponer, por cada una.	De conformidad con el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, la SIC impondrá la sanción a las personas naturales o jurídicas, que actúen como Facilitadores de las conductas anticompetitivas. El Facilitador es la persona natural o jurídica que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente del mercado. La SIC puede imponerle al Facilitador hasta el equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV). En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería dos mil millones de pesos (COP $2.000.000.000,oo) La Superintendencia de Industria y Comercio utilizará los siguientes criterios para efectos de graduar la multa: 1. El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado. 2. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia; 3. El patrimonio del facilitador. Por último, en caso de que existan circunstancias de agravación, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, la multa se puede incrementar hasta el diez por ciento (10%) del importe de la multa a imponer, por cada una. Las circunstancias de agravación que pueden conllevar al incremento en la sanción son las siguientes: (i) Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación; (ii) La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.; (iii) La conducta procesal del

	Las circunstancias de agravación de la sanción son las siguientes: (i) haber actuado como líder, instigador o promotor de la conducta; (ii) Continuar con la conducta infractora una vez abierta la investigación; (iii) la reincidencia o antecedentes de infracciones o de incumplimiento de obligaciones con la SIC; (iii) La conducta procesal tendiente a obstruir o dilatar el trámite o a presentar solicitudes evidentemente improcedentes.	facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes. Las multas del facilitador no pueden ser pagadas ni aseguradas por el agente económico, ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquel.

La tabla anterior, que relaciona la evolución de las multas que puede imponer la autoridad de competencia en Colombia, nos permite identificar las siguientes modificaciones que incorporaron los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 de 2022 al régimen de multas previsto para los Agentes del Mercado y los Facilitadores, por la violación de las normas sobre protección de la competencia.

3.1.1 Modificaciones introducidas por el Artículo 67 a las multas que la SIC le puede imponer a los Agentes de Mercado

a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados

Anteriormente la Ley 1340 de 2009 consagraba un tope de multa de 100.000 salarios mínimos mensuales para las **Personas Jurídicas** que violaran las normas de competencia; y un tope de multa de 2.000 salarios mínimos para las **Personas Naturales** que colaboraran, facilitaran, autorizaran, ejecutaran o toleraran las conductas anticompetitivas. La Ley no consagraba expresamente la posibilidad de multar a las **Personas Naturales** como si fueran **Personas Jurídicas,** es decir, como si fueran los Agentes del Mercado que realizaron las conductas anticompetitivas; aunque en varios casos la SIC le impuso a **Personas Naturales** sanciones como si fueran **Agentes de Mercado**, porque desarrollaban las actividades económicas por medio de las cuales se infringieron las normas de competencia a nombre propio[3]. Naturalmente estas decisiones fueron protestadas por los sancionados, quienes alegaron que por ser personas naturales su sanción tendría que ser la dispuesta por la ley para esta categoría de personas.

Este problema se soluciona con la expedición de la Ley 2195 de 2022, porque ya no cabe duda, que de conformidad con el primer inciso del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la SIC puede imponer multas (muy altas) a los Agentes de Mercado, ya sean **Personas Naturales** o **Personas Jurídicas**, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia; y le puede imponer multas de hasta de 2.000 salarios mínimos mensuales a los Facilitadores, que pueden también ser **Personas Naturales** o **Personas Jurídicas.** Para el efecto, la Ley define al Facilitador, como "… *la persona natural o jurídica que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente del mercado".*

b. Primera etapa de la imposición de la multa: Definición del criterio para establecer el tope máximo

En esta primera etapa, la SIC debe usar los criterios previstos en el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, para determinar **el tope máximo** de la multa que puede imponer a un Agente del Mercado, por la comisión de una conducta contraria a la libre competencia.

En la sección 3.2 de este documento incluimos un cuadro con la evolución que han tenido los sistemas de imposición de multas por la infracción de las normas de competencia y el incremento de la cuantía de las mismas, iniciando con la Ley 155 de 1959, pasando por el Decreto 2153 de 1992, por la Ley 1340 de 2009 y el sistema actual contenido en la Ley 2195 de 2022, en la cual se establecen, en primer lugar, los criterios que debe tener en cuenta la SIC, para establecer el tope máximo de la multa a imponer, para lo cual debe escoger entre las siguientes opciones, la que arroje una cifra mayor:

(i) Hasta el veinte por ciento (20%) de los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

3 Resoluciones No. 3550 de 2019 y No. 64400 de 2011, de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(ii) Hasta el veinte por ciento (20%) del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

(iii) Hasta el equivalente a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV). En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP $1.000.000,oo), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de pesos (COP $100.000.000.000,oo).

(iv) Hasta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato estatal, cuando la practica restrictiva afecta o pueda afectar procesos de contratación pública.

(v) Hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad percibida por el infractor, con la realización de la práctica restrictiva.

En relación con el tamaño de la multa es importante comentar lo siguiente: De conformidad con lo previsto por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la SIC podía imponer hasta el máximo de la multa prevista (el equivalente a 100.000 SMLMV, que son unos COP $100.000.000.000 o unos USD $25.000.000) *"por cada violación y a cada infractor"*. Lo que esta norma implicaba, es que un mismo investigado podía estar acusado de dos o más conductas anticompetitivas, con lo cual el tope a que se ha hecho referencia podría en teoría ser impuesto por cada infracción a las normas de competencia. Por ejemplo, en el caso de abuso de la posición dominante por obstrucción en contra de Comcel[4], la Superintendencia inició la investigación por tres conductas, de las cuales acabó sancionando a Comcel por dos y le aplicó una multa diferente por cada una de las conductas para un total de COP 86.000.000.000 aproximadamente.

La Ley 2195 de 2022 eliminó esta consagración expresa y, en consecuencia, parecería que la multa imponer en una investigación, cubre todas las conductas investigadas.

b. Segunda etapa: Graduación de la multa

Una vez la SIC ha definido el tope máximo de la sanción, de conformidad con la mecánica descrita en el numeral anterior, debe proceder a la graduación de la multa de conformidad con los criterios previstos en la ley para determinar el valor de la multa a imponer a un Agente del Mercado.

El régimen de la Ley 1340 de 2009 traía siete (7) criterios que se debían tener en cuenta al momento de graduar la multa. Dichos criterios eran los siguientes:

1. *"El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
2. *La dimensión del mercado afectado.*
3. *El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
4. *El grado de participación del implicado.*
5. *La conducta procesal de los investigados.*
6. *La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
7. *El Patrimonio del infractor."*

La Ley 2195 de 2022 dejó solamente cinco criterios de graduación que son los siguientes:

1. *"La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo.*
2. *La naturalezá del bien o servicio involucrado.*
3. *El grado de participación del implicado.*
4. *El tiempo de duración de la conducta.*
5. *La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.*

Como se puede observar, el único criterio de graduación que fue mantenido de manera idéntica en la Ley 2195 de 2022 es el del *"grado de participación del implicado"*. A continuación, se explican los cinco (5) criterios de graduación de la multa que existen en la actualidad:

(i) La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo: La Ley 1340 de 2009 establecía como criterio para graduar la multa *"el impacto que la conducta tenga sobre el mercado"*. La Ley 2195 de 2022 cambió la palabra *"impacto"* por *"afectación"* e introdujo el adjetivo respecto de la *"idoneidad"* de la conducta para afectar el mercado. En relación con estos dos cambios se puede decir lo siguiente:

– En lo que respecta al cambio de *"impacto"* por *"afectación"*, se considera que, si bien las mencionadas palabras no son sinónimos perfectos, lo que la autoridad de competencia entrará a evaluar es el

4 Resolución No. 53403 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

efecto que la conducta anticompetitiva **haya producido o pueda producir** en el mercado.

– De otro lado, el hecho de que la conducta sea *"idónea para afectar el mercado"* implica que la graduación de la multa va a tener en cuenta que la conducta sea a juicio de la autoridad, apta para afectar el mercado, aunque no necesariamente tiene que haberlo afectado, lo cual resulta consistente con los criterios subjetivo y *ex ante* de la normativa de competencia en Colombia. Sin embargo, es necesario que la autoridad desarrolle y aplique criterios razonables respecto de la idoneidad de la práctica investigada para afectar el mercado.

(ii) La naturaleza del bien o servicio involucrado: Este criterio de graduación de la multa es nuevo y podría pensarse que tiene relación con el antiguo criterio previsto en la Ley 1340 del 2009 que se refería a *"la dimensión del mercado".* Sin embargo, existen diferencias entre ambos conceptos, ya que el criterio antiguo (*"la dimensión del mercado"),* es meramente cuantitativo, mientras que el análisis de *"la naturaleza del bien o servicio involucrado"* le permite a la autoridad de competencia estudiar la importancia del producto (bien o servicio) para la satisfacción de las necesidades de la población, con el fin de determinar si debe imponerse una mayor o menor multa.

Este nuevo criterio es de suma importancia dado que los productos atienden diferentes necesidades, y en consecuencia pueden ser identificados por la autoridad de competencia como más o menos sensibles y aún esenciales para la sociedad, para la salud o para la vida de las personas. En efecto, la SIC podría establecer, por ejemplo, que es más grave y requiere una graduación más estricta de la multa, el que se afecte a través de una práctica restrictiva un producto de primera necesidad o un medicamento esencial para la vida de las personas, a que se afecte por ejemplo un producto suntuario o de lujo.

(iii) El grado de participación del implicado: Este criterio de graduación fue el único que no sufrió modificación alguna respecto de lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, y consideramos acertado el haberlo mantenido, puesto que debe establecerse una multa diferente para quien organiza y es determinante en la realización de la práctica restrictiva, que para quien participa de manera tangencial o incidental en la misma. Un ejemplo posible sería el de un cartel de colusión en licitaciones u ofertas públicas en el cual una empresa incurre en colusión de manera permanente con otras a lo largo de varios años; mientras que otra participó solamente una vez en la colusión. La sanción no puede graduarse de manera similar para ambas empresas. A un mayor grado de participación en la conducta anticompetitiva, debe corresponder una mayor sanción.

(iv) El tiempo de duración de la conducta: Este criterio para graduar la multa es nuevo, ya que no se encontraba previsto en la legislación anterior. El racional de este criterio radica en que una conducta anticompetitiva realizada por un tiempo mayor afecta de manera más grave la libre competencia y merece una mayor sanción.

Es importante aclarar que no por el hecho de que la conducta se realice por un tiempo mayor, la misma produce mayores perjuicios. Eso puede suceder o no suceder, pero no es indispensable que así sea para que la SIC aplique una mayor sanción. De hecho, la normativa de libre competencia es de carácter *ex ante,* en el sentido de que la SIC no requiere la demostración de que una persona individual ha sufrido un perjuicio en cabeza propia para iniciar una investigación ni tampoco para imponer una sanción.

En materia de prácticas restrictivas de la competencia, la SIC actúa como una autoridad de alta policía administrativa a la cual se le han otorgado por ley facultades de inspección, vigilancia y sanción, en protección del orden público económico en su categoría de libre competencia. Por eso la SIC no requiere tampoco de una denuncia para iniciar su actividad, sino que aún de oficio puede actuar en protección del principio constitucional de libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, de conformidad con el cual *"la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".*

De otra parte, debe considerarse que la SIC tiene facultades para imponer sanciones por la realización de conductas anticompetitivas realizadas dentro de los cinco (5) años anteriores a la decisión que ponga fin a la investigación.

Al respecto el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que "*La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado*".

Esta norma no está en contradicción con el criterio de graduación que se analiza, ya que la norma sobre caducidad de la facultad sancionadora está establecida para defender la seguridad jurídica y que una empresa no se vea sometida a sanciones por conductas que se realizaron y terminaron hace más de cinco (5) años. Pero eso no quiere decir, que la SIC no deba valorar como más grave una conducta anticompetitiva que tuvo una duración de diez (10) o veinte (20) años, que una que apenas duró unos meses; porque evidentemente la primera le ocasiona más daño a la libre competencia que la segunda.

(v) La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor: En el régimen de la Ley 1340 del 2009, este criterio consistía en evaluar *"La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción"*. La modificación introducida en la Ley 2195 de 2022 mantiene como criterio de graduación la participación del infractor en el mercado afectado por la conducta anticompetitiva, pero excluye el que se tenga en consideración, como criterio de graduación de la multa, la parte de los activos del infractor involucrados en la infracción.

El racional de este cambio consiste en darle peso en la graduación de la multa al mercado afectado por la práctica restrictiva y a la participación del infractor en dicho mercado, en donde la multa debe ser mayor cuando dicha participación sea más grande, pero sin tener en cuenta que esa actividad sea importante o no lo sea respecto del total de actividades del infractor. Es decir, que una empresa muy grande que está dedicada a muchos temas y realiza una práctica restrictiva en un mercado que no representa una gran parte de su actividad total, aun así, puede recibir una multa severa, porque su participación en ese mercado es muy grande.

Puede considerarse que este criterio sustituye en parte el que anteriormente existía, relacionado con "*El beneficio obtenido por el infractor con la conducta*", ya que, si la participación del infractor en el mercado afectado es grande, es más probable que su beneficio por la conducta anticompetitiva sea mayor.

Por último, es imprescindible señalar, que la Ley 2195 de 2022 omitió de manera imperdonable incluir como criterio de graduación, el que ha sido al parecer el criterio más importante para graduar las sanciones impuestas bajo la Ley 1340 de 2009, como es el del Patrimonio del Infractor.

En ausencia de ese criterio, realmente se vuelve más factible que se apliquen multas de carácter expropiatorio a los investigados.

d. Tercera etapa – Circunstancias de agravación de la multa:

Una vez establecido el valor de la sanción, la SIC aplica los criterios de agravación y atenuación de la multa y así obtiene el valor de la misma, el cual es informado al investigado en la resolución que pone fin a la actuación.

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, *"Por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor, procederá un aumento de hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, sin exceder en ningún caso los límites sancionatorios previstos en la Ley"*. Los criterios para graduar las multas se tendrán en cuenta *"siempre y cuando sean aplicables al caso"*.

El parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 consagraba las siguientes tres (3) circunstancias de para la agravación de la multa:

1. *La persistencia en la conducta infractora;*
2. *la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia;*
3. *el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta.*

En la actualidad, la Ley 2195 de 2022 incluye cuatro (4) criterios de agravación, algunos de los cuales no son razonables y resultan problemáticos como se explica a continuación:

1. *El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;*
2. *La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación.*
3. *La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia. o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.*
4. *La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.*

Algunos de los criterios de agravación contenidos en la nueva ley ya habían sido incluidos en la Ley 1340 de 2009, como el hecho de que el investigado sea el líder, instigador o promotor de la conducta; y la reincidencia o existencia de antecedentes de infracciones a las normas de protección de la competencia o de incumplimiento de ordenes o compromisos con la autoridad de competencia.

Pero existen dos criterios de agravación de la conducta que resultan, a nuestro juicio incompatibles con el ordenamiento jurídico colombiano, como se verá enseguida. A continuación, el análisis de cada uno de los cuatro (4) criterios de agravación:

(i) Haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta: Esta circunstancia de agravación que estaba ya presente en la Ley 1340 de 2009, es mantenida por la Ley 2195 de 2022 en los mismos términos. Al respecto debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 2.2.2.29.1.1. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, el Instigador o Promotor *"Es la persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra u otras a iniciar o hacer parte de una conducta anticompetitiva en la que participen dos (2) o más agentes del mercado de forma coordinada, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución de la conducta y resulte determinante en la conducta de los agentes involucrados".*

Y aunque se encuentra dentro del contexto del Programa de Delación, consideramos que para aplicar este criterio de agravación, la SIC debe tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 2.2.2.29.2.1 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, según el cual *"El que afirme que otro es Instigador o Promotor de la conducta anticompetitiva, deberá probarlo".*

(ii) La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación: Esta circunstancia es nueva, ya que no se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico anterior a la Ley 2195 de 2022. Este criterio constriñe la libertad económica de los investigados, los cuales podrían considerar que la conducta por la cual los investigan no es ilegal y podrían planear mantenerla mientras que no sea prohibida, ya que están amparados por una presunción de inocencia y buena fe. Sin embargo, la norma que se comenta desconoce y vulnera ambas presunciones constitucionales, porque se está asumiendo que el hecho de considerar que la conducta investigada es lícita, y el de pretender continuar con la operación normal de la empresa bajo ese supuesto, amerita un reproche y una sanción adicionales, lo cual parece contrario a los derechos constitucionales de los investigados.

Es legítimo para los agentes del mercado continuar con una conducta en cuya legalidad creen, hasta tanto se profiera un acto administrativo en firme, en virtud del cual se desvirtúe la presunción de legalidad e inocencia, debido a que la autoridad ha determinado por medio de un acto administrativo, después de seguir un procedimiento en el que el investigado ha podido defenderse, que la misma constituye una conducta anticompetitiva. Por esta razón en la SIC en sus resoluciones de apertura se refiere a la conducta "*presuntamente infractora".*

Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política establece que *"las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelante ante estas".* Así mismo el artículo 3(4) de la Ley 1437 de 2011 lo complementa al afirmar que *"4. en virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes".*

No se entiende entonces la razón por la cual los particulares deben sufrir un incremento de la sanción hasta en un 10% por no detener

una conducta que no ha sido declarada anticompetitiva por la autoridad. Esta norma por lo tanto lo que comporta es una amenaza, una intimidación a las empresas para que no traten siquiera de defender su posición, aunque sea correcta, por el temor a ser sancionadas de manera más grave. Esta disposición es a nuestro juicio inconstitucional e inconveniente y debería ser eliminada del ordenamiento jurídico.

(iii) La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia. o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta. La Ley 1340 de 2009 se refería a "*la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia".* El artículo 67 (3.3.) de la Ley 2195 de 2022 adiciona a esta hipótesis para la agravación de la multa, la *"reincidencia"* del infractor. Al respecto vale la pena preguntarse que se consideraría como reincidencia: si se debe tratar de la misma infracción, en el mismo mercado, en circunstancias similares; pero, sobre todo, cuanto tiempo después de sancionada una infracción se debe seguir considerando que ese antecedente se debe traducir en una agravación del 10% de la multa a imponer. Estos temas requieren análisis y ponderación de parte de la autoridad.

En relación con el incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las órdenes o instrucciones impartidas por la autoridad de competencia, observamos que dichas conductas generan una especie de doble sanción, ya que el inciso inicial del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022 establece que *"La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia,* ***incluidas la omisión en acatar en debida forma, órdenes e instrucciones ·que imparta, la obstrucción de las actuaciones administrativas,*** *el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial ·o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías".* Pero adicionalmente, *"el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta"* es también una circunstancia de agravación de la multa.

Al respecto consideramos que no es igual de grave incurrir en una conducta de cartelización o de abuso de la posición dominante, que incumplir una orden o instrucción impartida por la SIC, razón por la cual este último tipo de infracciones no deberían ser sancionadas con los mismos criterios, sino que debería establecerse un monto fijo en salarios mínimos por cada infracción; y por supuesto, no debería estar afectado por los criterios de agravación de la multa que se estudian en este acápite.

(iv) La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes: En el régimen de la Ley 1340 de 2009, la conducta procesal del investigado era un criterio para graduar la multa, pero no para agravarla. La Ley 2195 de 2022 constriñe el derecho de defensa de los investigados y de los apoderados de los mismos, los cuales se pueden ver limitados de manera importante en el cumplimiento de sus deberes en cuanto a la defensa de los intereses de sus clientes, por el temor de que al presentar cualquier solicitud dentro de un proceso, que a juicio de la SIC sea "*evidentemente improcedente*", a su cliente se le incrementará la sanción en un 10%, lo que podría tener un valor de millones de dólares, por presentar alguna petición que la SIC considere de manera discrecional y sin control alguno, *"evidentemente improcedente".*

Un ejemplo de esta situación podría suceder en el caso de que el apoderado solicite, como se ha hecho en múltiples ocasiones (sin éxito) que le concedan una audiencia con el Consejo Asesor del Superintendente antes de que emita su concepto. Esta audiencia no está prevista en el artículo 52 del Decreto 2153, modificado por el Decreto 019 de 2012; pero estas normas, que son especiales para el procedimiento de competencia, remiten al CPACA en lo no previsto, el cual en su artículo 35 establece que *"Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones".*

Solicitar una audiencia como la mencionada o realizar cualquier otro tipo de petición que se considere en interés del investigado, no puede dar lugar a un incremento del 10% de la sanción, así la autoridad considere que la petición debe ser negada. Esta disposición resulta también, a nuestro juicio, inconstitucional e inconveniente y debería ser eliminada del ordenamiento jurídico.

Por último, respecto de los criterios de agravación de la multa el parágrafo segundo del artículo 67 de la ley 195 de 2022, como ya se advirtió, incorpora un tope máximo para la autoridad de competencia. En este entendido entonces la autoridad por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor podrá agravar la multa hasta en un diez por ciento (10%), sin exceder en ningún caso los límites previstos en la Ley, a los cuales hace referencia el numeral 3.2.1 (b) de este documento.

e. Respecto de los criterios de atenuación de la multa

La ley 1340 de 2009 establecía que *"La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción."* La nueva ley cambia el criterio de colaboración con las autoridades, por el de *"aceptar los cargos formulados en aquellos casos en los cuales el investigado no ha sido reconocido como delator"*.

Esta modificación también parece inconveniente, porque no le permite a un investigado que colabora con la autoridad, aunque no se allana a los cargos, obtener ningún tipo de beneficio.

3.1.2 Modificaciones introducidas por el Artículo 68 a las multas que la SIC le puede imponer a los Facilitadores.

a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados

Como se vio en el análisis del artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, se hace claridad respecto de la diferencia entre el **Agente del Mercado,** que es la persona natural o jurídica que incurre en la conducta anticompetitiva; y el **Facilitador,** que es la persona natural o jurídica que colabora, autoriza, promueve, impulsa, ejecuta o tolera la realización de la práctica restrictiva. En ambos casos se puede tratar de una persona natural o jurídica. Respecto de los facilitadores, la nueva ley elimina el verbo rector de *"facilitar"*, seguramente porque ya está incluido en el nombre mismo del sujeto *"Facilitador"*. La norma añade los verbos rectores de *"promover"* y de *"impulsar"*, que no estaban en la Ley 1340 de 2009.

Lo primero que se debe decir respecto de la identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados es que anteriormente el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establecía como los sujetos objeto de estas multas, a las personas que colaboraran, facilitaran, autorizaran, ejecutaran o toleraran la violación de las normas sobre protección de la competencia. Actualmente el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 definió como *"Facilitadores"* a las personas naturales o jurídicas que colaboren, autoricen, promuevan, impulsen, ejecuten o toleren la violación de las normas sobre protección de la competencia.

De lo anterior se desprende que tanto el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 como el artículo 68 de la ley 2195 de 2022 incluyen como sujetos de estas multas (*Facilitadores*) a las personas que **(i)** colaboren, **(ii)** autoricen, **(iii)** ejecuten o **(iv)** toleren la violación de las normas sobre protección de la competencia. Así mismo el artículo 2.2.2.29.1.2. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015 y más recientemente por el Decreto 523 de 2022, incluye también estos verbos para definir a quienes son considerados como Facilitadores.

La diferencia entre el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 y el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 consiste en que el primero incluyó dos nuevos verbos rectores para las infracciones de los facilitadores, que son los que tienen que ver con "*promover"* o *"impulsar"* la realización de conductas violatorias de las normas sobre protección o defensa de la competencia. Al respecto debe tenerse en cuenta que la normativa de competencia ya ha definido al "*Promotor*" de una conducta anticompetitiva, en el artículo 2.2.2.29.4.2. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el artículo 1523 de 2015 y más recientemente por el Decreto 523 de 2022. Este artículo define al "*Promotor*" como aquella *"… persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra y otras a iniciar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución del acuerdo y resulte determinante en la conducta de las empresas involucradas"*. Adicionalmente, el numeral 3.1. del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022 establece como un criterio de agravación de la sanción para el Agente de Mercado, el que éste sea *"… en cualquier forma promotor de la conducta"*. Como consecuencia de estas disposiciones es importante

que la SIC aclare si está investigando a una persona como Agente de Mercado o como Facilitador y en que contexto lo está acusando de *"promover"* la realización de la conducta anticompetitiva.

b. Primera etapa de la imposición de la multa – definición del criterio para establecer el tope máximo.

El artículo 68 de la ley 2195 de 2022, mantiene el tope máximo para la multa prevista en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV) para los Facilitadores. Debe recordarse que el artículo 68 de la nueva ley también mantiene la prohibición para que el Agente de mercado pague o asegure de cualquier manera la multa impuesta al Facilitador, el cual deberá pagarla de su propio patrimonio. Ya existen algunos casos en los cuales la SIC ha adelantado investigaciones y ha impuesto sanciones a las empresas por incumplir esta norma[5].

c. Segunda etapa - Graduación de la multa:

En esta segunda etapa, la autoridad de competencia usará los criterios previstos en la ley para determinar el valor de la multa a imponer a un Facilitador que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia, hasta el tope máximo definido en la Ley.

En relación con este aspecto, el artículo 68 de la ley 2195 de 2022 cambia los criterios para la graduación de la multa. Antes el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 establecía cinco (5) criterios para graduar la multa a imponer a los facilitadores. Actualmente, el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 trae solamente tres (3), que guardan similitudes y diferencias con los anteriores. Los cinco (5) criterios de graduación de la multa de los facilitadores que incluía el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 eran los siguientes:

1. *"La persistencia en la conducta infractora.*
2. *El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
3. *La reiteración de la conducta prohibida.*
4. *La conducta procesal del investigado, y*
5. *El grado de participación de la persona implicada."*

La Ley 2195 de 2022 dejó solamente tres criterios de graduación que son los siguientes:

1. *"El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.*
2. *La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia;*
3. *El patrimonio del facilitador."*

A continuación, se explica cada uno de los criterios de graduación de la multa.

(i) El grado de involucramiento del Facilitador en la conducta del Agente de Mercado. El numeral 1.1. del artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 cambió el criterio del *"grado de participación de la persona implicada"* previsto en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 por el del "*grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado."* Consideramos que esta modificación no cambia la orientación del criterio de graduación.

(ii) La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia. El numeral 1.2. del artículo 68 de la ley 2195 de 2022 cambió el criterio de *"La reiteración de la conducta prohibida"* previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la ley 1340 de 2099, por el de *"La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos o de las órdenes impartidas por la autoridad de competencia".* En este sentido, al igual que en el caso de la graduación de las multas de los Agentes de Mercado, explicada en el numeral 3.2.1.(b) de este documento, es importante que la SIC establezca lo que se debe entender por *reincidencia* en una conducta y lo distinga de lo que se entiende por *existencia de antecedentes,* así como el período de tiempo durante el cual esa reincidencia o antecedente tendrá un peso en la graduación de la multa.

5 Resolución No. 7625 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(iii) El patrimonio del facilitador. El numeral 1.3. de la ley 2195 de 2022 añade como criterio de graduación, *"el patrimonio del facilitador"*, que antes no estaba incluido en la Ley 1340 de 2009. Es importante incluir este criterio para que las multas no sean confiscatorias.

El artículo 68 de la ley 2195 de 2022 eliminó los siguientes criterios para la graduación de la multa: **(i)** El numeral 1 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *"la persistencia en la conducta infractora"*; **(ii)** El numeral 2 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *"el impacto que la conducta tenga sobre el mercado"*; y **(iii)** El numeral 4 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *"la conducta procesal del investigado"*.

d. Tercera etapa – Criterios de agravación y atenuación de la multa:

La nueva ley incluye unos criterios de agravación de la sanción para el Facilitador, que no estaban contemplados en la Ley 1340 del 2009. Al igual que en el caso de los Agentes de Mercado, cada una de las circunstancias de agravación, puede incrementar el valor de la sanción hasta en un diez por ciento (10%).

Estos criterios para agravar la multa son: **(i)** *"Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación"*; **(ii)** *"La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta"*, y **(iii)** *"La conducta procesal del facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes"*.

Toda vez que estos criterios son los mismos que aquellos previstos en el artículo 67 de la ley 2195 de 2022, con la excepción del 3.1., reiteramos los comentarios presentados frente a los criterios de agravación de los Agentes de Mercado, en especial en lo que tiene que ver con el 2.1 referente a continuar facilitando la conducta después de la apertura de la investigación; y el 2.3 referente a la conducta procesal del investigado tendiente a dilatar u obstruir la investigación, o a presentar solicitudes evidentemente improcedentes.

e. Prohibición del pago de la multa del facilitador por el Agente de Mercado

El parágrafo 2 del artículo 68 de la nueva ley, reitera la prohibición que ya existía en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. El artículo 26 de la ley 1340 de 2009 prohibía que las multas impuestas a los facilitadores fueran cubiertas o aseguradas o en general garantizadas directamente o por antepuesta persona, por la persona jurídica (el Agente de Mercado), ni por su matriz o empresas subordinadas de esta, ni por las empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella, a la cual estaba vinculada el facilitador cuando incurrió en la conducta por la cual se le está imponiendo la multa.

El parágrafo 2 del artículo 98 de la Ley 2195 de 2022 mantiene esta prohibición, pero cambia la expresión *"por la persona jurídica a la cual estaba vinculada"* por la de *"el agente del mercado al cual estaba vinculado el facilitador"*. De conformidad con esta prohibición entonces, el Agente de Mercado no puede pagar, asegurar o garantizar de manera alguna el pago de la multa impuesta al Facilitador.

Por último, la Ley 2195 de 2022 incorpora al catálogo de prácticas restrictivas de la competencia la violación a esta prohibición, la cual es en sí misma constituye a partir de su vigencia una práctica restrictiva de la libre competencia. Como ya lo habíamos comentado, la SIC ya había impuesto multas por esta razón con anterioridad.

IV. Conclusiones de las modificaciones introducidas por la ley 2195 de 2022 a las multas que la sic le puede imponer

Como se puede observar, la capacidad de la SIC para imponer sanciones por prácticas Restrictivas de la Competencia, ha venido creciendo de manera exponencial desde 1959 hasta nuestros días. Como ya lo advertimos, consideramos que el incremento de las multas no es cuestionable en sí mismo, puesto que las sanciones deben ser lo suficientemente altas para disuadir a los potenciales infractores de realizar conductas anticompetitivas y para eliminar cualquier rentabilidad y utilidad que los infractores puedan obtener por la realización de prácticas anticompetitivas, esto sin convertir la multa en un mecanismo de expropiación de las empresas.

Dicho lo anterior, un sistema de sanciones como el establecido por la Ley 2195 de 2022, le otorga a la SIC una capacidad de sanción que puede ser varias veces superior a la actual, sin que se hayan adoptado aún medidas para garantizar de una manera más efectiva el derecho de defensa y el debido proceso en las investigaciones que adelanta la SIC, por la presunta realización de prácticas restrictivas

de la competencia. Al respecto, el día 7 de agosto de 2018 el CEDEC difundió a través de sus redes digitales el documento titulado *"REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. RECOMENDACIONES PARA EL CUATRENIO 2018 – 2022* [6]*".*

En el documento mencionado recomendamos, entre otras cosas, que la autoridad de competencia sea colegiada, independiente del Gobierno, especializada, y que debe existir independencia entre quien inicia y adelanta las investigaciones (el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia); y quien toma las decisiones (el Superintendente de Industria y Comercio). La verdad es que las medidas adoptadas hasta ahora en relación con la independencia de la autoridad (Decreto 1877 de 2015) y en relación con la independencia entre quien investiga y quien sanciona (Decreto 092 de 2022), son medidas puramente cosméticas, que no solucionan el déficit institucional que padece desde hace décadas el Derecho de la Competencia en Colombia, el cual ha sido señalado por el CEDEC en múltiples oportunidades y también por la OCDE.

En efecto, la necesidad de la independencia de la autoridad de competencia respecto del Gobierno, como lo hemos dicho repetidamente, se justifica porque la política pública de libre competencia es una política estatal, pero no debe ser una política gubernamental y por esta razón la autoridad no debe estar supeditada al Ejecutivo, como sucede en Colombia, donde el Superintendente de Industria y Comercio es un funcionario de tercer nivel de la rama ejecutiva del poder público, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, por lo cual institucionalmente no es independiente. Este problema fue señalado a Colombia por la OCDE y para acceder a dicha organización se expidió el mencionado Decreto 1877 de 2015, declarado parcialmente inconstitucional por el Consejo de Estado, en la medida en que pretendía señalarle un período a los Superintendentes de Industria y Comercio, Sociedades y Financiero. En este sentido, la falta de independencia persiste.

En cuanto a la necesidad de que la autoridad que investiga no sea la misma que sanciona, el presente Gobierno expidió el Decreto 092 de 2022, por medio del cual se modifica el Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se establece la estructura administrativa de la SIC y las funciones de sus dependencias, de conformidad con el cual la investigación por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia es iniciada y adelantada por el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia, que es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio. En este sentido, corresponde al Delegado adelantar las averiguaciones preliminares, expedir la resolución de apertura de la investigación en la cual se imputan cargos, decretar y también negar las pruebas solicitadas por los investigados, practicarlas y también valorarlas en el informe motivado en el cual formula recomendaciones al Superintendente sobre el resultado de la decisión; y además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.7 del Decreto 4886 de 2011, el mencionado funcionario estaba encargado (hasta la expedición del Decreto 092 de 2022) de preparar el borrador de la resolución por medio de la cual se pone fin a la investigación.

