

---

# El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias

Pierino Stucchi López Raygada<sup>(\*)</sup>

## 1. El Derecho ordenador del mercado

La experiencia nacional en materia de represión de la competencia desleal constituye un destacado paradigma en la región andina y en Latinoamérica. Las reformas liberales de inicios de la década de los noventa impulsaron el establecimiento de sistemas normativos dirigidos a conformar las disciplinas jurídicas esenciales para contar con un Derecho del mercado que permitiera a nuestro país acercarse a un sendero de crecimiento y desarrollo, bajo las fórmulas del sistema competitivo que genera una economía social de mercado<sup>(1)</sup>.

En consecuencia, en nuestro país no solo se estableció el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), sino que además se diseñaron y pusieron en marcha cuatro sistemas para tutelar el mercado, complementarios entre sí:

### 1.1. Sistema de defensa de la libre competencia

Cuyo objetivo es impedir y sancionar que los concurrentes en el mercado abusen de la posición

de dominio de la que puedan gozar; o, acuerden no competir entre sí estableciendo precios, calidades concertadas o repartiéndose el mercado. Este sistema que debería contar con un mecanismo para evitar que algunas fusiones empresariales representen un obstáculo para el libre desenvolvimiento del proceso competitivo y para que el sistema de mercado genere los beneficios de la eficiencia competitiva, solamente cuenta con este mecanismo en el sector eléctrico.

### 1.2. Sistema de acceso al mercado

Cuyo objetivo es evitar que el Estado sea generador de dificultades, a través de normas o actos administrativos que supongan exigencias burocráticas ilegales o irracionales (en forma de cobros, requisitos o exigencias en general) que significan restricciones u obstáculos para iniciar, desarrollar o continuar determinada actividad empresarial.

### 1.3. Sistema de represión de la competencia desleal

Cuyo objetivo es evitar y sancionar que las empresas concurrentes en el mercado logren o

(\*) Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Profesor del curso Integración Económica y Comercial y Tratados Internacionales en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, así como del curso Derecho Empresarial en la misma casa de estudios. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece especialmente los comentarios de Gabriel González Delgado, Claudia Núñez Motta y Romina Stucchi López Raygada por haber enriquecido el presente artículo.

(1) La Constitución Política del Perú establece expresamente nuestro sistema económico: "Artículo 58: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado".

persigan lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios por medios contrarios a la buena fe comercial objetiva en un sistema competitivo por eficiencias.

#### 1.4. Sistema de protección al consumidor

Cuyo objetivo es impedir que el consumidor vea defraudadas sus expectativas por defectos en la información que recibe de las empresas que le proveen de bienes y servicios, así como por su falta de idoneidad.

Estos cuatro sistemas permiten al Derecho velar porque los postulados competitivos se acerquen al modelo de competencia perfecta y generen las condiciones necesarias para que los excedentes sociales se incrementen mediante la asignación de los bienes y servicios, según las decisiones descentralizadas de oferta y demanda que se encuentran en el mercado.

Para acercarnos a tener una mejor idea de cuál es la función del Derecho en esta tarea, es preciso conocer que el modelo de competencia perfecta supone la concurrencia de un significativo número de demandantes y oferentes de los cuales ninguno puede decidir unilateralmente precios o calidad, debido a que un exceso o defecto significativo en el contenido de la oferta o de la demanda generaría una corrección automática del mercado pues nadie elegiría contratar con un agente "autoritario" del mercado que se decidiera alejarse del equilibrio de los demás oferentes o demandantes.

Asimismo, el modelo de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: (i) son racionales; (ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; (iii) gozan de información absoluta y transparente sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; (iv) poseen preferencias constantes; y, (v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Adicionalmente, supone que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente se coloque en cualquier actividad o posición

de oferente o demandante, por lo que la posición de cualquier agente "autoritario" puede ser cubierta inmediatamente<sup>(2)</sup>. Además, implícitamente, en este modelo se ignora la existencia de costos de transacción.

En consecuencia, por ejemplo, si veinte oferentes en el mercado ofrecen un kilo de arroz de calidad homogénea entre US\$ 0.9 y US\$ 1, será muy difícil que un demandante le compre a un oferente "autoritario" un kilo de arroz al precio de US\$ 1.5 que exige. En principio, ningún consumidor pagará más por algo que puede encontrar en el mercado a menor precio. Reconociendo la existencia de costos de transacción, es posible que la mayoría de consumidores acepte la diferencia de US\$ 0.1 que existe entre US\$ 0.9 y US\$ 1 si es que sus costos de energía por el traslado al lugar donde le venden el arroz a US\$ 0.9, supera el valor de US\$ 0.1. Sin embargo, dependiendo de cada mercado será más difícil que dicho costo de energía supere el 50% del precio de mercado para que sea aceptado por los consumidores.

Será también difícil que un consumidor compre a un precio entre US\$ 0.9 y US\$ 1 un kilo de arroz de una calidad muy inferior a la que se vende en el mercado por dicho precio. En el modelo de competencia perfecta nadie puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros, es decir, cada actor es disciplinado por el resto de actores, siendo obligado por las fuerzas de la oferta y la demanda a acercarse al equilibrio, bajo sanción de no ser elegido para realizar transacción alguna.

En este punto, lamentamos revelar expresamente lo que el lector ya habrá adivinado. No existe posibilidad alguna de que el modelo de competencia perfecta exista plenamente en la realidad. Sin embargo, mientras sea menor el alejamiento que la realidad tenga respecto de este, los postulados de eficiencia y bienestar social que este modelo promete podrán verificarse en mayor medida. Bajo una economía de mercado, la existencia del Derecho ordenador del Mercado se justifica en la necesidad de corregir algunas fallas que se verifican respecto del modelo.

(2) Por ejemplo, sobre el modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que "son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado (...) 2. Las empresas son precio aceptantes (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta". Cita textual tomada de la siguiente obra a la que se recomienda acudir para mayor profundización sobre este tema: FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw-Hill/Interamerica de España, 1992. p. 379.

En particular, en la presente entrega, nos dedicaremos a presentar una introducción de por qué el Sistema de Represión de la Competencia Desleal prohíbe y sanciona los actos de engaño, los actos de confusión y los actos de explotación de la reputación ajena, incluso a través de actos publicitarios. Asimismo, identificaremos cómo la realización de dichos actos provoca un alejamiento del modelo de competencia perfecta, al distorsionar la información sobre las ofertas, lo que genera que los demandantes asignen valores a los bienes o servicios en el mercado que no se corresponden con sus expectativas.

## 2. El excedente del consumidor

El excedente del consumidor es el valor que existe entre el precio del mercado de un bien o un servicio y el precio de reserva sobre dicho bien o servicio que le asigna el consumidor. El precio de reserva del consumidor es el precio máximo que este estaría dispuesto realmente a pagar por su adquisición.

Para explicar con mayor claridad estos conceptos que pretenden describir la realidad de las transacciones, propondremos un ejemplo que nos acompañará en gran parte de la presente entrega. Pensemos en un consumidor determinado, llamándolo A, que se encuentra dispuesto a pagar US\$ 11,000 por un automóvil compacto de cuatro puertas, de cuatro cilindros, de interior de polietileno, con asientos forrados con tela de poliéster, de aceleración de cero a cien kilómetros/hora en no más de diez segundos y de origen japonés. El precio de reserva de A es US\$ 11,000, pues este refleja la valoración máxima que A otorga a dicho bien. En este sentido, a un precio de US\$ 11,001, A no compraría un automóvil como el descrito.

