

# EL OTRO PODER ELECTORAL: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal\*

Alfredo Bullard González\*\*  
y Carlos A. Patrón Salinas\*\*\*

## I. PASANDO DE LAS REGULACIONES DEL MERCADO A LAS REGULACIONES PARA EL MERCADO

Desde fines de la década del 60, la economía peruana, al igual que muchas otras economías de Latinoamérica, se caracterizó por un mercado intervencionismo estatal, inspirado en modelos centralmente planificados. Sin embargo, los inicios de la década del 90 marcan un punto de quiebre importante, que se refleja en la promulgación de un marco legal orientado a promover la competencia como forma de mejorar la eficiencia económica y satisfacer las necesidades de la población.

Dentro de esta concepción, el Estado deja el rol de protagonista del sistema económico, cediendo dicho papel a los proveedores y consumidores. Ya no les corresponde a los funcionarios públicos determinar qué producir, cómo producir y a qué precios producir, esta función se dejará en manos de una infinidad de decisiones atomizadas en un mercado masivo. Se cambia así la regulación por el contrato, la norma por la autonomía y el intervencionismo por la libertad.

De la misma manera como en las elecciones políticas le corresponde a un organismo del Estado -para efectos del presente artículo, al Poder Electoral-

*En el presente artículo los autores realizan una interesante descripción de un tema muy actual en nuestro país y que es constantemente cuestionado por algunos sectores: la competencia desleal y su protección, y la idoneidad de ésta.*

*Frente a ello, los autores realizan un efectivo análisis de la situación, su evolución, sus características y el papel que cumple -y que debe cumplir- en el sistema peruano, la protección contra la competencia desleal con un original enfoque que ayuda a esclarecer aun más y resaltar la importancia del tema en cuestión.*

\* Las opiniones vertidas en el presente artículo corresponden únicamente a sus autores y no constituyen una posición oficial de ningún órgano funcional del Indecopi ni los comprometen en ningún sentido.

\*\* Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

\*\*\* Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

garantizar, de forma autónoma y técnica, que la voluntad de los ciudadanos se plasme en la elección de las autoridades; en las elecciones del mercado debe existir un organismo técnico y autónomo que garantice que los consumidores puedan elegir los productos y servicios que, en su opinión, satisfagan sus necesidades y preferencias. La regulación para el mercado aparece como la contraparte necesaria de la democracia política, buscando consagrar una auténtica democracia económica. Así como no le corresponde al organismo que vigila la transparencia de las elecciones políticas elegir al candidato ganador, tampoco le corresponde a la agencia reguladora de las actividades económicas designar el producto o servicio que será preferido. Por el contrario, sólo le corresponde garantizar el proceso de decisión. De esta manera, la legitimidad del sistema económico depende tanto de la transparencia del mercado como de la legitimidad del sistema político depende de la transparencia de una elección.

No es, pues, un cambio casual o accidental. Es un cambio que involucra la propia percepción del sistema como justo y libre, como democrático y participativo. El sistema debe ayudar a “fragmentar” el poder, repartiéndolo entre todos los ciudadanos, dándoles la posibilidad de influir y determinar su propio destino. Y en ello nada diferencia los mercados de la democracia política.

En nuestro país, la tarea de garantizar la efectividad del poder electoral de los consumidores ha sido encomendada al Indecopi.<sup>1</sup> Detrás de la creación de

esta agencia gubernamental subyace la intención de dejar de lado antiguas formas de intervención en el mercado, reemplazándolas por acciones dirigidas a favorecer el funcionamiento del mismo.<sup>2</sup>

Dentro de las diversas leyes cuya fiscalización ha sido encargada a los diferentes órganos funcionales del Indecopi encontramos la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En el presente trabajo revisaremos la jurisprudencia administrativa desarrollada durante los siete primeros años de vigencia de esta Ley. Este ejercicio sirve un doble propósito. Por un lado, buscamos introducir al lector, de manera general, al estudio de esta normatividad. Por otro lado, el conocer cómo se ha venido interpretando y aplicando esta Ley nos permitirá ilustrar la manera en que sus disposiciones han sido armonizadas e integradas con principios que subyacen también a las disciplinas de protección al consumidor, de supervisión de la publicidad comercial, de libre competencia (normas antimonopolios) y de protección de la propiedad intelectual, todo ello dentro de una visión integral de promoción de un libre mercado y de la institucionalización del nuevo papel que debe desempeñar el Estado dentro de éste.

Es por ello que en el presente trabajo no realizaremos críticas estructurales a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sino, simplemente, una presentación general de sus disposiciones y de la jurisprudencia administrativa existente. Con ello no queremos, de ninguna manera, sostener que esta Ley no pueda ni deba ser modificada o corregida en aspectos que su aplicación ha revelado necesarios.

<sup>1</sup> El Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) se creó en 1992. El Indecopi reúne una serie de órganos funcionales autónomos que en otros países conforman dependencias gubernamentales independientes, bajo una misma administración por razones de costos. Se trataría de lo que podríamos llamar un “holding regulatorio”, es decir la integración de diversas funciones unidas por un común denominador, en este caso, que todas son componentes para lograr la democracia económica. La unión le da la fortaleza de coordinar y uniformizar criterios, pero la autonomía interna de cada órgano funcional garantiza la especialización y el tecnicismo.