Esta clarísima dependencia de quien investiga respecto de quien sanciona, fue cuestionada en su momento por la OCDE y el Estado Colombiano manifestó que se había implementado una estricta *"Muralla China"* entre el Delegado de Protección de la Competencia y el Superintendente y que no se aplicaba la norma mencionada del artículo 9.7 del Decreto 4886 de 2011, que le otorgaba al Delegado la función de preparar el borrador de la decisión final que debería expedir el Superintendente de Industria y Comercio. Esta función fue ahora eliminada por el Decreto 092 de 2022, pero repetimos que se trata de una medida meramente cosmética, que no le brinda a los investigados una verdadera independencia entre quien investiga y quien juzga las presuntas infracciones al régimen de competencia. En relación con este tema, el día 3 de agosto de 2018, el CEDEC realizó un panel con la participación de la FTC (Kisztian Katona), titulado *"Colombia in the OCDE: road to accession and new challenges".*

El análisis detallado de las recomendaciones que se deben introducir al Derecho de la Competencia en Colombia, como ya lo mencionamos, se puede consultar en el documento titulado *"REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. RECOMENDACIONES PARA EL CUATRENIO 2018 - 2022".*

En nuestra opinión, un incremento en la capacidad sancionatoria de la autoridad de competencia, como el que introdujo la Ley 2195 de 2022, no es

6 Véase en https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf

conveniente en vista de la estructura institucional que tiene Colombia actualmente, en especial como ya se comentó por la ausencia de independencia entre el Gobierno y la Autoridad de Competencia y la ausencia de independencia entre quien investiga (Superintendente Delegado de Protección de la Competencia) y quien sanciona (Superintendente de Industria y Comercio). Esto hace aún más urgente el que se adopten las reformas propuestas en el documento del CEDEC al que se ha hecho referencia. En el entretanto, es importante que la nueva capacidad de sanción de la autoridad sea utilizada con mesura por la autoridad de competencia. Para el efecto, es imprescindible que la SIC expida una guía de sanciones que explique y anticipe la forma en que será utilizadas de manera razonable, la enorme capacidad sancionadora que le ha otorgado la ley.

¿Riesgo de confusión o riesgo de complicación?

— Gonzalo Barreda* —

Resumen

El artículo será una crítica a nuestra legislación marcaria, la cual, en búsqueda de una protección al consumidor, en la práctica inexistente, ignora los deseos de los titulares marcarios, generando así litigios y costos innecesarios para todas las partes incluyendo la propia Autoridad. La legislación actual obliga a la Autoridad a denegar de oficio el registro de marcas que son consideradas, a criterio de la Autoridad, confundibles con marcas anteriormente registradas, lo que ocurre aun cuando el propio titular de la marca siendo "protegida" no considera que la marca solicitada afecta sus derechos. Esto es problemático porque, en primer lugar, genera consecuencias negativas innecesarias, por ejemplo, se obliga a las partes a iniciar litigios que no se desean, se afectan las inversiones, pues las marcas se registran para ser usadas, por lo que una marca innecesariamente denegada implica la demora en el ingreso al mercado de un negocio, o genera desinterés en el empresario que iba a entrar al mercado peruano y se evita que se pueda optar por formas alternativas de solución de conflictos, como un arbitraje. En segundo lugar, la finalidad que justificaría dichas consecuencias negativas, la protección al consumidor, no se logra en la realidad pues, por ejemplo, la marca denegada igual podrá existir en el mercado, autorizada por el titular de la marca registrada (la marca en base a la cual la Autoridad, de oficio, denegó el registro de la marca).

Palabras clave

Cartas de consentimiento, coexistencia de marcas, marcas, protección al consumidor, cancelación de marcas, regulación.

Abstract

The article will be a critique of our trademark legislation, which, in pursuit of consumer protection that is practically nonexistent, disregards the wishes of trademark holders, thereby generating unnecessary litigation and costs for all parties, including the Authority itself. The current legislation obligates the Authority to reject ex officio the registration of trademarks that are considered, at the discretion of the Authority, to be confusingly similar to previously registered marks, even when the holder of the "protected" mark does not believe that the requested mark infringes on their rights. This is problematic because, first of all, it generates unnecessary negative consequences. For example, it forces parties to initiate lawsuits that they do not want, it affects investments because trademarks are registered to be used, so an unnecessarily rejected mark implies a delay in the entry of a business into the market, or it generates disinterest in the entrepreneur who was going to enter the Peruvian market, and it prevents alternative forms of conflict resolution, such as arbitration, from being considered. Secondly, the purpose that would justify such negative consequences, consumer protection, is not achieved in reality because, for example, the rejected mark can still exist in the market, authorized by the holder of the registered mark (the mark on the basis of which the Authority ex officio rejected the registration of the mark).

Keywords

Trademark, consumer protection, cancelation of trademarks, regulation.

* Socio del estudio Barreda Moller. Banda 4 en Chambers and Partners. Abogado por la Universidad de Lima. LL.M. por la Universidad George Washington. Miembro de la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual (ASIPI), Asociación Peruana de la Propiedad Industrial (APPI) y la Asociación Internacional de Marcas (INTA).

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto invitar a los lectores a cuestionarse si la legislación actual de propiedad intelectual, específicamente la del derecho de marcas, hace bien al mezclar, en una sola norma, dos conceptos que quizá sean absolutamente distintos e incompatibles, como lo son el derecho del consumidor y el derecho marcario.

Como demostraremos a lo largo del presente artículo, nuestra legislación marcaria mezcla ambos conceptos al tener como requisito para el otorgamiento del derecho marcario el respeto a los derechos del consumidor. En ese sentido, la razón de ser del presente artículo es justamente enfocarnos en ese hecho para determinar si esta situación, a la que todos los abogados de propiedad intelectual estamos ya acostumbrados, es eficiente y brinda alguna ventaja o protección real, o si es momento de dejar de lado la costumbre, evaluar la utilidad real de la norma, poner sobre la balanza los beneficios y los perjuicios, para finalmente decidir si debemos quedarnos como estamos, o sugerir un cambio.

Para efectos de un adecuado análisis, dividiremos el artículo en tres partes, siendo que primero explicaremos, aunque de forma superficial, la normativa actual, para luego ponerla a prueba al evaluar la problemática que su aplicación genera, cuestionando incluso si la finalidad deseada se cumple o si la aplicación de la norma trae desventajas, sin siquiera lograr un efecto positivo que las compense. Finalmente, ofreceremos una alternativa, esperando que, luego de leído el presente artículo, cada lector pueda realizar su propio análisis para determinar cuál debería ser el camino a seguir.

2. Legislación actual

Actualmente, nuestra legislación requiere que la autoridad nacional, en nuestro caso Indecopi, brinde preferencia a los intereses de los consumidores sobre los intereses de los titulares de registros marcarios en prácticamente todos los procedimientos administrativos referidos a los derechos marcarios, incluyendo las solicitudes de registro.

A modo de ejemplo, el artículo 56 del Decreto Legislativo 1075 claramente establece que:

> Las partes en un procedimiento podrán acordar la coexistencia de signos idénticos o semejantes siempre que, en opinión de la Autoridad competente, la coexistencia no afecte el interés general de los consumidores. Los acuerdos de coexistencia también se tomarán en cuenta para analizar las solicitudes de registro en las que no se hubieren presentado oposiciones (2019)[1].

Adicionalmente, el artículo 57 del mismo dispositivo legal también limita el derecho de las partes a solucionar sus conflictos de manera privada si se considera que el consumidor podría ser afectado, al indicar lo siguiente:

> En cualquier estado del procedimiento, la Dirección competente podrá citar a las partes a audiencia de conciliación. La audiencia se desarrollará ante la persona que designe la Dirección competente. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la materia en conflicto y éste no afecta derechos de terceros, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá mérito ejecutivo (2019).[2]

Tras una simple lectura del citado artículo podemos darnos cuenta que la conciliación entre las partes sólo será admitida si es que no se vulneran derechos de terceros, entendidos estos como los consumidores. En otras palabras, la solución privada de conflictos no será aceptada si se afecta el interés del consumidor. Ello se debe a que nuestra norma se basa en la premisa de que el interés del consumidor es más importante que el propio interés del titular del derecho y, por lo tanto, el primer interés es privilegiado.

Es importante precisar que el artículo 150 de la Decisión 486, si bien no sobrepone textualmente los derechos del consumidor sobre los intereses del solicitante de un registro marcario, en efecto existe tácitamente dicha preferencia. La mencionada norma establece lo siguiente:

> Vencido el plazo establecido en el artículo 148, o si no se hubiesen presentado oposiciones, la

1 Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial DECRETO LEGISLATIVO N°1075. (2019, septiembre 16). Indecopi. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3918907/DL+1075.pdf/72df1e73-af31-238d-262e-f997814aadf5

2 Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial DECRETO LEGISLATIVO No1075. (2019, septiembre 16). Indecopi. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3918907/DL+1075.pdf/72df1e73-af31-238d-262e-f997814aadf5

> oficina nacional competente procederá a realizar el examen de registrabilidad. En caso se hubiesen presentado oposiciones, la oficina nacional competente se pronunciará sobre éstas y sobre la concesión o denegatoria del registro de la marca mediante resolución[3].

Como se puede apreciar, la obligatoriedad de realizar el examen de registrabilidad, aunque no existan oposiciones; es decir, incluso cuando ningún titular de derechos anteriores ha manifestado su disconformidad con el registro del signo solicitado, no busca realmente proteger a aquel titular de derechos marcarios que, habiendo podido oponerse, no lo hizo. Lo que esconde en realidad es el deseo de proteger, por lo menos, en papel, los intereses del consumidor, buscando evitar el registro de un signo que, aunque a criterio del titular de la marca previamente registrada no sea confundible con su marca, ante los ojos de la autoridad administrativa pueda causar riesgo de confusión.

Es importante precisar que no pretendemos alegar que, ante la inexistencia de una oposición, todas las solicitudes de registro de marcas deberían ser siempre otorgadas sin siquiera realizar un análisis de registrabilidad, pero el problema, al menos en nuestra opinión, radica en que tal examen de registrabilidad no se limita únicamente al análisis de prohibiciones absolutas, sino que incluye también el análisis de prohibiciones relativas. Por lo tanto, es justamente en esa segunda parte del análisis (la de las prohibiciones relativas) en la que se demuestra la preferencia de los intereses de los consumidores sobre los de los verdaderos titulares de los derechos marcarios pues, si no pensamos en los consumidores, la elaboración del análisis de prohibiciones relativas carecería de sentido en aquellos casos en los que no existe una oposición. Para brindar mayor claridad sobre este punto, debemos precisar en qué consiste el referido análisis de registrabilidad (prohibiciones absolutas y relativas).

Al presentar una solicitud de registro, bajo el sistema actual, se van a realizar dos análisis distintos para ver si se otorga el registro de la marca, el primero con relación a los impedimentos absolutos, y el segundo, que versa sobre los impedimentos relativos.

> Se considera que hay impedimentos absolutos, como la falta de distintividad (art. 135 de la Decisión 486), y relativos, que son los que afectan los derechos de terceros, como es el caso de aquellos signos solicitados que son iguales o similares a otros ya protegidos (art. 136 de la Decisión 486) (Kresalja, 2004, p. 108).

En el análisis sobre impedimentos absolutos se verifica si el signo cumple con las características intrínsecas para poder ser marca. Por ejemplo, analizan si el signo es apto para distinguir productos o servicios, si es distintivo, si es un signo usual, si es una expresión genérica, entre otros. En resumen, busca ver si el signo por sí mismo puede convertirse en marca.

En el análisis de las causales relativas se busca, una vez superado el análisis de impedimentos absolutos, ver si el signo solicitado a registro afecta el derecho de un tercero, por ejemplo, si es idéntico o similar a una marca previamente registrada, entre varias otras causales. Resulta evidente que este análisis ya no ve las condiciones intrínsecas de registrabilidad del signo, sino que lo compara con derechos anteriores buscando evitar que se genere riesgo de confusión.

De acuerdo a nuestra legislación, el signo sólo será registrado como marca si se superan ambos análisis.

En consecuencia, si bien no negamos la obvia necesidad de realizar el primer análisis (referido a las prohibiciones absolutas), nos preguntamos si realmente será necesario realizar el segundo (referido a las prohibiciones relativas), incluso ante la inexistencia de una oposición, pues es tal obligatoriedad la que genera que la autoridad deba rechazar los acuerdos de coexistencia, así como cualquier otro acto de disposición de derechos. Lógicamente, el análisis de las causales absolutas, el que versa sobre las condiciones necesarias que el signo debe tener para que el mismo sea registrado como marca, es uno que debe necesariamente ser realizado por la autoridad. Sin embargo, el segundo análisis, el de las causales relativas, versa sólo sobre los derechos de las partes, los que deberían ser considerados derechos disponibles, por lo que dicho análisis no debería realizarse sin una solicitud previa y definitivamente no debería realizarse cuando existe un consentimiento expreso por parte del titular de la marca registrada o un acuerdo de coexistencia entre las partes.

La autoridad, al momento de evaluar la registrabilidad de un signo considerando los impedimentos

3 Indecopi. (2002). DECISIÓN 486. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3468565/02.++01-Decision486.pdf/2d4e6e59-03a9-ed91-26d7-332869bf3b47

relativos al registro, no toma en cuenta solamente el interés de los demás titulares de signos registrados, sino que analiza el impacto que podría tener en el consumidor, de otorgarse la protección solicitada. Este aparente interés superior del consumidor "justifica" que la autoridad rechace una solicitud de registro por presuntamente afectar el derecho de un tercero, que los acuerdos de coexistencia puedan ser rechazados por la autoridad o que en muchos casos no se permita que las partes no vinculadas solucionen de manera privada las controversias que se hayan generado a partir de derechos marcarios. El presunto interés del consumidor tampoco permite que las partes resuelvan sus conflictos mediante una conciliación, mediación o arbitraje, sino que tan sólo permite una vía de solución de conflictos, el procedimiento administrativo ante Indecopi.

A efectos de acreditar que nuestra legislación sí obliga a la autoridad a tener en cuenta los intereses de los consumidores en esta segunda parte del análisis, sobre causales relativas, y que dicha situación no es tan sólo una interpretación nuestra de la norma, citamos a continuación un extracto de una Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, máximo intérprete de nuestra legislación marcaria, la Decisión 486, una norma comunitaria:

> (…) la Autoridad nacional competente debe hacer la evaluación correspondiente, toda vez que la marca protege por igual a sus titulares y en especial al público consumidor, teniendo en cuenta que en la marca existe una verdadera complementariedad donde además de considerarse los elementos del signo y del producto o servicio que a través de la marca se interrelacionan, se debe tener presente fundamentalmente al destinatario final que es el público consumidor[4] (el subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, por más que el consumidor nunca cuestione la protección de la marca y no tenga ningún derecho de propiedad sobre la misma, su interés es preferido sobre el interés del mismo propietario, ya que se quiere evitar que se vea confundido por la existencia de marcas similares que distingan productos o servicios idénticos o vinculados.

Consideramos relevante reiterar que la protección de los intereses del consumidor requerida por nuestra legislación es de tal magnitud que incluso se sobrepone ante la existencia de acuerdos de coexistencia. En otras palabras, tal es la preferencia que nuestra norma tiene por los consumidores, sobre los propios titulares marcarios, que no solo se debe proceder con el análisis de las prohibiciones relativas ante la ausencia de una oposición, sino que tal análisis deberá realizarse incluso cuando existiese un consentimiento expreso al registro del signo solicitado, firmado por el titular del derecho marcario anterior, o un acuerdo de coexistencia firmado entre las partes.

Para que se comprenda lo ilógico del requisito, el poder denegar el registro de una marca registrada debido a la existencia de un registro anterior, a pesar de que se tiene un acuerdo de coexistencia firmado con el dueño del registro anterior, consideramos conveniente definir, muy sucintamente, qué es un acuerdo de coexistencia. Un acuerdo de coexistencia es aquél mediante el cual dos partes, la primera, un titular de una marca registrada, y la segunda, una persona natural o jurídica, que busca registrar y/o usar un signo, acuerdan la coexistencia pacífica de sus marcas. En virtud de tal contrato, las partes acuerdan y consienten que se acepte el registro y/o uso del signo solicitado para distinguir determinados productos o servicios bajo ciertas condiciones o exigencias.

> La expresión 'coexistencia de marcas' describe una situación en la que dos empresas diferentes usan una marca igual o similar para comercializar un producto o servicio sin que por ello interfiera necesariamente la una en los negocios de la otra. Este fenómeno es relativamente común. Es frecuente que las empresas pequeñas usen marcas en una zona geográfica limitada o con una clientela local. Así, prácticamente cada ciudad francesa conectada a la red ferroviaria tiene en la estación de trenes una cafetería llamada Buffet de la gare. (OMPI, 2006, p. 18)

Sin embargo, por lo menos en la Comunidad Andina, los derechos del consumidor son preferidos incluso ante la existencia de acuerdos entre las partes pues, como indica Thaimy Márquez:

> Se puede asimilar el acuerdo entre las partes o el retiro de la observación a la figura de la renuncia de derechos, que siempre tendrá como límite la posibilidad de producir perjuicio a terceros. Si se considera al público consumidor como un tercero interesado cuyos intereses deben ser protegidos, un acuerdo entre partes

4 Jurinfo - Providencia del Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 236 de 2009. (2001, 24 marzo). https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-24-000-2003-00236-01.htm

> o un retiro de una observación en el supuesto de marcas idéntica o similares para los mismos productos o servicios no impedirá que la Autoridad nacional decida de oficio la denegación de un registro, ya que si se permitiera la coexistencia de las marcas se podría producir confusión en el mercado y, en consecuencia, los consumidores podrían resultar perjudicados (1996, p. 50).

Podemos entonces concluir que, incuestionablemente, el interés de los consumidores es preferido frente a la opinión del propio titular del derecho, incluso frente los acuerdos de coexistencia, quedando en evidencia que los titulares de derechos marcarios no gozan realmente de una libertad de decisión sobre cómo ejercer sus derechos.

Si bien es cierto que el precedente de observancia obligatoria, la Resolución Nº 4665-2014/TPI-INDECOPI, ha generado avances en cuanto a la aprobación de los acuerdos de coexistencia, pues ha establecido criterios claros a tener en consideración para la aprobación de éstos, lo cierto es que la aceptación de los acuerdos sigue siendo una decisión discrecional de la autoridad, en la que se tendrá en cuenta el riesgo de confusión y el interés de los consumidores.

Se aprecia que el mencionado precedente de observancia obligatoria establece condiciones mínimas que los acuerdos de coexistencia deben cumplir, a saber:

a) Información sobre los signos objeto del acuerdo, consignándose lo elementos denominativos y figurativos que las conforman, así como también los productos y servicios a los que están referidos dichos signos (conforme se encuentran registrados y/o solicitados).

b) Delimitación del ámbito territorial dentro del cual será aplicable el acuerdo.

c) Delimitación de los productos y/o servicios a los que se restringirán las marcas materia del acuerdo de coexistencia en el mercado. Para tal efecto, será necesario que las partes soliciten la limitación efectiva de los productos y/o servicios en los registros y solicitudes respectivas.

d) Delimitación de la forma de uso y/o presentación de los signos.

e) Señalar las consecuencias en caso de incumplimiento del acuerdo.

f) Establecer mecanismos de resolución de controversias en caso se presente alguna materia litigiosa entre las partes. (Lex, 2019, pp. 1372 -1373)

Sin embargo, podemos notar de una lectura del referido precedente de observancia obligatoria que éstas son tan solo condiciones mínimas, sin las cuales ningún acuerdo podrá ser aceptado, pero cumplir dichas condiciones mínimas de ninguna forma garantiza la aceptación del acuerdo pues, incluso ante la existencia de un acuerdo de coexistencia que cumpla con los referidos requisitos, lo que prima es el interés de los consumidores.

Así lo indica la Resolución Nº 4665-2014/TPI-INDECOPI, el precedente de observancia obligatoria, en su parte resolutiva (página 22), donde se indica textualmente lo siguiente:

> Por lo expuesto, aquellos acuerdos que no contengan las condiciones mínimas antes indicadas, no serán aceptados por la Autoridad Administrativa; sin embargo, lo anterior no determina que los acuerdos que sí contengan tales condiciones mínimas serán aprobados de manera automática, ya que la Autoridad deberá evaluar si lo pactado por las partes cumple o no con la finalidad que se persigue a través del acuerdo.
>
> Finalmente, tal como se ha señalado anteriormente, la aceptación de un acuerdo de coexistencia es una facultad que le asiste a la Autoridad Administrativa y dependerá, principalmente, de las condiciones expresadas en el mismo, todo ello en aras de cautelar el interés general de los consumidores." (el subrayado es nuestro)[5]

Podemos entonces concluir que, a pesar de los avances, la autoridad aún sustenta la negativa a otorgar el registro de una marca, así como el rechazo a las cartas de consentimiento y acuerdos de coexistencia en la protección del interés de los consumidores, en un intento de impedir la coexistencia de signos similares en el mercado a nombre de personas distintas, no vinculadas. Por supuesto, esta decisión de cautelar el interés general de los consumidores no es un capricho de la autoridad administrativa, pues dicha institución se encuentra

5 Indecopi. (2013). Resolución No 4665-2014/TRI-INDECOPI. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4511/1378_SPI_SD_Resolucion_4665-2014-TPI.pdf?sequence=1&isAllowed=y

obligada a proceder de dicho modo por un requerimiento legal expreso. Conviene, por tanto, precisar que no pretendemos culpar a la autoridad administrativa, la cual realiza una extraordinaria labor, por la presente situación, pues dicha autoridad tan sólo está cumpliendo la ley, siendo que, por lo menos, en nuestra opinión, es justamente la legislación la que debe ser modificada.

Teniendo ello en cuenta, consideramos que la pregunta que nos debemos realizar es si esta opción legislativa de proteger al consumidor es aunque sea eficiente y si realmente nuestra legislación cumple con dicha finalidad, la protección del consumidor, o si la misma se limita al papel, al registro, sin que pueda realmente protegerse al consumidor en el mercado, que es donde el verdadero perjuicio se generaría.

Basándonos en dicha interrogante, a continuación explicaremos los inconvenientes que, por lo menos en nuestra opinión, esta protección al consumidor dentro del derecho marcario genera y también nos preguntaremos si, como mínimo, existe aunque sea un beneficio al consumidor que pueda servir para de algún modo justificar los referidos inconvenientes o si nos encontramos lastimosamente ante una situación en la que nuestra normativa no sólo genera graves afectaciones a los titulares de derechos marcarios, sino que lo hace de manera gratuita, sin consecuencia positiva alguna, lo que implicaría que nos encontraríamos ante una normativa que limita el libre ejercicio de los derechos marcarios y el acceso a éstos, sin que exista una justificación real para tal afectación de derechos.

3. Consecuencias negativas de nuestra legislación

Habiendo definido que la legislación actual, en aras de proteger al consumidor, limita el acceso a los derechos marcarios y el libre ejercicio de éstos, corresponde preguntarnos qué inconvenientes podría traer tal opción legislativa, si acaso alguno existe. Para dichos efectos, procederemos a enumerar a continuación algunos de los principales problemas que, en nuestra opinión, genera esta situación jurídica que obliga al derecho marcario a proteger al consumidor sobre los intereses del propio titular del derecho marcario en cuestión o sobre aquél que busca acceder a tal protección.

Precisamos que, lógicamente, el siguiente listado resulta uno enunciativo y sirve para ejemplificar solo algunos de los que, al menos en nuestra opinión, son los principales problemas existentes, habiendo seguramente muchos otros que pueden ser agregados a la lista.

3.1 Generación de sobrecostos innecesarios

Comenzando con los problemas más sencillos, indudablemente un sistema que obliga a la autoridad a realizar, en aras de proteger el interés de los consumidores, un examen de oficio que implica comparar la marca solicitada con todas las marcas anteriormente registradas es un sistema que genera enormes sobrecostos a la administración.

Si consideramos que los derechos marcarios existen para beneficio de sus titulares, permitiéndoles a éstos diferenciarse de sus competidores, entonces la obligación de proteger sus derechos recae en dichos titulares. Ello significa que, si no existiese la obligación de velar por los intereses de los consumidores, la autoridad administrativa únicamente tendría que realizar el análisis de prohibiciones absolutas y, superado éste, si no hay oposición podría otorgar la marca, sin mayor análisis, lo que implicaría un inmensurable ahorro en tiempo y recursos administrativos. Es importante mencionar que este ahorro se dará incluso si existe una oposición pues, en dicho supuesto, la autoridad únicamente compararía la marca solicitada con la marca registrada base de la oposición, no debiendo también hacerlo con todas las demás marcas registradas, como ocurre hoy en día.

Si bien dicho sobrecosto que nuestra legislación genera es el más evidente, lamentablemente no es el único pues, ante una denegatoria de oficio de una marca que podría haber sido fácilmente registrada al no existir oposición, lo más probable es que el solicitante continúe intentando registrar su marca e inicie todas las acciones pertinentes para cumplir su objetivo. Estas acciones pueden incluir, en el mejor de los casos, una reconsideración o una apelación, pero pueden llegar incluso a incluir ataques a la marca previamente registrada que fue la base de la denegatoria (acciones de cancelación o de nulidad) para intentar eliminarla y liberar así el camino para obtener el registro de la marca de interés.

Esto significa que la denegatoria de una marca contra la que no se presentó oposición, la que pudo haber sido fácilmente registrada en pocos meses a un costo administrativo mínimo, puede llegar a generar:

1. El costo administrativo de una reconsideración, una apelación o ambas.

2. De mantenerse la denegatoria de registro incluso en segunda instancia, el triple costo del inicio de un proceso contencioso administrativo. Indicamos triple costo pues tal proceso no sólo será enormemente costoso para el interesado en obtener el registro de la marca, sino que también implica un costo para nuestro ya recargado aparato judicial y para Indecopi, pues dicha institución, a cuenta de sus propios recursos, deberá defender la validez de su resolución en todas las instancias existentes (incluyendo casación).

3. El también triple costo de los procedimientos administrativos de cancelación o nulidad que el solicitante decida iniciar en búsqueda de eliminar el derecho marcario previamente inscrito que ha servido de base para el rechazo de su solicitud. En este caso el triple costo se genera porque no sólo se recargan las labores de la autoridad administrativa con el inicio de un procedimiento que el solicitante ha sido prácticamente obligado a iniciar, pues no deseaba hacerlo inicialmente, sino que, en efecto, la necesidad de iniciar tales procedimientos implica costos (en tiempo y dinero) adicionales para el solicitante, además del enorme costo que se le genera al titular de los derechos anteriores quien, no teniendo ningún inconveniente en que el nuevo solicitante registre su marca, ve ahora sus derechos atacados y debe invertir en defenderlos innecesariamente – decimos innecesariamente pues es, en efecto, un procedimiento innecesario, artificialmente generado por nuestra legislación, no por las partes -.

En consecuencia, queda absolutamente evidenciado que nuestra regulación puede generar enormes costos en tiempo, dinero y sobrecarga laboral para la administración y el poder judicial.

3.2 Pérdida innecesaria de derechos

Conforme a lo acreditado en el punto anterior, una de las posibles consecuencias de la denegatoria de oficio de un registro marcario es que el solicitante inicie acciones de cancelación (que en realidad no tenía intención de iniciar) contra la(s) marca(s) registrada(s) que ha(n) sido sustento de la denegatoria.

Esta situación no solo afecta al titular de derechos marcarios, quien debe ahora invertir en defender sus derechos, sino también, a aquellos empresarios que registraron su marca en el Perú porque se trataba de un mercado al que deseaban ingresar en un mediano plazo, pero que aún no han comenzado a usar su marca.

Esta pérdida innecesaria de derechos (innecesaria porque es la consecuencia de un conflicto creado artificialmente por nuestra legislación, entre dos empresarios que no tenían inconveniente alguno en coexistir) generará que, muy posiblemente, el empresario que pierda sus derechos marcarios cambie sus planes y opte por no ingresar al mercado peruano. Los efectos de esta consecuencia, el no ingreso al mercado peruano por la pérdida de derechos, serán explicados en el acápite 3.4.

3.3 Imposibilidad de uso de herramientas más eficientes para solucionar los conflictos

El sobreponer los intereses de los consumidores sobre los intereses del titular de las marcas genera que, aunque incuestionablemente las marcas son un activo, un bien mueble, no sean un bien de libre disposición.

Esta situación limita, en muchos casos, el acceso de los titulares de derechos marcarios a mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues únicamente se les permite acudir a nuestra autoridad administrativa.

Si consideramos que las marcas son derechos de libre disposición, dos empresas que tienen conflictos marcarios en diversos países podrían solucionarlos vía mediación, conciliación o incluso arbitraje, buscando, con un solo proceso, solucionar su conflicto en diversas jurisdicciones. Sin embargo, como ha quedado demostrado, nuestra legislación no considera los derechos marcarios como bienes de libre disposición, estando nuestra autoridad administrativa facultada para rechazar cualquier tipo de acuerdo conciliatorio y, lógicamente, ni nos permite pensar en el arbitraje como medio de resolución de conflictos, pues no resulta posible iniciar tal proceso sobre un bien que no sea de libre disposición.

Esta situación obliga a las empresas, que tengan conflictos marcarios en diversos países, a tener que iniciar procedimientos administrativos en cada uno de los países en cuestión o por lo menos en aquellos países con normas similares a la nuestra. Peor aún, los obliga a iniciar un litigio incluso sin desearlo, pues los empresarios se verán obligados a litigar incluso ante la existencia de un acuerdo, ya que los acuerdos pueden ser rechazados por la autoridad.

En resumen, a pesar de la mejor disposición que puedan tener los empresarios para evitar conflictos o solucionarlos de forma eficiente, nuestra legislación los obliga a litigar. Obviamente, no pretendemos insinuar que esta situación se genera en todos los casos, pues habrán algunos acuerdos que si serán aceptados por la autoridad, otros acuerdos que, aunque no aceptados, puedan ser respetados por las partes, permitiendo, por ejemplo, el que tiene la marca registrada que el otro empresario la utilice en el mercado, aunque sin registro; pero existirán otros casos en los que, ante la existencia de dos empresarios que desean proteger sus marcas y que no tienen problema en coexistir, pues han llegado a un acuerdo internacional, nuestra legislación los obligue a dejar de lado el acuerdo amical e iniciar un litigio para ver quién obtiene protección marcaria en el Perú.

3.4 Afectación de inversiones y desarrollo de negocios

Las empresas multinacionales suelen utilizar sus mismas marcas en gran parte de los países en los que comercializan sus productos. Debido a ello, una innecesaria denegatoria del registro de una marca podría desincentivar el ingreso de una empresa a nuestro mercado o por lo menos del ingreso para la comercialización de los productos que se habrían distinguido con la marca en cuestión, ya que, para ingresar a nuestro mercado luego de la denegatoria final del registro de la marca, la referida empresa tendría que invertir en crear y posicionar una nueva marca, lo que generaría grandes costos adicionales no esperados.

En diversas ocasiones, las empresas multinacionales, sabiendo que tienen signos distintivos que quizá algunas oficinas de marcas considerarían similares, celebran acuerdos de coexistencia porque han concluido que el riesgo de confusión es en realidad muy bajo y no amerita la creación de nuevas marcas, por lo que opta por la coexistencia pacífica. Lamentablemente, en nuestro país dichos acuerdos muchas veces no serán aceptados, lo que no solo perjudicará a dichas empresas, sino que perjudicará a nuestro mercado, pues, ante la denegatoria del registro de la marca, el empresario muy probablemente optará por llevar su negocio primero a algún otro país que sí aceptó el registro de su marca.

En consecuencia, la preferencia en la protección del interés de los consumidores, incluso sobre los acuerdos de coexistencia, puede generar a las empresas internacionales grandes desincentivos para ingresar a nuestro mercado.

La denegatoria en el Perú de una marca que una empresa usa en todos los demás países en los que tiene presencia indudablemente desincentivará el ingreso a nuestro mercado pues, para hacerlo, la empresa tendría que crear una nueva marca. Esta situación, la creación de una marca, es además un problema perpetuo, pues no se trata solo de la nueva marca, sino que la consecuencia de tener una marca distinta sólo para nuestro país es la generación de un problema económico (al afectarse la economía de escala). Una nueva marca, lógicamente, implica también (como mínimo) un nuevo empaque y nueva publicidad enfocada en dicha distinta marca. Esto significa que, si el empresario desea ingresar a nuestro país, no sólo debe crear la nueva marca, sino que tendrá que asumir el sobrecosto de producir un empaque distinto solo para nuestro país así como invertir constantemente en una estrategia publicitaria diferente. Evidentemente, este sobrecosto no ocurrirá una sola vez, cuando la empresa ingrese al país, sino que será un problema continuo. Esto implica que el costo para dicha empresa de ingresar a nuestro país, debido a la innecesaria denegatoria de la marca, será sustancialmente mayor que el de ingresar a cualquier otro mercado en el que sí se aceptó el acuerdo de coexistencia que se tenía con el competidor, y se obtuvo el registro de la marca original, usada en todos los demás países.