¿Qué pasaría si el precio de mercado de un automóvil como el descrito es de US\$ 9,500? ¿Cuál sería el valor del beneficio de A por pagar menos dinero que el que estaba dispuesto? La teoría de la economía del bienestar nos dice que el valor del beneficio de A, si decide comprar el automóvil descrito a precio de mercado, sería de US\$ 1,500. El valor de su beneficio se calcula en US\$ 1,500 pues este es el monto de valor que A no ha

entregado para adquirir el bien, pese a haber estado dispuesto a ello. Ese es el excedente del consumidor en la transacción.

En una economía de mercado, conforme al modelo de competencia perfecta, los precios se deben establecer por la oferta y la demanda, asegurando que cada vez que se realiza una transacción entre un consumidor y un oferente de bienes o servicios, el primero pueda mantener un excedente que sea resultado de la diferencia de lo que estaba dispuesto a pagar y de lo que pagó en la realidad. El razonamiento planteado asume que, en muchos casos, la decisión del consumidor para adquirir se fundamenta en que el valor que percibe sobre el dinero que entrega por la adquisición es menor que el valor que percibe sobre el bien o el servicio que adquiere, pues si fuera al revés no realizaría transacción alguna y si el valor percibido fuera equivalente le daría lo mismo transar o no transar y no haría esfuerzo alguno para ello<sup>(3)</sup>.

## 3. El excedente del consumidor en el proceso competitivo real

En el proceso competitivo real que genera la economía de mercado, los oferentes competirán por la preferencia del consumidor y en este sentido, frente a sus requerimientos, lucharán por ofrecerle bienes o servicios a mejores combinaciones de precio y calidad para diferenciar su oferta de la de sus competidores. El objetivo de una empresa será que su oferta en el mercado sea percibida como más valiosa que otra similar, distanciándose de la homogeneidad, para que resulte la preferida por el consumidor.

Es importante considerar que la valoración del consumidor respecto de los bienes o servicios que desea adquirir se realiza con base en la información que tiene a su disposición. Naturalmente, en la realidad, un consumidor no tendrá a su disposición información absoluta y comprensiva sobre todas las ofertas que se encuentran en el mercado tal como lo señala el modelo de competencia perfecta. Sin embargo, el consumidor razonable intentará corregir dicha carencia de información y, si desea comprar el automóvil compacto que describimos en el punto

(3) Es preciso notar que el oferente de bienes o servicios también tiene un precio de reserva que es el precio mínimo al que estará dispuesto a transar en el mercado, el cual tendrá como límite los costos en los que ha incurrido para colocar determinado bien o servicio en el mercado. Su excedente será la diferencia entre el precio al que vende en el mercado y su precio de reserva. Esta será la medida de su bienestar por cada transacción.

anterior, observará, en la medida de lo posible, todas las ofertas que se le presentan como alternativas en el mercado para determinar cuáles se ajustan a sus necesidades.

Imaginemos que, luego de revisar las especificaciones técnicas que le presentaban piezas publicitarias y luego de recibir información,

en citas de atención personalizada, en cada establecimiento de venta de automóviles, A apreció que tres empresas afirmaban contar con automóviles que cumplían con los atributos que requería. Además, apreció que dichos automóviles contaban con atributos adicionales, conforme se aprecia en el cuadro 1.

**Cuadro 1: Atributos adicionales y precio de los automóviles que cumplen con los atributos requeridos por A**

Marcas	Topong	Kyowanga	Nisann
Afirmaciones publicitarias	"El mejor valor de reventa en los automóviles de su categoría" "Diseño de sus líneas en el taller alemán de Audi" "Cinco velocidades"	"Garantía de tres años" "Frenos ABS" "Lunas de gobierno eléctrico"	"Diseño italiano" "Frenos ABS" "Aire acondicionado"
Afirmaciones del consultor de ventas	"Garantía de dos años" "Frenos ABS " "Con lunas eléctricas"	"Posee cinco velocidades" "Con Airbag"	"La conservación del valor de reventa se encuentra asegurada"
Inscripciones en el vehículo Precio en el mercado	"Aire acondicionado" US\$ 10,000	Inscripción en la carrocería del automóvil: By Ford Technology. US\$ 9,500	Inscripción en el motor: <i>The engine was supervised by GM.</i> "Nisann - Japan". US\$ 9,300

De hecho, como habíamos precisado, la realidad del mercado supera al modelo de competencia perfecta, pues pese a que los automóviles de las tres marcas cumplen, conforme a su información publicitaria y comercial con ser compactos de cuatro puertas, de cuatro cilindros, de interior de polietileno, con asientos forrados con tela de poliéster, de aceleración de cero a cien kilómetros/hora en no más de diez segundos y de origen japonés; no estrictamente son homogéneos. Cada automóvil como oferta presenta atributos adicionales que podrían significar mayor valor para A.

Corresponde determinar, cuánto valora A cada uno de los atributos adicionales que ha identificado conforme a la información que ha recibido de las empresas sobre los automóviles que cumplen con sus requerimientos. Según las preferencias de A (que no cuestionaremos), cada atributo adicional posee un valor individual y, en consecuencia, un precio de reserva propio, conforme al cuadro 2.

**Cuadro 2: Precios de reserva asignados por A respecto de cada atributo adicional**

Valoración máxima de atributos adicionales	
Atributos adicionales	Precio de reserva por cada atributo adicional
Respaldo de un fabricante estadounidense	US\$ 500
Diseño europeo	US\$ 200
Garantía de más de un año	US\$ 1,000
Cinco velocidades	US\$ 200
Bolsa de aire (Airbag)	US\$ 50
Frenos ABS	US\$ 300
Lunas eléctricas	US\$ 300
Aire acondicionado	US\$ 1,000

En consecuencia, para que A halle el automóvil que le permitirá lograr el mayor excedente para sí,

“Lo importante es identificar qué es lo que el consumidor podría interpretar de cada mensaje, de modo razonable, para determinar si es posible que se le induzca a error (...) bastará la posibilidad para que se configure la infracción sancionable, no será necesario acreditar la existencia de consumidor alguno efectivamente inducido a error”.

deberá añadir, a su precio de reserva estándar de US\$ 11,000 respecto de un vehículo como lo había definido en términos homogéneos, el precio de reserva para cada atributo adicional que ha valorado, luego de haber analizado la información que recibió en piezas publicitarias y en la atención personalizada que recibió en cada establecimiento.

Como consecuencia de dicha añadidura, estos fueron los valores que asignó a cada automóvil para hallar su precio de reserva para cada uno, como precio máximo que estaría dispuesto a pagar ver Cuadro 3.

Hemos asumido que A es un hombre contractual (*contractual man*)<sup>(4)</sup> que ha podido valorar en dinero sus preferencias sobre cada atributo adicional, tal como se ha presentado en el cuadro anterior. En consecuencia, su decisión de consumo deberá dirigirse, para maximizar sus beneficios de modo racional, a adquirir aquel automóvil que le permite conservar un mayor excedente para sí mismo. Su excedente como consumidor será hallado de una sencilla resta entre los precios de reserva calculados para cada automóvil en el cuadro anterior y el precio de mercado de cada automóvil.

Hasta aquí nuestro ejemplo fue pacífico y perfecto, pues pudimos esquematizar el proceso de decisión de adquisición de un consumidor razonable, basado en su valoración máxima de bienes y sus atributos, para hallar aquel que satisface su necesidad y, a la vez, le reporta el mayor excedente.

**Cuadro 3: Precios de reserva asignados por A para cada automóvil**

Marcas	Topong	Kyowanga	Nisann
Precio de reserva estándar (homogéneo)	US\$ 11,000	US\$ 11,000	US\$ 11,000
Prestigio y trayectoria de la marca	-	-	US\$ 500
Respaldo de un fabricante estadounidense	-	US\$ 500	-
Diseño europeo	US\$ 200	-	US\$ 200
Garantía de más de un año	US\$ 1,000	US\$ 1,000	-
Cinco velocidades	US\$ 200	US\$ 200	-
Bolsa de aire (Airbag)	-	US\$ 50	-
Frenos ABS	US\$ 300	US\$ 300	US\$ 300
Lunas eléctricas	US\$ 300	US\$ 300	-
Aire acondicionado	US\$ 1,000	-	US\$ 1,000
Precio de reserva total	US\$ 14,000	US\$ 13,350	US\$ 13,000

**Cuadro 4: Excedente de A por cada automóvil**

Marcas	Topong	Kyowanga	Nisann
Precio de reserva total	US\$ 14,000	US\$ 13,350	US\$ 13,000
Precio en el mercado	US\$ 10,000	US\$ 9,500	US\$ 9,300
Excedente del consumidor	US\$ 4,000	US\$ 3,850	US\$ 3,700

(4) La economía institucional identifica al hombre contractual como aquella persona que: (i) sabe lo que le conviene; (ii) sabe calcular el valor de lo que le conviene; y, (iii) está dispuesto a intercambiar.

A habrá elegido el automóvil de marca Topong (pues, por todos los atributos que ofrecía, conforme a su precio de mercado, es aquel que le permitía obtener el excedente mayor y, en consecuencia, el mayor beneficio).

#### 4. El problema de la inducción a error en el engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena

¿Pero qué pasaría si la afirmación publicitaria: “Diseño de sus líneas en el taller alemán de Audi”; y la afirmación: “Frenos ABS” del consultor de ventas, sobre los automóviles Topong fueran falsas?

Si fueran falsas, A, sin saberlo, habría sobrevalorado su precio de reserva por este automóvil en un orden de US\$ 500 (que resulta de sumar US\$ 200 por la valoración del diseño europeo que el automóvil Topong en realidad no posee y US\$ 300 por la valoración de los frenos ABS que dicho automóvil tampoco posee). En consecuencia, el excedente que le ofrecía este bien no era de US\$ 4,000, sino de US\$ 3,500, beneficio inferior al excedente que le hubieran permitido los automóviles Kyowanga con US\$ 3,850 y Nisann con US\$ 3,700, conforme al cuadro 4.

Debido a un engaño concurrencial y publicitario, en este caso, A habría perdido otras posibilidades de consumo que le hubieran permitido un mayor excedente y, en consecuencia, un mayor bienestar. Este engaño también habría generado que la empresa que vende automóviles Kyowanga perdiera una transacción puesto que, con información verdadera sobre automóviles Topong, A lo hubiera descartado como mejor opción, y hubiera elegido un automóvil Kyowanga que le otorgaba un mayor excedente, en un orden de US\$ 3,850.

Sigamos imaginando, ¿qué pasaría si la inscripción “*By Ford Technology*”, ubicada en la carrocería del automóvil Kyowanga no tuviera sustento en tecnología producida por la compañía estadounidense Ford, afincada en Detroit, sino en la técnica de pintado de carrocerías de Ford Pedro Vivanco García, un mexicano experto en pintado de superficies metálicas? Si A desconociera esta circunstancia, mantendría también sobre este vehículo una sobre valoración del orden de US\$ 500 que es el monto de valoración que otorgó al respaldo de un fabricante estadounidense, conforme al cuadro 3. El real precio de reserva

sobre los vehículos Kyowanga para A, con información no distorsionada, sería de US\$ 3,350.

En este último caso, lo que se habría producido es una explotación indebida o aprovechamiento de la reputación que en el mercado de automóviles corresponde a Ford Motor Company, realizada con el fin de que algún consumidor, como A, otorgue valor a un respaldo como este y ello pueda aumentar su precio de reserva y otorgue aparentemente un mayor excedente y bienestar por su adquisición, al precio que se ofrece en el mercado.

En este escenario de actos de engaño y de explotación indebida de la reputación ajena, descritos antes, la elección que maximizaría el bienestar de A, conforme a la información que recibió sería la adquisición del automóvil Nisann, que le reportaría un excedente de US\$ 3,700, superior a los demás.

¿Pero, finalmente, que pasaría si Nisann, no tuviera nada que ver con Nissan (con doble “s” y con una “n” al final), ni tuviera relación empresarial alguna con la empresa que detenta dicha marca?

Nuevamente, A se encontraría en problemas y su asignación de valor y de precios de reserva se habría visto distorsionada como efecto de un acto de confusión respecto al origen empresarial del automóvil de marca Nisann. Es muy probable que A hubiera asignado los US\$ 500 de precio de reserva que asignó a este bien en el rubro “prestigio y trayectoria de la marca”, conforme al cuadro 3, asumiendo que Nisann: (i) era Nissan; (ii) que era un automóvil producido por el mismo fabricante que fabrica Nissan; o, cuando menos, (iii) que existía alguna asociación contractual o de transferencia de *know how* del fabricante de Nissan al fabricante de Nisann.

En todos los casos problemáticos presentados, ocurre que, tanto por actos de engaño, por actos de explotación de la reputación ajena, como actos de confusión, originados en los mensajes que las empresas comunicaron al consumidor, se produjo en A una inducción a error que tuvo como efecto que generara una sobre valoración que le impidió escoger aquel bien que le pudiera producir el mayor excedente y, en consecuencia, el mayor bienestar. Para agravar las condiciones problemáticas sobre la elección del consumidor y su bienestar, bastaría imaginar qué pasaría si hubiera existido un engaño sobre el origen de fabricación de alguno de los automóviles.

La evitación de estos problemas en el sistema competitivo son encargados al sistema de represión de la competencia desleal que conforma el derecho ordenador del mercado, a través del establecimiento de sanciones que disuadan a los agentes del mercado y de la orden a los infractores de medidas complementarias destinadas a que cesen los actos de engaño, de explotación de la reputación ajena o de confusión. Además, en la dimensión de solucionar la afectación a un consumidor individualmente considerado tendrá un papel preponderante el sistema de protección al consumidor.

### 5. El sistema de represión de la competencia desleal como medio para evitar y sancionar la inducción a error al consumidor

El régimen actual de represión de la competencia desleal mantiene un cuerpo normativo que aparece como especial para actos de competencia desleal realizados a través de la publicidad, que es el Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- y un cuerpo normativo que aparece como general para actos realizados a través de otras vías, que es el Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En el cuadro presentado se aprecia el mandato general que existe en el Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- para que la actividad publicitaria respete la leal competencia, previendo expresamente en su artículo 7 una remisión a las normas de competencia desleal en lo que fuere aplicable, de modo complementario y general, conforme se desarrollará con más detalle en un punto siguiente.

Por su parte, en el Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal-, el planteamiento de la cláusula general permite considerar como infracción administrativa a toda

**Cuadro 5: Prohibiciones de actos de competencia desleal el sistema de represión de la competencia desleal**

	Prohibición de actos de competencia desleal en las normas vigentes
Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor	Artículo 7. Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil (...).
Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal	Artículo 6. Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

conducta que no se ajuste a la buena fe comercial. Esta ley se refiere a una buena fe de índole objetivo que emana de identificar lo esperable de un agente del mercado honesto que: (i) desea que su oferta sea elegida sobre otras; y, (ii) que concurre en sistema competitivo. En este sentido, será desleal todo acto concurrencial que tenga como efecto actual o potencial, lograr o intentar lograr la preferencia de un demandante de bienes o servicios por medios distintos a un actuar eficiente que genere valor a los demandantes de bienes y servicios<sup>(5)</sup>.