Podemos entonces apreciar que el innecesario rechazo al registro marcario solicitado por el empresario deviene prácticamente en una invitación para este a elegir un mercado distinto al nuestro. Esta situación es un contrasentido pues, como bien lo indica el Dr. Carlos Auza:

> (…) al Estado le interesa, o debería interesarle, el conceder el mayor número de marcas para posibilitar la mayor competencia; esto es, un flujo numéricamente superior de productos y/o servicios, pues ello conlleva la generación de riqueza, puestos de trabajo y también de ingresos para el Estado a través de los tributos (2011, pp. 359-360).

En conclusión, evidentemente no pretendemos afirmar que todas las marcas que se soliciten deban ser registradas, pero denegar el registro de una marca que no ha sido opuesta y que además se encuentra autorizada por el titular de la marca base de la denegatoria, quien no considera que exista riesgo de confusión, constituye, al menos en nuestra opinión, una pérdida de valor, pues es una invitación al empresario a no ingresar a nuestro mercado, con la consecuente pérdida de inversión, generación de

empleo, ingresos (tanto a los empleados como al Estado) y competitividad.

En base a lo indicado hasta el momento, podemos apreciar que la obligación legal de preferir al consumidor en lugar de al titular de derechos marcarios o a quien busca acceder a dichos derechos genera inconvenientes no menores que indudablemente deberían ser, en la medida de lo posible, evitados. Procederemos entonces a determinar si, aunque sea, existe un motivo real que justifique tales inconvenientes, algún beneficio real, tangible, que pueda sobreponerse a todo el perjuicio generado, o si lamentablemente nuestra legislación nos obliga a inventarnos problemas donde no los hay en grave perjuicio de los titulares marcarios, los empresarios que buscan protección y nuestro mercado en general, a cambio de nada.

3.5 Carencia de protección real al consumidor

Nuestra autoridad marcaria, en irrestricto cumplimiento de la legislación vigente, deniega de oficio el registro de marcas que, a su juicio, puedan generar riesgo de confusión entre los consumidores, incluso ante la existencia de cartas de consentimiento y acuerdos de coexistencia. En consecuencia, por lo menos a nivel registral, la protección del consumidor, requerida por la norma, se cumple. Sin embargo, la pregunta que obviamente nace de esta situación es ¿esta protección a nivel registral realmente protege a los consumidores, o no es más que una suerte de *'letra muerta*?

Para mejor ilustrar nuestra posición sobre este asunto, citamos la opinión del Dr. Héctor Álvarez:

> La coexistencia de dos marcas se puede producir, fundamentalmente, de dos formas:
>
> 1. A nivel registral (…)
>
> 2. En el mercado, que se puede presentar igualmente de dos maneras:
>
> – Cuando las partes acuerdan la coexistencia registral de las marcas y la Oficina Nacional Competente deniega el registro de la marca que se pretende inscribir porque considera que la coexistencia de las mismas afecta el interés general de los consumidores; pero, en el acuerdo, las partes convinieron igualmente la coexistencia de las marcas en el mercado, de forma tal que la persona a la que se le denegó el registro tendrá la posibilidad de utilizar la marca en el mercado, naturalmente asumiendo los riesgos propios derivados del uso de una marca no inscrita.
>
> – Cuando las partes acuerdan la coexistencia de las marcas en el mercado, permitiendo el titular de la marca registrada que se utilice la otra marca. No acepta su registro, pero si su uso en el mercado. (2010, pp. 205-206)

Podemos entonces apreciar que el hecho de que la autoridad no acepte los acuerdos de coexistencia (cuando se considere que aún podría existir riesgo de confusión entre los consumidores) no genera ningún efecto beneficioso pues los titulares de las marcas pueden hacer lo que consideren más conveniente para ellos, como por ejemplo permitir la coexistencia de las marcas en el mercado, decidiendo el titular de la marca registrada no accionar en defensa de sus derechos marcarios al no considerar que los mismos están siendo vulnerados. Claro está que la autoridad tiene las facultades para iniciar una acción de infracción de oficio, pero nuevamente ello se ha quedado en el papel pues, al menos en la práctica, ese derecho no suele ser ejercido.

> La legislación positiva si bien faculta a la autoridad competente a sancionar de oficio a quien infrinja el derecho de marcas que se utilizarán en el mercado, una que cause confusión con otra previamente registrada, en la práctica nunca ha utilizado tal facultad. Las razones saltan a la vista. De ejercer la autoridad tal potestad, se expone a que el titular de la marca presuntamente infringida señale que autorizó al denunciado su uso, con lo cual la acción de infracción sería desestimada, quedando así la autoridad desairada.
>
> El lector en consecuencia deducirá que en el Perú tenemos una autoridad administrativa que aduciendo ser guardiana celosa de los derechos del consumidor no permite que accedan a su registro marcas que sean "confundibles entre sí", pero que a la par observa impávida la coexistencia en el mercado de marcas idénticas o semejantes, al grado de producir confusión. (Auza, 2011, p. 360)

En consecuencia, hemos podido rápidamente percatarnos que, en efecto, la denegatoria de una marca en aras de proteger a los consumidores no cumple realmente con la función de protegerlos pues, registrada o no, la marca podrá ser usada en el mercado. Como debe ser evidente, el consumidor está en el mercado, no el registro; es decir, se

confunde en el mercado, no a nivel registral. Por lo tanto, el rechazo del registro de una marca, ante la existencia de acuerdos de coexistencia, es inútil, ya que, rechazada o registrada, la marca igual estará en el mercado, causando el supuesto riesgo de confusión al consumidor que tanto teme la autoridad.

Sin perjuicio que con solo este breve comentario inicial ya resulta posible concluir que la protección a los consumidores, dentro de nuestra legislación marcaria, carece de efectos reales, a continuación demostraremos que, incluso a nivel legislativo, la misma resulta inexistente, lo que ocurre porque tal requisito no tiene asidero real en la legislación marcaria, siendo que se están mezclando dos conceptos incompatibles en un forzado intento de incluir el derecho del consumidor dentro del derecho marcario, situación que, por la sola naturaleza de los derechos, resulta imposible como demostraremos a continuación.

Indudablemente, si la legislación marcaria realmente tuviera como finalidad no solo proteger a los titulares de derechos marcarios ante la existencia de signos confundibles, sino eliminar todo riesgo de confusión entre los consumidores, entonces tal legislación debería tomar todas las medidas necesarias para que ello ocurra, lo que implicaría, a modo de ejemplo, cumplir con lo siguiente:

– Imposibilidad de coexistencia entre todo tipo de derechos confundibles.

La legislación actual privilegia el interés del consumidor a no confundirse y se supone que dicho interés debe ser absolutamente protegido por la autoridad. Es por ello que la ley le reserva la solución de conflictos y le atribuye la facultad de rechazar los acuerdos de coexistencia. Siguiendo esta lógica, la autoridad tendría que cuidar los alegados intereses del consumidor y no debería permitir el registro de marcas que pudieran confundirse con otros signos (no sólo marcas) protegidos. Es decir, a la hora de analizar si una marca debe ser registrada, se tendrían que tomar en cuenta todos los impedimentos relativos al registro estipulados en el artículo 136 de la Decisión 486. Pongamos tan sólo dos ejemplos para ver si, en líneas generales, esto sucede y se logra proteger al consumidor.

i. En primer lugar, se debería analizar si el signo solicitado es confundible con una marca anteriormente solicitada o registrada para distinguir productos o servicios idénticos o vinculados, sin importar la clase en la que se encuentren solicitados o registrados. En consecuencia, a la hora de analizar la registrabilidad del signo solicitado, la autoridad no sólo debería analizar las marcas previamente solicitadas o registradas dentro de la misma clase que el signo solicitado, ya que como todos sabemos las clases tan sólo son referenciales, sino que debería tener en consideración cualquier marca registrada o solicitada en otras clases.

   En nuestra experiencia un análisis de tal magnitud no es usual y prácticamente sólo se da cuando existe una oposición que traiga a la luz dicho supuesto. En consecuencia, se está desprotegiendo el alegado interés de los consumidores ya que, en ausencia de un análisis que incluya las marcas registradas en otras clases, se podría estar permitiendo el registro de una marca confundible con otra anteriormente registrada, que resulte semejante y distinga servicios o productos que, aunque correspondan a otra clase, sean vinculados.

ii. En segundo lugar, se debería denegar una solicitud de registro si se considera que el signo solicitado es igual o parecido a un nombre comercial protegido y si su uso es capaz de ocasionar algún riesgo de confusión o asociación. Es necesario resaltar que, conforme a lo indicado en el artículo 191 de la Decisión 486, los nombres comerciales se protegen desde el momento que son usados y no solamente desde su registro. Sobre esto, Indecopi ha declarado que "el derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa"[6].

   En ese sentido, aunque parezca una misión irrealizable, a efectos de proteger el interés del consumidor, la autoridad debería tener en consideración todos los nombres comerciales protegidos; es decir, no sólo los registrados, sino también los que no lo están. Además, tendría que verificar por sí misma que los mismos se encuentren en uso y analizar si es posible que se ocasione algún riesgo de confusión o asociación antes de otorgar un registro. No basta con simplemente creerle al titular del

6 Indecopi. (2002). Decisión 486. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3468565/02.++01-Decision486.pdf/2d4e6e59-03a9-ed91-26d7-332869bf3b47

nombre comercial. El mismo podría haber celebrado un acuerdo de coexistencia con el solicitante de la marca en cuestión y por lo tanto decir que no está usando su nombre comercial por más que en realidad sí lo haga, ello para asegurarse que se permita el registro de la marca solicitada. Creerle al titular y no verificar el uso desprotegería el alegado interés del consumidor. En nuestra experiencia, la autoridad nunca ha realizado semejante análisis.

Estos ejemplos, aunque suficientes para demostrar nuestra posición, son realmente los menos críticos, siendo que hemos preferido no ahondar en otros derechos que también deberían ser tomados en consideración si lo que deseamos es proteger al consumidor como los derechos de autor, los cuales, por su protección automática e internacional, le darían a la autoridad una tarea irrealizable.

Sin perjuicio que la tarea previamente explicada que tendría que recaer en la autoridad para proteger adecuadamente al consumidor ya parece utópica, sigue siendo insuficiente, pues existen un sinnúmero de situaciones adicionales que tendrían que regularse para realmente poder evitar que dos signos confundibles coexistan a nombre de empresas no vinculadas. A modo de ejemplo, hoy en día la coexistencia de marcas confundibles es posible entre empresas vinculadas. Ello se debe a que se entiende que no se generará confusión en el consumidor ya que al final se trata del mismo origen empresarial. Sin embargo, ¿qué sucede si dos empresas vinculadas, titulares de marcas casi idénticas, se desvinculan? ¿Qué pasa si el accionista mayoritario de dichas empresas le vende a un tercero todas las acciones que posee en una de una de las empresas y, por lo tanto, ambas empresas pasan a ser controladas por grupos económicos distintos? En dicho caso, existirán en el mercado dos empresas distintas, que ya no serán vinculadas, titulares de marcas prácticamente idénticas para distinguir los mismos productos. En ese sentido, se habría permitido, por la decisión del accionista mayoritario de las empresas originalmente vinculadas, la existencia, no solo en el mercado sino también en el registro, de marcas confundibles de propiedad de empresas distintas, lo que implica nuevamente una desprotección de los supuestos intereses del consumidor por los que tanto se vela.

Esta situación tampoco resulta inusual, pues las empresas y sus activos se venden constantemente, siendo la marca uno de los activos de las empresas. Lógicamente, no podríamos pretender que la oficina de marcas deba autorizar la transferencia de acciones en las empresas ni tampoco que pueda quitarle a una empresa sus activos (sus marcas) u obligarla a la venta de éstos para evitar que, con la transferencia accionaria, se genere una situación de coexistencia de dos marcas confundibles a nombre de empresas distintas. La sola idea de tal regulación resulta absurda. Por el contrario, nuestra intención es la opuesta, es demostrar que las marcas son activos, bienes muebles de propiedad de sus titulares, quienes pueden hacer con ellos lo que deseen, resultando ilógico que nuestra legislación marcaria limite los derechos de propiedad sobre tales bienes en un intento de proteger a los consumidores, protección que, como intentamos demostrar, en la práctica jamás podrá existir.

– Imposibilidad en la existencia de cotitularidad de registros entre personas no vinculadas

Otra incongruencia que tendría el derecho marcario, si consideramos que éste debe cuidar el interés del consumidor, es que dos empresas distintas puedan ser titulares de una misma marca. Esta situación no debería ser permitida si el objetivo es proteger al consumidor.

Actualmente, no se permite el registro de marcas similares a nombre de titulares distintos, pero sí se permite que dos personas naturales o jurídicas, no vinculadas, sean copropietarias de la misma marca. La incongruencia es evidente ya que, si pensamos en el consumidor, mucho más perjudicial para éste es que existan, a nombre de distintas personas, marcas idénticas que distingan los mismos productos o servicios a que existan marcas similares para distinguir productos o servicios vinculados. En un caso la confusión es inevitable, la marca es la misma y los productos o servicios también; en el segundo caso, la confusión es tan sólo posible, y quizá nunca ocurra.

Dicha norma carece de sentido si consideramos que existe un interés del consumidor que proteger. Sin embargo, si entendemos que tal interés del consumidor no es parte del derecho marcario, entonces no habrá incongruencia, ya que, si dos empresas quieren solicitar conjuntamente el derecho de distinguirse de las demás, pero no de ellas mismas, están en todo su derecho de hacerlo, y sin interés del consumidor que proteger, la existencia de marcas a favor de titulares distintos resultaría totalmente lógica.

La norma no es errada, sólo que está pensada para la protección del titular de la marca, su única real misión. Los contrasentidos solo aparecen cuando se introduce la figura del interés del consumidor.

– Prohibición al registro de signos semejantes a nombre del mismo titular

Como es de conocimiento general, nuestra legislación permite el registro de marcas similares para distinguir productos idénticos o similares a nombre del mismo titular o de empresas vinculadas. En consecuencia, se está permitiendo que un mismo titular distinga los mismos productos con marcas muy similares. Cada marca podría tener una calidad distinta o la misma calidad, pero con características distintas, y claramente el alegado interés del consumidor se vería violentado con la confusión. Algunos pensarán que hemos puesto un supuesto imposible, sin embargo, este supuesto es mucho más probable que aquél en el que el titular de una marca permite la coexistencia en el mercado de una marca confundiblemente similar a la suya o nombre de una empresa distinta.

Lógicamente, los titulares de derechos marcarios no permitirán que un tercero utilice una marca confundible para distinguir productos vinculados, siendo el caso que, cuando se firman acuerdos de coexistencia, suele ser porque los titulares marcarios no consideran que exista riesgo de confusión. Sin embargo, ese mismo titular que no permitirá que un tercero registre y use una marca semejante aplicada productos o servicios vinculados, no tendrá ningún problema en usar dos marcas semejantes para distinguir los mismos productos, si eso le ayuda a generar ventas, ahorrar costos o posicionar productos con mayor facilidad. En consecuencia, es mucho más probable que un mismo empresario utilice marcas semejantes, para los mismos productos, a que dos empresarios distintos lo hagan.

A modo de ejemplo, si una empresa de bebidas busca lanzar un nuevo sabor y quiere que la nueva bebida sea reconocida rápidamente por los consumidores, lo más probable es que utilice una variación de su marca ya registrada, la que cuenta con gran prestigio en el mercado, para así intentar transferir la reputación de la marca conocida a dicha nueva bebida. Esta nueva marca puede incluso ser tan similar a la marca anterior que un consumidor distraído podría no percatarse originalmente de la diferencia y adquirir, por error, el nuevo producto.

Finalmente, es también posible que un mismo titular de derechos marcarios tenga dos versiones del mismo producto (con gas, sin gas; con azúcar, sin azúcar; entre otras variaciones) que tengan marcas casi indistinguibles y que los consumidores en alguna oportunidad adquieran el producto equivocado. Estas situaciones, sin embargo, se encuentran perfectamente permitidas por la norma. ¿Dónde quedó entonces la protección al consumidor? Si lo que deseamos es proteger al consumidor, ¿no deberíamos evitar todo riesgo de confusión? ¿o acaso el consumidor solo es afectado si se confunde entre los productos de dos empresas distintas, pero no es afectado si tal confusión ocurre entre productos de una misma empresa?

Lógicamente, no se puede decir que dicha norma ha sido pensada en beneficio del consumidor ya que a éste no le va a importar quién es el productor. El consumidor sólo querrá ser capaz de distinguir un producto a través de su marca, por lo que le dará igual confundirse entre productos de la misma empresa o de empresas distintas y no vinculadas.

> A no ser que la marca sea idéntica o contenga el nombre del productor, el consumidor frecuente no conoce ni se preocupa de quién es el productor. La clientela que se deriva de la marca se vincula a los bienes específicos que identifica y no al negocio general del fabricante (Gabay, 1989, p. 240).

En consecuencia, si un consumidor se confunde entre dos marcas, el perjuicio ocasionado va a ser el mismo si las marcas pertenecían a la misma empresa o a empresas distintas. En ambos casos se está frente a la posibilidad de adquirir un producto no deseado, que probablemente sea de calidades o características distintas a las buscadas.

Si la finalidad fuera proteger al consumidor como lo presupone la ley, ¿cómo se explica que se permita el registro de marcas similares a nombre del mismo titular si la confusión en esos casos sólo afectará al consumidor? Ello no tiene sentido, salvo que se retire el interés del consumidor de la figura y se entienda que el derecho marcario sólo busca proteger al titular de la marca, permitiéndole diferenciarse de la competencia. Evidentemente al titular de un derecho marcario no le interesa diferenciarse de sí mismo, motivo por el cual la norma no lo requiere.

El derecho marcario pertenece al titular de la marca y éste siempre va a poder registrar signos similares a su nombre y debería también estar facultado para permitir el registro de signos similares a nombre de terceros dado que, al fin y al cabo, se trata de su derecho marcario. Si el titular de una marca no la quiere proteger adecuadamente, ese será un problema del titular de la marca ya que será éste el perjudicado.

Como podemos apreciar, la misma norma desprotege al consumidor. Esto no es un error en la norma. El problema es que la norma está diseñada para proteger al titular del registro y no al consumidor, el cual está siendo forzado dentro de una legislación que no le corresponde. Una vez que retiramos la idea del interés del consumidor, la norma tendrá sentido, ya que evidentemente al titular no le interesa distinguirse de las marcas que éste mismo solicita, pero sí le interesa que existan medidas de protección contra solicitudes de registro de signos distintivos de terceros que puedan ser confundibles con los suyos.

Probablemente existirá quien alegue que el motivo por el cual se permite la existencia de marcas semejantes a nombre de la misma empresa es porque lo que busca la legislación marcaria es evitar la existencia de riesgo de confusión sobre el origen empresarial, lo que implica que aquel consumidor que se confunda entre dos marcas de la misma empresa no se habría confundido en el origen empresarial y, por lo tanto, no existe confusión desde el punto de vista marcario. Al respecto, precisamos que justamente dicho análisis es el que demuestra que el derecho marcario no tiene como función proteger al consumidor, sino al titular marcario, ello debido a que al consumidor lo que le afecta es adquirir un producto que no deseaba adquirir, lo que ocurre sin perjuicio del origen empresarial del producto, siendo que, a quien le afecta la confusión únicamente cuando esta es con un signo de otro origen empresarial es al titular del derecho marcario, motivo por el cual es a éste a quien protegemos cuando evitamos el riesgo de confusión.

En consecuencia, queda demostrado que hasta la propia definición de confusión está pensada en el titular del derecho marcario no en el consumidor, por lo que a estas alturas resulta innegable que el derecho marcario sirve para proteger a los titulares de tal derecho no debiendo distraerse la atención de la autoridad en un consumidor que no sólo no debe ser protegido por esta vía, sino que, como ha quedado acreditado, no puede ser eficientemente protegido o, por lo menos, no a través de esta norma.

4. Alternativa y conclusiones

Habiendo demostrado los inconvenientes que, al menos en nuestra opinión, genera nuestra legislación actual, los que además son generados gratuitamente, pues ni siquiera se logra el objetivo deseado, la protección de los intereses del consumidor, corresponde proponer una alternativa, pues no buscamos que este artículo sea una simple crítica, sino una propuesta, la cual, por supuesto, debía primero explicar la necesidad del cambio.

La alternativa propuesta es muy sencilla y sigue estándares internacionales, aplicados en Europa, por ejemplo, y consiste en que la autoridad no tenga la obligación de proteger los intereses de los consumidores al momento de decidir si otorga o no un registro marcario, sino únicamente los intereses de los titulares de derechos anteriores. De este modo, si algún titular de derechos anteriores presenta una oposición, se deberá realizar el examen comparativo para determinar si se declara fundada la oposición o si, declarándose infundada, se otorga el registro de la marca solicitada. Por el contrario, de no existir oposición, únicamente se realiza el análisis de prohibiciones absolutas y, superado éste, se otorga el registro de la marca.

Esta forma de proceder evita que nos inventemos conflictos inexistentes, que se ahorren recursos administrativos, se otorguen rápidamente los registros marcarios cuando éstos no son objetados por ningún titular de derechos anteriores, con todos los beneficios ya explicados que el registro de una marca genera (como la facilitación de la inversión).

Asimismo, es importante resaltar que esta forma de proceder no tiene ninguna consecuencia negativa, pues realmente no desprotege al consumidor. Conforme a lo previamente demostrado, tal protección tampoco existe hoy en día, siendo tan solo *'letra muerta'*.

Por lo tanto, si como hemos podido apreciar, la protección del consumidor en la que se basa nuestra legislación realmente no existe en la práctica, nada perdemos al retirarla de la norma ganando así un procedimiento más eficiente con todas las ventajas ya explicadas.

Adicionalmente, esta propuesta tampoco resulta disparatada, no solo porque en efecto se trata de un sistema que ya se aplica, exitosamente, en muchas jurisdicciones, sino porque realmente se basa en una visión más honesta de los derechos, en una comprensión de la diferencia entre los derechos marcarios y los derechos del consumidor y en un entendimiento de que, aunque indudablemente ambos derechos merecen la mayor protección, no resulta eficiente buscarla en una misma norma.

Consideramos que, entendiendo realmente la base del derecho marcario y el verdadero interés jurídico protegido por éste, veremos que combinar su

regulación con la protección del derecho del consumidor, cómo si éste tuviese interés real en los registros marcarios, es un tanto forzoso, y justamente esa situación, el forzar la unión de estas distintas instituciones jurídicas, es lo que nos genera tantos inconvenientes, sin siquiera lograr el beneficio deseado, la supuesta protección de los intereses del consumidor. Por tal motivo, nuestra propuesta únicamente busca que, entendiendo ello, enfoquemos la protección marcaria en los titulares de dichos derechos, no en el consumidor, simplificando el proceso de registro y manteniendo la protección del consumidor donde corresponde, en su propia ley, la cual, como todos sabemos, ya tiene un artículo que los protege contra los actos de confusión.

Referencias bibliográficas

Alvarez, Héctor. (2010). *Los Acuerdos de Coexistencia de Marcas en el Perú. Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Palestra Editores.

Auza, Carlos. (2011). ¿Confusión de Marcas?: No me defienda compadre. *Revista De Derecho Administrativo.*

Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. (14 de septiembre de 2000). https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3468565/02.++01-Decision486.pdf/2d4e6e59-03a9-ed91-26d7-332869bf3b47

Decreto Legislativo No 1075. Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. (16 de septiembre de 2019). https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3918907/DL+1075.pdf/72df1e73-af31-238d-262e-f997814aadf5

Gabay, Mayer. (1989). *La Función de las marcas en la protección al consumidor. En Derecho de la Propiedad Industrial*. Imprenta Salesiana.

Indecopi. (15 de diciembre de 2014). Resolución No 4665-2014/TRI., 15 de diciembre de 2014. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4511/1378_SPI_SD_Resolucion_4665-2014-TPI.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Kresalja, Baldo. (2004). *La propiedad industrial. Evolución y tratamiento normativo en la Región Andina y el Perú*. Palestra.

Lex Soluciones. (2019). *Compendio Comercial y Societario Peruano*. https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/21109

Márquez, Thaimy. (1996). *Manual para el examen de registrabilidad de marcas en las oficinas de propiedad industrial de los países andinos*.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2006). La coexistencia de marcas. *Revista de la OMPI*.

Providencia del Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 236 de 2009. (24 marzo de 2001). https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-24-000-2003-00236-01.htm

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2013). Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2194. 2013. Proceso 138-IP-2012.

Evolución del rol y funciones de las marcas frente a los desafíos del mercado y del consumidor

— Iris V. Quadrio* y Verónica M. Canese** —

Resumen

El rol y las funciones de las marcas han evolucionado en la última década más que nunca en la historia. Las demandas del mercado y de los consumidores, los cambios en diversidad e inclusión, la sustentabilidad y el medio ambiente desafían el concepto de marcas que aprendimos. Actualmente se requiere que las marcas tengan una posición menos neutral frente a los cambios políticos y sociales y se espera que reflejen valores. Nos interesa explorar este nuevo escenario, discutir las funciones tradicionales de las marcas, analizar cómo impactan en las marcas los nuevos desafíos, y en qué medida es posible proteger adecuadamente los signos distintivos.

Palabras clave

Marcas, funciones marcarias, cambios sociales y políticos, etnia y diversidad, sustentabilidad

Abstract

The role of brands has evolved in the past decade more than ever before in history. Market and consumers' demands, changes in diversity and inclusion, sustainability, and the environment challenge the concept of brands that we learnt. Nowadays, brands are required a less neutral position in the face of political and social changes, and they are expected to reflect values. We are interested in exploring this new scenario, discuss the traditional functions of brands, analyse how they impact on trademarks, and to what extent it is possible to adequately protect distinctive signs.

Keywords

Trademarks, trademark functions, social and political changes, ethnicity and diversity, sustainability

* Socia del estudio jurídico Marval O'Farrell Mairal. Abogada por la Universidad Católica de Argentina. Ha seguido cursos de postgrado en la Universidad de Harvard y en la Universidad de Salamanca con relación a temas de propiedad industrial e intelectual. Se especializa en materia de marcas y trade dress, así como en la gestión de carteras de derechos de propiedad intelectual.

** Asociada senior experta de Marval O'Farrell Mairal. Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Propiedad Intelectual.

I. Introducción

Las marcas enfrentan actualmente una variedad de demandas como nunca antes en la historia. Cambios en diversidad e inclusión, sustentabilidad y medio ambiente, presiones para apoyar y posicionarse frente a iniciativas de tipo político, económico y social, expectativas provenientes de gobiernos, inversionistas, consumidores, competidores y público en general son sólo algunos de los nuevos retos que impactan directamente en las marcas y en su desarrollo y nos convocan a repensar y, en algunos casos, rediseñar estrategias de uso y de protección y defensa. Las nuevas marcas del siglo XXI deben lidiar con todos estos desafíos que se agregan a las tradicionales funciones distintiva, indicadora de origen, indicadora de calidad o de garantía y de publicidad o propaganda esperables de una marca. Para satisfacer tantos requerimientos, cumplir tantas funciones y expectativas, desde la perspectiva marcaria es recomendable una revisión de lo recorrido para decidir qué camino seguir. Como abogados y testigos de los cambios en el papel que juegan las marcas hoy, también tenemos que evolucionar para seguir acompañando su desarrollo en este complejo y desafiante entorno.

II. El rol y funciones de las marcas a lo largo del tiempo

Las marcas son signos distintivos de productos y servicios valiosos para el desarrollo y progreso de la sociedad que actúan como un extraordinario medio de comunicación. Este valor reside en su capacidad de indicar origen y en la propiedad de los bienes intangibles así como en la posibilidad de que, mediante su aptitud distintiva, se conforme una clientela basada en la fidelidad del consumidor hacia el producto o servicio identificado (Kors, 2000). Doctrinariamente, existe un relativo consenso en señalar como funciones esenciales de las marcas, las siguientes: a) función distintiva o diferenciadora; b) función indicadora de origen o de procedencia; c) función indicadora de calidad o de garantía; y d) función de publicidad o de propaganda (Otamendi, 2017).

La función distintiva y la de identificación de origen han jugado un rol fundamental desde siempre.

Bertone y Cabanellas de las Cuevas citando a Benedetto señalaron lo siguiente:

> pocas instituciones conocieron difusión tan grande en la antigüedad como las marcas, usadas como medio de indicación y autenticación de origen". Los griegos colocaban el nombre sobre las obras de arte, y los chinos hacían lo propio sobre las piezas de porcelana, indicando también el lugar de fabricación y el destino para el que habían sido producidas.
>
> En todos estos casos, el propósito de los signos utilizados se relaciona principalmente con el prestigio profesional del autor del producto y con el interés en determinar su origen geográfico, propiedad o destino. También se trataba de fijar la autoría de ciertos trabajos con el fin de que los artesanos u obreros que los realizaban pudieran percibir sus salarios o contraprestaciones. (2008, p. 112)

Asimismo, de acuerdo con Breuer, la marca en ese entonces funcionaba como la firma del artista, más no influía sobre las ventas (1946). Nuevos tipos de marca fueron introducidos con el advenimiento del régimen de las corporaciones, fundamentalmente, para identificar si el artesano había cumplido con las normas de su oficio, pero también para proteger al consumidor. "La corporación, obligatoriamente, adoptaba una marca general que certificaba que el producto era reglamentario (…)" (Breuer, 1946, p. 10). Generalmente, las marcas corporativas eran impuestas por la ordenanza real.

De acuerdo con Patel, "transición de la marca reglamentaria típica de la Edad Media a la moderna marca registrada llevó varios siglos y fue resultado de inmensas transformaciones en el funcionamiento del sistema económico" (1979, como se citó en Kors, 2000).

Asimismo, Kors mencionó lo siguiente,

> Con la irrupción de la máquina de vapor, el ferrocarril y la revolución industrial aparecen la fabricación en gran escala, seguida de la competencia entre la gran industria. El fabricante adopta una marca para sus productos. Por medio de la propaganda la hace conocer; acostumbra al consumidor a solicitarla. (2000, p. 1323)

De lo hasta aquí relatado surge que la identificación del origen del producto ha sido una de las funciones primigenias y tradicionales de las marcas. Según Otamendi (1999), con el tiempo, el concepto de identificación de origen ha quedado superado y hoy día la mayoría del público ignora quien es el fabricante del producto.

La función por excelencia de las marcas es identificar productos y servicios, de la cual derivan el resto de las funciones, ya que, para ser válida, la marca debe tener necesariamente capacidad distintiva.

Asimismo, la aplicación de la marca en un producto facilita la elección del consumidor y permite que el comprador pueda elegir entre varios o volver a adquirir el mismo producto que otra vez antes adquirió. (Otamendi, 1999).

Es por ello que las empresas invierten grandes sumas de dinero para seleccionar una marca que resulte atractiva para el consumidor y logre establecer con él un vínculo afectivo. Sin embargo, para algunos especialistas en *Marketing*, no importa tanto el nombre sino la identidad que se elabora a través de las asociaciones que construyen en su mente los consumidores.

En este sentido, además de la función de distinción de productos y servicios, las marcas cumplen una función de garantía de calidad uniforme ya que aseguran al cliente la continuidad y mantenimiento de las características del producto. Quien vuelve a adquirir un producto o servicio lo hace para encontrar la misma calidad o una calidad superior a la que el producto o servicio tenía cuando se adquirió originalmente.

Por otra parte, "no sería posible efectuar publicidad de productos o servicios sin que los mismos lleven una marca que los identifique y que a la vez establezca un vínculo con el consumidor" (Otamendi, 1999, p. 11).

Algunos autores también destacan que la marca cumple una función que condensa la reputación o *goodwill*, que aumenta su valor, y asimismo una función comunicativa o informativa, que de cierta manera se encuentra implícita en las anteriores ya que la marca configura un medio de comunicación. (Chijane, 2011)

En el prólogo del libro "Medios distintivos y Publicidad Comparativa" de Ernesto Aracama Zorraquin (1989), Ernesto O'Farrell mencionaba ejemplos de marcas muy reconocidas y de gran difusión, como Kodak y Nestlé que transmiten mensajes en referencia a las fotografías y alimentos y que también actúan como indicadores de "calidad, uniformidad, precio, categoría, previsibilidad del resultado, gusto, textura e infinidad de otros detalles, según se trate del producto o servicio en cuestión" (p. 85).

A través de los años, los avances tecnológicos y los cambios en las modalidades de consumo tuvieron sin duda un impacto en el rol y funciones de las marcas.

Actualmente, más allá de identificar productos y servicios las marcas transmiten una identidad, mensajes de diversa índole y el complejo concepto de "experiencias". Los consumidores, por su parte, buscan referencias a temáticas como la diversidad, sustentabilidad y responsabilidad social que estén alineadas con los valores importantes para la sociedad.