Así, será lícito y ajustado a la buena fe comercial lograr o intentar lograr la preferencia de un demandante de bienes o servicios por ofrecerle bienes o servicios que conformen un conjunto de

(5) "La doctrina alemana ha desarrollado fundamentalmente dos teorías para la concepción de la deslealtad. La primera de ellas es la concreción con arreglo al principio de 'competencia eficiente' (*Leistungswettbewerb*). Para esta postura la competencia se basa en la eficiencia de las prestaciones. La eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal. La deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores. La otra teoría suele denominarse 'concepción funcional de la competencia'. Esta teoría de marcado corte social, propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal". Citas textuales tomadas de GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. pp. 63 y 64.

atributos que este pueda apreciar como más valiosos para satisfacer una necesidad determinada.

No será leal, por el contrario, lograr o intentar lograr la preferencia de un demandante como consecuencia de inducirlo a error respecto de los atributos que conforman la calidad de un bien o un servicio, o sobre su precio. Tampoco será leal lograr o intentar lograr dicha preferencia como consecuencia de inducirlo a error respecto de su origen empresarial; o, como consecuencia de inducirlo a error respecto de la tenencia u ostentación de una reputación que no corresponde realmente a lo ofrecido.

En este punto, cabe señalar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha considerado que:

“Puede observarse que el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la misma Ley, a toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria (...); por el contrario, el texto expreso y el sentido de la norma están dirigidos a incluir dicha conducta dentro de su ámbito de aplicación.

(...)

En consecuencia, esta Sala considera que los cuerpos legales de represión de la competencia desleal y las normas de publicidad en defensa del consumidor no son excluyentes ni incompatibles, sino que, por el contrario, existe entre ellos una relación de género a especie en virtud de la cual los vacíos legales que pudieran presentarse o las necesidades de complementariedad en la interpretación en las normas de publicidad deben llenarse con las normas de represión de la competencia desleal<sup>(6)</sup>.

Finalmente, en este punto, cabe señalar que los actos de competencia desleal son ilícitos de

peligro y no de lesión, por lo que no será necesario para la autoridad administrativa competente, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi, deba acreditar la existencia de un consumidor inducido efectivamente a error, pues bastará solamente que ello sea posible para que se configure el acto sancionable. En este sentido el artículo 5 del Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal- señala que “para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público<sup>(7)</sup>”.

### 5.1. El engaño como acto de competencia desleal

Como veremos en el cuadro que se presenta a continuación, tanto el Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- como el Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal- proscriben el engaño, guardando coincidencia material en la exigencia a las empresas de no inducir a error al consumidor respecto de los atributos que conforman la calidad de determinado producto ni de su precio.

Como aprecia el lector, en ambos cuerpos normativos se formula como un acto concurrencial prohibido comunicar información que sea capaz de generar en el destinatario una impresión que se aparte de la realidad respecto de los productos que se ponen a su disposición en el mercado.

Las referencias sobre: (i) características, fabricación, aptitud para utilización, certificados o distinciones, procedencia geográfica, entre otras que pueden ser resumidas en condiciones de calidad; (ii) precio; y, (iii) condiciones de venta y distribución, entre otras que pueden ser resumidas en condiciones contractuales; son aquellas que han preocupado especialmente al legislador, sin descartar naturalmente que se prohíban engaños sobre otros extremos no enumerados.

Esta consideración legal guarda coincidencia con lo considerado en puntos precedentes y por

(6) Cita textual tomada de la Resolución 0547-2004/TDC-INDECOPi emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y contra Panorama Internacional S.A., tramitado bajo expediente 051-2002/CCD.

(7) Este precepto legal es coincidente con lo considerado por la doctrina mayoritaria cuando señala que “para que exista un acto de engaño no es necesario que el engaño se realice, sino (...) que la práctica sea ‘susceptible de inducir a error’”. Cita textual tomada de VERGEZ, Mercedes. *Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos*. En: BERCOVITZ, Alberto (Coordinador). *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992. p. 95.

**Cuadro 6: Prohibiciones de engaño en el sistema de represión de la competencia desleal**

	Señalamiento del engaño como un acto de competencia desleal en las normas vigentes
Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -	<p>Artículo 4. Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.</p> <p>Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos.</p> <p>Los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Cuando se anuncie precios de ventas al crédito deberá incluirse, además el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad.</p>
Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal	<p>Artículo 9. Actos de engaño: Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones 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 alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones. En especial, se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.</p> <p>Artículo 10. Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica: Se considera desleal la realización de actos o la utilización de expresiones que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio. En particular, se reputa desleal el empleo de falsas indicaciones de procedencia y de falsas denominaciones de origen, así como el empleo no autorizado de denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otro similar.</p>

la doctrina mayoritaria que reconoce que: “existe engaño siempre que las indicaciones que se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece” y que “los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce a error (...)”<sup>(8)</sup>.

Como ejemplo al caso, en aplicación de las normas antes citadas, tanto la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en primera instancia, como la Sala de Defensa de la

Competencia del Tribunal del Indecopi, en segunda instancia, sancionaron a un empresario al acreditarse que había importado, desde China como país de origen, gafas de sol que tenían la inscripción *Italy design* en el brazo derecho. Para tal efecto, en segunda instancia, la Sala consideró:

“(...) particularmente grave el empleo de falsas indicaciones de procedencia, es decir, el uso de una expresión -por ejemplo, *Italy design*- que designe o evoque un país determinado -en este caso, Italia - cuando aquella expresión fuera falsa con respecto a su origen verdadero -en este caso, China.

(...)

(8) Citas textuales tomadas de BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. 2da. edición. Navarra: Aranzadi, 2001. p. 355.

Por lo expuesto, (...) corresponde confirmar la referida resolución en los extremos apelados en los que: (i) ordenó al señor Castro, como medida complementaria, el cese definitivo e inmediato de la importación y/o comercialización de los productos investigados, utilizando expresiones que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica que realmente tienen; y, (ii) ordenó al señor Castro, como medida complementaria, el comiso definitivo de las mil ochocientas (1,800) unidades de gafas (anteojos) de sol S/M decomisadas de manera preventiva (...)”<sup>(9)</sup>.

En este caso, el señor Castro tenía la intención de introducir en el mercado gafas que tenían inscritas una atribución que comunicaba al consumidor una vinculación con Italia que podría generar la creencia de que estas podían proceder de allí. Esta circunstancia, de haber sido valorada por el consumidor, podría generar que este incrementara su precio de reserva respecto de este producto y lo prefiriera por sobre otros de su categoría o por sobre otros que tuvieran similar precio y no contaran con dicho atributo.

Incluso, notará el lector que podría ser cierto que el señor Castro importara desde China gafas fabricadas en dicho país pero cuyo diseño procediera de Italia. Sin embargo, igualmente sería considerado por las normas vigentes una infracción. El artículo 10 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal señala que “en particular, se reputa desleal (...) el empleo no autorizado de denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otro similar”. Asume el legislador que incluso dichas atribuciones relativas podrían inducir a error al consumidor sobre el verdadero origen empresarial de un producto y ello podría llevarlo a atribuir valores no coincidentes con la realidad<sup>(10)</sup>.

Cabe poner como ejemplo uno de los casos en los que la Sala de Defensa de la Competencia

consideró que una omisión de información relevante era una inducción a error capaz de defraudar al consumidor, a través de la publicidad. Ocurrió que se difundió una campaña publicitaria en la que una empresa dedicada a prestar servicios de telecomunicaciones. En el anuncio de televisión que conformaba dicha campaña se presentaba que el minuto de larga distancia nacional costaba S/. 0.18 y que el minuto de larga distancia internacional costaba S/. 0.50. Al final de dicho anuncio se presentaba, en menos de un segundo, una pantalla negra con letras blancas que el consumidor no podía leer por lo fugaz de su exposición. Esta pantalla decía:

“Los 3 primeros minutos se pagan a tarifa normal de horario reducido. Promoción válida de 7:59 p.m. a 7:59 a.m. del 6 de setiembre al 20 de setiembre de 2003. Solo para llamadas nacionales desde y hacia Piura, La Libertad, Lambayeque, Cajamarca, Ancash, Lima, Ica, Junín, Arequipa, Cusco, Tacna, Loreto, Ucayali, Madre de Dios, y Puno e internacionales hacia Sudamérica, Norteamérica y Europa. A partir del 4to. minuto la tarifa es de S/. 0.18 LDN y S/. 0.50 LDI. Las llamadas LDNI hacia teléfonos móviles serán tasadas a las tarifas vigentes en cada horario. Las tarifas promocionales no aplican a descuentos por volumen, tarjetas prepago, planes de larga distancia ni telefonía pública. Se aplican restricciones”.

Estas restricciones eran desconocidas para el consumidor que conocía la oferta del servicio de la empresa de telecomunicaciones a través del anuncio de televisión y decidía utilizar el servicio ofrecido.

Imaginemos qué podría haber ocurrido con el excedente del consumidor si este lo hubiera proyectado para realizar una llamada a Abancay (destino no incluido en la promoción), guiado por la información inicial del anuncio de televisión que le informaba que el precio del minuto de larga

(9) Cita textual tomada de la Resolución 0241-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra el señor José Luis Castro Rodríguez, tramitado bajo expediente 089-2003/CCD.

(10) Ello es coincidente con lo señalado por la doctrina en cuanto reconoce que “se entiende por indicación de procedencia la designación de un nombre geográfico en una marca o fuera de ella como lugar de fabricación, elaboración o extracción del producto. Todos los fabricantes, productores, extractores y prestadores de servicios tienen derecho al uso del nombre de la misma localidad como indicación de procedencia, por consiguiente nadie puede servirse del nombre de un lugar geográfico para aplicarlo a productos o servicios procedentes de otro lugar distinto”. Cita textual tomada de HOLGUÍN NUÑEZ DEL PRADO, Oscar. *Tratado sobre competencia desleal*. Volumen III. Lima: Jurista Editores, 2002. p. 125.

distancia nacional era S/. 0.18. Probablemente, el precio que pagaría luego de llamar a Abancay sería mayor que su precio de reserva, con lo que no solamente no habría obtenido beneficios sino que su bienestar resultante sería negativo. Podría haber ocurrido lo mismo con quien decidió comunicarse por teléfono durante dos minutos a la ciudad de Piura (pues los dos primeros minutos de cada llamada no se calculaban a la tarifa anunciada) o a la ciudad del Cairo o a Tel Aviv (destinos tampoco incluidos en la promoción).

La distorsión en el cálculo del excedente del consumidor en estos casos se debería a la carencia de información relevante que le permitiera conocer el verdadero precio de una llamada telefónica de larga distancia realizada a través del servicio de la empresa que difundió el anuncio. En suma, el consumidor que percibe el anuncio de televisión referido carece de información completa sobre la cobertura de la promoción anunciada.

Ante el caso antes descrito, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, para sancionar a la empresa anunciante y a la agencia de publicidad consideró:

“(...) el anuncio difundido en televisión presentaba las restricciones de la promoción únicamente por espacio de un (1) segundo al final del mismo, a pesar que la lectura de las restricciones no toma menos de treinta (30) segundos. Considerando que la información sobre los costos de las llamadas -precios de oferta en llamadas de larga distancia- constituye el centro de la campaña publicitaria de Telmex, es evidente que la información relacionada con las restricciones para acceder a la promoción -es decir, para acceder a los precios de oferta- es parte integrante del contenido esencial del derecho a la información de los consumidores.

En efecto, significaría convalidar un acto indebido aceptar que las restricciones relacionadas con el costo de la promoción no deben ser difundidas para el cabal conocimiento de los consumidores.

La presentación fugaz (es decir, de manera no clara, ni efectiva y tampoco comprensible por los consumidores) de la información relacionada con las restricciones para acceder a la promoción,

equivale a su no presentación, lo cual es susceptible de inducir a error a los consumidores sobre las características del servicio ofertado. En tal sentido, la presentación fugaz de la información relacionada con las restricciones de la promoción de Telmex es equivalente a una falta de información esencial para la toma de una decisión de consumo adecuada por parte de los consumidores, constituyendo una afectación del contenido esencial del derecho a la información de los consumidores que es susceptible de inducirlos a error y, por tanto, significa una vulneración del principio de veracidad publicitaria<sup>(11)</sup>.

En este mismo caso, la Sala de Defensa de la Competencia estableció como precedente de observancia obligatoria, entre otros principios interpretativos, que:

“5. En el caso de campañas publicitarias, la exigencia del respeto al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores alcanza a cada uno de los medios en los que se difunde la campaña. Los perfiles particulares de cada medio de comunicación empleado en la campaña no pueden ser utilizados como justificación para dejar de brindar a los consumidores, de manera clara, efectiva y comprensible, todos aquellos elementos necesarios para que este tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios.

6. En el Derecho de la Publicidad, la existencia de una afectación al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores determina una inducción a error al consumidor y, por tanto, una vulneración del principio de veracidad.

7. La difusión de advertencias, restricciones o limitaciones, cuando el medio utilizado sea la televisión o la radio, deberá tener una exposición al consumidor no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio<sup>(12)</sup>.

Ante estas consideraciones, hay quienes han querido interpretar que el Indecopi exige a los anunciantes que deben hacer permanecer interminables segundos las restricciones de una promoción. Sin embargo, dichas interpretaciones no aprecian con claridad que: (i) cualquier

(11) Cita textual tomada de la Resolución 0901-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C, tramitado bajo expediente 107-2003/CCD.

(12) Cita textual tomada de la Resolución 0901-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C, tramitado bajo expediente 107-2003/CCD.

complejidad que pueda existir en una oferta es únicamente imputable a la empresa que la configura y decide promocionarla; (ii) no es eficiente que el consumidor vea deteriorado su excedente por no transmitirle información relevante en un anuncio publicitario; y, (iii) siempre es posible transmitir la información relevante a menores costos, tal como apreciamos en televisión actualmente, luego de establecido el precedente citado, al notar que los anunciantes presentan la información en *banners*, *scrolls* o estrellas de información, entre otras opciones creativas.

En esta entrega, por limitantes de extensión, no será posible analizar todas las modalidades de engaño que las normas vigentes contemplan ni aludir casos ocurridos en la realidad para cada una, pese a lo cual con los dos casos antes reseñados hemos pretendido notar como el engaño sobre un atributo de calidad de un bien y sobre el precio de un servicio afectan el excedente del consumidor, castigando su magnitud y, en algunos casos, colocándolo en un nivel negativo. A través de estos ejemplos, hemos visto también como el engaño se puede manifestar a través de comunicaciones publicitarias y no publicitarias.