III. Desafíos del siglo XXI

Breuer Moreno (1946), analizando a Köhler dijo que:

> (…) no existe derecho natural inmutable ni ningún derecho que pueda perpetuarse en el tiempo. El derecho, en realidad, es un fenómeno de la cultura del momento. Cada etapa de la civilización debe decidir, y decide, quien es culpable o no (…). La cultura del momento impone un determinado derecho positivo. Pasada su época, se deroga. La cultura de cada época sucesiva impone a cada sociedad una nueva convicción de lo moral e inmoral, de lo justo y de lo injusto, de lo jurídico y de lo antijuridico, y si la ley no existe, inevitablemente se produce su creación. Esto es lo que ha ocurrido con el derecho de marcas. (p. 19)

¿Qué pasó con esas marcas históricas de las que se esperaba que fueran indicadoras de cierto origen? ¿Qué pasó con dejar que la calidad de los productos hable por sí sola en el mercado? ¿O en que sea un eslogan pegadizo el que atraiga a los consumidores o que sea una marca revolucionaria y no tradicional la que sorprenda al mercado? ¿Qué pasó con dejar que los políticos se preocupen por la política, los economistas se ocupen de la economía y los gobiernos resuelvan dilemas sociales?

Sobrevinieron las comunicaciones, la tecnología e Internet. Y la posibilidad de estar en las noticias y de opinar a escala global sin salir de nuestras casas.

Sucedió una pandemia que nos confinó, mostrándonos versiones auténticas de nosotros mismos, de nuestras familias y de nuestros gustos y elecciones y, que al mismo tiempo, nos impulsó a conectarnos con el mundo a través de Internet y de las redes sociales. Esto impactó profundamente sobre todas nuestras relaciones, inclusive con las marcas.

Antes de Internet, los consumidores conocían y reconocían una marca por la publicidad en los medios, lo atractivo de sus ofertas y, quizás por el acotado boca a boca del círculo de conocidos.

Internet ha cambiado para siempre la forma de construir una marca y también la mismísima relación de cada marca con sus consumidores,

actuales y potenciales: se equilibró el diálogo entre empresas y las personas, que empezaron a interactuar más.

El negocio de una marca en la actualidad es mucho más que "hacemos un buen producto, lo hacemos a tiempo y lo respaldamos", en otras palabras, calidad, servicio y garantía.

En este nuevo contexto, los consumidores piden a las marcas, en su nueva interacción, definiciones de lo que piensan, las causas que apoyan, los fines que las mueven y por quienes simpatizan. **Quieren conocer la identidad de las marcas que eligen.**

Así, entran a jugar cuestiones diversas relacionadas con el racismo, las guerras y las posiciones políticas y el medio ambiente, entre muchas otras. Empresas y emprendimientos de cualquier envergadura enfrentan dilemas nuevos y deben decidir acerca de causas y propósitos que apoyar.

Estas elecciones inciden en los consumidores quienes no solamente eligen comprar o no el producto o el servicio, sino que también opinan acerca del comportamiento de tal o cual marca y construyen sus percepciones acerca de las distintas empresas.

Este consumidor más evolucionado, con posibilidad de voz en las redes sociales puede contribuir o no a la construcción de una marca y de su imagen.

Las empresas tienen que enfrentar los desafíos de crear una marca auténtica. Es importante mantener la integridad del signo, entender cuáles son los valores asociados a la marca, transmitir un mensaje claro y consistente, ser transparente y armonizar los mensajes con las acciones (Arnold-Rees, 2021).

¿Qué se espera de las marcas hoy? Definitivamente más que simplemente identificar un producto o un servicio.

IV. Redefiniendo el concepto de marca

Luego de mucho camino recorrido, las marcas se han convertido en algo más que una tarjeta de presentación y un logotipo: una marca es una identidad, es una promesa y una experiencia. Es una declaración de principios y esos principios están para ser cumplidos.

Las diversas situaciones que se plantean muestran hacia dónde nos dirigimos como seres humanos inmersos en una cultura y en una industria cuyos estándares se están redefiniendo a una velocidad vertiginosa. Y en este mundo que pide menos prejuicios y se autocalifica de mente más abierta, la neutralidad ya no es una opción y no será tolerada. Y las marcas que no toman posiciones, pierden.

La línea divisoria entre lo personal y lo empresarial se fue desdibujando con el tiempo. El consumidor espera que las marcas sean reflejo de sus valores. Esto abre una serie de desafíos relacionados con la interacción de las marcas y la libertad de expresión, y la habilidad para manejar cuestiones sensibles y de justicia social. Al mismo tiempo, resulta relevante entender la historia de las marcas y tomar las decisiones que sean necesarias para permitir que la marca evolucione.

1. Etnia y diversidad

A través de los años, muchas empresas han decidido modificar sus etiquetas para mostrar apoyo a una causa determinada. Es el caso de Mars, que en 2017 decidió eliminar el arco iris característico de su producto Skittles para celebrar el mes del orgullo y apoyar a la comunidad LGBTQ+ con la consigna *"Durante el mes del orgullo, solo importa un único arco iris, por lo que abandonamos el nuestro para mostrar nuestro apoyo".* Contrariamente a lo que la compañía había pensado cuando diseñó su estrategia de pasar del diseño multicolor a un único color blanco, muchos consumidores tildaron la campaña de racista porque al usar el color blanco la compañía estaba promocionando la "supremacía blanca" (Timpf, 2017).

Uno de los casos emblemáticos en materia de protección de los derechos de los indígenas fue el que tuvo como protagonista al equipo de fútbol americano *Washington Redskins* que adoptó el apodo de *Redskins*, utilizado por el equipo desde 1933, y que había sido objeto de críticas durante años (Little, 2021a). En 2006, Amanda Blackhorse, una nativa americana que acababa de alcanzar la mayoría de edad junto con cuatro nativos americanos en una situación similar, inició una acción de nulidad de las marcas del equipo de fútbol. Ocho años después, el tribunal administrativo de la Oficina de Marcas y Patentes de EE.UU. (TTAB) ordenó que se anularan seis registros de la marca *Redskins* por considerarlos denigratorios de los nativos americanos[1]. Si bien el fallo fue confirmado en 2015, posteriormente en otro caso[2] la Corte Suprema de los

1 United States Patent and Trademark Office. Proceso Nro. 92046185 in Blackhorse v Pro-Football Inc, 18 de junio de 2014.

2 Suprema Corte de los Estados Unidos, Matal v. Tam, 19 de junio de 2017

EE.UU. declaró que la cláusula de menosprecio de la Ley Lanham[3] era inconstitucional por violar la Primera Enmienda, lo cual trajo como consecuencia la anulación de la decisión que había decretado la nulidad de la marca Redskins.

Sin embargo, lo que forzó definitivamente el cambio fue la irrupción del activismo a la luz de las protestas de *Black Lives Matter*[4] por lo que varias empresas se vieron obligadas a retirar los nombres y logotipos de productos que perpetuaban los estereotipos. Esto aumentó la presión sobre otros para que hicieran lo mismo, incluyendo los patrocinadores del equipo de fútbol americano, por lo que se tomó la decisión de retirar el controvertido nombre, que finalmente fue reemplazado por el de *Washington Commanders* en febrero de 2022.

De hecho, el movimiento *Black Lives Matter*, a consecuencia del asesinato de George Floyd en EE.UU., logró visibilizar la discriminación racista y la violencia policial. Además de convertirse en uno de los mayores movimientos sociales de la historia de ese país, motivó a que varias empresas revisaran, relanzaran y dieran de baja marcas, logotipos y personajes que perpetuaban estereotipos raciales, incluyendo marcas centenarias como *Aunt Jemima*, de PepsiCo y *Uncle Ben's*, de Mars, a pesar de que los reclamos de cambio se remontaban a décadas (Little, 2021b).

En el primer caso, *Quaker Oats*, una empresa del grupo PepsiCo, reemplazó en 2021 la marca y el logo de *Aunt Jemima*, que distinguían un jarabe y preparación para hacer panqueques muy populares en EE.UU. y dejó de utilizar el nombre e imagen ilustrativos de un estereotipo racista (Diaz, 2021).

Al igual que en el caso de *Aunt Jemima*, *Uncle Ben's* era una marca que apelaba a la palabra "Tio" ("Uncle" en inglés), término que históricamente utilizaban las personas que se resistían a llamar "Sr" o "Sra" a personas de color. *Mars Food*, dueña de la marca de arroz *Uncle Ben's*, que presentaba a un hombre mayor de raza negra sonriendo en la caja, también reconoció que la marca debía evolucionar, incluida su identidad visual (Cramer, 2020).

En la Argentina, la harina Blancaflor cambió su histórico logo y generó un debate en las redes. Durante más de cinco décadas, el logo de la harina Blancaflor era la imagen de una joven cocinera de piel negra, con guantes blancos, gorro y delantal. Estos rasgos estereotipados asociados a la esclavitud más la naturalización de que son las mujeres las que cocinan, había desatado numerosas críticas durante años.

En 2021 la marca reemplazó el controvertido logo por uno más neutro, el rodillo de amasar, que no entiende de género ni de color de piel.

"La acción generó comentarios contrapuestos en Twitter, entre aquellos que celebraron la iniciativa, que evoca un pasado racista, y los que lamentaron la pérdida de un símbolo de su infancia y juventud" (Diario de Cuyo, 2021).

De acuerdo con la página web Brandemia (2020):

> En 2020, Alicorp anunció un cambio radical en la línea de postres Negrita en Perú con el fin de reafirmar el "compromiso con la diversidad" de la marca y la "firme oposición al racismo en todas sus formas". Así, en octubre de 2021, la reemplazó por la marca Umsha y puso así fin a 60 años de Negrita y de estereotipos. La decisión abrió un amplio debate social: el nombre y la imagen de "Negrita" remitía a las mujeres negras esclavizadas, mujeres asociadas en publicidad a cuestiones que tienen que ver labores domésticas: cuidados y limpieza del hogar, repostería y cocina.
>
> Según un comunicado de la empresa
>
> "Hoy vemos con otros ojos lo que simbolizan marcas e imágenes que llevan décadas de presencia en América Latina, incluida 'Negrita' en el Perú. Aquello que antes podía considerarse positivo, hoy resulta inapropiado, pues todos somos más conscientes de que se consolidan estereotipos que buscamos superar".

En Colombia, durante décadas, 'Blanquita', una servicial mujer de raza negra, fue la imagen del blanqueador Límpido de Clorox. Blanquita también era protagonista de sus comerciales, muy populares en los años 90 (Castrillón, 2020).

La decisión de eliminar la imagen en junio de 2020 se acompañó con un comunicado de la compañía que señaló lo siguiente:

3 Prohibición existente en la Ley Lanham , según la cual no pueden registrarse como marcas los signos que desacrediten o menosprecien a cualquier persona, vivía o muerta.

4 Durante la pandemia del Covid 19, miles de personas salieron a la calle para reclamar justicia e igualdad de trato para los afroamericanos luego del asesinato de George Floyd. Durante estas protestas, el slogan "*Black Lives Matter*" se utilizó ampliamente por aquellos que condenaban el trato de los afroamericanos por parte de la policía. Loyola University Chicago School of Law. IP Bytes. "Justice for social movement Trademarks") http://blogs.luc.edu/ipbytes/2021/02/05/justice-for-social-movement-trademarks/

> [P]rofundamente comprometida en el importante trabajo de confrontar el racismo, consciente e inconsciente. Con esa intención, estaremos retirando la imagen de Blanquita de nuestra marca. Ese trabajo ha comenzado, y en un futuro cercano Colombia verá un nuevo *look* para nuestra confiada marca de Límpido. (Semana, 2020)

Lo que antecede revela que las expectativas de los consumidores respecto del rol que juegan las marcas han aumentado considerablemente y las acciones de las empresas titulares pueden afectar sin duda la reputación, que es uno de los bienes más preciados.

2. La perspectiva política

Deborah Gerhardt (2017) en su ensayo "Marcas como agentes de cambio empresarial para el cambio legal" sostiene que varias de las marcas más exitosas simbolizan valores claves y perdurables. Cita a Apple, conocida por su creatividad atrevida, a Nike por empoderar al atleta que hay en cada uno de nosotros y a Coca-Cola como "la pausa que refresca" nuestra búsqueda de la felicidad. Y dice que el truco es mantener estos temas de modo tal que no luzcan anticuados. Las marcas, al igual que los gobiernos, explica, deben adaptarse a los tiempos cambiantes y a preferencias del público. Y tanto las propuestas de valor como la adaptabilidad de la cultura corporativa estimulan la innovación, a través de la cual los gerentes de marcas pueden alcanzar cuestiones política o culturalmente relevantes para "refrescar" una marca que ya está afianzada.

Por otro lado, para Gerhardt, la desconfianza hacia los medios y los gobiernos crea un ámbito propicio para que las marcas emerjan como agentes de cambio. Y la autenticidad del compromiso de las marcas con sus valores se pone a prueba cuando las normas políticas y culturales entran en conflicto con los valores de las marcas (2017).

Aunque usualmente los titulares de marcas buscan no involucrarse en cuestiones políticas, a veces no es fácil sustraerse, particularmente cuando, por ejemplo, la marca es secuestrada como símbolo político. Esto sucedió con la marca Target, que identifica a una famosa cadena de supermercados americanos, cuando se convirtió en el centro de la campaña del control de armas.

Las marcas dependen de la lealtad de los consumidores. En consecuencia, existe una serie de riesgos cuando las marcas se involucran en cuestiones políticas o en el diálogo social con los consumidores. Sin embargo, en los tiempos que corren, los consumidores demandan una actitud menos neutral y más proactiva por parte de los titulares de marcas. Es fundamental no sumarse a los debates de una manera poco natural y oportunista ni levantar banderas de causas sociales de manera liviana, poco estudiada o sin relación con el propio recorrido de la construcción marcaria.

Los conflictos bélicos nos han mostrado, recientemente, cómo las marcas pueden tomar posición, sanciones y acciones de distinto tipo que evidencien apoyo o una manera de protestar y también las consecuencias que pueden acarrear esas medidas.

Como consecuencia de la invasión rusa a Ucrania ocurrida en 2022, empresas de distintas partes del mundo, en particular de la Unión Europea y de EE. UU., y de rubros variados como internet, energía, tecnología, entretenimiento, finanzas y automotriz, decidieron imponer diversas restricciones o dejar de operar en Rusia. Así, dejaron el mercado ruso McDonald's y Starbucks, mientras que Google decidió impedir que los medios estatales de Rusia moneticen los contenidos de sus plataformas y Disney anunció que, por tiempo indeterminado, no estrenará películas en Rusia hasta que el conflicto se termine. Entre las automotrices Toyota confirmó la suspensión de la operación de la fábrica en Rusia y el despido de empleados, Ford suspendió por tiempo indeterminado las ventas en tierra rusa, General Motors suspendió sus exportaciones, Mitsubishi despidió a empleados y Renault, Mercedes Benz como Porsche salieron del país. La Fórmula 1 decidió cancelar el Gran Premio de Sochi (Ámbito, 2022). Otras medidas adoptadas fueron la suspensión de envíos (Fedex y Harley Davidson), el bloqueo de instituciones financieras (Visa y Mastercard) o de pagos desde Rusia (Paypal).

Frente a tan clara posición las consecuencias no tardaron en llegar. En ese sentido, por decreto en marzo de 2022, el presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, modificó la metodología para determinar el monto de la compensación que se paga a los titulares de patentes de "países hostiles" y habilitó a empresas rusas a usar invenciones, modelos de utilidad o diseños industriales de otras empresas sin necesidad de requerir autorización a sus titulares ni tener que compensarlas por el uso de los derechos de propiedad intelectual (Ramos, 2022, como se citó en Salud y Fármacos, 2022).

Si bien el cambio legislativo sólo se refirió a patentes, sus implicancias respecto de otros derechos de propiedad intelectual no tardaron en llegar. Así un estudio reciente publicado en el *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law*, identificó cerca de 500 solicitudes de marca presentadas en Rusia que son idénticas o similares a marcas famosas incluyendo Chanel, Coca-Cola, Christian Dior y Givenchy. En mayo de 2022, "Rusia publicó una lista de productos que pueden importarse sin permiso del propietario que incluye teléfonos de Apple, consolas de juegos de Nintendo y piezas para autos Tesla, así como armas y munición" (The Economist, 2022) .

En el Boletín Fármacos: Propiedad Intelectual se señala lo siguiente:

> Hay un antecedente similar cuando durante la Primera Guerra Mundial, cuando en 1917 EE. UU. se apropió de la patente de la aspirina (creada por Bayer, un laboratorio alemán) mediante la aprobación de la Ley de Comercio con el Enemigo (*Trading with the Enemy Act*). Esta ley federal limitó el comercio con naciones hostiles y otorgó el poder de confiscar cualquier patente que pudiera amenazar la posición del país durante la guerra. (Salud y Fármacos, 2022, p. 43)

3. Sustentabilidad

Atravesamos también un momento histórico en cuanto a la sustentabilidad. Los consumidores, conscientes del cambio climático, están en un claro proceso de adopción de hábitos sustentables en su vida diaria. De hecho, el 82% de las personas dice que la sustentabilidad tiene más relevancia ahora que antes de la pandemia.[5]

De la mano de anuncios de varios gobiernos de reducir la huella de carbono y el impacto ambiental, el uso de marcas para contar con credenciales verdes resulta crítico para varias industrias. Así, un número creciente de empresas reconocen el valor de demostrar que están alineadas con dichos objetivos, los que incluyen no solo asegurarse la protección de tecnología "verde" sino también de crear una estrategia adecuada de protección de marcas para identificar dicha tecnología y desarrollar "marcas verdes" que promuevan la sustentabilidad a través de, por ejemplo, la obtención de marcas certificadas o colectivas (Little, 2021c). El uso de este tipo de marcas puede ser una herramienta efectiva al identificar aquellos productos o servicios que cumplen los estándares mínimos establecidos por una organización para ser calificados como "verdes" y, en última instancia, brinda a los consumidores información sobre la sustentabilidad del producto o servicio. Este tipo de marcas sin duda ayudan a los consumidores responsables a realizar elecciones informadas al momento de adquirir productos que son respetuosos del medio ambiente (Deeksha, 2022).

De hecho, según Claudio Iglesias Darriba (2020) los consumidores se guían por las marcas y etiquetas habitualmente llamadas "verdes", "ecológicas" o "sostenibles", que han proliferado al punto de generar la necesidad de una regulación en Argentina[6] donde, desde el año 2001 no pueden ser registrables como marca los términos "biológico, ecológico u orgánico, eco o bio" cuando se aplican a productos de origen agropecuario, tales como alimentos, fibras, o papel, entre otros" (p. 703).

En el mismo sentido, la Oficina de Marcas y Patentes de la Unión Europea (EUIPO) realizó una investigación en la que identificó el interés creciente en temas de sustentabilidad, lo que revela un nuevo perfil de portafolio marcario, sin distinción en cuanto al tamaño de las empresas. La EUIPO considera que más allá del cambio de foco, este tipo de dato es un válido indicador de innovación y constituye una herramienta importante para el dictado de políticas. El estudio analizó más de dos millones de solicitudes de marcas presentadas ante la oficina europea desde 1996. En particular, hizo un relevamiento de los productos y servicios relacionados con la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable y creó una lista armonizada de términos "verdes". Hasta el año 2001, menos de 2000 marcas para productos y servicios relacionados con la sustentabilidad se presentaron por año. El número de "marcas verdes" se elevó casi ocho veces y llegó a más de 15.000 en el 2021 (European Union Intellectual Property Office, 2021).

El respeto del medio ambiente también es un objetivo de creciente importancia en el ámbito de la

5 Google/C Space (2020); Brasil, Francia, Alemania, India, México, Reino Unido y Estados Unidos, encuesta cualitativa; n=528; del 24 al 26 de noviembre del 2020.

6 Decreto 97/01. Art 1 C "La Secretaría de Agricultura (…) establecerá los procedimientos e instrumentos que podrán incluir la incorporación de marcas, contraseñas o firmas, que permitan la clara identificación de los productos ecológicos biológicos u orgánicos para evitar perjuicios a los consumidores e impedir la competencia desleal.

moda. Las marcas de moda y belleza, especialmente, están particularmente centradas en minimizar su impacto ambiental.

En 2019, García afirmó lo siguiente:

> Conscientes de que la industria textil es la segunda más contaminante, solo precedida por el sector petrolero, los máximos representantes de algunas de las marcas de ropa más importantes del mundo firmaron en París, en el contexto de la reunión del G7, un acuerdo para tomar medidas urgentes para frenar las graves consecuencias ecológicas que la industria de la moda está provocando en el planeta. Firmas como Adidas, Burberry, Chanel, Galerías Lafayette, Armani, H&M, Inditex, Hermés, Karl Lagerfeld, Kering, Nike, Prada, Puma, Ralph Lauren, Carrefour y Stella McCartney se reunieron para consensuar los cambios que hay que adoptar para revertir la situación.

Asimismo, de acuerdo con Quintana (2020):

> La coalición global de compañías de moda y textil partió con 32 empresas y reúne actualmente a 60, representantes a su vez de más de 200 marcas de 14 países y de una tercera parte de la industria de la moda global, bajo el compromiso de desarrollar nuevas formas de hacer la moda, más respetuosas con el medioambiente.

Para Pia Rey (2021):

> Cuando pensamos los aspectos que hacen a las marcas de moda sustentable, nos referimos a un grupo de cualidades que definen la misión o el mensaje que aquella marca tiene. Lo que solemos destacar es que tengan una mirada ética y responsable sobre las acciones y decisiones que hagan, para promover el bienestar del medioambiente y de todos los participantes de la cadena de valor de un producto.
>
> Las prácticas más valoradas que hacen que una marca sea sustentable suelen estar relacionadas al trabajo y comercio justo, la búsqueda de textiles e insumos con impacto positivo sobre el medioambiente (o el menor impacto negativo), al respeto del tiempo necesario para el desarrollo de las prendas, la optimización de la gestión de desechos y la manera en que promueven la circularidad de las prendas.

Lorenzo Fino (2022) señaló los esfuerzos e iniciativas de algunas marcas que han adoptado medidas para iniciar el camino de la sustentabilidad, entre las que mencionó a las siguientes:

- Adidas y su asociación con Parley para rescatar plástico de los océanos y convertirlo en fibra para zapatillas deportivas;
- Levi Strauss y la menor cantidad de tintes y colorantes que usa en el coloreado de sus jeans para reducir la contaminación y utilizar menos agua; y
- Adolfo Dominguez que fomenta la reutilización responsable de ropa a través de campañas para crear conciencia, desalentar la compra de ropa de forma compulsiva y darle importancia y entidad duradera.

Lo cierto es que la sustentabilidad es un valor y una marca sustentable es vital para un consumidor consciente. La búsqueda de la sustentabilidad apunta también a mejorar la relación con los consumidores, con quienes una gran parte de las empresas comparte la preocupación por el futuro de nuestro planeta.

V. Reflexiones finales

Las funciones tradicionales de las marcas están siendo eclipsadas por otras más complejas que tienen que ver con la vida misma. La demanda de satisfacer a los consumidores y tomar una posición en temas políticos y culturales, de sustentabilidad, equidad racial y género son algunas de las cuestiones que las marcas deben tener en cuenta.

Para sostenerse en el nuevo mundo post pandémico las marcas se deben alinear con los nuevos valores e implementar acciones tangibles y permanentes para respaldar sus palabras. Asistir a titulares de marcas en el diseño de una estrategia adecuada que tenga en cuenta los cambios ocurridos en el mercado no debería dejar de lado los siguientes pasos:

- Revisar y, si es necesario, adaptar y/o reconstruir los cimientos de la marca como identidad, aumentando la diversidad.
- Establecer objetivos claros de negocio en función de creencias y valores y plazos para cumplirlos.
- Comunicar y visibilizar los objetivos, su seguimiento y su cumplimiento, dentro y fuera de la empresa.

Empresas y negocios vivieron durante mucho tiempo con la idea de que, de alguna manera, sus marcas cumplían funciones acotadas. Sin embargo,

el nuevo milenio nos está enseñando que, más allá de la pluralidad de funciones, no involucrarse dejó de ser una opción y que habrá más que perder para las marcas que no asuman los nuevos desafíos. Las causas elegidas por las distintas marcas pueden no representar a todos, pero, como en otros aspectos de la vida, una actitud coherente y transparente recibe el apoyo de aquellos que piensan igual y merece el respeto de los que piensan distinto. Será cuestión de que las marcas aprendan a navegar los desafíos que se presentan, evitando quedar atrapadas en controversias innecesarias y definiendo metas y objetivos, para elegir el camino correcto.

"Solo unos pocos encuentran el camino, algunos no lo reconocen cuando lo hacen, algunos ... nunca quieren hacerlo" - gato de Cheshire (Lewis Caroll, Alicia en el país de las maravillas)

Referencias bibliográficas

Ámbito (2022). *Las 50 empresas de renombre mundial que dejaron de operar en Rusia*

https://www.ambito.com/rusia/las-50-empresas-renombre-mundial-que-dejaron-operar-n5386283

Anand, D. (2022). *India: Role of Trade Marks in Promoting Sustainability*. https://www.mondaq.com/india/trademark/1164138/role-of-trade-marks-in-promoting-sustainability

Aracama, E. (1989). *Medios distintivos y publicidad comparativa.* Editorial Abeledo Perrot.

Arnold-Rees, V. (2021). *"It's ok to change your mind": five features of an authentic brand*. World Trademark Review, 3.8.21. https://www.worldtrademarkreview.com/article/its-ok-change-your-mind-five-features-of-authentic-brand

Bertone, L. E., Cabanellas de las Cuevas, G. (2008) *Derecho de marcas* (Tomo I. 3ª ed.) Editorial Heliasta.

Breuer Moreno, P. (1946) *Tratado de marcas de fábrica y de comercio*. (2ª ed.). Editorial Robis.

Brandemia (2022). *Marcas icónicas que renuevan su identidad por motivos de sesgo racial.* https://brandemia.org/marcas-inclusivas-vs-marcas-racistas-ejemplos-de-rebrandings

Calboli, I., Sevastianova, V. (2022). Fashion in the Times of War: The Recent Exodus of Luxury Brands from Russia and What It Means for Trademark Law. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=4077865

Castrillón, D. (2020). Clorox y Nestlé cambian imágenes de "Blanquita" de Límpido y Beso de Negra por considerarlas inapropiadas. https://cnnespanol.cnn.com/2020/06/19/clorox-y-nestle-cambian-imagenes-de-blanquita-de-limpido-y-beso-de-negra-por-considerarlas-inapropiadas/

Chijane, D. (2011). *Propiedad Intelectual, Innovación y Competencia. Derecho de Marcas*. Editorial Bde-f.

Cramer, M. (2020). *Las marcas hacen un 'mea culpa': de Aunt Jemima a Uncle Ben revisan su imagen*. The New York Times. Negocios. https://www.nytimes.com/es/2020/06/18/espanol/negocios/aunt-jemima-racismo-estereotipos.html

Diario de Cuyo (2021). *La harina Blancaflor cambió su histórico logo y generó un debate en las redes.* https://www.diariodecuyo.com.ar/enlasredes/La-harina-Blancaflor-cambio-su-historico-logo-y-genero-un-debate-en-las-redes-20210526-0013.html

Diaz, J. *Aunt Jemima* (2021). *No More; Pancake Brand Renamed Pearl Milling Company*. https://www.npr.org/2020/04/02/819156332/aunt-jemima-is-a-negative-american-myth

European Union Intellectual Property Office (EUIPO) (2021). Green EU trade marks. Analysis of goods and services specifications, 1996-2020. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2021_Green_EU_trade_marks/2021_Green_EU_trade_marks_FullR_en.pdf. Ver también: Lince, Tim (2021). The rise of green trademarks: EUIPO reveals how global sustainability drive has transformed register. World Trademark Review. https://www.worldtrademarkreview.com/article/the-rise-of-green-trademarks-euipo-reveals-how-global-sustainability-drive-transformed-register

Fino, L. (2022). Las marcas y la sustentabilidad. https://www.garciamedia.com.ar/las-marcas-y-la-sustentabilidad/

García, B. (2019). El "pacto de la moda" del G7:estas son las medidas que tomará Inditex. *El País.*

https://smoda.elpais.com/moda/el-pacto-de-la-moda-del-g7-estas-son-las-medidas-que-tomara-inditex/

Gerhardt, D.. (2017). *Trademarks as entrepreneurial change agents for legal reform*. North Carolina Law Review. (95 N.C. L. REV. 1519)

Iglesias, C. (2020). Consumidores éticos, políticos o responsables. ¿Por qué es importante su actuación a través de las marcas y etiquetas que eligen? SAIJ IJ-MXLVII-6,

Kors, J. (2000) La marca: una herramienta del derecho de la competencia. *Temas de Derecho Industrial y de la competencia 3*. Derecho de Marcas. Editorial Ciudad Argentina.

Little, T. (2021a). *Why Washington Football Team should stick with temporary name*. World Trademark Review. https://www.worldtrademarkreview.com/article/why-washington-football-team-should-stick-temporary-name

Little, T. (2021b). *2020 changed everything – for brands and trademark professionals*. World Trademark Review. https://www.worldtrademarkreview.com/article/2020-changed-everything-brands-and-trademark-professionals.

Little, T. (2021c). *2022: the year of green IP – and so much more than patents. World Trademark* Review. https://www.worldtrademarkreview.com/article/2022-the-year-of-green-ip-and-so-much-more-patents

Otamendi, Jorge (1999) *Derecho de Marcas*. 3ra. Edición. Editorial Abeledo Perrot

Otamendi, J. (2017). *Derecho de Marcas*. 9na. Edición. Editorial Abeledo Perrot.

Rey, P. (2021). Cómo saber si una marca (verdaderamente) está reduciendo su impacto ambiental. Revista Vogue, https://www.vogue.mx/sustentabilidad/articulo/marcas-sustentables-como-identificar-las-que-verdaderamente-contaminan-menos

Quintana Trends (2020), The Fashion Pact: los primeros pasos para la transformación de la industria de la moda. https://www.quintatrends.com/2020/10/the-fashion-pact-primeros-pasos-transformacion-industria-moda.html

Salud y Fármacos (2022). Rusia flexibiliza sus derechos de propiedad intelectual debido a la guerra. https://www.saludyfarmacos.org/wp-content/files/may202207.pdf

Semana (2020). *Beso de Negra y Clorox cambian su imagen para borrar "estereotipo racial". https://www.semana.com/pais/articulo/beso-de-negra-y-clorox-cambian-su-imagen-ante-estereotipo-racial/290102/*

The economist (2022). De Peppa Pig a Apple: así legalizó Rusia el robo de la propiedad. https://www.infobae.com/america/economist/2022/06/03/de-peppa-pig-a-apple-asi-legalizo-rusia-el-robo-de-la-propiedad-intelectual/

Timpf, K. (2017). *Skittles Is Accused of Racism for Making White Skittles*. National Law Review. https://www.nationalreview.com/2017/06/white-skittles-racism-pride-month-lgbt-twitter-backlash/

Entrevista: Los desafíos de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia*

— Dr. Eduardo Quintana** —

* Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Jesús Eduardo Castañeda Velásquez, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La edición de la entrevista fue realizada por Francisco Carruitero Solórzano y Andrea Sotelo Molero, miembros de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Socio de Bullard Falla Ezcurra+ . Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene experiencia en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, industrias de Redes y Concesiones; relacionadas a sectores de Energía, Infraestructura de Transporte y Telecomunicaciones.

En la presente entrevista, el Dr. Eduardo Quintana conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia

En ese sentido, el autor brinda una breve definición sobre los mercados digitales: características principales, relevancia jurídica en el Derecho de la Competencia y las nuevas conductas anticompetitivas que pueden surgir en este ámbito de los mercados digitales. Asimismo, se analiza si las concentraciones empresariales entre plataformas digitales podrían generar riesgos para los mercados digitales. Dentro del derecho peruano, se detalla cuáles son las limitantes para que se persigan todos los posibles comportamientos negativos en el campo de los mercados digitales, así como el mayor enforcement que podría realizar el Indecopi para atacar esos comportamientos; y se explica si correspondería o no modificar el marco legal peruano para abordar mejor tales comportamientos. Por otro lado, en el derecho internacional se analizó la idea sobre el planteamiento de iniciativas para establecer regulación ex ante adicional a la regulación del Derecho de la Competencia para los mercados digitales.

1. A modo de introducción, ¿qué son los mercados digitales y cuáles son sus principales características?

El término mercados digitales cubre diversas actividades económicas relacionadas con los servicios tecnológicos y productos digitales. Precisamente, se denominan digitales porque se presentan en formato digital y ello implica que en buena medida son bienes intangibles. Por ejemplo, un *e-book* es un producto digital y la reserva de una mesa online para un restaurante es un servicio digital.

Los mercados digitales más conocidos en la actualidad son los que están presentes en las redes de comunicación digital. Permiten compartir información o el acceso a proveedores de bienes y servicios, que pueden ser físicos o digitales. Nos referimos a las redes sociales como Facebook, Instagram, LinkedIn, Tinder u otras. Los *marketplace* que permiten acceder a proveedores de distintos productos como Amazon, los sitios web de reservas de hotel tipo Booking, Expedia, u otros, los aplicativos para contratar transporte privado como Cabify, Uber, etc., o los portales de búsqueda en internet como Google.