Finalmente, no queremos dejar de mencionar que, incluso, la difusión de anuncios con “ganchos publicitarios” puede perjudicar la valoración que el consumidor realiza sobre su propio excedente. Imaginemos por ejemplo que se anuncia un par de zapatillas a US\$ 10 y que, ante la calidad anunciada, el consumidor establece un precio de reserva de US\$ 10.5 y acude al establecimiento del anunciante para adquirirlas. Si al llegar encuentra las zapatillas realmente a un precio de US\$ 11 y fue víctima de un “gancho publicitario”, es posible aún que las compre pues a su precio de reserva inicial añadirá el valor de no gastar en transporte para acudir a otro establecimiento, lo cual podría ascender a US\$ 1 y elevar su precio de reserva inicial a US\$ 11.5, luego de haber sufrido una contingencia que no deseaba. Por esta razón, el sistema de represión de la competencia desleal actúa en casos en los que incluso un consumidor podría notar el engaño antes de la adquisición de un bien o un servicio anunciado engañosamente.

## **5.2. La confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal**

Como veremos en el cuadro que se presenta a continuación, el Decreto Legislativo 691 -Normas

de la Publicidad en Defensa del Consumidor- no contiene una determinación propia sobre la prohibición genérica de los actos de confusión y de explotación de la reputación ajena. De un lado, los actos de confusión poseen solamente una determinación de ilicitud específica si se produce la imitación de los anuncios publicitarios de otro concurrente de modo tal que, se puede configurar una confusión sobre el origen empresarial de los bienes y servicios anunciados. Sin embargo, sobre otras modalidades de actos de confusión y sobre actos de explotación de la reputación ajena, el Decreto Legislativo 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- guarda silencio absoluto.

¿Esta constatación nos lleva a considerar que en publicidad no se puede sancionar un acto de confusión o un acto de explotación de la reputación ajena como un acto de competencia desleal? Por supuesto que no. Las normas que regulan la publicidad guardan una relación de especie - género con las normas que reprimen la competencia desleal, ello permite entenderlas no como excluyentes, sino como complementarias en su aplicación.

Lo anterior se sustenta no solamente en una visión teórica, a nuestro juicio, adecuada, sino además en la voluntad del legislador que, en cada instrumento normativo colocó normas que sustentan la relación especie género señalada. Existe, como referimos antes, la cláusula general que contiene el artículo 6 del Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal- que genera un efecto absorbente de los actos desleales contrarios a la buena fe comercial no enunciados expresamente, al señalar que se aplica a toda conducta. Existe además en el Decreto Legislativo 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- una norma en el artículo 7 que remite al cumplimiento de leal competencia mercantil a todo acto publicitario, complementando con un efecto remisivo propio el efecto absorbente de la cláusula general.

En este sentido, un acto de confusión en términos generales o de explotación de la reputación ajena realizado a través de la difusión de anuncios publicitarios, será sancionado conforme al artículo 7 del Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- que señala que “todo anuncio debe respetar la (...) leal competencia mercantil” y será

**Cuadro 7: Prohibiciones de confusión y explotación de la reputación ajena en el sistema de represión de la competencia desleal**

	Señalamiento de la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal en las normas vigentes
Decreto Legislativo 691 Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor	Artículo 7. Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.(...)Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.
Decreto Ley 26122 Ley sobre Represión de la Competencia Desleal	Artículo 8. Actos de confusión: Se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno.El riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica. Artículo 14. Explotación de la reputación ajena: Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

analizado bajo lo dispuesto en los artículos 8 y 14 del Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal- que desarrollan en detalle las características de los actos señalados.

Asimismo, cabe enfatizar que, en aplicación de las normas que identifican los actos de confusión y los actos de explotación de la reputación ajena, la jurisprudencia ha considerado tradicionalmente que, generalmente, cuando se verifica la existencia de un acto de confusión sobre el origen empresarial, existe un concurso ideal de infracciones con un acto de explotación de la reputación ajena. Incluso, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha considerado, conforme se lo permite el texto vigente del Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal-, guardando adecuación con un sector de la doctrina que:

“Siendo que en los casos de aprovechamiento de la reputación ajena el infractor busca, mediante la realización de diversos actos, establecer una

vinculación entre él y otro u otros competidores, induciendo a confusión a los consumidores o a otros agentes dentro de la cadena de comercialización respecto de su producto u origen empresarial, con la finalidad de aprovecharse del prestigio o la reputación que han obtenido sus competidores en el mercado, “la explotación de la reputación ajena (...) podría servir de rótulo genérico para todos los supuestos de confusión e imitación, pues en todos ellos se da ese aprovechamiento indebido de la reputación y esfuerzo ajenos”<sup>(13)</sup>.

Como ejemplo, referimos un caso resuelto por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en el que esta sancionó a una empresa dedicada al expendio pollos a la brasa por imitar la apariencia externa e interna del establecimiento de Bombos (otro concurrente en el mercado, dedicado al expendio de hamburguesas con papas fritas). La Comisión consideró que la imitación referida fue realizada de modo tal que el consumidor

(13) En este pasaje citado textualmente de la Resolución 013-2005/CCD-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C., tramitado bajo expediente 095-2004/CCD, cita a su vez como doctrina que sustenta la posición de la Comisión a: DE LA CUESTA RUTE, José María. *Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena*. en: *la regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*. Madrid, 1992, p. 46.

podría pensar frente al primer establecimiento, cuando menos, que se encontraba ante un servicio prestado bajo alguna asociación contractual o de transferencia de *knowhow* en la preparación de los alimentos o en el servicio de calidad reconocido a Bombos. La Comisión consideró en este caso, entre otros fundamentos, que:

“El segundo límite al denominado ‘derecho a imitar’ está constituido por el ‘deber de diferenciación’ que se exige a los proveedores que emplean formas que son comunes en el mercado. Este límite se refiere a que si bien los concurrentes en el mercado tienen derecho a imitar, tienen sin embargo el deber jurídico de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación que desarrollen genere: (i) confusión respecto del origen empresarial de los productos o servicios que colocan en el mercado o de los establecimientos utilizados para tal fin; (...) y, (iii) un aprovechamiento indebido de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado. Estas tres conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como tales, respectivamente, en los artículos 8, (...) y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

(...).

1. La disposición de los colores rojo, azul y amarillo, aplicados en diferentes formas geométricas, en la parte externa de los establecimientos de Bombos, ha devenido por su uso en el mercado, por sí mismo, en poderoso elemento que atribuye un determinado origen empresarial a sus establecimientos. Este elemento le permite a Bombos identificarse ante los consumidores y diferenciarse de sus competidores en el mercado.

2. La decoración interna de los locales de Bombos responde a un patrón de diseño y disposición de elementos tales como lámparas, mesas, pisos y colores que individualmente no permiten la atribución de origen empresarial, pero que en conjunto y aunados a la disposición de los colores rojo, azul y amarillo, en diferentes formas geométricas, en la parte externa de los establecimientos de Bombos, ha permitido reforzar la atribución de un determinado origen empresarial, conforme se ha referido en el numeral precedente.

3. La disposición de los colores rojo, azul y amarillo, aplicados en diferentes formas geométricas en la parte externa del establecimiento de Renzos, aunada a su decoración interna que sigue un patrón de diseño y disposición de elementos tales como lámparas, mesas, pisos y colores, conforme se encontraban al momento de la denuncia, configuran una apariencia del establecimiento de la denunciada que es similar a la apariencia general que corresponde a los establecimientos de Bombos y que es capaz de comunicar a los consumidores cierto origen empresarial vinculado a este, de algún modo (...)<sup>(14)</sup>.

En este caso, a juicio de la Comisión, es posible que el establecimiento de la empresa considerada infractora haya podido proyectar una imagen vinculada con la empresa que conduce los establecimientos de Bombos y con la calidad del servicio que se presta en estos. La Comisión consideró que en el referido caso concurría con la confusión una explotación indebida del caudal de crédito que en el mercado correspondía a Bombos, es decir de su reputación. En este sentido, no solo impuso una sanción a la empresa denunciada sino

(14) Cita textual tomada de la Resolución 030-2005/CCD-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Bombos S.A.C. contra Renzo’s Pollería Restaurant Snack S.R.L., tramitado bajo expediente 104-2004/CCD. Cabe señalar que esta resolución citada, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, se encuentra en proceso de apelación, pese a lo cual se alude por la importancia que posee al contener un precedente de observancia obligatoria, que quedaría pendiente de confirmación por la segunda instancia administrativa del Indecopi, al respecto de cómo se analiza un supuesto de confusión sobre el origen empresarial y en que casos se considera que existe un acto de competencia desleal en la modalidad de confusión: (i) directa; (ii) indirecta; y, (iii) de riesgo asociativo. En este precedente la Comisión señala: “a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el “deber de diferenciación” que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: (i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado; (ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; (iii) no sean un estándar en el mercado; y, (iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación”.

que también ordenó el cese del uso de la apariencia del establecimiento denunciado.

En este caso, el consumidor también habría podido establecer un precio de reserva superior para decidir consumir los servicios de Renzos al valorarlos más por vincularlos con la calidad y prestigio de Bambos, estando dispuesto a pagar un precio mayor en el mercado, al percibir un nivel de excedente mayor en su consumo y, en consecuencia, mayor bienestar. Así, el consumidor podría haber realizado un acto de consumo que no se adecuaba con sus expectativas y valoración, circunstancia que reduciría su bienestar dado que el fundamento de dicha valoración no tendría sustento alguno en la realidad.

Otro caso conocido por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi fue el caso iniciado por denuncia de una factoría contra otra factoría que difundía en el mercado piezas publicitarias tales como volantes y ambientadores que presentaban las siguientes afirmaciones “Suzuki Forestales S.A. Factory” y “Suzuki Factory (...) Servicios Forestales S.A.”. La Sala de Defensa de la Competencia, confirmando el pronunciamiento de la primera instancia señaló:

“De una apreciación superficial de las piezas publicitarias sobre las cuales versa el procedimiento, la Sala coincide con la Comisión en que la inclusión destacada de la denominación y logotipo de Suzuki, junto con la palabra “Factory” y la denominación “Forestales S.A.”, transmiten a quien pudiera apreciar ambas piezas publicitarias que la empresa es un taller autorizado de esa marca de vehículos o guarda alguna relación comercial con el fabricante.

(...).

Distinto hubiera sido el caso si la marca y/o logo de Suzuki hubieran sido empleados por sí solos o junto con los logotipos de otras marcas de vehículos, para hacer referencia a que el taller conducido por la denunciada se especializa en la reparación de vehículos de tales marcas, pero no en forma destacada, tal como lo hace la denunciada, dando a entender que existe alguna relación entre “forestales” y el fabricante de los

vehículos, cuando en realidad no existe ningún vínculo”<sup>(15)</sup>.

En este caso, también podemos constatar una posible reducción del excedente de los consumidores si es que estos valoran para los servicios de sus vehículos de la marca Suzuki, que estos sean realizados por una empresa que tiene alguna vinculación con el fabricante de los vehículos de dicha marca. Como en este y todos los casos de inducción a error, uno se llevará siempre la idea de que los casos de confusión y de explotación de la reputación ajena se producen respecto de atributos que son, generalmente, valorados significativamente por los consumidores.

## **6. Algunas conclusiones y comentarios sobre la propuesta de reforma legislativa**

Así, como hemos pretendido introducir al lector en esta entrega, los actos de engaño, los actos de confusión y los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden ser realizados tanto a través de actividad publicitaria como a través de comunicación de información que de cualquier otra índole, tal como puede ocurrir con las inscripciones que se hallan en el bien mismo o en la indumentaria de un establecimiento que es escenario de la prestación de un servicio.

Estos tres tipos de actos, en cuanto significan una distorsión de la información que tiene disponible el consumidor sobre las ofertas de las que dispone en el mercado, son capaces de afectar su excedente y, en consecuencia, su bienestar. Deberemos notar que cuando en el sistema de represión de la competencia desleal nos referimos a consumidor, no nos referimos solamente al consumidor final, sino también al consumidor intermedio que demanda y adquiere bienes y servicios como parte de su cadena productiva.

Al respecto habrá que notar que el excedente de un consumidor intermedio cuando realiza una adquisición en el mercado condiciona sus costos y, en consecuencia, su precio de reserva de oferente cuando se dispone a realizar una transacción como vendedor de un bien o un servicio. Por tanto, la eficiencia sistémica del proceso

(15) Cita textual tomada de la Resolución 1041-2005/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra estación de Servicios Forestales S.A., tramitado bajo expediente 074-2004/CCD.

competitivo también se ve afectada cuando se induce a error a un consumidor intermedio.

Debemos notar, asimismo, que el sistema de represión de la competencia desleal mantiene una tensión positiva con las estrategias de *marketing* que aplican las empresas en el mercado. Dichas estrategias tienen por objetivo lograr que una empresa pueda realizar la cantidad de transacciones necesarias para lograr rentabilidad y las utilidades que sus accionistas requieren para no destinar el capital colocado en la empresa a otras actividades. En la consecución de este objetivo, la empresa aplica estrategias que tengan por efecto transmitir al consumidor, a través de diferentes medios incluidos los publicitarios, la idea de que sus bienes o servicios son aquellos que le presentan mayor valor que otros por el precio al que se encuentran en el mercado. En dicho afán la libertad es un principio y la creatividad una herramienta que, como vimos, son limitadas por la posibilidad de inducir a error al consumidor.

De hecho, la inducción a error puede producirse a través de medios directos o indirectos, mensajes explícitos o implícitos, afirmaciones categóricas, sugerencias, ambigüedades o exageraciones. Lo importante es identificar qué es lo que el consumidor podría interpretar de cada mensaje, de modo razonable, para determinar si es posible que se le induzca a error. Según nuestro sistema de represión de la competencia desleal, bastará la posibilidad para que se configure la infracción sancionable, no será necesario acreditar la existencia de consumidor alguno efectivamente inducido a error.

Al respecto de los temas tratados en esta entrega, el Indecopi presentó hace algunos meses a debate abierto el Proyecto de la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal, cuyo objetivo principal es la unificación de los cuerpos normativos de normas de la publicidad en defensa del consumidor y de represión de la competencia desleal, además de mejorar algunos aspectos de las normas vigentes según la experiencia obtenida en los últimos diez años de su aplicación.

Esta propuesta de unificación parte de la consideración de que por sí misma la publicidad no es un acto especial en cuanto al fondo de su

naturaleza, siendo que por el contrario es un vehículo de comunicación que puede ser utilizado, entre otros, para cometer actos de competencia desleal que tengan como esencia inducir a error al consumidor sobre determinada información relativa a las ofertas que tiene a su disposición en el mercado.