También son mercados de productos digitales los de videojuegos, *ebooks*, y contenidos de música. En estos casos, se trata de bienes o servicios que pueden almacenarse y consumirse en formato electrónico. Algunos consideran inclusive que las redes de telecomunicaciones tradicionales, como las de comunicaciones móviles a través de teléfonos o tabletas, y sus sistemas operativos, también califican como mercados digitales.

Pasando a sus características, diría que son principalmente dos las más destacables:

En primer lugar, se trata de mercados que los economistas denominarían como de "dos o más lados", porque se despliegan a través de plataformas digitales que permiten interactuar a dos o más grupos de actores que obtienen algún valor de estar conectados a la plataforma, usualmente en función de que tan grande es el grupo o grupos conectados al otro lado. Pensemos en un aplicativo de servicios de taxi a través del cual se interrelaciona el grupo de usuarios del servicio de transporte y el grupo de prestadores del servicio. Esta característica permite que surjan externalidades positivas de red, pues los usuarios considerarán más valiosa una plataforma según haya más transportistas disponibles conectados a la misma, pero también ocasiona lo inverso, es decir que se considere menos valiosa aquella plataforma que tenga menos transportistas conectados.

En segundo lugar, los mercados digitales permiten una gran acumulación de datos de los actores (sean personas, empresas, entidades, u otros) que se conectan a las plataformas o que utilizan o buscan los bienes que ofrecen. Tales datos permiten que los servicios funcionen adecuadamente para los dos o más grupos conectados, y además contribuyen a que el operador de la plataforma mejore la calidad de sus servicios, con lo que indirectamente contribuyen a atraer a más usuarios que también introducirán nuevos datos a la red. La infinidad de datos acumulados también puede ser utilizada para crear nuevos servicios o productos. Así, este ciclo de retroalimentación puede repetirse de modo exponencial.

2. ¿Por qué los mercados digitales tienen relevancia actual, cuales con los desafíos y oportunidades que representan para el Derecho de la Competencia?

Las dos características antes mencionadas impactan directamente en la actual relevancia de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia.

Las externalidades positivas que generan las plataformas digitales pueden resultar muy grandes en términos de convertir a alguna de ellas en un

imán que atrae a grandes mayorías, logrando economías de escala muy difíciles de replicar por otras plataformas sustitutas, y que además ofrecen a esa plataforma la posibilidad de expandirse a nuevas actividades económicas. Entonces, entendemos que determinadas plataformas pueden convertirse en gigantes, que amplían de modo constante su presencia en diversos mercados relacionados, con la capacidad de anular el surgimiento de otros actores en esos mercados, al generarse un efecto en cadena, que atrae a la mayor parte de la demanda. Dependiendo del mercado, este efecto suele denominarse con distintos calificativos, como por ejemplo "el ganador se lleva todo" en plataformas digitales o "efecto bandwagon" en redes de telecomunicaciones.

El efecto anterior se complementa con la acumulación de datos personales de los usuarios, pues esto ofrece a las plataformas insumos para su crecimiento y, eventualmente, les permite impedir o dificultar que los usuarios cambien de plataforma por todo lo que obtienen o disfrutan en la primera que utilizaron (costos de cambio). Asimismo, los ingentes datos obtenidos les permiten conocer intereses y patrones de demanda de una inmensidad de usuarios, para crear nuevos servicios o productos, y tener una forma rápida y directa para ofrecerlos.

Con ello, ambas características permiten una importante concentración de los mercados y, a la vez, la potencialidad de que las redes o plataformas preponderantes impidan el surgimiento de rivales o tengan capacidad preferente para ingresar y surgir en nuevos mercados. Esto no significa que las grandes plataformas digitales siempre incurran en ese tipo de conductas, sino que las características de los mercados en que actúan crean incentivos para que ello ocurra. La gran cantidad de casos iniciados alrededor del mundo contra los denominados gigantes tecnológicos da cuenta de estas situaciones y de los retos que significan para las autoridades de competencia.

3. ¿Qué importancia tiene el acceso y uso de los datos de los usuarios de plataformas digitales para el Derecho de la Competencia?

Como mencioné, es inherente a la forma de operar de las plataformas digitales que sus usuarios introduzcan de manera voluntaria datos personales o información privada, ya sea en forma de conversaciones en sistemas de comunicación, o de información, fotos y/o vídeos compartidos en redes sociales o profesionales. Asimismo, los usuarios también dejan un rastro inconsciente en las plataformas que son del tipo *marketplace* sobre sus patrones de consumo o de búsqueda de sus intereses de compra. Esa información privada o datos personales, cuando es utilizada con perspicacia, puede constituirse en un activo invalorable para las empresas, ya que les ofrece la oportunidad de personalizar la publicidad de productos o servicios, casi de modo individual para cada usuario de una red. Tratándose de ingentes volúmenes de información, su almacenamiento, gestión y puesta en valor como activo a ser utilizado de manera concreta, era muy difícil sino imposible a través de medios físicos o materiales dirigidos por personas. Sin embargo, al surgir diversas herramientas de inteligencia artificial, la gestión efectiva de toda esa información se fue haciendo cada vez más viable, y en la actualidad es totalmente manejable para las plataformas digitales.

Entonces, el acceso y uso de esa información personal se convierte en los hechos en un activo muy valioso para las empresas que operan en el mercado. A las plataformas digitales les sirve para ofrecer medios de publicidad muy efectivos y personalizados para las empresas que ofrecen bienes o servicios, y a estas empresas les sirve para llegar directamente, a través de las plataformas, a consumidores reales o potenciales.

Siendo un activo de esas características, no es de extrañar que sacarle provecho sea una ventaja competitiva invaluable, pero también que sea un perjuicio evidente no poder acceder a esa información o a poner la publicidad que ella permite individualizar.

La concentración de esa información en una empresa o en pocas empresas les puede generar ventajas competitivas no replicables, que pueden permitir diversas conductas de preferencia frente a los competidores o de aprovechamiento de los consumidores. Asimismo, la posibilidad de bloquear el acceso a dicha información a competidores o a clientes, así como la posibilidad de dar el acceso en condiciones diferenciadas, o mediando la imposición de exigencias comerciales de adquisición de bienes no relacionados, también abre espacios para innumerables tipos de conductas anticompetitivas.

Por ello, el acceso y uso de la información personal por plataformas digitales se constituye en un nuevo gran campo para la supervisión a través de las normas de defensa de la competencia.

4. ¿Qué tipo de nuevas conductas anticompetitivas han surgido en el ámbito de los mercados digitales?

Entre las más conocidas está el abuso de posición de dominio para excluir a competidores o para la monopolización de mercados.

Entre los más comúnmente sancionados se encuentran los casos de auto preferencia (o *self preferencing*). Se trata de casos en los que una plataforma dominante también participa en competencia en un mercado relacionado (integración vertical) y aprovecha las ventajas de tener la plataforma sobre la cual operan los rivales, para privilegiar su propia oferta de bienes en desmedro de la oferta de sus competidores. En particular, la plataforma integrada verticalmente tiene ventajas sobre los competidores por el acceso a información muy valiosa sobre los patrones de consumo de los compradores, y por controlar cómo se muestran las opciones de compra a los clientes a través de motores de búsqueda. Es decir, son casos de una plataforma que no actúa con neutralidad respecto de todas las empresas que operan a través de ella para acceder a los clientes, y benefician al competidor integrado verticalmente con ventajas que no son producto de su propia eficiencia.

Un ejemplo ahora famoso es el caso iniciado en la Comunidad Europea contra Amazon entre 2020 y 2021. Como se sabe, es una plataforma de venta de bienes muy diversos que corresponden a distintos proveedores. A su vez, Amazon también tiene marcas propias de esos bienes ofrecidos en competencia con los de otros proveedores. Al controlar la plataforma, Amazon tiene acceso prioritario a información muy relevante tanto de los proveedores rivales (precios, volúmenes de venta, etc.), como de toda la masa de clientes (patrones de consumo o de intereses de compra).

En este caso, la autoridad consideró que Amazon estaba utilizando la información que tenía disponible para mejorar la oferta de sus bienes y, además, para colocarlos con preferencia en la aparición en las búsquedas que realizaban los consumidores.

Quienes se han opuesto a la sanción de este tipo de conducta señalan que no existe una obligación de que el jugador más robusto (porque tiene la plataforma) deba compartir con los otros jugadores sus ventajas competitivas, sino que más bien es parte de las eficiencias que ha logrado en el mercado que pueda ofrecer sus bienes en mejores condiciones. Asimismo, señalan que de este modo se beneficia a los clientes o consumidores con una mejor oferta frente a los rivales, por ejemplo, por los menores precios ofrecidos por el proveedor integrado a la plataforma. Así, se mejoraría el bienestar del consumidor, aun cuando se perjudique a competidores. Siendo esto último un daño concurrencial legítimo.

Los que impulsan la sanción de este tipo de conductas han señalado que se trata de nuevas formas de perjudicar a la competencia, que combinan conductas tradicionales como discriminaciones, negativas de trato, estrechamiento de precios, y que buscan trasladar la posición de dominio de la plataforma en mercados relacionados, sin que ello sea producto de la propia eficiencia en estos mercados, sino consecuencia de aprovechar el control de la plataforma.

Otro tipo de abuso de posición de dominio exclusorio es la imposición de instalar ciertos aplicativos en equipos móviles inteligentes para tener acceso a softwares o sistemas operativos considerados dominantes. Esta se considera una forma de trasladar la posición de dominio de la plataforma a un mercado relacionado, que permite también mantener la dominancia en el mercado de la plataforma. Los usuarios de los equipos móviles se ven inclinados a utilizar el aplicativo preinstalado gratuitamente y no suelen incurrir en los costos de búsqueda de otros aplicativos sustitutos.

Un caso muy conocido de este tipo es el iniciado en 2015 contra Google, que además tiene el sistema operativo Android. En 2018 la Comisión Europea concluyó señalando que Google había incurrido en infracción y en septiembre de 2022 la infracción fue confirmada por la Corte General de la Comunidad Europea, con una multa de más de 4.1 billones de euros. Se encontró que Google requería a los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas que deseaban utilizar el sistema Android que instalen necesariamente el buscador Google Chrome para tener acceso al App Store de Google. También les requería no modificar el código fuente del sistema de forma no autorizada por Google. Además, si bien no les impedía instalar buscadores rivales, les ofrecía una parte de los ingresos por publicidad de Google si dejaban de hacerlo.

Esta combinación de estrategias comerciales fue considerada anticompetitiva, aún cuando involucrara el ofrecimiento de bienes gratuitos (sistema Android y Chrome) a los usuarios de equipos inteligentes, y un ofrecimiento comercial (compartir ingresos de publicidad) a los fabricantes que no determinaba una prohibición para el acceso de competidores. Esto porque se consideró que los competidores no estaban en capacidad de replicar una combinación de exigencias/incentivos como los planteados por Google.

Los argumentos en contra de perseguir este tipo de conducta indican que la preinstalación permite impulsar el uso de los aplicativos del titular del sistema operativo y así financiarlo, de otro modo tendría que ofrecerse onerosamente. Siendo un beneficio para el usuario recibirlo de modo gratuito con el aparato móvil, no debería desincentivarse los acuerdos comerciales que incorporen ese tipo de bienes gratuitos. También se señala que, al no impedirse la preinstalación de otros buscadores, ni tampoco que los usuarios los instalen, si estos eligen Chrome es por sus propias ventajas, pues los costos de cambio no serían elevados.

Los argumentos a favor de sancionar señalan que al promover de esta forma el acceso a los aplicativos del titular de la plataforma, se reduce la innovación de los creadores de aplicativos distintos, en perjuicio de los usuarios que dejarían de tener alternativas. Asimismo, se indica que, si los buscadores compitieran por sus méritos, entonces Google no necesitaría recurrir a una exigencia como la establecida a los fabricantes para que instalen su buscador, sino que estos lo harían por la propia demanda de los usuarios.

Otro tipo de conducta sancionada en mercados digitales son los abusos de posición de dominio explotativos, que implican un aprovechamiento indebido del consumidor como conducta cuestionable. Los abusos explotativos más típicos son aquellos que implican precios excesivos aplicados por el dominante a los consumidores. Pero siendo usual que las plataformas digitales ofrezcan bienes gratuitos a los consumidores o usuarios, es difícil identificar ese tipo de efecto explotativo. Algunos han planteado que es una verdad a medias que las plataformas ofrezcan bienes gratuitos a los usuarios, porque estos sí hacen una suerte de pago en especie, con los datos personales que entregan a la plataforma y esta rentabiliza para vender publicidad, o incluso con la atención que prestan los usuarios a los bienes que se ofrecen en dicha plataforma. Sin embargo, valorizar este tipo de pago, para definir si resulta excesivo, resulta muy complejo.

Más bien, los casos de abuso explotativo en mercados digitales pueden referirse al exceso de información personal que puede obtener una plataforma digital, como condición impuesta al usuario si desea continuar gozando de los beneficios de la plataforma. Un caso de este tipo se inició en Alemania contra Facebook, acusándola de condicionar que los usuarios le permitan obtener su información no sólo de la red social sino también de otros sitios web, para continuar haciendo uso de la plataforma. Luego Facebook rentabilizaba esa información personal en el campo de la publicidad que ofrece.

Quienes respaldan que se sancione este tipo de actos explotativos, plantean que el análisis de la autoridad de competencia no debe centrarse en el bienestar del consumidor como parámetro de evaluación de licitud, sino en los efectos más graves de la concentración del poder económico, que afecta a los competidores más pequeños, pero también a trabajadores que pierden sus trabajos e, incluso, a la larga perjudica las condiciones democráticas. Es decir, se trata de una visión que incluye aspectos no relacionados con la eficiencia económica como bienes jurídicamente tutelados por las normas de competencia, con lo cual se puede estar de acuerdo o no.

5. ¿Las concentraciones empresariales entre plataformas digitales podrían generar riesgos para los mercados digitales? Si es así, ¿cuáles serían estos?

Las concentraciones que involucran plataformas digitales suelen darse por la búsqueda de más información importante para las empresas, que es recopilada y almacenada por empresas de otros giros de negocio, pero también para controlar o evitar el surgimiento de rivales disruptivos e innovadores.

Un caso interesante fue la compra de WhatsApp por Facebook por 19 billones de dólares. Esta operación fue notificada en 2014 a la autoridad europea y aprobada en su oportunidad sin condiciones. Como parte del análisis se evaluó el mercado de redes sociales, en que participa Facebook, y en el que se permite a los usuarios compartir información, fotos y videos, y a la vez se ofrece también publicidad. Facebook también tiene Messenger para comunicaciones entre usuarios e Instagram para compartir fotos y videos. De otro lado, está WhatsApp como plataforma de comunicación entre usuarios sin contenidos publicitarios. En función de ello, se identificó 3 mercados que podrían verse impactados. El mercado de comunicaciones entre usuarios, el mercado de redes sociales, y el mercado de publicidad.

En cuanto al mercado de comunicaciones entre usuarios, se consideró que había dinamismo por la entrada y salida de actores debido a la constante innovación, y además que se daba la figura del *multi homing* por la que los usuarios utilizan varias plataformas a la vez sin dificultad o sin costos de cambio elevados. Asimismo, dado que los servicios eran de carácter gratuito, no se identificó

un impacto negativo en precios. De este modo se concluyó que no había un riesgo para la competencia en este ámbito.

Respecto del mercado de redes sociales, el análisis fue más limitado, en la medida que WhatsApp no participa del mismo, y se consideró que Facebook tenía funcionalidades específicas que WhatssApp no podría replicar, como la posibilidad de crear álbumes de fotos y compartirlos públicamente. Además, se evaluó la potencialidad de que se cree una sola plataforma integrando los servicios ofrecidos por las dos empresas y se concluyó que era poco probable por no aportar un crecimiento representativo al comprador, en la medida que los usuarios de WhatsApp ya utilizaban Facebook.

Finalmente, sobre el mercado de publicidad, se consideró que el acceso a la base de datos de WhatsApp sí podría ser muy valiosa para que Facebook impulse y personalice mejor sus actividades publicitarias, pero que esto sólo sería un riesgo para la competencia si no hubiera alternativas a Facebook para obtener dicha información, lo que se consideró que no ocurría. Adicionalmente, se consideró que la concentración de información personal de los usuarios era materia de competencia de la autoridad de protección de datos personales, por lo que no se indagó más al respecto.

Quienes cuestionan los riesgos de este tipo de concentraciones señalan que las autoridades de competencia pueden pasar por alto temas complejos y con impactos serios. Por ejemplo, se plantea que su análisis se enfoca en el posible impacto en incrementos de precios como consecuencia de las concentraciones, lo que no ocurre cuando los mercados involucran a plataformas digitales que ofrecen bienes gratuitos.

También se critica como insuficiente un análisis que se enfoque en las potenciales restricciones a la competencia, señalándose que es necesario ampliarlo a temas relativos a la protección del consumidor. Por ejemplo, evaluar si con la nueva información personal que se obtiene de empresas adquiridas se va a poder generar mayor publicidad individualizada no requerida por el consumidor pero que tiene gran capacidad de sesgar sus preferencias de consumo. Asimismo, en qué medida la plataforma puede degradar las prestaciones de la red en beneficio propio, por ejemplo, si sacrifica la posibilidad de que los usuarios se mantengan viendo la información que comparten sus contactos para privilegiar la publicidad de productos en venta en la red.

En sentido similar, se objeta que las autoridades de competencia no consideren la óptica de la protección de datos personales al evaluar las concentraciones, con el sustento de que se trata de materias que corresponde evaluar a otra autoridad, pues deberían considerar en qué medida la concentración implica afectar la protección de la privacidad.

Por otro lado, como mencioné al comienzo, las concentraciones de plataformas digitales pueden generar riesgos para el mercado en caso de las llamadas *killer acquisitions*. Las plataformas establecidas pueden hacer un rastreo sistemático de emprendimientos innovadores que pudieran ser la semilla de rivales futuros que tiendan a ofrecer bienes sustitutos, ya sea en el mismo mercado de una plataforma específica o en mercados distintos pero que puedan ampliar sus operaciones al mercado de la referida plataforma.

La idea es que, si la plataforma establecida puede identificar a esos emprendimientos, puede comprarlos mientras aún están en etapas de prueba o antes que amplíen sus giros de negocio. Así, se neutraliza a competidores potenciales o cuando aún son débiles.

Dado que se trata de emprendimientos con ingresos o participaciones de mercado muy menores o que recién están empezando a crecer, es bastante probable que su compra no supere los umbrales que exigen las normas de control de concentraciones para que haya obligación de notificar la operación a la autoridad de competencia.

Por ello, existe una corriente que propone reducir los umbrales para notificación obligatoria o permitir que las autoridades de competencia revisen concentraciones que estén por debajo del umbral, para que estas compras no pasen desapercibidas.

6. A nivel internacional, ¿por qué se están planteando iniciativas para establecer regulación ex ante adicional a la regulación del Derecho de la Competencia para los mercados digitales?

En simple, se plantea que la intervención ex post a través de las normas de defensa de la competencia es insuficiente para controlar a las plataformas digitales. Se señala que con esas normas no se ha controlado que surjan lo que algunos llaman los gigantes tecnológicos, o que no dejen surgir a los competidores. También se señala que la sanción de conductas anticompetitivas no logra ser suficiente, porque llega tarde, cuando ya se generó el daño al mercado.

Por eso, se viene imponiendo la tendencia a aprobar o proponer regulación ex ante que permita calificar a ciertas plataformas digitales como específicamente dominantes, o como se les ha empezado a denominar, como guardianes de acceso (*gatekeepers*), para que en base a ello queden sujetas a obligaciones específicas de comportamiento, es decir, a una regulación ad hoc para ellas, cuyo propósito es que no perjudiquen a los competidores, pero también que se protejan otros bienes jurídicos tutelados, como la privacidad y datos personales, que se proteja al consumidor directamente de comportamientos que se aprovechen de su dependencia de las plataformas digitales, entre otros.

El pionero en adoptar una regulación de este tipo fue Alemania, que en enero de 2021 aprobó la décima modificación a la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Facultó a la autoridad de competencia a declarar que una empresa tiene importancia primordial para la competencia en varios mercados relacionados, en la medida que tenga posición de dominio por factores como estar integrada verticalmente, acceder a información relevante de sus competidores, y controlar el acceso de terceros a canales para llegar a sus respectivos mercados. Asimismo, la facultó para prohibir a esas empresas: (i) dar tratamiento preferente a su oferta comercial frente a la de los competidores a quienes provea acceso a mercados de venta; (ii) impedir que surjan competidores en mercados a los que pueda expandirse, incluso sin ser dominante en ellos; (iii) crear barreras de entrada a competidores valiéndose de información recolectada en el mercado.

Sin embargo, la calificación como empresa con importancia primordial tiene varias condiciones, con lo cual tampoco es un instrumento que pueda utilizarse en forma rápida. A inicios del 2022 todavía no se había calificado a ninguna empresa en dicha condición en Alemania.

Otra iniciativa reguladora en este sentido es la Ley de Mercado Digitales aprobada por el Parlamento Europeo en diciembre de 2021. Esta norma permite que se califique como guardián de acceso a ciertas plataformas, para imponerles obligaciones que preserven la competencia.

La designación como guardián de acceso aplica cuando se superen ciertos umbrales de volumen de negocio anual y cantidad de usuarios finales, predefinidas en la ley. Las obligaciones que se les imponen son, entre otras: (i) abstenerse de aplicar políticas comerciales de auto preferencia a través del uso de datos personales obtenidos en distintos mercados; (ii) no impedir a los usuarios la desinstalación de programas o aplicaciones preinstalados en cualquier dispositivo electrónico, ni que se pongan en contacto con las empresas fuera de su plataforma; o (iii) notificar obligatoriamente a la autoridad cualquier operación de concentración que quieran realizar.

Sin embargo, la aplicación de esta norma tampoco es inmediata, pues aun cuando su vigencia se inició en octubre de 2022, recién se empezará a ser aplicada en abril de 2023, con un cronograma de actividades consecutivas como la posibilidad de auto calificación como guardián de acceso por las propias plataformas hasta junio de 2023, la designación por la Comisión Europea en agosto de 2023, y el inicio de las obligaciones a que están sujetas a partir de febrero de 2024.

En la misma línea de acción, en Estados Unidos se vienen discutiendo proyectos de ley con similares objetivos, en particular respecto de conductas de auto preferencia, así como de preinstalación de programas o aplicaciones, y para controlar más estrictamente la concentración de información personal de los usuarios de plataformas digitales.

Así, se observa una tendencia notoria a desconfiar de la efectividad de la regulación ex post de protección de la competencia. Se prefiere controlar con regulaciones ex ante a las grandes plataformas digitales, principalmente a través de prohibiciones de ciertos comportamientos específicos que ya se han identificado como anticompetitivos.

Tres comentarios finales sobre esta tendencia. El primero es que las experiencias hasta ahora existentes demuestran que las regulaciones ex ante tampoco operan de inmediato, es decir no protegen rápidamente al mercado. Su novedad y nivel de complejidad requieren un proceso largo y lento para que se pueda calificar a empresas como guardianes de acceso, con lo cual, aún está por verse su efectividad.

El segundo es que se debería tener cuidado con la confianza que se está poniendo en las regulaciones ex ante, porque en mercados altamente dinámicos como los de las plataformas digitales, esas regulaciones pueden quedar fácilmente retrasadas al no cubrir la diversidad de nuevos comportamientos nocivos que pueden surgir producto de la innovación y cambio constante.

El tercero es más una interrogante, si se aprueba regulación ex ante, ¿significa que la aplicación ex

post de las normas de defensa de la competencia no tendrá que teñirse con objetivos distintos a la lógica de la competencia por méritos y la eficiencia en los mercados? Me inclino a pensar que lo más probable es que la respuesta sea negativa, es decir, que la aplicación de las normas ex post igual se incline a incorporar otros bienes jurídicos tutelados.

7. En el Perú, ¿las normas vigentes de Derecho de la Competencia son adecuadas para regular los mercados digitales? ¿Qué debería hacer el Indecopi para estar más presente en este ámbito? ¿Qué resultaría necesario implementar o modificar?

La ley de represión de conductas anticompetitivas en Perú, el Decreto Legislativo 1034, sólo prohíbe los actos de abuso de posición de dominio exclusorio, no así los abusos explotativos.

Desde este punto de vista, el marco legal peruano tiene un alcance menor respecto de las posibles conductas que pueden surgir en mercados digitales, pues como ya hemos señalado, en otras jurisdicciones se han sancionado casos de abuso de posición de dominio explotativos contra plataformas digitales. Esto no significa que me incline a pensar que el marco legal peruano de competencia deba extenderse a este rubro, sólo estoy indicando el límite que existe con la norma actual.

En cuanto al abuso de posición de dominio exclusorio, la experiencia del INDECOPI en la investigación y sanción de este tipo de infracciones es bastante reducida, pues la autoridad ha concentrado sus esfuerzos y recursos en la persecución de carteles. Además, los casos de abuso de posición de dominio que ha conocido se refieren a mercados bastante tradicionales, como por ejemplo el suministro de gas natural, la distribución de productos de consumo masivo, la venta de cemento, o el suministro de electricidad. En el campo de plataformas digitales no tiene caso alguno.

Así, el marco legal ex post peruano no ha dado lugar a que haya una supervisión efectiva sobre el ámbito de los mercados digitales. Esto no es extraño si se compara al Perú con otros países de la región, que tampoco han tenido grandes casos de abuso de posición de dominio en estos mercados. Esto se debe a que los grandes casos contra plataformas digitales suelen iniciarse en otras latitudes donde autoridades más desarrolladas y sofisticadas tratan de remediar las conductas anticompetitivas de esos agentes cuando empiezan a conocer de su existencia, de modo que cuando se conocen plenamente en nuestro ámbito son conductas ya no muy recientes.

En otras palabras, para que el marco legal peruano de abuso de posición de dominio se aplique antes que otras autoridades bastante más desarrolladas y sofisticadas apliquen sus respectivos marcos legales, tendría que tratarse de casos de abuso de plataformas digitales con efectos principalmente locales.

Siendo que el Indecopi no suele tomar la iniciativa contra actos de abuso de posición de dominio, los mercados digitales podrían ser uno ámbito en que convendría que trate de ejercer su facultad de investigación de oficio, dado que es un campo en el que ese tipo de conductas puede tener impacto muy relevante y notoria vigencia. Sería una forma importante de marcar su presencia como autoridad en esta materia.

En cuanto al control de concentraciones establecido según la Ley 31112, digamos que aún está en etapa escolar, hay mucho que caminar y aprender. Todavía no puede hacerse un juicio de valor justo.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar dos aspectos interesantes del marco legal de control de concentraciones peruano. El primero es que su objetivo tiene un marcado énfasis en la competencia y la eficiencia económica de los mercados, señalándose que en el análisis de los casos la autoridad no debe considerar otras racionalidades distintas a las que correspondan al objetivo de la ley. De este modo, la norma no permitiría considerar, por ejemplo, la concentración de datos personales de las plataformas digitales como un problema en sí mismo a ser evaluado, salvo que se demuestre que ello impacta negativamente en la competencia.

En segundo lugar, el marco legal faculta al Indecopi a someter a evaluación operaciones de concentración que se encuentren por debajo de los umbrales, señalándose específicamente las adquisiciones de competidores innovadores que recién han entrado al mercado (es decir, posibles *killer acquisitions*), como uno de los supuestos en que esta facultad puede ser ejercida. Así, el marco normativo abre la puerta para que Indecopi tenga presencia en el campo de los mercados digitales a través del control de concentraciones. Corresponderá estar atentos para ver cómo y cuánto ejerce esta facultad.

Cabe agregar que en los Lineamientos para el análisis de operaciones de concentración que ha publicado el Indecopi, hay referencia específica, aunque bien escueta, a las concentraciones en mer-

cados digitales señalando que uno de los retos más complejos en estos casos es la identificación de los distintos mercados relevantes que pueden verse impactados por la operación notificada.

Teniendo en cuenta que, en otros países de la región, como Chile o México, ya se han conocido casos de concentraciones que impactan en mercados digitales, como los de Walmart/Cornershop y Uber/Cornershop, es de esperar que el Indecopi también tenga oportunidad de conocer este tipo de casos en el corto plazo.

Por lo pronto, el Indecopi ha conocido en 2022 una operación de concentración en un mercado digital, específicamente en el mercado de medios de pago. La operación presentada como notificación simplificada se refiere al mercado de adquirentes de marcas de tarjetas de pago, o sea las empresas que tienen licencia de las marcas de tarjetas para contratar con los distintos comercios el procesamiento de las transacciones de venta que realizan con tarjetas de pago. El segundo adquirente del mercado, controlado en conjunto por dos empresas bancarias, pasaría a ser controlado individualmente por una sola de ellas, al comprar una la participación de la otra.

En su análisis, el Indecopi tuvo en cuenta que la empresa bancaria compradora es parte de un importante grupo empresarial que opera en distintos sectores económicos (mercado financiero, educativo, de medicamentos y farmacias, cadenas de supermercados, entre otros), y que dicho grupo empresarial también cuenta con una participación accionaria en el primer adquirente del mercado. Sin perjuicio de ello, el Indecopi consideró que el mercado se ha comportado competitivamente hasta la actualidad y que los participantes han adoptado medidas de prevención contra comportamientos anticompetitivos, por lo cual decidió aprobar sin condiciones la operación. En ese sentido, el Indecopi ha sido bastante cauto en la toma de posición sobre los impactos de concentraciones en la competencia en este tipo de mercado digital.

En el contexto antes descrito, cabe la pregunta de si sería necesario implementar o modificar el marco normativo.

Como se puede deducir de lo que se viene diciendo en cuanto a las normas peruanas de defensa de la competencia y su aplicación, convendría que el Indecopi tenga mayor actividad de *enforcement* en los mercados digitales con las normas que ya tiene. Hasta ahora no se les ha dado mayor uso. Como ya mencioné, debería tratar de identificar casos que pueda iniciar de oficio por abuso exclusorio en estos mercados. De otro lado, puede ejercer de modo más decidido su función para someter a evaluación *killer acquisitions*.

En cuanto a aprobar regulación ex ante, la pensaría, de ser el caso, no como una norma para proteger la competencia, al estilo de la de guardianes de acceso de otras jurisdicciones, sino para proteger otros bienes jurídicos tutelados como la protección de consumidores o la privacidad y datos personales frente a la muy elevada concentración en el mercado. En simple, no confío mucho en las regulaciones ex ante para proteger la competencia en mercados hiper dinámicos. En todo caso, preferiría ver primero cómo funcionan en otras latitudes.

Entrevista: La función de los programas de cumplimiento en contra de las prácticas anticompetitivas*

— Dr. Jesús Espinoza** —

* Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Jesús Eduardo Castañeda Velásquez, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La transcripción de la entrevista ha sido realizada por Ingrid Huaroc Huallanca, Andrea Sotelo Molero y Camila Medina Aquize, miembros de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Finalmente, la edición de la entrevista fue realizada por Andrea Sotelo Molero, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Director de Libre Competencia del Indecopi. Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas. Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En la presente entrevista, el Dr. Jesús Espinoza conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia.

En ese sentido, el autor brinda una breve definición de los Programas de Cumplimiento en libre competencia y cómo estos se diferencian de otros programas de cumplimiento. Asimismo, expondrá la importancia de la implementación de estos programas en las empresas y el rol fundamental que tiene el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) para la promoción de los mismos. Finalmente, expone las expectativas y principales desafíos en el desarrollo de los Programas de Cumplimiento en libre competencia.

1. ¿Qué es un Programa de Cumplimiento? ¿Qué diferencia un Programa de Cumplimiento ordinario de un Programa de Cumplimiento en libre competencia?

Un Programa de Cumplimiento es un mecanismo de autorregulación que tiene como finalidad que las organizaciones cumplan con sus obligaciones legales y voluntariamente asumidas, vale decir, con aquellos parámetros o códigos de conducta con los cuales se pueden haber comprometido. Por tanto, se busca que la integridad y el manejo ético de la empresa sean parte de la cultura de la organización y que estos valores se trasladen hacia los trabajadores que la conforman.

Ahora bien, con respecto a la diferencia entre un Programa de Cumplimiento ordinario y un Programa de Cumplimiento en libre competencia; en primer lugar, se tiene que tener presente que un Programa de Cumplimiento –indiferentemente del sector al que la organización haya prestado interés en asegurar el cumplimiento de las normas– tiene que engarzarse dentro de un sistema de gestión del cumplimiento normativo.

En ese sentido, los programas de cumplimiento no pueden ser gestionados de forma aislada; las empresas, por el contrario, deben considerarlos como parte de un todo. Entonces, en aquellas materias o sectores donde una empresa ha mirado con especial interés gestionar el cumplimiento de una norma porque podría, eventualmente, poner en riesgo a la propia organización; los programas de cumplimiento tienen que manejarse como un sistema de gestión en conjunto. Entonces, si bien es cierto que todo Programa de Cumplimiento en función a su temática puede presentar algunas particularidades o singularidades como, por ejemplo, la diferencia en la identificación de riesgos de incumplimiento de las normas de libre competencia con la forma en la cual se identifican los riesgos en otro tipo de actividades, lo cierto es que se debe tratar que el sistema sea coherente en su todo.

2. Resumiendo lo mencionado, el Programa de Cumplimiento se trataría de un programa o sistema en conjunto que representa el cumplimiento de diversas obligaciones de tipo legal de diversas temáticas y a su vez la idea sería poder entenderlo como una suerte de sistema o conjunto: ¿es eso correcto?

Sí, es correcto. De hecho, se podrá observar en el mercado que existen empresas que tienen Programas de Cumplimiento en Libre Competencia, pero también tienen Programas de Cumplimiento en temas de anticorrupción, temas tributarios, temas de acoso laboral o lavado de activos. Por tanto, es difícil que exista un esfuerzo singular de una compañía que señale que implementará, por ejemplo, un programa de *compliance* en libre competencia únicamente.

Lo que suele ocurrir es que se tiene un interés en general de que la empresa cumpla con las leyes y normativas. Este interés suele conducir a programas de cumplimiento en material penal, pues, hoy en día, el derecho penal es donde ha cobrado mayor relevancia el cumplimiento normativo por los temas de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y, en general, los temas de cohecho internacional que preocupan a las organizaciones. Luego, las empresas se preocupan por otros tipos de infracciones en las que puedan incurrir: laborales, tributarias o, eventualmente, libre competencia.

Por tanto, los esfuerzos de las compañías por involucrarse en los temas de cumplimiento normativo no suelen ser singulares, sino suelen ser parte de un paquete normativo y la idea es gestionar el sistema de manera coherente, porque de esa manera se pueden reducir costos o se pueden lograr sinergias. Por ejemplo, es muy difícil que exista un oficial de cumplimiento exclusivamente para temas de libre competencia. Los oficiales de cumplimiento se desempeñan en todas las materias porque quieren gestionar el sistema de cumplimiento normativo de la organización en su conjunto.

Asimismo, va a haber algunas diferencias entre en un Programa de Cumplimiento ordinario con res-

pecto al Programa de Cumplimiento de prácticas anticompetitivas; por ejemplo, en la identificación del riesgo u otro tipo de aspectos que mencionaré a continuación. Una singularidad en materia de libre competencia es que las infracciones suelen ser cometidas por las cabezas de la organización, a diferencia de otras infracciones o delitos que pueden ser cometidas por diversos funcionarios o empleados de la organización.

En consecuencia, el hecho de que las conductas anticompetitivas sean cometidas por quienes lideran la organización añade una singularidad que lo diferencia de otros programas de cumplimiento. Por ello, va a haber algunos casos donde se necesite un rol más protagónico del directorio, de los directores independientes o de la matriz. De igual modo, si una empresa decide administrar una línea ética al interior de la administración de su empresa, debe tener cuidado con el involucramiento del gerente general en los reportes de posibles incumplimientos o en la investigación consecuente.

Sin embargo, más allá de las diferencias entre las regulaciones cuyo incumplimiento se quiere prevenir quiero volver a la coherencia del programa, porque sin engranaje, no va a funcionar. Existen muchas cosas que son comunes a todo programa de cumplimiento y que el programa de libre competencia también lo tiene. Hay algunas singularidades, colores y matices que sí son propios de los programas de libre competencia, pero antes de las diferencias existen los rasgos comunes.

3. ¿Por qué es importante para un agente del mercado (empresa) implementar un Programa de Cumplimiento en contra de prácticas anticompetitivas?

El principal factor relevante y motivacional para que una empresa quiera implementar un Programa de Cumplimiento –considero– es el simple deseo de hacer las cosas bien, de querer tener un comportamiento ético, de realizar sus negocios de manera ética e implementar, entonces, un gobierno ético de la organización. No obstante, más allá de lo mencionado, existen otros factores como, por ejemplo, el efecto reputacional: incurrir en conductas anticompetitivas afecta la reputación de la compañía frente al público en general, tus stakeholders y tus consumidores. Cuando una empresa incurre en este tipo de conductas, muchas veces termina afectando a sus usuarios o a sus consumidores.

Por ejemplo, en una licitación, el afectado es el Estado vía el pago de sobreprecios como consecuencia de la falta de competencia en la licitación. Los postores en lugar de competir por ganar el concurso público mediante una puja competitiva se coluden sobrevalorando la oferta ganadora. En otros casos, los afectados pueden ser otras empresas que son clientes de insumos u otro tipo de bienes y servicios necesarios para su proceso productivo. Finalmente, en otros casos, los afectados podrían ser consumidores finales, como nosotros, que adquirimos bienes o servicios para nuestro disfrute personal o de nuestro entorno.

Las empresas siempre repiten el famoso lema que se deben a sus clientes y/o usuarios y que estos son su razón de ser, pero si una empresa atenta contra sus propios clientes en lugar de competir y, con ello, impedir que sus clientes puedan acceder a mejores precios y a productos de mejor calidad e innovadores, no cabe duda de que no se está siendo leal con sus clientes.

Qué escenario más complejo para una organización que, en lugar de deberse a sus clientes y ofrecerles mejores productos y mejores condiciones, más bien, atente contra ellos y les impongan condiciones que no se habrían establecido en el mercado de no existir un acuerdo anticompetitivo. Además, no cabe duda que, por la gravedad de las conductas, esto genera la atención de los medios de comunicación, de la academia, y los propios usuarios generando, un efecto reputacional sobre las compañías. Por tanto, dicho efecto debería ser un factor motivacional o una razón para que las empresas implementen programas de cumplimiento y así reduzcan el riesgo de incumplimiento que acarrea estar involucrado en conductas anticompetitivas.

Por otro lado, el ordenamiento reacciona de una manera severa frente a quienes incurren en conductas anticompetitivas; por ejemplo, impone multas –las cuales pueden llegar a ser hasta el 12% de los ingresos del grupo económico y en el caso de los ejecutivos pueden llegar a ser hasta 495,000 soles hoy en día– e impone penas de cárcel. Recordemos que desde el 2020, el Congreso ha criminalizado las conductas anticompetitivas. Si una organización ha incurrido en una licitación colusoria, además, es inhabilitada para contratar con el Estado por el plazo de un año. Por último, los afectados o consumidores podrían demandar por los daños y perjuicios ocasionados.

Cuando se tiene un Programa de Cumplimiento, se reducen los riesgos de incumplir estas normas y de asumir las consecuencias, las cuales, además,

podrían atentar contra la sostenibilidad del negocio, ya que podrían poner en aprietos financieros a la compañía como consecuencia de las medidas que van a tener que asumir por haber incurrido en una conducta anticompetitiva.

Por último, tener un Programa de Cumplimiento ayuda a detectar conductas anticompetitivas que la propia organización podría haber incurrido y, con ello, le permitiría hacer uso de los mecanismos de cooperación o colaboración que la ley contempla –como el Programa de Clemencia– y ser el primero eventualmente en acudir a la autoridad, confesar haber incurrido en una conducta anticompetitiva y aportar pruebas que ayuden a acreditar la existencia de la conducta y sus perjuicios.

Resumiendo, entonces, los principales factores que responden a la pregunta del por qué sería importante para una empresa implementar el Programa de Cumplimiento serían los siguientes: 1. El deseo de querer hacer las cosas bien mediante un gobierno ético de la organización. 2. El aspecto reputacional. 3 Reducir los riesgos de incumplimiento de la normativa de libre competencia y reducir los riesgos de asumir las consecuencias que ello implica (sanciones a empresas y altos cargos ejecutivos, penas de cárcel, inhabilitación para contratar con el Estado). 4. La detección oportuna de eventuales conductas anticompetitivas al interior de la organización, lo que te brinda la oportunidad para poder acogerse a los mecanismos de cooperación o colaboración que la ley de libre competencia contempla.

4. ¿Cuáles son los elementos más importantes de un Programa de Cumplimiento en materia de conductas anticompetitivas?

Son varios los elementos por mencionar y se vuelve un poco difícil categorizar y nombrar cuál de todos sería el más relevante. Sin perjuicio de ello, en el mundo del *compliance* siempre se empieza diciendo que lo más relevante para que un programa de *compliance* funcione –y concuerdo con ello– es el compromiso real de la alta dirección de querer cumplir con la norma: si no hay un compromiso de la alta dirección de querer cumplir con la normativa de la libre competencia o de cualquier otro tipo, un Programa de Cumplimiento simplemente no va a funcionar.

Otro elemento muy importante a mencionar es el de la identificación de riesgos, pues considero que este es un tema crucial para que un Programa de Cumplimiento funcione.

Identificar riesgos permite precisamente advertir la relevancia de que los programas de cumplimiento son un trabajo multidisciplinario, pues identificar riesgos requiere el concurso de abogados, economistas, ingenieros industriales, etc; no es, por tanto, un tema exclusivo o netamente legal. Por ejemplo, la economía señala qué mercados son más propensos a la concertación o la colusión, por factores como la concentración del mercado, la inelasticidad de la demanda, altas barreras de entrada, la inexistencia de sustitutos para los consumidores, la existencia de gremios, etc.

Si cuando hablamos de riesgos, nos referimos a la probabilidad de ocurrencia de un determinado evento, la economía entonces permite identificar qué mercados son más propensos a la formación de conductas anticompetitivas. Otro factor de riesgo es la posición de dominio que una empresa pueda tener en el mercado. Existe un tipo infractor exclusivamente dispuesto en la ley para actos realizados para este tipo de empresas. Todos estos factores tienen que ser tomados en cuenta, pues son cruciales para la identificación de los riesgos que enfrentan las empresas.

En este proceso, primero se analizan los riesgos para que luego puedan ser clasificados. Los encargados del diseño del programa tienen que hacer una matriz de riesgos para clasificarlos en función del impacto que puedan causar en la organización y su probabilidad de ocurrencia, a fin de establecer prioridades. Los programas de cumplimiento pueden reducir sustancialmente los riesgos de una empresa si establecemos controles más estrictos para aquellos que podrían generar un mayor impacto a la empresa.

Para cerrar la respuesta a esta pregunta, si bien todos los elementos son relevantes, quiero destacar nuevamente la relevancia del compromiso real de cumplir y la identificación de riesgos. Ello puede marcar la diferencia entre un programa de *compliance* cosmético o de fachada y un programa efectivo para gestionar los riesgos de incumplimiento.

5. En atención a esto, ¿cuál es el rol de la alta dirección de una empresa?, ¿el compromiso que asumen puede resultar determinante para el éxito o fracaso para el Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia?, ¿por qué?

Es determinante que los ejecutivos ejerzan un liderazgo ético. Nos encontramos en una sociedad muy caudillista en la que los líderes suelen mol-

dear la cultura organizacional. Entonces, si un líder incurre en una conducta anticompetitiva o ilegal, seguro eso va a ser replicado por otros niveles inferiores de la organización. El líder tiene que predicar con el ejemplo. Por el contrario, si desde la cabeza se incumple con la ley, podría ocurrir que toda la estructura empiece a hacer lo mismo en sus microzonas, áreas o al interior del país: los empleados habrán asumido e interiorizado que el cumplimiento de la Ley puede ser obviado cuando ello impida el logro de determinadas metas comerciales.

El involucramiento de la alta dirección en el éxito de un programa de cumplimiento es crucial. En la mayoría de los casos vistos en Indecopi en los últimos años, cuando hay una conducta anticompetitiva, es altamente probable que esté implicado el gerente general o quienes deciden los precios en la compañía, que suelen ser las cabezas, ya que estas son decisiones que impactan sobre el nivel de rentabilidad. En ese sentido, es importante que las cabezas estén comprometidas con una cultura ética y no con actos ilegales. Desde un punto formal, ese interés de la alta dirección por los programas de cumplimiento se manifiesta de diversas formas, tal como dotar de presupuesto necesario a las áreas de cumplimiento, participar en las capacitaciones, aprobar las políticas, etc. Son manifestaciones que dan cuenta que la alta dirección está comprometida con un Programa de Cumplimiento. Sin embargo, la mejor forma de verificar el compromiso de la alta dirección con el cumplimiento es en el día a día, en el momento en el cual se tienen que tomar decisiones de negocio complejas, como, por ejemplo, cuando los costos se incrementan y hay que decidir si ese incremento se traslada a los precios o cuando se tiene que alcanzar una meta de utilidades; en esos momentos, se verá si la empresa está comprometida con el cumplimiento normativo o un comportamiento ilegal.

En ese sentido, es necesario recordar que las empresas no deben coordinar sus políticas de precios o comerciales con la competencia para evitar la formación de conductas anticompetitivas, ni tampoco deben informarse entre ellas sobre los movimientos de precio que realizarán en el futuro.

6. ¿Indecopi ejerce un rol de cumplimiento en contra de prácticas anticompetitivas que adoptan las empresas?

El rol del Indecopi en materia de cumplimiento depende de la situación de la empresa. Su primer rol es de promoción para que las empresas adopten Programas de Cumplimiento voluntariamente y se autorregulen. El segundo rol se manifiesta cuando las empresas incurren en una infracción a las normas de libre competencia, supuesto en el cual para asegurar que la infracción no vuelva a ocurrir, el Indecopi exige programas de *compliance* obligatorios. Esto no solo ocurre en Perú, sino también en Chile, Colombia y Brasil (en casos de compromisos de cese). En esos casos, se han impuesto reglas de conducta vía medidas correctivas para el diseño y ejecución de programas de cumplimiento.

7. A nivel nacional, ¿se conoce cuántas empresas han implementado un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿se prevé que dicho número se incremente en los próximos años?, ¿por qué?

Es difícil contar con un número exacto, pues Indecopi no tiene un registro de las empresas que cuentan con un Programa de Cumplimiento. Sin embargo, es posible brindar algunas aproximaciones a partir de las dos encuestas realizadas por Indecopi, en conjunto con Ipsos, en los años 2019 y 2021.

Ipsos entrevistó a los ejecutivos de las 3,000 compañías más grandes del país. Dentro de la muestra, se encontraban principalmente ejecutivos de primera línea (gerentes generales, comerciales, entre otros) a quienes se les realizó la siguiente pregunta: ¿tu empresa ha implementado medidas para asegurar el cumplimiento de las normas de libre competencia? En el 2019, el 49% respondió de manera afirmativa, mientras que en el 2021, el porcentaje aumentó a un 60%. Si bien esto no nos brinda una cifra exacta, nos permite concluir que, en la actualidad, existe un mayor número de empresas que poseen medidas para asegurar el cumplimiento de las normas de Libre Competencia.

Hoy en día, existe un mayor interés sobre los programas de cumplimiento no solo a consecuencia de la promoción realizada por el Indecopi o por los programas de *compliance* obligatorio, sino también por todos los profesionales (abogados, economistas, entre otros) inmersos en el mundo de la competencia y el *compliance*, quienes han hecho un gran esfuerzo en promover los programas de cumplimiento: esto resulta en un esfuerzo público-privado que ha logrado el aumento en el porcentaje de empresas que cuentan con programas de cumplimiento.

8. A nivel internacional, ¿qué nos indica la experiencia en legislación de otros países de la región respecto al Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia?, ¿existe alguno en particular que podamos tomar con referente?, ¿por qué?

El interés de las agencias de competencia por apostar por los programas de cumplimiento es un común denominador tanto en los países desarrollados como en los países de la región. Actualmente, podemos encontrar guías o manuales de cumplimientos en países como Francia, Reino Unido, Chile, España, entre otros. Por ejemplo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ("DOJ") cuenta con un procedimiento para evaluar la eficacia de los programas de cumplimiento en materia *antitrust* y define cuáles son sus componentes esenciales.

En ese sentido, Estados Unidos siempre será considerado como un país referente en temas de libre competencia y *compliance*. Si bien muchos señalan que las exigencias del Departamento de Justicia de los Estados Unidos pueden ser muy estrictas, esta rigurosidad obedece a la preocupación por parte de las autoridades y expertos de la implementación de "programas fachadas". En consecuencia, buscan que estos programas de cumplimiento sean diseñados de manera eficaz para así poder reducir el riesgo de incumplimiento de las normas de libre competencia.

En la guía "Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia" aprobada por Indecopi, se evidencian muchas referencias a la experiencia comparada de otros países, a sus lineamiento o guías, que en su momento sirvieron como parámetros para la construcción, diseño e implementación de programas de cumplimiento en sus países de origen.

9. En el Perú, ¿cuáles son las expectativas para el desarrollo de programas de cumplimiento en materia de libre competencia dentro de los próximos años?, ¿cuáles son los principales retos y oportunidades que se pueden avizorar?

La expectativa es que cada vez más empresas apuesten por los programas de cumplimiento: que exista un mayor interés por una cultura de cumplimiento que permita a las empresas reducir el riesgo de exposición a las conductas anticompetitivas. En ese sentido, se busca que las empresas perciban a los programas no como un gasto, sino como una inversión, pues de esta manera evitan riesgos que de concentrarse generarán secuelas que pueden afectar directamente la viabilidad del negocio.

El primer reto es lograr que los programas de cumplimiento se conviertan en mecanismos eficaces para reducir el riesgo de exposición de incumplimiento a las normas de libre competencia. Ello porque existe la genuina preocupación de que las empresas busquen implementar un programa de cumplimiento de fachada para simplemente decir que tienen programas de este tipo. Puede existir diferentes motivos que lleven a una empresa a implementar un programa: los atenuantes de responsabilidad, la mejora de la imagen frente a consumidores, proveedores o en general el propio mercado. Lo cierto es que cualquier esfuerzo en esta materia debe ser saludado. El segundo reto es lograr que adopten las mejores prácticas contenidas en la "Guía de Programas de Cumplimiento" aprobada por Indecopi, que busca convertirse en un referente técnico en esta materia.

Para lograr tales objetivos, el programa debe tener un enfoque multidisciplinario: si bien los abogados han tomado un rol protagónico en el desarrollo del *compliance*, no es un trabajo exclusivamente legal. No cabe duda la relevancia de la participación de los abogados, pues si hablamos de infracciones es el profesional llamado a identificar qué tipo de conductas están prohibidas y cuál será el impacto de su incumplimiento en la organización. Sin embargo, hay aspectos como la identificación y la gestión de riesgo o la elaboración de matrices donde el trabajo de los economistas e ingenieros cobra mayor relevancia. En consecuencia, un tercer reto a considerar es que debe asegurarse la participación de un equipo multidisciplinario para el diseño e implementación de un Programa de Cumplimiento.

Otro gran reto es que no solo las empresas, sino también las asociaciones de empresas, cuenten con un Programa de Cumplimiento. Esto debido a que las asociaciones pueden ser utilizadas en algunos casos como vehículos para la realización de conductas anticompetitivas. En consecuencia, existe un riesgo implícito en un gremio de juntar a gerentes de empresas competidoras y que la asociación sea utilizada como un canal para la realización de conductas anticompetitivas. Los programas de cumplimiento gremiales pueden minimizar ese riesgo.

Finalmente, los programas de cumplimiento calzan bien para los grandes negocios que lo perci-

ben como una inversión. Sin embargo, su costo es más difícil de ser afrontado por empresas de menor tamaño. En ese sentido, el gran reto para el mundo del *compliance* es tratar de que las medianas y pequeñas empresas implementen estos programas. Para lograr ello, un primer paso es reducir el contenido de los programas de cumplimiento a sus aspectos más esenciales en estos casos. Es mejor tener un programa de cumplimiento acotado y adaptado al tamaño de estas empresas que un programa ideado para grandes organizaciones que no será implementado por su alto costo.

Entrevista: Impacto de la Ley Nº 31040 en el Programa de Clemencia del Indecopi*

— Dr. Alejandro Falla** —

* Esta entrevista fue realizada el 12 de septiembre de 2022. En este sentido, informamos al lector que el artículo 232° del Código Penal, que tipificaba el delito de Abuso de Poder Económico y que de acuerdo con el presente artículo fue incorporado nuevamente a través de la Ley Nº 31040 [Ley que modificó el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración], fue modificado el 7 de junio de 2023 a través de la Ley Nº 31775. Tras dicha modificación, que incluyó también otras disposiciones complementarios, se destaca principalmente que a la fecha de publicación de la presente entrevista (i) la sanción penal estaría únicamente prevista para los agentes económicos que participen en un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta; (ii) se exonera de responsabilidad penal a quien hubiera obtenido la exoneración total de la sanción administrativa, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que regula el programa de clemencia; y, (iii) se dispone que investigación preparatoria por parte del Ministerio Público se daría luego de que Indecopi u OSIPTEL le informen sobre la resolución firme que declare la existencia de un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta.

Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Ángel Bravo Morales, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La transcripción de la entrevista ha sido realizada por Ángel Bravo Morales, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Finalmente, la edición de la entrevista fue realizada por Andrea Sotelo Molero, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Socio de Bullard Falla Ezcurra +. Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene práctica en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, Regulación en Telecomunicaciones, Energía y Transporte, Responsabilidad Civil Extracontractual, Contratos y Arbitraje.

En la presente entrevista, el Dr. Alejandro Falla conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de la aplicación de la Ley N° 31040 que tipifica el delito de abuso de poder económico (en adelante, la "Ley N° 31040"), en tanto su aplicación afecta el Programa de Clemencia establecido en sede administrativa en las conductas de abuso de posición de dominio y acuerdos restrictivos a la competencia.

En ese sentido, el autor expone los antecedentes que motivaron la promulgación de la Ley 31040, los problemas que presenta su aplicación en la práctica y las recomendaciones que las autoridades legislativas deberían observar a fin de garantizar una eficiente y funcional regulación de prácticas anticompetitivas, evitando una criminalización innecesaria y/o excesiva en el Perú.

1. ¿En qué consiste el Programa de Clemencia y cuáles eran sus principales ventajas antes de la publicación de la Ley N° 31040?

El Programa de Clemencia es un instrumento que consiste en el otorgamiento de beneficios a quiénes hayan participado de prácticas y conductas anticompetitivas; por ejemplo, un cártel. Un beneficio que se otorga en este tipo de mecanismo es la exoneración de una sanción. Se exonera de sanción a cambio de que el agente aporte evidencia y/o material probatorio que permita a la autoridad de competencia abrir procesos y/o sancionar a quiénes han participado de esta práctica anticompetitiva.

En otras palabras, es un "caramelo" que busca atraer a los agentes económicos partícipes de estas prácticas y cuyos aportes son del interés de la autoridad de competencia con el objetivo de descubrir, desbaratar y sancionar prácticas anticompetitivas.

La virtud de este mecanismo es permitir desestabilizar los cárteles y permitir a la autoridad obtener información que ayude a poner fin a este comportamiento. Sin este tipo de instrumentos sería muy difícil para la autoridad de competencia detectar y sancionar, si consideramos que cada día se complejiza la detección de los cárteles.

Las empresas saben que cartelizar es ilícito, las sanciones son cada vez más duras, por lo que estas suelen encontrar formas para encubrir sus "fechorías" e inventar estrategias para ocultarse de la autoridad. Las empresas que conciertan ya no dejan rastros de sus acuerdos en las actas de directorio o en los mails, ya no se reúnen en restaurantes, incluso ya no lo hacen en el territorio nacional. Estas crean mecanismos "sofisticados" para comunicarse entre ellos, lo hacen a través de correos y teléfonos que no son los institucionales. En fin, buscan ocultar sus coordinaciones y eso hace más difícil para las autoridades identificar estos cárteles y eventualmente sancionarlos.

En este contexto aparece el Programa de Clemencia. Este mecanismo otorga este beneficio o inmunidad a cambio de que uno ayude a la agencia de competencia aportando información que le permite detectar y sancionar la práctica anticompetitiva.

2. ¿Considera que fue positiva y necesaria la publicación de una norma como la Ley N° 31040 en relación al Programa de Clemencia? ¿Por qué?

La Ley N° 31040 fue publicada en junio de 2020, a decir, en medio de la pandemia causada por el COVID-19. En ese sentido, es una norma que se dio en un contexto de mucho estrés y presión, donde habían discusiones acerca de los precios de las mascarillas, oxígeno y los servicios brindados por las clínicas particulares. En reacción a esta problemática, el Congreso emitió este dispositivo mediante el cual se generaban mecanismos para sancionar la especulación y el acaparamiento, y se restableció el artículo 232 del Código Penal que sancionaba el abuso del poder económico.

Este artículo 232 entró en vigencia en 1991 y fue derogado en 2008. Esto significa que desde el 2008 hasta el 2020 vivimos básicamente sin una sanción penal para las prácticas anticompetitivas, pero en el medio de este deseo de los políticos por atender el clamor general de la gente por regulación, el Congreso reestableció esta sanción.

Acerca de la relación de este dispositivo con el Programa de Clemencia, tenemos que el artículo 232 criminaliza las prácticas anticompetitivas como las conductas de abuso de posición de dominio y los acuerdos restrictivos a la competencia (tipificadas en el Decreto Legislativo 1034 y sancionadas por la autoridad de competencia). De esta manera, estas dos instituciones se vinculan porque tratan de regular los mismos comportamientos y/o conductas. Ambos establecen prohibiciones y mecanismos de sanción, uno con instrumentos de tipo penal, mientras que los otros de tipo administrativo; sin embargo terminan regulando lo mismo.

En ese sentido, considero que la criminalización termina afectando la dinámica de los procesos administrativos y todo el esquema de beneficios que

pueden existir en el ámbito administrativo destinados a descubrir, revelar y/o desestructurar las prácticas anticompetitivas. Es allí cómo se empieza a relacionar el Programa de Clemencia y la tipificación del nuevo delito recogido en el artículo 232 del Código Penal.

3. ¿Por qué el legislador propuso una sanción penal de este tipo de comportamientos? ¿Debería restringirse la aplicación de esta Ley N° 31040 a los cárteles?

El motivo de la promulgación de la Ley N° 31040 fue básicamente atender el clamor popular, el legislador quería dar muestras ante sus votantes y el público en general de que el Congreso estaba actuando para resolver los problemas que aparecieron en el contexto de la promulgación. Pese a lo anterior, considero que el proceso legislativo se realizó sin analizar de forma pausada si las medidas adoptadas tendrían el resultado que el Congreso esperaba obtener.

En ese sentido, creo que fue una reforma muy mal hecha: hecha en la calentura del momento, aprobada con una mayoría en el Congreso; sin embargo se hizo tan rápido que no permitió un espacio para una reunión seria de lo que se pretendía lograr. De hecho, se ignoraron opiniones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, "Indecopi") sobre cómo criminalizar el delito, a decir, los problemas asociados a la criminalización de la conducta.

Acerca de si la Ley N° 31040 debería restringirse a los cárteles, es importante advertir que, debido al apresuramiento, se implementó una criminalización "sábana", es decir, una tipificación en la cual se incluyeron todos los comportamientos anticompetitivos (tanto las conductas de abuso de posición como las prácticas horizontales y verticales). Incluso, se incluyeron comportamientos que en el plano administrativo están sujetos a prohibiciones relativas y no a prohibiciones absolutas. En ese sentido, se utilizó una fórmula muy amplia.

Siendo así, la Ley N° 31040 debió focalizarse en las prácticas respecto de las cuales no cabe duda que su comisión generan un daño al consumidor, como los cárteles que pueden existir en los procesos de licitaciones públicas.

Por otor lado, en las conductas sujetas a una posición relativa, en las cuales la autoridad debe demostrar el comportamiento y los efectos de este, no sería conveniente criminalizar figuras sobre las que se produce discusión acerca de si realmente son o no un problema. En ese sentido, si solo se hubiera limitado a los cárteles, se tendría menos discusión.

4. ¿La persecución penal de las conductas anticompetitivas debería requerir de forma previa una declaración firme de responsabilidad administrativa por parte de la autoridad de competencia?

Sí, debería requerirla. La sanción penal debe estar limitada solamente a determinadas conductas anticompetitivas como los cárteles e infracciones más graves, ya que sobre estas no existen dudas respecto al efecto dañino que generan al consumidor y la competencia en el mercado. En segundo lugar, se debe requerir de una declaración de existencia del comportamiento y una sanción por parte de la autoridad administrativa como condición para tener una sanción del tipo penal. En tercer lugar, la autoridad administrativa debe decidir el inicio de un procedimiento penal.

5. ¿Considera que el Indecopi debería establecer un primer filtro y determinar qué conductas pueden ser merecedoras de una sanción penal adicional a la administrativa?

El pronunciamiento previo de la autoridad administrativa debe determinar en qué casos se justifica, además de la imposición de una sanción penal, el inicio de un procedimiento destinado a la aplicación de sanciones de tipo penal a quienes hayan estado involucrados en la participación ilícita.

Este modelo va a garantizar que los casos con infracciones más graves a la competencia, en las cuales no exista discusión sobre su configuración respecto a una práctica anticompetitiva, sean trasladados al fuero penal para la discusión y aplicación de una eventual sanción. Este sería un sistema mucho más razonable.

6. ¿Considera que se debería otorgar inmunidad en sede penal para los beneficiarios del Programa de Clemencia en sede administrativa?

El problema que se ha generado es que desde el ámbito penal no se espera que el proceso administrativo culmine. No hay una obligación del juez penal o del fiscal de requerir opinión del Indecopi sobre la conducta investigada. Asimismo, no hay

una coordinación sobre el esquema de beneficios entre ambas autoridades.

Actualmente, el beneficio administrativo, como la exoneración o reducción de multa, no le sirve a una empresa como defensa dentro de un procedimiento penal. En la reforma realizada por el Congreso no se resolvieron los problemas de coordinación. Al ser un esquema de criminalización, se debió cuidar no afectar el mecanismo de clemencia que se maneja en el fuero administrativo. En los procedimientos penales se deberían otorgar beneficios que cubran las consecuencias que se derivan de estos dando la posibilidad a las empresas de aplicar de manera simultánea el beneficio de clemencia y de colaboración eficaz. Así el riesgo actual no se presentaría.

En ese sentido, la colaboración eficaz debería estar disponible para los delitos consignados en el artículo 232 del Código Penal. Lamentablemente, cuando se aprobó la Ley N° 31040 no se concretó esta posibilidad. Eso ha generado que nos encontremos en una situación en la que, siendo posible colaborar con el Indecopi mediante el Programa de Clemencia, ello no sea viable en el proceso penal en tanto no contempla la figura del colaborador eficaz.

7. ¿Está de acuerdo con la afirmación de que la aplicación de sanciones penales desincentivaría la participación de posibles colaboradores en sedes administrativas lo cual afectaría la capacidad del Indecopi para detectar carteles?

Es correcto. La forma en cómo se ha aprobado la Ley N° 31040 y cómo se ha establecido el artículo 232 del Código Penal desincentiva totalmente a los agentes económicos en aplicar al Programa de Clemencia. La mencionada Ley ha sido una desventaja para este programa en tanto ningún agente económico puede aplicar sin tener como consecuencia inmediata la exposición a una sanción de tipo penal.

Esto afecta la capacidad de Indecopi para detectar cárteles. Entre el 2014 y el 2020 hubieron un número importante de solicitudes de clemencia: en el 2014 se presentaron 4, el 2015 fueron 2, el 2016 fueron 5, el 2017 fueron 5, el 2018 fueron 4, el 2019 fueron 2, el 2020 fueron 2; sin embargo, posterior a la aprobación de la Ley N° 31040 y del restablecimiento de la Ley 232 del Código Penal, hubo 0 aplicaciones del Programa de Clemencia, es decir, no se presentó ninguna solicitud al Programa de Clemencia. En el 2022 se registró solo un caso.

Eso quiere decir que después de dos años de aprobación y vigencia de este cambio, el número de solicitudes es considerablemente más bajo que el que se registraba antes de la existencia de la Ley N° 31040. Este es un efecto concreto del impacto negativo que ha tenido la aprobación del 232 del Código Penal.

Entonces, a menor número de solicitudes de clemencia obviamente se va a producir una afectación a la capacidad de Indecopi de detectar un cártel. Claro que sigue siendo viable, pero a un costo mayor sin este tipo de instrumentos.

Asimismo, hay una cuestión más importante: la clemencia permite que la autoridad detecte cárteles, pero, a su vez, la sola existencia de un sistema como el que estamos describiendo envía el mensaje a los agentes económicos de desincentivo para unirse o formar un cártel.

Entonces, actualmente a raíz de la puesta en vigencia de la Ley 232 del Código Penal, está claro que el sistema de clemencia en Indecopi no funciona.

Aquello termina favoreciendo la formación de prácticas anticompetitivas, lo que hace que la existencia de los cárteles sea más estable.

8. ¿Cuáles son las modificaciones principales que deberían realizarse?

En primer lugar, reduciría el ámbito de aplicación de la Ley 232 del Código Penal sólo a las conductas más graves, a las conductas sancionadas bajo prohibición absoluta.

En segundo lugar, condicionaría el inicio de cualquier investigación penal a la culminación del procedimiento administrativo sancionador a cargo del Indecopi, de manera que solo puedan ser sancionadas las conductas que previamente hayan sido castigadas por esta.

En tercer lugar, debería brindarse la iniciativa o el inicio de acciones penales al Indecopi, es decir, "dejaría en sus manos" la decisión respecto a iniciar la persecución para, posteriormente, se determine la sanción penal en los casos que corresponda.

Finalmente, articularía mejor el mecanismo de clemencia y colaboración eficaz, abriendo la posibilidad de que tal colaboración también se encuentre disponible para los delitos consignados en

la Ley 232 del Código Penal. De manera que las empresas que deseen acceder a este beneficio en el Indecopi también accedan a colaborar con el Ministerio Público.