El proyecto de Ley contiene las siguientes normas que vale la pena anotar respecto del tema que nos ocupa:

Como se aprecia en el proyecto, uno de los puntos principales de su dogmática es eliminar en el texto de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que se propone, cualquier rendija normativa que permita una interpretación tal que considere a los actos de confusión y a los actos de explotación de la reputación ajena como actos concurrentes necesariamente. En este sentido, la consideración textual de que “en particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero” pasaría de ser el segundo párrafo del artículo vigente referido a los actos de explotación de la reputación ajena a ser el segundo párrafo del artículo referido a los actos de confusión de la nueva ley que se propone.

Coincidimos con la pertinencia de esta propuesta, pues esta permite una autonomía en la descripción de las modalidades de actos de competencia desleal que pueden inducir a error al consumidor sobre atributos del bien o del servicio que se le ofrece en el mercado. Esta autonomía ha sido puesta de manifiesto ya bajo el marco vigente actual, en actos de competencia desleal a través de la difusión de la publicidad, tal como ocurre en la realización de publicidad comparativa que se lleva a cabo sobre elementos subjetivos y que se encuentra prohibida bajo nuestro ordenamiento jurídico<sup>(16)</sup>.

Finalmente, sobre los puntos tratados en esta entrega, la propuesta legislativa de nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal trae diferentes perfeccionamientos en la materia sustantiva y procesal que invitamos a revisar y que permitirán al Indecopi supervisar con mayor eficiencia que los concurrentes coloquen

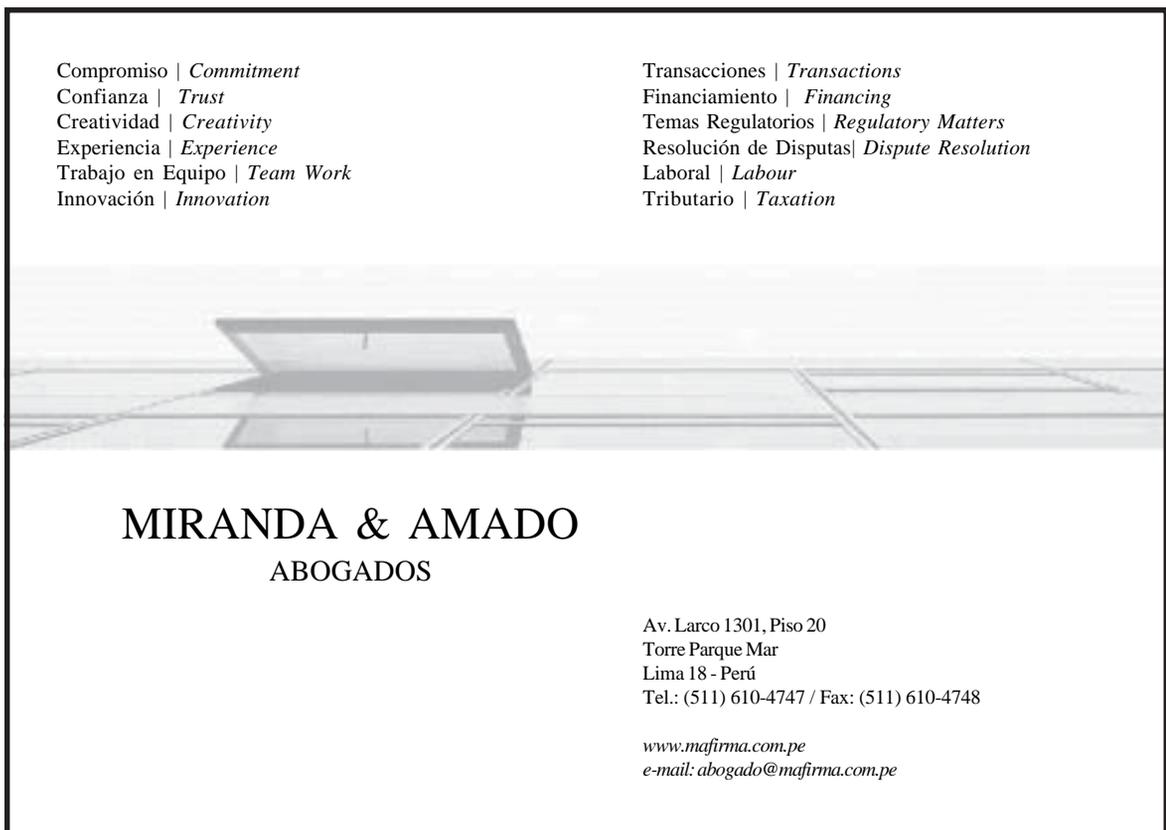
(16) Al respecto ver la Resolución 0547-2004/TDC-INDECOPI emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y contra Panorama Internacional S.A., tramitado bajo expediente 051-2002/CCD.

**Cuadro 8: Prohibiciones de actos de competencia desleal capaces de inducir a error en el Proyecto de nueva Ley de Represión de la Competencia**

	Señalamiento de la confusión como un acto de competencia desleal en las normas vigentes
Prohibición general	<p>Artículo 2. <b>Ámbito de aplicación objetivo.</b> La Ley es de aplicación a las conductas que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, incluyendo aquellas conductas realizadas en la actividad publicitaria. (...)</p> <p>Artículo 6. <b>Cláusula general prohibitoria.</b> Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en la que se manifiesten. Es acto de competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.</p>
Actos de engaño	<p>Artículo 8. <b>Actos de engaño.</b> Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones. Los actos de engaño podrán consistir, enunciativamente en: Afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas, respaldos institucionales o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia. Emplear falsas indicaciones de procedencia o falsas denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otro similar. No advertir a los consumidores contra los correspondientes riesgos en la publicidad de productos peligrosos. No consignar el precio total del producto, incluido el Impuesto General a las Ventas, en aquella publicidad que exprese precios. No consignar el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad, en aquella publicidad que exprese precios de ventas al crédito. Difundir publicidad testimonial sin la autorización expresa y escrita del testigo. Difundir, bajo la apariencia de publicidad testimonial, anuncios no sustentados en experiencias auténticas y recientes del presunto testigo. Difundir publicidad bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria, es decir, sin consignar expresamente que se trata de un publirreportaje o anuncio contratado.</p>
Actos de confusión	<p>Artículo 7. <b>Actos de confusión.</b> Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero.</p>
Actos de explotación de la reputación ajena	<p>Artículo 12. <b>Explotación de la reputación ajena.</b> Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.</p>

información en el mercado que no sea capaz de inducir a error a los consumidores. Ello, no solamente para contribuir con evitar que el excedente del consumidor se vea perjudicado y que los concurrentes honestos se vean desplazados por otro que indujo a error al

consumidor, sino además para contribuir en la construcción de un mercado más transparente, con mayor y mejor información, que permita reducir los costos de transacción y generar mayor bienestar agregado.<sup>45</sup>



Compromiso | *Commitment*  
Confianza | *Trust*  
Creatividad | *Creativity*  
Experiencia | *Experience*  
Trabajo en Equipo | *Team Work*  
Innovación | *Innovation*

Transacciones | *Transactions*  
Financiamiento | *Financing*  
Temas Regulatorios | *Regulatory Matters*  
Resolución de Disputas | *Dispute Resolution*  
Laboral | *Labour*  
Tributario | *Taxation*

**MIRANDA & AMADO**  
ABOGADOS

Av. Larco 1301, Piso 20  
Torre Parque Mar  
Lima 18 - Perú  
Tel.: (511) 610-4747 / Fax: (511) 610-4748

[www.mafirma.com.pe](http://www.mafirma.com.pe)  
[e-mail: abogado@mafirma.com.pe](mailto:abogado@mafirma.com.pe)