9. A nivel internacional ¿existen ejemplos de normas similares a la Ley N° 31040 que hayan sido aplicadas con éxito?

Desconozco casos de pleno éxito, sin embargo desde una perspectiva de diseño sería óptimo mirar la experiencia chilena. Al igual que en Perú, en Chile se dejó de sancionar la conducta y se reestablecieron las sanciones penales. Como consecuencia de lo anterior, se han vuelto a criminalizar las prácticas anticompetitivas; no obstante, se otorgó la llave de inicio de acciones penales a la Fiscalia Nacional Económica para que sea quien gatille las acciones criminales. Luego de realizar sus investigaciones se determina si las conductas deben ser sancionadas penalmente. A través de esta delegación de facultades se cautela que las sanciones penales no sean aplicadas en contra de los agentes económicos que se acogieron al Programa de Clemencia.

10. ¿Cuál es su expectativa con la publicación de la Ley N° 31040 en el Perú?

A partir del restablecimiento de la Ley 232 del Código Penal, el Programa de Clemencia ha "muerto" en el país. No puede funcionar por falta de incentivos, las empresas no van a estar dispuestas a aplicar a este programa de beneficios, incluso asegurada una exoneración, porque se condenan a una sanción penal. Siendo ello así, se volvería muy inusual que hayan solicitudes de clemencia. No vamos a ver lo que se ha visto en los últimos seis o siete años. Ese número de solicitudes de clemencia y la constancia que existía (de 2 a 4 anuales), no volverá a verse hasta que no se atienda al problema.

Conversatorio: Efectos de la ley de concentraciones a un año de su vigencia*

— Alejandro Falla**, Eduardo Quintana***, Omaira Zambrano**** y Sebastian Velarde***** —

* El presente artículo se encuentra basado en el Conversatorio: Efectos de la ley de concentraciones a un año de su vigencia realizada dentro del II Congreso de Derecho Mercantil el 14 de octubre de 2022 (el "Conversatorio") organizado por el Equipo de Derecho Mercantil y Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Los panelistas del Conversatorio fueron Alejandro Falla, Eduardo Quintana y Omaira Zambrano, siendo el moderador del mismo Sebastián Velarde quien, a su vez, elaboró las preguntas del Conversatorio.

La transcripción del Conversatorio y la edición del artículo fue realizada por Fiorella Terrazas Herrera, María Jiménez Chavez, Luis Cuéllar Paz y Elías Vivas Cubas, miembros de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil.

** Alejandro Falla. Socio en Bullard Falla Ezcurra+. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Regulación por London School of Economics and Political Sciences.

*** Eduardo Quintana. Socio en Bullard Falla Ezcurra+. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Regulación por London School of Economics and Political Sciences.

**** Omaira Zambrano. Asesora legal especialista en Derecho Corporativo y M&A del Area de Control de Concentraciones de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia de Indecopi. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Law (LLM) por Northwestern University.

***** Sebastián Velarde. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. **Sebastián Velarde: Con respecto al ámbito de aplicación de la norma y las condiciones para su aplicación, según está previsto en el reglamento de la Ley N° 31112, los umbrales de notificación son los que determinan si una operación debe sujetarse al sistema de control de concentraciones. Estos umbrales están basados en criterios objetivos referidos al volumen de ingresos, ventas, y el valor de activos en el Perú de los agentes económicos y su grupo económico. Sin embargo, un gran volumen de ventas, una gran cantidad de activos o activos de cierto valor, no siempre son un sinónimo de una mayor participación en el mercado. Partiendo de esta premisa, ¿ustedes consideran apropiado dicho parámetro o consideran que, para determinar si una operación debe o no pasar por régimen de control de concentraciones, se deberían considerar otros factores como por ejemplo la cuota de mercado?**

Omaira Zambrano: Los criterios que se tienen que tomar en cuenta, según la norma, son totalmente objetivos. Es decir, si tenemos una transacción en la que alguna de las partes, ya sea el adquirente o el *target*, no superan los umbrales de forma individual o ambas partes no superan el umbral conjunto, la transacción no será notificada de forma obligatoria. Hoy en día la norma sí prevé la aplicación de umbrales totalmente objetivos.

La aplicación de los factores que están en la norma no es de uso exclusivo del Perú, sino que hay muchos países los que usan como factores objetivos. De hecho, la minoría de países utiliza factores con algún componente no objetivo. Ello se debe a que se busca dotar certidumbre al proceso de notificación de las transacciones.

Esto no quiere decir que no seamos conscientes de que cuando se evalúa una transacción en una etapa inicial de negociación, claro que se utilizan diferentes métodos de valorización para finalmente determinar cuál es el precio que se va a pagar. Algunos métodos son complejos (como el flujo de caja descontado o el valor presente) y otros revisten de menos complejidad (como la valorización en libros, que es un método que se parece a la valorización patrimonial).

Entonces, sí somos conscientes de que ello ocurre. La norma pudo haber optado por un método diferente, pero lo cierto es que se ha querido dotar al procedimiento de la mayor certidumbre posible, de ahí que optara por los que están actualmente recogidos en la Ley N° 31112.

2. **Sebastián Velarde: Desde el lado de la práctica privada, ¿cómo ha visto que el tema de los umbrales puede impactar en diversas operaciones?, ¿Considera que son parámetros adecuados?, ¿Ha realizado transacciones que habiendo pasado los umbrales el impacto del mercado de las empresas es muy pequeño?**

Alejandro Falla: Para que este mecanismo funcione al menor costo para los privados y para los funcionarios públicos, es imperativo establecer criterios claros y predecibles para las operaciones que requerirán ser notificadas. Como este es un procedimiento de notificación obligatoria, lo principal es que las personas que deban cumplir con hacer esta notificación tengan en claro cuándo tocar la puerta porque el no hacerlo oportunamente puede devenir en una serie de consecuencias que todos quieren evitar.

Así, las reglas de juego básicas consistirán en que los parámetros de la obligación sean muy precisos. Desde este punto de vista, se tiene que establecer ciertas condiciones de fácil determinación para los que están obligados a cumplir. De ahí, se puede escoger distintos criterios, siendo el más usado (porque es el más objetivo) los umbrales en función de los ingresos, factor utilizado comúnmente en otras jurisdicciones.

Se podría haber utilizado el criterio de participación de mercado, pero ¿hubiera sido conveniente incorporarlo? Variables como esta son de las menos recomendables precisamente porque no generan la certidumbre que requieren los obligados a cumplir este tipo de exigencias o requerimientos.

Cuando hablamos de participación en el mercado, uno empieza a enfrentar una serie de dificultades: ¿La participación de qué mercado?, ¿cuál debo considerar cuando dos empresas involucradas en una operación participan en distintos mercados? Tengo que definirlos, tengo que identificarlos, tengo que "calcular" ¿Cuál es la participación que resultará relevante? ¿Bastará que en uno de los mercados se supere para tener que notificar o tendrá que ser en más de la mitad?

Empezamos a tener dificultades, incluso de índole práctico, tomando en cuenta que, para determinar la participación de mercado, se requiere informa-

ción. Las empresas involucradas en la operación de pronto tienen información suficiente de sus actividades en sus mercados, pero resulta que eso no basta. Para determinar la participación en el mercado se requiere información de las ventas e ingresos de los otros jugadores datos que no suelen ser públicos. Son pocos los mercados donde uno puede encontrar información de ventas o ingresos de todos los agentes en un mercado determinado. Un ejemplo son los sectores sujetos a regulación como el sector eléctrico, pero no es la regla para el 99% de los mercados restantes.

Entonces, utilizar la participación de mercado para determinar los umbrales y la obligación de notificar no parece una buena alternativa. De hecho, creo que fue correcto establecer umbrales en función de ingresos, aunque en el camino, se introdujo otro umbral que no estaba "previsto": el valor de los activos.

El tener umbrales en función a ingresos o activos puede generar ciertas incertidumbres, más aún porque la valoración de activos puede acarrear una serie de problema. Medir los ingresos es muy fácil, pero cuando se habla de valor de activos, se genera una complicación adicional. Resultaba más conveniente contar con un único umbral, en lugar de una mezcla en la que buscan coexistir umbrales en función a ingresos y activos.

Se han hecho esfuerzos por tratar de hacer más predecibles las reglas para medir el valor de los activos, pero de pronto hubiera sido más sencillo para todos, para la autoridad y los obligados a cumplir, el permanecer en la exclusividad de los umbrales en función de los ingresos.

3. **Sebastián Velarde: Nos podrían dar su opinión acerca del valor de los activos que se introdujo al final [en la Ley N° 31112]. Sobre todo, tomando en cuenta el tema de que muchas veces hay empresas que pueden tener grandes activos como inmuebles y propiedades que no necesariamente reflejan su verdadero impacto o su verdadera participación como agente económico en el mercado.**

Eduardo Quintana: Por un lado, coincido con lo ya dicho. El que el Perú y el marco legal peruano se hayan alineado con la forma típica en que se definen los umbrales es correcto porque es bastante generalizado utilizar el valor de ingresos y el valor de activos como variables para definir los umbrales.

En ese sentido, lo que se ha establecido ayuda a generar certidumbre para los agentes del mercado y para determinar cuál es el filtro que tiene el sistema para determinar qué operaciones deben sujetarse a aprobación previa del Indecopi y cuáles no.

Debe tenerse en cuenta que, uno de los aspectos que más valoran los agentes del mercado es la certidumbre. Los elementos del marco regulatorio que pueden generar espacio de incertidumbre significan riesgos, contingencias para los agentes del mercado. Uno, para las evaluación inicial y previa de si notifican o no; y dos, también durante la evaluación y el procedimiento mismo. Desde este punto de vista, sin duda está bien que se hayan utilizado esos umbrales y parámetros.

Sin embargo, algunos cuestionan que utilicen solo esos parámetros. Pero últimamente, las tendencias recientes de compra en mercados digitales, plataformas, etc. han revivido la disolución de si conviene agregar otro tipo de umbrales de notificación, debido a casos de las denominadas *killer acquisitions*. Se trata de empresas pequeñas que no tienen ingresos tan elevados, no tienen activos tan valiosos todavía, pero tienen potencial de convertirse en rivales muy importantes en el mercado. Los actores ya están establecidos y diagnostican tempranamente su potencial para crecer y para convertirse en el mediano o largo plazo en competidores o rivales muy importantes. Entonces, antes de que eso suceda, proceden a adquirirlos y como no tienen los ingresos o activos requeridos, no pasan los umbrales típicos. Eso ha derivado en que reviva la discusión de si conviene cambiar esos umbrales.

Hace unos cinco o seis años, ha empezado a volver esa discusión, pero incluso con ella, la tendencia se mantiene en utilizar umbrales de ingresos y de valor de activos. El Perú está dentro de lo que es lo usual y me parece correcto.

4. **Sebastián Velarde: En muchos casos, las empresas buscan cerrar su transacción de la forma más célere posible, minimizando cualquier tipo de riesgo o cualquier contingencia. En ese sentido, es que esta norma prevé plazos relativamente cortos de treinta días hábiles en una fase uno, y es tomando en cuenta estos plazos que muchas operaciones ya se estructuran. ¿Usted cree, en base a su experiencia práctica, que se puede considerar un plazo razonable esos treinta días hábiles? ¿Hay operaciones que, por su naturaleza, podrían ser cerradas antes? ¿Cómo es**

que estos riesgos se mitigarían a la hora de negociar una transacción, tomando en cuenta que hay un tiempo entre la firma del *sale and purchase agreement* (SPA), y el cierre, en el cual la operación queda en un *stand-by* sujeto a lo que pueda decir y analizar Indecopi?

Eduardo Quintana: Sin duda, el tema de los plazos es un tema bien delicado para las empresas. Entiendo que también debe serlo para la autoridad. Los actores del mercado lo toman muy en cuenta para estructurar su transacción y establecer plazos para cumplir condiciones precedentes, lo que impacta en el cierre o *closing* de las operaciones.

De hecho, es un tema vital, sobre todo, cuando el régimen exige la aprobación previa antes del *closing*, como en el caso peruano. Hay otros regímenes en que no es así, pero si se compara con otras jurisdicciones, yo diría que lo establecido en el marco legal peruano es bastante típico también.

O sea, treinta días para la primera fase no es algo que salga de lo habitual. El plazo para la segunda fase ya es un plazo extendido porque estamos hablando de noventa días que pueden extenderse hasta ciento veinte. Pero tampoco es algo atípico.
Hay otras jurisdicciones que tienen plazos más extensos para la segunda fase. Incluso, hay casos en otros países en que la extensión de plazos puede llegar a complicar y frustrar la continuidad de las transacciones, tanto que deja de ser de interés de los privados continuar con ellas.
Más bien, yo creo que más importante que la duración del plazo en el caso peruano, es que sea predecible para los actores. Eso depende mucho de la autoridad, es decir, que la autoridad asuma esos plazos de modo serio y que los cumpla a cabalidad.

¿Qué significa esto? Que la autoridad tome muy en serio cuándo corresponde pasar a la fase dos, pues sabemos que la fase uno es treinta días y la fase dos se amplía en la medida que haya riesgos identificados para la competencia, los cuales tiene que ser considerables. Entonces, un recurso fácil para la autoridad cuando se le está pasando el plazo de fase uno podría ser empezar a trasladar las operaciones a fase dos, pese a que no representan riesgos tan graves.

No estoy sosteniendo que Indecopi lo esté haciendo ahora, pero podría ser una forma de aliviar la carga de trabajo que pudiera tener en algún momento por la cantidad de notificaciones que reciba. Entonces, el punto es que Indecopi asuma con seriedad eso y que cumpla con esos plazos, que no recurra a fase dos para operaciones que deberían terminar siempre en fase uno.

Hasta ahora, el récord que tiene Indecopi es bueno. Si uno ve la información que se viene haciendo pública, con transparencia por parte de la entidad, vemos que está cumpliendo con los plazos adecuadamente. Asimismo, ha cumplido en la mayoría de transacciones con aprobarlas incluso antes de que venza el plazo de la fase uno. Pero hay dos puntos a tener en cuenta.

El primero es que, en realidad, las transacciones que tiene Indecopi, hasta ahora, son pocas. En año y medio, si mal no recuerdo, ha revisado diecisiete notificaciones, que es un número bajo, pensando en otras jurisdicciones con economías equivalentes al Perú y la cantidad de operaciones que tienen notificados. Entonces, la carga de trabajo del Indecopi no es tan grande aún y eso ha podido ayudar a que cumpla el plazo. Habría que ver qué pasa cuando la autoridad tenga muchas más notificaciones y esté más estresada. Si seguirá cumpliendo, esperaríamos que sí.

El segundo tema a tener en cuenta es que, según información pública, muchas de esas diecisiete notificaciones, entendería yo, que la mitad o más son notificaciones que se han presentado con el formulario simplificado, y dicho formulario es uno que muestra por sí que no habría mayor riesgo para la competencia en estas transacciones, con lo cual era de esperarse que sean resueltas rápido. Habrá que ver qué sucede cuando Indecopi tenga más notificaciones con el formulario regular.

Entonces, la cantidad importa y también importa cuando sean notificaciones ordinarias. Sí ahí sigue Indecopi manteniendo este récord, yo creo que vamos a estar en buen camino para generar la certidumbre que se necesita en términos de plazos.

5. **Sebastián Velarde: ¿Nos puede contar un poco sobre estos plazos? ¿Qué hace Indecopi con cada uno de los documentos presentados en un formulario, ya sea ordinario o simplificado? ¿Cómo es que desde adentro se ha ido manejando este trabajo, tomando en cuenta que hay una expectativa de los administrados y se juegan importantes transacciones?**

Omaira Zambrano: Lo primero es el compromiso de cumplir con la revisión de las operaciones notificadas, dentro del plazo legal. Este plazo supone

no solo conocer, sino también entender y analizar a profundidad –y de una forma responsable posible– todas las transacciones que son notificadas. Como bien dices, el plazo legal que la Comisión[1] tiene, para poder pronunciarse respecto de una transacción en fase uno es de treinta días hábiles contados desde la admisibilidad de la solicitud.

Como bien ha señalado el Dr. Quintana, en las estadísticas de este año de operaciones notificadas, a septiembre del 2022, estas fueron resueltas por la Comisión en promedio en veintitrés días hábiles contados desde la admisión a trámite (veinticinco días en promedio para las notificaciones ordinarias, y veintidós días en promedio para las notificaciones simplificadas). Dentro de los plazos, la mayoría de los casos fueron resueltos en fase uno. Uno fue resuelto en fase dos.

Por ejemplo, podemos comparar si estos datos con la experiencia chilena, que es una agencia a la que recurrimos bastante porque tiene mucha más experiencia que la nuestra. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica de Chile conoce muchos casos, y tiene muchos años con este procedimiento vigente.

Por ejemplo, en Chile, según las estadísticas anuales del año pasado, la División de Funciones de la Fiscalía Nacional Económica, ha tardado veintiséis días hábiles en conocer casos en fase uno, y han reportado que en fase dos tardan ciento cincuenta y cinco días hábiles.

Es decir, si nos comparamos con países de la región y con economías en las que aspiramos llegar, estamos dentro de los plazos, lo que ayuda a dar predictibilidad al cierre de las operaciones. Pero yendo un paso atrás, tú preguntabas originalmente, si el plazo era el adecuado o no.

Mira, siendo súper honesta, yo soy abogada corporativa, y mi experiencia profesional ha sido principalmente en transacciones de fusiones y adquisiciones (M&A). Recién con esta aventura como parte del Área de Control de Concentraciones, es que tengo un contacto de primera mano con la Administración Pública.

Pero, en mi experiencia M&A, yo te digo que cuando uno estructura una transacción, la primera etapa, que es el conocimiento de las empresas y el mercado en el que se desarrolla, suelen tardar muchos meses. Los asesores financieros que tienen ese trabajo suelen tomar muchos meses en entender cómo es que funciona la empresa materia de la operación en un mercado especifico, a efectos de llevar una valorización.

Nosotros, por el contrario, tenemos que desempeñar una labor titánica y en un tiempo fugaz, conocer ese detalle en solamente treinta días. Entonces, en principio, te digo, desde mi opinión, el plazo de treinta días es lo mínimo razonable que se necesita para poder conocer de forma responsable una transacción.

Asimismo, tú también me preguntaste cómo mitigar esto. Bueno, lo primero es que nosotros tenemos un canal muy fluido de comunicación con los administrados denominado consultas previas o prenotificación. Recomendamos mucho que, si se tiene una transacción, especialmente si es muy compleja, se acerquen a nosotros como autoridad a través de este mecanismo.

¿Por qué? Porque ello nos ayuda, primero, a que el administrador conozca qué tan compleja es su transacción respecto al análisis de competencia que eventualmente el equipo realiza. Segundo, porque nos ayuda a que, por ejemplo, el equipo económico empiece a tener información certera respecto del mercado en el que la transacción se va a dar.

Entonces, ello es súper importante porque, sin duda, ese acercamiento y esa revisión preliminar ayuda a que los plazos dentro del procedimiento se acorten. Entonces, respondiendo a tu pregunta, si personalmente pienso que este plazo es razonable, pienso que es el mínimo necesario. Creo que nosotros como autoridad estamos tratando de cumplir con conocer y eventualmente pronunciarnos respecto a las notificaciones en el menor plazo posible.

Prueba de ello es que estamos todavía dentro de las estadísticas optimistas de la región. Sugiero que los agentes se acerquen a través del mecanismo de prenotificación. Además, debemos recordar que, si eventualmente la Comisión no se pronuncia dentro de ese plazo legal, pues siempre aplica el silencio positivo, el cual está regulado normativamente.

Y lo último que también quería comentar es la preocupación que manifestó el Dr. Quintana, la cual es una preocupación certera. En efecto, aunque la agencia no es nueva, el Equipo de Control de Con-

1 Es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

centraciones lo es. Todavía estamos en un proceso de recepción de notificaciones que va creciendo, cada vez se están presentando más notificaciones, ya sean que se trate de casos que fueron previamente prenotificados o que son directamente notificados. Todavía tenemos un número limitado de notificaciones.

Esperamos que la capacidad de respuesta se mantenga, aun cuando el número de las notificaciones sea mayor, pero también vamos a utilizar las herramientas que contamos de una forma muy responsable. Sería absolutamente inviable y muy condenable que pretendiéramos llevar una transacción a fase dos cuando no lo amerita, solamente porque el plazo en esa segunda instancia es mayor. Es algo que todo el equipo tiene muy presente y el compromiso es actuar de forma responsable, incluso en ese escenario agobiante de trabajo.

6. **Sebastián Velarde: No solo es el tiempo que toma Indecopi, sino el tiempo que puede demorar la parte notificante que muchas veces el comprador o las dos partes de la operación, según corresponda. En ese sentido, ¿usted cómo ve el trabajo de llenado del formulario, el cual implica no solo un trabajo legal, sino un trabajo económico? ¿Cómo impacta o cómo puede ser relevante para que una transacción se cierre dentro de un plazo razonable? ¿Usted cree que el formulario como está diseñado es suficiente? ¿Abarca los factores que quiere abarcar? ¿O hay cosas que cree que en una fase uno no deberían preguntarse, porque es el mismo formulario para todo tipo de operación?**

Alejandro Falla: Tomando en cuenta la corta experiencia del Indecopi en este año y medio, observamos que, de todas las operaciones notificadas, solo una ha pasado fase dos, mientras que las demás no han generado sospechas siquiera de ser problemáticas. En ese sentido, sería conveniente desarrollar sistemas que eviten que esas operaciones requieran una notificación, lo cual eliminaría la necesidad de contar con un formulario.

En la actualidad, casi debiera bastar una simple comunicación Sugiero "que exponga los aspectos básicos de la operación", sin necesidad de someterse a la carga que implica el llenado del formulario. Si bien son treinta los días de plazo establecidos para recibir la confirmación del llenado del formulario, paradójicamente el proceso de llenado puede demandar un tiempo real de uno o dos meses –e incluso más–, debido al gran volumen de la información exigida

Considero que llegará el momento -ojalá más pronto que tarde-, para revisar la experiencia acumulada por el Indecopi a lo largo de los años. De esta manera, podríamos apuntar a generar un formulario simplificado para ciertos tipos de operaciones en el cual, con tan solo dos hojas, satisfacer la notificación. Desde ese punto de vista, podría proponer como meta para las operaciones simples, que el plazo no sea de veintitrés días, sino de solo cinco. Y son diversas las aristas de las que se puede partir para lograr ello, dado que la demora de esos veintitrés días se debe al tiempo que demanda redactar una resolución cuyo contenido puede ser de veinte, treinta o hasta cuarenta páginas; además de la existencia de una dinámica en la que participan diversos sujetos en el proceso de decisión, lo cual genera una necesidad de incrementar los tiempos. No obstante, creo que se pueden realizar ajustes para acortar estos plazos, especialmente para aquellas operaciones tan simples que ameritan ser resueltas en plazos más cortos. El objetivo debería ser no solo resolver cómo resuelve Chile, sino tener un grupo de casos que hayan sido resueltos en cinco días como máximo.

7. **Sebastián Velarde: Sobre la revisión de oficio, la norma le permite a Indecopi revisar operaciones ya cerradas, que no hayan pasado umbrales, hasta un año después del cierre en caso se generen ciertas incertidumbres o se piensen que pueden tener algún impacto en el mercado. ¿Cómo Indecopi ha utilizado esta herramienta de revisión de oficio? ¿A la fecha, ya existiendo algunos casos, se ve como algo útil para prevalecer o mantener la libre competencia?**

Omaira Zambrano: Como bien mencionas, Indecopi tiene la facultad de revisar de oficio aquellas operaciones que, no habiendo superado estos umbrales, podrían tener un impacto significativo en la competencia. Esta es una herramienta contemplada legalmente y tenemos una ventana hasta de un año para poder revisar operaciones después del cierre de estas.

Ahora mismo nosotros tenemos como parte de las labores del equipo de control de concentraciones una que hemos denominado como "monitoreo de mercado". Esta consiste en que, cuando tenemos conocimiento de la existencia de una transacción a través, principalmente, de información pública, y

esta no ha sido notificada, requerimos información relevante.

Hemos tenido la experiencia de acercarnos a los agentes a pedir información con respecto a la transacción y consultarle del porqué decidieron llevar a cabo dicha transacción sin pasar por la revisión nuestra. Y nos han venido comentando que han sido transacciones que no superan los umbrales o no califican como una operación de concentración empresarial según los términos de la norma. Nosotros hemos podido dentro de esa labor revisar algunos casos para determinar si en efecto compartimos aquella conclusión preliminar.

Hoy estamos en esa labor de revisión. La revisión de oficio es una herramienta que tenemos vigente, no la hemos ejercido aún pero ciertamente sabemos que su sola existencia ha generado incertidumbre en algunos espacios como este. Es por eso es que utilizaremos esa herramienta cuando sea el caso de la forma más responsable posible. Ahora ¿cómo es que nosotros sugerimos evitar estos espacios de incertidumbre? A través del canal de prenotificación o de consulta previa, que fluye y funciona bastante bien.

Respecto a la prenotificación, hemos tenido casos o experiencia de algunos agentes que no han estado seguros de si su transacción deba ser notificada y han preferido notificar incluso de forma voluntaria, lo que está perfecto. Pero también existe este espacio de consulta previa que es un espacio de consulta real que nos permite tener algún tipo de contacto. Por ejemplo, al inicio de nuestra labor, hemos tenido dudas sobre la explicación de la norma, muchas consultas sobre los umbrales. Pienso que ese es un espacio que ha ayudado a dotar de algún grado de certidumbre para aquellos agentes que no estaban seguros de si debían o no notificar una operación para evitar precisamente aquel espacio de revisión posterior.

La segunda recomendación que siempre hacemos es que, si piensas que estás ante una transacción que no supera los umbrales (aunque está cerca de ellos), pero que eventualmente puede tener un impacto, siempre puedes acudir al espacio de notificaciones voluntarias.

Sin perjuicio de lo anterior, insisto que la revisión de oficio es una facultad que vamos a ejercer de la forma más responsable posible, porque sabemos que esa es una de las preocupaciones principales de los agentes. Pero para responder a esa preocupación, también existe un compromiso del equipo, de la dirección en conjunto y de la comisión de forma particular de utilizar estas herramientas de la forma más responsable posible

8. **Sebastián Valverde: Sobre las *killer acquisitions* u operaciones en empresas que no tienen nivel suficiente para pasar umbrales ¿Usted cree que una medida como la revisión de oficio es suficiente para mitigar este riesgo? ¿Existen otras alternativas menos gravosas que le resten menos predictibilidad al mercado?**

Eduardo Quintana: En sí, yo creo que la revisión de es un elemento que genera incertidumbre y falta de predictibilidad en el sistema. Si ya establecí los umbrales objetivos y agregó esa facultad, sin duda estoy creando un espacio para la incertidumbre o para una contingencia.

Por otro lado, esa facultad que antes se podría considerar como algo atípico, en los últimos años, se está utilizando en varios sistemas legales como una herramienta para abrirle la puerta a la autoridad a que tenga un espacio para revisar esas transacciones que he mencionado, que han ocurrido en mercados muy desarrollados en los cuales hay transacciones que pasan bajo el radar y al final se considera que impidieron o inhibieron el surgimiento de competidores muy relevantes y que hubieran ayudado a dinamizar los mercados, específicamente mercados digitales. Por lo que otorgarle esa facultad a la autoridad se ha visto como un segundo mejor.

Asimismo, esa facultad obliga a las empresas a ser más cuidadosas y no asumir que pueden cerrar tan fácilmente sus transacciones.

Ahora, vistas así las cosas, considero que esa facultad hace sentido en mercados altamente desarrollados, con rápidos cambios tecnológicos, como sucede con los de emprendimientos en el ámbito digital. En ese tipo de economías, otorgar una facultad como la que comentamos estaría atendiendo un problema real y que se ha identificado en los hechos. pero en nuestro caso, no es que esté siendo pesimista con respecto a la economía de nuestro país, considero que esta facultad sería menos efectiva, porque nuestro país no tiene aún esos niveles de emprendimiento en el mundo digital como para abrir esa puerta a la revisión posterior de la autoridad. Y ciertamente, uno de los supuestos específicos que prevé nuestro marco legal para activar la revisión de oficio de operaciones bajo los umbrales son los casos de transacciones que involucren a em-

presas entrantes con mucha capacidad de competir en el mercado de *killer acquisitions*.

La discusión es ver en qué mercado funciona eso, con respecto a los digitales me queda claro. La pregunta es, en Perú existen mercados dinámicos de ese tipo como para abrir esa puerta, pero veamos los otros supuestos que prevén para la revisión de oficios.
Por ejemplo, el caso de transacciones que involucren en mercados altamente concentrados pero que estén bajo los umbrales, o sea mercados oligopólicos, es decir con elevada concentración, donde una gran empresa adquiera una empresa pequeña. En Perú existen diversos mercados que pueden calificar como oligopólicos, entonces, la posibilidad que haya situaciones que activen la revisión de oficio crece sustantivamente. Entonces ¿se trata de un parámetro selectivo? La respuesta parece ser que no, con lo cual no se facilita a los privados determinar cuándo conviene recurrir a la notificación voluntaria de su transacción que se encuentra debajo de los umbrales de notificación mandatoria.

Esto no es un cuestionamiento al Indecopi, nuestro marco legal ha tomado parámetros que típicamente se toman en otros países, pero no sé si esos parámetros podamos tropicalizarlos tan bien aquí, para generar un buen análisis y una asesoría totalmente informada a los privados sobre cuándo recurrir a la notificación voluntaria para evitar riesgos. Habrá que trabajar mucho más en la prenotificación para ver si a través de ella se pueden aterrizar los parámetros que están definidos de manera general en la norma.

9. Sebastián Velarde: ¿Usted creería que esta revisión de oficio podría ser eficiente en este tipo de operaciones en las cuales se pasan umbrales, pero se tiene una certeza de que van a ser aprobadas directamente?

Alejandro Falla: Sobre dicha problemática, la revisión de oficio en este proceso regulatorio fue impuesta al Indecopi, puesto que -y por lo que tengo entendido- nunca estuvo de acuerdo con ella. Esto va más allá del deseo que tuvo el Indecopi. Creo que es una facultad que se monta sobre una novela o un cuento que observamos en televisión y que refleja más una problemática que se ha dado en mercados de tecnología fuera del contexto peruano. Siempre menciono, para explicar esto, que "Compu Palace no es Silicon Valley", y si bien puede ser un problema con incidencia real en otros mercados, estamos muy lejos de esto.

A partir de esta problemática se forzó la introducción de esta facultad. Es peligroso no solo por la incertidumbre que se genera, sino también porque en otras jurisdicciones las agencias de competencia tienen este tipo de facultades, pero la institucionalidad es completamente distinta: los *check and balance* y los candados institucionales son distintos. En ese sentido, debieron ser más prudentes respecto de las facultades que serían asignadas a la autoridad por la puesta en uso de un nuevo instrumento. Esto genera incertidumbre, la cual el Indecopi ha tratado de acotar en su propuesta de reglamento. Incluso, contamos con otros instrumentos que podrían adoptarse (protocolos, lineamientos) para acotarlo aún más y generar certidumbre, una autolimitación del Indecopi y trasladar al mercado cierto nivel de predictibilidad.

10. Sebastián Velarde: Con el Decreto de Urgencia N° 013 y su modificación, se agregó que, dentro del análisis, Indecopi podía contemplar una excepción de empresa en crisis. La norma señalaba que se iba evaluar la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación. Sin embargo, esta disposición se retira cuando se aprueba la Ley N° 31112. En esa línea, ¿está de acuerdo con que se haya retirado este supuesto? o ¿en un contexto como este podría ser necesaria dicha disposición, tomando en cuenta que existiría el riesgo de que si una empresa no es comprada o vendida pueda quebrar y salir del mercado, lo cual puede generar un impacto mayor a su concentración?

Alejandro Falla: Algunos países cuentan con esta facultad de manera expresa en sus regulaciones y protocolos, pero su efectividad práctica es casi anecdótica. No extrañará su ausencia porque, en los hechos, ese tipo de análisis van a ser tomados en cuenta en los procesos de evaluación que realice la agencia de competencia.

En la Ley no está incluido como un supuesto, pero en los lineamientos para el análisis de operaciones que publicó el Indecopi está incluido y bajo los mismos parámetros como suele estarlo en otros lados. El que no se haya consignado de manera explícita en la norma, en la ley y el reglamento, no es un déficit.

11. Sebastián Velarde: ¿Si bien está en los lineamientos publicados, la razón de retirarlo o mantenerlo puede haber tenido algún impacto en las partes notificantes?

Eduardo Quintana: Siguiendo lo que el Dr. Falla comenta acerca de la problemática por el uso de esta figura, es cierto que si fuera utilizada de manera intensiva o extendida y de manera indiscriminada por parte de la autoridad de competencia hacia supuestos que van por lógicas de política industrial; es decir, a introducir otro tipo de bienes jurídicos tutelados dentro de la evaluación que es propia de la norma de competencia, tales como el impacto de las transacciones sobre los trabajadores de las empresas involucradas. Si el criterio de la empresa en crisis fuera utilizado para introducir otros bienes jurídicos tutelados sería un problema para las empresas que notifican.

Aun cuando sea bien intencionada la autoridad se conduzca de manera razonable al analizar ese tipo de criterio, eso no impide que se empiece a utilizar para facilitar el camino de operaciones que en principio no habrían sido aprobadas bajo una lógica exclusivamente de competencia, pero que por una lógica de crisis en determinados sectores sí se admitan. En ese sentido, si fuera muy acotada la aplicación, no debería haber problema. Sin embargo, el riesgo es que cada vez a nivel mundial se está discutiendo la necesidad de introducir elementos ajenos al análisis típico de competencia para que la autoridad apruebe o no una transacción. Ante este riesgo, en buena hora que el criterio de empresa en crisis fue retirado. En cuanto a la práctica, la aplicación de este criterio en el caso peruano para llevar el análisis hacia bienes jurídicos tutelados distintos sería poco probable, porque la norma señala que los miembros de las instancias de decisión deben considerar en su análisis sobre la transacción únicamente los parámetros definidos en el objeto de la ley, bajo responsabilidad. A su vez, el artículo que establece el objeto de la ley, señala que es proteger la competencia y considerar elementos de eficiencia económica. Por ello, es interesante que se haya retirado el criterio de empresa en crisis y se haya incorporado el mandato para las instancias de decisión de considerar sólo los alcances del objeto de la ley, cerrándose así el paso a la introducción de otros bienes jurídicos tutelados en la evaluación de las transacciones notificadas.

12. Sebastián Velarde: Desde la experiencia de Indecopi, ¿cómo ve el retiro de esta disposición? o ¿en las operaciones se toma en cuenta todo lo que podría conllevar el que una empresa salga del mercado?

Omaira Zambrano: El objetivo de la norma es analizar el impacto de una operación en la competencia. El equipo legal y el equipo económico, especialistas en temas de competencia, quieren que las transacciones se den, no ser un freno, pero también la evaluación debe hacerse dentro de las responsabilidades conferidas, qué es velar por que la competencia sea protegida.

En ese contexto, hay elementos que podrían llevar a un análisis distinto y esa es una de las razones por las que se retira esta disposición de la norma final. El compromiso es analizar las transacciones dentro de su real ámbito de aplicación en cuento a libre competencia. ¿En algún momento, podría revisar si es necesario actualizar alguna de las disposiciones de la ley N° 31112? Claro porque todas las normas son perfectibles. Esta no es la excepción.

Ahora, ¿es un factor que se puede tomar en consideración dentro del análisis? Podría ser dependiendo de la situación concreta. Eso sin perjuicio de la rapidez de la decisión. Precisamente analizando este aspecto con otros actores del mercado, notamos que no solo es importante considerar el impacto, sino también la rapidez con la que se resuelve. Si no existe un pronunciamiento célere sobre la transacción, podría ocurrir que esa empresa *target* salga del mercado.

También, es importante tener en cuenta que en la Ley N° 31112 hay una disposición específica para empresas del sistema financiero, que captan depósito de público o que son empresas de seguro. Así, la SBS determina que se presentan riesgos relevantes o inminentes que comprometen la solidez o estabilidad de estos agentes económicos (o los sistemas que integran), esta revisión de control previo, incluso en materia competencia, lo hará exclusivamente la SBS. Esta disposición constituye un régimen muy particular, para estas empresas que podrían tener un impacto muy significativo en el conjunto de ciudadanos, pero lo cierto es que, en cualquier otro ámbito, no existe un mecanismo exclusivo para analizar transacciones respecto de las empresas en crisis. De modo que, se va a tener que seguir el camino de notificación ordinaria o simplificada, dependiendo del supuesto en el que estén, y los plazos van a ser los que se aplican a este tipo de notificaciones. ¿Podría ser ese elemento analizado como parte de los factores a considerar? Podría ser, pero siempre velando que el propósito final es el de proteger la libre competencia y el mercado en su conjunto.

Derecho al olvido: Uruguay a la vanguardia de la Protección de Datos Personales

— Virginia Cervieri*, Pablo Monsuárez**, Daniel Torres*** y Facundo Larumbe**** —

Resumen

Los autores desarrollan el marco jurídico detallado y los alcances del derecho olvido en la legislación uruguaya e internacional al ser un derecho que garantiza la protección de datos personales de las personas especialmente dentro en el contexto digital. En esa línea, los autores analizan casos jurídicos internacionales para determinar el rol de los motores de búsqueda en el tratamiento de datos personales. Asimismo, explican cómo la aplicación del derecho al olvido no afecta a otros derechos. Finalmente, los autores destacan la importancia del uso del derecho de olvido ante los motores de búsqueda para garantizar una adecuada protección de los datos personales.

Palabras clave

datos personales, derecho al olvido, motores de búsqueda, tratamiento de datos, entorno digital, desindexación

Abstract

The authors develop a detailed legal framework and scope of the right to erasure in Uruguayan and international legislation, as it is a right that guarantees the protection of personal data, especially in the digital context. In this regard, the authors analyze international legal cases to determine the role of search engines in the treatment of personal data. They also explain how the application of the right to erasure does not affect other rights. Finally, the authors emphasize the importance of using the right to erasure in relation to search engines to ensure adequate protection of personal data.

Keywords

personal data, right to erasure, search engines, data treatment, digital environment, De-indexing

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay (1996). Posgrado en Derecho Comercial, Universidad de la República, Uruguay (1998). Máster en Propiedad Intelectual. Profesora Cátedra de Derecho Comercial, Universidad de la República, Uruguay (2006- 2009). Especialista en derecho de marcas y antipiratería.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay (1994). Posgrado en Derecho Comercial en la Universidad de la República, Uruguay (1998). Licenciatura en Filosofía del Derecho. Máster en Derecho Empresarial, Universidad Austral Argentina. Abogado de la Cámara de Transporte del Uruguay. Especialista en Derecho Comercial y Transporte.

*** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay (2018). Experiencia en Fiscalía General de la Nación, Fiscalía Letrada Penal de Montevideo de Flagrancia y Turno (2018). Cursos y Seminarios: "Posgrado en Asesoramiento Corporativo" "X Jornadas Internacionales de Relaciones de Consumo"; "X Congreso Internacional de Derecho Privado"; "Seminario de actualización en Derecho del Trabajo"; "Reforma del Código del Proceso Penal"; Jornadas Interdisciplinarias: "El Derecho Internacional Privado y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Uruguaya N° 19.636"; "Nuevo Código del Proceso Penal: Su impacto carcelario"; "X Jornadas de Técnica Forense", homenaje al Decano Prof. Dr. Gonzalo Uriarte y "VI Jornadas Estudiantiles de Consultorio Jurídico", homenaje a la Dra. Ada Cabrera; "Perfeccionamiento en Derecho Procesal Civil y Comercial". Idiomas: Español e Inglés.

**** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República (Uruguay). Diplomado en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales. Universidad Austral (Argentina). Participante de la XII y XIII Competencia Internacional de Arbitraje, organizadas por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario (Bogotá), representando a la Universidad de la República. Entrenador del equipo de la Universidad de la República en la XIV Competencia Internacional de Arbitraje. Árbitro en la 1er Competencia Uruguaya de Arbitraje organizada por LIDECO y el Colegio de Abogados del Uruguay. Idiomas: Español e Inglés.

"*Condénase a Google LLC y Google Argentina S.R.L. a realizar la desindexación y desvinculación de la lista de resultados de su buscador (Google Search) de los datos personales de los actores respecto de las noticias publicadas en los sitios web precedentemente señalados*".

1. Introducción

El mundo de la virtualidad y de las tecnologías ha venido creciendo a pasos agigantados, permitiendo que cualquier persona, desde cualquier sector del mundo y durante las 24 horas del día, pueda conocer o informarse sobre el perfil - laboral, empresarial, personal, etc. - de otra persona, a través de las redes sociales y de los distintos motores de búsqueda que existen en Internet.

Los motores de búsqueda, o también denominados "buscadores", juegan un rol preponderante, ya que constituyen los canales habituales a través de los cuales los internautas buscan cierta información, y a raíz de los resultados obtenidos, pueden acceder a información personal y tomar conocimiento sobre los datos personales de los individuos.

En ese sentido, el motor de búsqueda es un *software* diseñado para que los usuarios de internet puedan realizar búsquedas específicas, y a través de algoritmos, se arrojan los resultados que se consideran más adecuados para satisfacer el interés de la persona que realiza la consulta.

El resultado de las búsquedas dependerá del funcionamiento de los algoritmos, a través de los cuales se "prioriza" y "define" una serie de resultados que se ajustan a lo solicitado por el usuario.

En algunas ocasiones, esta búsqueda deriva en un acceso a información que no es correcta, sea porque es errónea, desactualizada, obsoleta, o bien no cumple con ningún tipo de finalidad informativa.

Sin embargo, esa información es de absoluta trascendencia, ya que se transforma en la primera impresión del usuario internáutico que ingresa a la red y busca información sobre las características de determinada persona, ya sea por curiosidad o por ejemplo para concretar un negocio determinado.

No olvidemos que hoy en día cuando un sujeto desea conocer más sobre otra persona, en la mayoría de los casos recurre al motor de búsqueda, para que, sobre los resultados que arroja la web, se pueda "construir" el perfil de la persona. Basta con ingresar el nombre y apellido para obtener información sobre sus redes sociales, experiencia laboral, imágenes, e información personal de variada índole.

En este contexto, es deseable que cualquier ser humano disponga de los medios jurídicos adecuados para proteger sus derechos frente al inadecuado tratamiento y divulgación de sus datos personales en internet. Esto debido a que el motor de búsqueda no realiza ninguna selección de los resultados que ofrece, ya que se obtienen a través de un proceso de indexación automatizado.

En consecuencia, las personas no tienen el control sobre la información personal que circula en la web. Sencillamente, porque no depende de ellos. Es el motor de búsqueda que a través de su propio sistema arroja los resultados.

Puede ocurrir que la información que se aporte no sea cierta, o sea inexacta, o no coincida con la realidad actual.

Es en este contexto que surge el denominado "derecho al olvido", que se ha consagrado modernamente como la herramienta jurídica idónea para proteger los datos e información personal de los individuos frente al avance incontenible de la tecnología.

2. Marco Jurídico y Conceptualización del derecho al olvido

El derecho al olvido refiere a la facultad que posee el titular de datos personales, de solicitar ante la autoridad, entidad u organismo competente, la supresión o eliminación de aquella información contenida en una base de datos que, por ser inexacta, obsoleta, errónea, o no cumplir con ningún tipo de finalidad informativa, afecta sustancialmente sus derechos fundamentales.

Esta herramienta tiene por objeto mitigar el impacto negativo que puede significar el desarrollo de la tecnología, garantizando la protección de derechos fundamentales de los sujetos víctimas de la divulgación de información personal.

En este sentido, hacer pública información personal a través de un medio masivo como lo es Internet, puede afectar negativamente a ciertos sujetos, quienes pueden ser objeto de discriminación y sufrir estigmatizaciones en distintos ámbitos de su vida, sea familiar, laboral, afectivo, moral.

La clave en esta circunstancia es que el sujeto afectado deje de ser un mero "observador" frente a una

situación que lo perjudica, y pueda convertirse en un sujeto activo con los medios jurídicos idóneos para lograr que no continúe propagándose el contenido que lo vulnera.

Además, aplicando el derecho al olvido, se busca evitar que la divulgación de datos personales o información sobre una persona que le es perjudicial permanezca en la web de forma indefinida y por la eternidad.

La importancia fundamental del derecho al olvido no radica en la mera existencia o no del objeto que genera el perjuicio (datos, fotos, etc.) sino en la imposibilidad de la publicidad y/o accesibilidad de los mismos por parte de cualquier persona.

Lo que se busca con este instituto, es lograr un justo equilibro entre el acceso universal a la información, por un lado, y el respeto a los derechos fundamentales de las personas (entre los que se encuentra la privacidad y la protección de datos personales), por otro lado.

En este sentido, el derecho al olvido no busca ser una herramienta que satisfaga el interés de un sujeto en remover arbitrariamente cierta información de la web. Por el contrario, lo que se busca es evitar la circulación y puesta a disposición de los usuarios de información que verdaderamente afecta al sujeto en cuestión.

Ahora bien, pese a que el derecho al olvido no tiene un reconocimiento expreso en la normativa uruguaya, existen múltiples disposiciones nacionales e internacionales que consagran las bases fundamentales de este instituto.

A nivel internacional, existen algunos ejemplos de regulación del derecho al olvido, como ocurre con el Reglamento de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos[1]. En su artículo 17, dicho reglamento consagra a texto expreso el derecho al olvido y establece en que supuestos procede su aplicación señalando que

> El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes (…).
>
> A modo enunciativo, allí se establece que procederá la aplicación del derecho al olvido en hipótesis en las cuales "los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo", o bien el "interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento (…). (2016, p. 43).

Asimismo, también han existido varios fallos judiciales que, con distinto alcance y efectos, han reconocido la figura del derecho al olvido. El *leading case*, en cuanto al derecho al olvido en internet, es el caso *Costeja*, *Mario c/ Google Spain*[2], donde intervino el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Caso Costeja

En este caso, un periódico español publicó dos anuncios en el año 1998 sobre inmuebles propiedad del Sr. Costeja, que serían subastadas debido a un embargo que lo afectaba por no haber satisfecho ciertas deudas.

El Sr. Costeja logró solucionar este asunto, dejando sin efecto el embargo que lo perjudicaba. Sin embargo, doce años después de producido el hecho, descubrió que, al introducir su nombre y apellido en Google, todavía aparecía vinculado a ese caso. Por este motivo, presentó un reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos Personales (AEPD), contra el periódico que publicó los anuncios, Google Spain y Google Inc, para solicitar la remoción de la información errónea y obsoleta.

Si bien la AEPD desestimó el reclamo contra el periódico, considerando que la información había sido publicada de manera legal, ordenó a Google la adopción de medidas para retirar los datos de su índice e imposibilitar su acceso futuro por los usuarios, en el entendido que los titulares de motores de búsqueda realizan tratamiento de datos personales y por tanto son responsables por dicha actividad.

Tanto Google Spain como Google Inc. recurrieron la decisión de la AEPD ante la Audiencia Nacional, solicitando su anulación. En este contexto, la Au-

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

2 Sentencia del Tribunal de Justicia (GRAN SALA) fecha 13 de mayo de 2014 (C131/12).

diencia Nacional remitió el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solicitándole el pronunciamiento sobre la cuestión prejudicial neurálgica respecto a si los motores de búsqueda realizan (o no) tratamiento de datos personales.

En efecto, se planteó la cuestión de si la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, luego indexarla de manera automática, para finalmente almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse como "tratamiento de datos personales" y, en su caso, si el gestor de dicha actividad (Google) debe considerarse 'responsable'.

El Tribunal entendió que Google era responsable por el tratamiento de datos personales, independientemente de la actividad realizada por el titular del sitio web en el cual se habían publicado los anuncios. Expresamente, señaló:

> En la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 (normativa europea) para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada[3].

En efecto, el Tribunal entendió que al recoger datos que registra y organiza en los programas de indexación, "conserva" en sus servidores y, en su caso, "comunica" y "facilita" el acceso a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas, realizando de esta manera tratamiento de datos personales.

Interesa destacar el siguiente pasaje de la sentencia:

> Un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo. (InfoCuria Jurisprudencia, 2014)

Regulación en el derecho uruguayo

La ley 18.331, vigente en nuestro país desde el mes de agosto del año 2008, reconoce la protección de datos personales como un derecho humano fundamental (art. 1)[4] y establece ciertos mecanismos tendientes a su protección (tales como el derecho de supresión, rectificación, actualización, e inclusión de datos personales).

Por otro lado, existen instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país, como, por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.17)[5], Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11)[6], así como el reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.12)[7], que también sirven de fundamento normativo para la aplicación de este instituto.

---

3 Pasaje Sentencia del Tribunal de Justicia (GRAN SALA) fecha 13 de mayo de 2014 (C131/12).

4 Art. 1: "Derecho Humano.- El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República."

5 Art. 17: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

6 Art. 11: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

7 Art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."

En este sentido, nuestro país es reconocido por su posición de avanzada en materia de protección de datos personales. En esta línea, y a modo de ejemplo, con la aprobación de la ley 19.670, se intensificó el régimen tuitivo hacia el titular de datos personales, reconociéndose expresamente que el tratamiento de datos personales estará sometido al régimen de ley N°18.331, aún en hipótesis donde el responsable o encargado del mismo no se encuentra establecido en nuestro país. En este sentido, si el tratamiento de datos personales realizado está vinculado con medios situados en el país, o con el ofrecimiento de productos y/o servicios en nuestro territorio[8], entonces se verá alcanzado por la ley N°18.331.

En consecuencia, en nuestro país existe múltiple normativa nacional e internacional que permite la consagración y aplicación del derecho al olvido, una herramienta jurídica imprescindible para la adecuada protección de derechos humanos fundamentales, como lo son la protección de datos personales, honor, dignidad, intimidad, entre otros.

3. Sentencia que reconoce la aplicación del derecho al olvido en Uruguay

Por primera vez en la historia de nuestra jurisprudencia, la Justicia Uruguaya dictó en el año 2021 una sentencia[9] a través de la Jueza Jennifer Castillo Zamundio, en la cual se reconoció la aplicación del derecho al olvido, al amparo de la normativa nacional e internacional referida anteriormente, y condenó a Google (principal buscador del Mundo) a **desindexar y desvincular** de su buscador (*Google Search*) los datos y la información personal de los demandantes, respecto de las diferentes noticias de prensa publicadas en diversos sitios web, por tratarse de noticias desactualizadas, obsoletas y que no cumplen con ningún tipo de función informativa o periodística.

La sentencia también recoge el pronunciamiento de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, quien reconoce expresamente que los titulares de datos personales pueden accionar directamente contra los motores de búsqueda.

La Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales es el organismo público con autonomía técnica encargado de custodiar y velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos personales[10].

En definitiva, a partir de esta sentencia que marcará un precedente mundial, los datos personales de los demandantes no aparecerán en el motor de búsqueda de Google, lo que sin lugar a duda se transforma en un verdadero hito en materia de protección de datos personales.

4. Antecedentes

Los demandantes a través de un proceso judicial ordinario solicitaron la aplicación del instituto del derecho al olvido, ya que habían sido acusados sin pruebas de supuestos hechos de apariencia delictiva. A raíz de una denuncia penal presentada en su contra, se publicaron diferentes notas de prensas difamatorias e injuriosas, a las cuales se podía acceder fácilmente colocando el nombre de los demandantes en el motor de búsqueda de Google.

---

8 Art. 37 ley 19.670: "El tratamiento de datos personales estará sometido a la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y sus modificativas y concordantes, cuando se efectúe por un responsable o encargado de tratamiento establecido en territorio uruguayo, lugar donde ejerce su actividad. En caso de que no esté establecido en ese territorio, dicha ley regirá:

A) Si las actividades del tratamiento están relacionadas con la oferta de bienes o servicios dirigidos a habitantes de la República o con el análisis de su comportamiento.

B) Si lo disponen normas de derecho internacional público o un contrato.

C) Si en el tratamiento se utilizan medios situados en el país. Exceptúanse los casos en que los medios se utilicen exclusivamente con fines de tránsito, siempre que el responsable del tratamiento designe un representante, con domicilio en territorio nacional, ante la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, a fin de cumplir con las obligaciones previstas por la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008."

9 La sentencia referida se encuentra actualmente (julio 2022) en instancia de apelación.

10 El art. 34 de la ley 18.331 establece los cometidos de este órgano: "Cometidos.- El órgano de control deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la presente ley. A tales efectos tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

A) Asistir y asesorar a las personas que lo requieran acerca de los alcances de la presente ley y de los medios legales de que disponen para la defensa de los derechos que ésta garantiza.

B) Dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley.

C) Realizar un censo de las bases de datos alcanzados por la ley y mantener el registro permanente de los mismos.

D) Controlar la observancia del régimen legal, en particular las normas sobre legalidad, integridad, veracidad, proporcionalidad y seguridad de datos, por parte de los sujetos alcanzados, pudiendo a tales efectos realizar las actuaciones de fiscalización e inspección pertinentes."

Bastaba con poner el nombre de cualquiera de los demandantes, y en las primeras sugerencias que arrojaba el índice de Google, aparecía una gran cantidad de noticias e imágenes que violentaba flagrantemente la imagen y el buen nombre de los accionantes. Cabe precisar en esta instancia, que el motor de búsqueda de Google es el motor de búsqueda más utilizado de internet, recibiendo cientos de millones de consultas cada día.

Ahora bien, pese a que la denuncia penal referida había sido archivada hace más de 6 años, las notas de prensa permanecieron en el motor de búsqueda.

Los demandantes fundaron su pretensión en el hecho de que las noticias que surgían del motor de búsqueda se encontraban completamente desactualizadas, eran obsoletas y no cumplían con ningún tipo de finalidad informativa o periodística, y además afectaban derechos humanos fundamentales reconocidos expresamente en nuestra Constitución Nacional.

Por todos estos motivos, solicitaron la desindexación y desvinculación de sus datos personales en relación a las noticias publicadas, a los efectos de impedir que se acceda a ellas a través del motor de búsqueda de Google (www.google.com.uy) escribiendo los nombres de los demandantes.

5. Análisis de la sentencia

La sentencia realiza un análisis exhaustivo de la actividad desarrollada por los motores de búsqueda, examina la protección de datos personales en términos generales, analiza el instituto del derecho al olvido y su referencia con la libertad de expresión.

Motores de búsqueda y su actividad

En cuanto al motor de búsqueda, destaca el fallo que su actividad se basa en un proceso de rastreo en la web para identificar sitios que pueden añadirse a su índice y almacenarse (esta etapa es identificada por la sentencia como rastreo e indexación). Cuando un internauta realiza una búsqueda en Google, surgen los resultados en función del índice y de la información que dispone el motor de búsqueda.

Uno de los puntos neurálgicos de la sentencia, es el reconocimiento expreso de que esta actividad que realiza el motor de búsqueda supone el tratamiento de datos personales conforme a nuestro Derecho.

En igual sentido se pronunció la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, quien en ocasión de la contestación de un oficio en el caso judicial que nos ocupa, agregó un informe donde se detalla: "la existencia de múltiples actividades desarrolladas por los buscadores, el hecho de conservar información necesaria para la realización de las búsquedas y la forma de presentar los resultados, entre otros, permiten (…) sostener que los motores de búsquedas pueden ser considerados responsables de tratamiento"[11] (Sosa, 2019, p. 89).

La ley de protección de datos personales (N° 18.331) en su artículo 4 literal M define al tratamiento de datos como: "*operaciones y procedimientos sistemáticos, de carácter automatizado o no, que permitan el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.*"

Sobre este punto, el informe de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales también destaca la ampliación territorial de la ley 18.331 en función de lo dispuesto por el art. 37 de la ley N°19.670. Dicho artículo establece expresamente:

> El tratamiento de datos personales estará sometido a la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y sus modificativas y concordantes, cuando se efectúe por un responsable o encargado de tratamiento establecido en territorio uruguayo, lugar donde ejerce su actividad.
>
> En caso de que no esté establecido en ese territorio, dicha ley regirá:
>
> A) Si las actividades del tratamiento están relacionadas con la oferta de bienes o servicios dirigidos a habitantes de la República o con el análisis de su comportamiento.
>
> B) Si lo disponen normas de derecho internacional público o un contrato.
>
> C) Si en el tratamiento se utilizan medios situados en el país.
>
> Exceptúense los casos en que los medios se utilicen exclusivamente con fines de tránsito, siempre que el responsable del tratamiento designe un representante, con domicilio en territorio nacional, ante la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, a fin de cumplir con las obligaciones previstas por la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008. (p.22)

11 Informe 280 emitido por la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, con fecha 16 de julio de 2018, firmado por el Esc. Gonzalo Sosa.

Esta disposición despeja cualquier duda que pueda existir respecto al tratamiento de datos personales que realiza Google. En efecto, si el domicilio de Google Inc. es en Estados Unidos, pero realiza actividad dirigida al público uruguayo, como ocurre en este caso, la misma quedará comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley 18.331.

Desindexación

Con la desindexación lo que se busca es que, al colocar determinados datos personales de un individuo, no surja como resultado del motor de búsqueda información que, por sus características, pueda afectar derechos fundamentales de los involucrados.

En efecto, lo que se busca con la desindexación es que cierto tipo de información no se almacene en el índice del motor de búsqueda, y por tanto no pueda surgir como resultado cuando un internauta se encuentra realizando una búsqueda en el mismo.

Este punto es recogido en la sentencia a los efectos de delimitar cuál es el objeto del proceso y rechazar la falta de legitimación pasiva presentada por Google, quien entendió que el sujeto obligado a la eliminación es el editor o titular de la información, y no Google.

El fallo reconoce que los accionantes solicitaron la desindexación respecto al índice de Google, y no la supresión de los sitios web en los cuales se habían publicado las notas de prensa:

Los hechos por los que se demandó al recurrente no pueden ser invocados para demandar a los medios de prensa, ya que los mismos no son indexadores de información. Nada de lo que reclama el apelante en su demanda puede ser de aplicación a los medios de prensa ya que no se solicitó el que se borraran (de las publicaciones) las notas, solamente se impetró que se desindexare de los índices de Google las publicaciones (…)

Lo que se pretende con el accionamiento impetrado es la desvinculación de los datos de la persona que se estiman inadecuados, obsoletos, erróneos, y así dificultar la vinculación entre cierta persona y la información publicada.

En conclusión, la falta de legitimación pasiva invocada, sustentada en que "…el sujeto obligado a la supresión es el editor o titular de la información, que es notorio no ser Google" debe rechazarse, en tanto –como viene de señalarse– no es tal el objeto de la pretensión deducida en el sublite.

Protección de datos personales y derecho al olvido

En el fallo objeto de análisis, se señala expresamente que nuestra legislación reconoce a texto expreso la protección de datos personales como un derecho inherente a la personalidad humana, comprendido en el art. 72 de la Constitución Nacional y en el artículo 1 de la Ley 18.331.

En este sentido, la resolución judicial señala que el derecho a la protección de datos personales supone el derecho fundamental al debido tratamiento de los mismos. Destaca que Uruguay ha estado siempre a la vanguardia en lo que refiere a la protección de datos personales, cumpliendo con altos estándares y siguiendo el modelo de los países europeos.

Es así que reconoce la importancia del derecho al olvido, como herramienta de protección de datos personales que adquiere cada vez más relevancia, en un mundo donde la tecnología avanza rápidamente y donde la exposición de las personas a que sus datos circulen en la red es mucho mayor a lo que ocurría hace algunos años atrás. Expresamente señala el fallo:

> En consecuencia, no puede caber duda en cuanto a la importancia del derecho en estudio, cuya protección se torna cada vez más trascendente a medida que la tecnología, en sus diversas formas, avanza dejando menos espacio al ámbito privado, aumentando la exposición individual –aún involuntaria– y poniendo al alcance de todos, información personal de la más variada índole.
>
> Resulta relevante a la hora de analizar dicha protección, que en nuestro país se define como "dato personal", con gran amplitud, en tanto refiere a "información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables" (literal D del artículo 4 de la Ley No. 18.331), lo que incluye cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo que refiera a ellas (art. 1 del Decreto Reglamentario No. 414/2009).

Además, el fallo se pronuncia sobre un punto crucial, que ha sido objeto de debate en distintos foros a nivel nacional e internacional, que refiere a la discusión respecto a si es necesario que exista una regulación expresa de este instituto a nivel legal, o

no. La sentencia expresa claramente que a través de nuestro sistema legal vigente se puede aplicar el derecho al olvido:

> En efecto, si bien la Ley No. 18.331 no refiere expresamente al mismo (refiriéndose al derecho al olvido), los derechos a solicitar la supresión, actualización, rectificación, etc. de los datos personales, son propios e inherentes de cada persona y por consiguiente, su ejercicio está permitido, tanto por los lineamientos de la propia norma como a poco tengamos en cuenta la autoejecutividad del derecho en el marco de lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución Nacional, en cuanto las disposiciones que "…establecen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

En materia de jurisprudencia, el fallo objeto de análisis cita como antecedente el caso Costeja, que fue mencionado anteriormente, a raíz del cual Google comenzó a recibir miles de solicitudes amparándose en el derecho al olvido, a tal punto que debió crear un formulario online (únicamente para los europeos) a los efectos de facilitar el proceso de solicitud.

La sentencia concluye que la información de los demandantes a la cual se puede acceder a través del motor de búsqueda afecta sus derechos fundamentales tales como el honor, la privacidad y la dignidad, por lo cual debe reconocerse su derecho al olvido y condena a Google a realizar la desindexación y desvinculación de los datos personales de los demandantes respecto a las noticias publicadas en determinados sitios web, que surge de la lista de resultados de su buscador.

Agregó, además, que no existe interés público en el mantenimiento de la indexación respecto a la información que involucra a los demandantes, ya que se trata de una noticia obsoleta, sobre hechos que ocurrieron hace casi diez años, y además, se trata de una causa penal que fue archivada por no existir mérito para continuar con la investigación penal.

6. La aplicación del derecho al olvido no afecta derechos o libertades de terceros ni la libertad de expresión

La sentencia referida no solo reconoce por primera vez en la historia de nuestra jurisprudencia uruguaya la aplicación del derecho al olvido, sino que expresa con mucha claridad que, su puesta en práctica no afecta derechos o libertades de terceros como lo pueden ser la libertad de expresión o de prensa.

Como acertadamente sostiene el fallo, los demandantes tienen como finalidad primera que se declare el derecho a obtener la desindexación de los índices de Google de sus nombres en relación a las noticias contenidas en una serie de páginas web, blogs, etc., y en segundo lugar que se ordene al buscador de Google a realizar esa desvinculación.

Los actores no solicitaron la supresión o eliminación de las noticias de prensa, las cuales se encuentran a disposición de cualquier lector en su página o sitio web correspondiente. En otras palabras, los medios de prensa y sus artículos periodísticos no se encuentran afectados por la ejecución de esta novedosa sentencia.

Por otro lado, y respecto al interés público, se expresa:

> "Cuál sería el interés público en mantener la indexación de las respuestas que vinculan a los actores, con hechos acaecidos hace casi diez años, que refieren a eventos en que se les imputó conductas absolutamente reprochables –y esto con total independencia del momento histórico en que se consideren–, las que motivaron la tramitación de un expediente penal que –a la postre– culminó siendo archivado.
>
> En criterio de esta decisora, la respuesta es clara: ninguno; se les atribuyó una conducta penalmente sancionable, se investigó, se archivó, transcurrieron casi diez años desde la denuncia y seis a la fecha desde el cierre, con reserva, de las actuaciones penales.
>
> Las noticias que se informan en los enlaces individualizados por los actores claramente son obsoletas, ya no cumplen la función informativa que oportunamente pueden haber tenido y su mantenimiento en el resultado de búsquedas de los demandados genera un claro daño al honor y a la dignidad de quienes son nombrados o vinculados a las mismas".

Por tanto, la Jueza interviniente, señala con total claridad que los únicos afectados en este proceso son los demandantes, cuyos datos personales aparecen en el motor de búsqueda de Google vinculados a noticias o informaciones obsoletas y desactualizadas, que no cumplen ningún tipo de finalidad informativa.

7. Conclusión

Esta sentencia, sin dudas, marca un antes y un después en materia de tratamiento y protección de datos personales en nuestro país, ya que con la aplicación del derecho al olvido se instaura un mecanismo de protección y contralor de todos los datos personales que navegan sin fronteras en los distintos motores de búsqueda.

Con este antecedente, los titulares de datos personales podrán controlar su correcto tratamiento, lo que hasta el dictado de esta novedosa sentencia parecía una utopía.

Google, o los motores de búsqueda en general, tratan datos personales a su libre discreción, sin considerar la veracidad, finalidad, etc. de la información que se pone a disposición de los usuarios.

Como se sostiene en uno de los tantos pasajes de la sentencia *"…la red de redes es la única que desafía con éxito a la Ley de la Gravedad: una vez que la información sube, ya es casi imposible bajarla. Pues esta herramienta (Derecho al olvido) … marca un antes y un después en las limitaciones al abuso en el tratamiento de aquello que es nuestro, y aunque parezca mentira, no lo podemos manejar".*

El fenómeno de los buscadores de Internet, algo que parece realmente ingobernable y se va prolongando, sufre un sacudón importante, y a partir de ahora, cualquier ser humano contará con un precedente judicial que reconoce el tratamiento de sus datos personales, principalmente, cuando se vinculan a noticias de prensa desactualizadas, obsoletas y que no cumplen con ningún tipo de finalidad periodística.

Referencias bibliográficas

Uypress (09 de noviembre de 2022). *Histórico fallo de la Justicia uruguaya contra Google reconoce Derecho al Olvido para proteger la información personal*. https://www.uypress.net/Secciones/Historico-fallo-de-la-Justicia-uruguaya-contra-Google-reconoce-Derecho-al-Olvido-para-proteger-la-informacion-personal-uc125173

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos. (2016). https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

InfoCuria Jurisprudencia (2014) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES

República Oriental del Uruguay (2008) Ley 18.331 Protección de Datos Personales y Acción de Hábeas Data http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U4%20Ley%2018.331%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20y%20Acci%C3%B3n%20de%20Habeas%20Data.pdf