El Indecopi está conformado, en primera instancia, por siete Comisiones y tres Oficinas. Las Comisiones se encargan de los temas vinculados con la regulación de la competencia misma y su misión principal es generar transparencia en los mercados. Actúan como auténticos árbitros que garantizan el cumplimiento de ciertas normas básicas, dejando a los “jugadores” desarrollar el juego en una atmósfera de libertad. Por su parte, las Oficinas se encargan de los temas relacionados a la protección de la propiedad intelectual, incluyendo la administración de los registros correspondientes y la sanción de las infracciones a éstos últimos.

Las Comisiones y Oficinas se encuentran jerárquicamente sometidas al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, que tiene por función integrar y coordinar criterios entre las distintas áreas al revisar las apelaciones de las decisiones emitidas en primera instancia. Esto favorece la predictibilidad de las decisiones y permite comprender la regulación para el mercado como una sola institución. Las decisiones de los órganos funcionales del Indecopi pueden finalmente ser revisadas por el Poder Judicial mediante un proceso de impugnación de resoluciones administrativas ante la Corte Suprema de la República.

<sup>2</sup> Como ha señalado la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal: “...la actividad de órganos funcionales del INDECOPI se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; esto es, en el ámbito de un sistema en que la interacción entre ofertantes y demandantes orienta finalmente la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios de los bienes y servicios que se incorporan al mercado. Dentro de esta concepción, no es función del Estado sustituir las decisiones de los ofertantes y demandantes. Por el contrario, en este contexto, la actividad de los órganos funcionales del INDECOPI se limita a corregir las fallas que se susciten y que distorsionen el normal desenvolvimiento del mercado - esto es, de las transacciones mercantiles que diariamente se concertan en el territorio nacional-, así como a arbitrar en los conflictos que se presentan entre sus agentes -esto es, entre los oferentes y demandantes-.” Ver, Resolución 096-96-TDC, publicada en el diario oficial El Peruano el día 23 de diciembre de 1996, emitida en el proceso seguido por Productos Rema S.A. en contra de Luz del Sur S.A. Ver nota 23 *infra*.

En todo caso, nuestras observaciones y propuestas para una futura revisión de esta Ley serán objeto de futuros trabajos.

## II. LA PROTECCIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL (O LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA LEAL)

### 2.1 Orígenes

Históricamente, el origen de la protección contra la competencia desleal está vinculado, en alguna medida, al origen de los signos distintivos -específicamente de las marcas- y la toma de conciencia respecto de la necesidad de su protección.

Como señala Alberto Bercovitz:

“Desde el punto de vista cronológico son los signos distintivos, fundamentalmente las marcas, los que primero aparecen en la historia del Derecho. Ya en la Edad Media se conocen y se protegen las marcas, distinguiéndose entre la marca del gremio, que garantiza que el producto ha sido fabricado conforme a los procedimientos aprobados, y la marca del productor. Ambas marcas se fijaban conjuntamente en el producto.”<sup>3</sup>

No obstante ello, no será hasta después de la Revolución Francesa que las marcas adquirirán un sentido más cercano al que gozan en la actualidad.

Efectivamente, es recién a partir de la consagración del principio de libre iniciativa privada en las actividades económicas y la revolución industrial europea que se establece el régimen de competencia económica necesario para el desarrollo de las instituciones que conforman, valga la redundancia, el moderno Derecho de la Competencia, tomándose por primera vez conciencia de la necesidad de

proteger los signos distintivos.<sup>4</sup> Dentro de este contexto se promulgan las primeras leyes sobre marcas (ley francesa de 1857, ley inglesa de 1862 y la ley alemana de 1874), hasta lograr su consagración internacional en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (en adelante el Convenio de París).<sup>5</sup>

De la mano de las primeras regulaciones concernientes a los signos distintivos, la disciplina de la competencia desleal surge como un desarrollo de la jurisprudencia francesa, apoyada en preceptos propios del Derecho Civil, como la responsabilidad extracontractual. Así, consagrada la posibilidad de las personas a participar libremente en el tráfico económico -esto es, el derecho a competir-, debía protegerse a los comerciantes honestos de las prácticas incorrectas desde el punto de vista profesional o contrarias a las buenas costumbres, tales como el uso indebido de las marcas ajenas con el fin de aprovecharse de la reputación ganada con el esfuerzo de su titular. En otras palabras, consagrado el derecho de competir, debían establecerse una serie de “reglas de juego” para el desarrollo de las actividades económicas. Este modelo de protección de los competidores fue rápidamente recogido por la jurisprudencia de distintos países europeos (entre los cuales destacan Italia, Bélgica y Holanda), y, posteriormente, consagrado legislativamente (por ejemplo, las leyes alemanas de 1896 y de 1909).<sup>6</sup> Finalmente, en 1900, durante la Conferencia Diplomática de Bruselas para la Revisión del Convenio de París, la protección contra la competencia desleal fue reconocida internacionalmente mediante la inserción del Artículo 10 *bis* en dicho Convenio.<sup>7</sup>

### 2.2 El “Modelo Profesional” de protección contra la competencia desleal

Como se ha señalado anteriormente, la disciplina de la protección contra la competencia desleal nace

<sup>3</sup> BERCOVITZ, Alberto. “La Formación del Derecho de la Competencia”. En: Actas de Derecho Industrial, T. II, p. 63.

<sup>4</sup> Como señala Bercovitz (Op. Cit., p. 64), “gracias al principio de libertad de comercio e industria, gracias al progreso industrial con la producción en masa, cobra la marca su significado como medio para permitir una vinculación entre un productor o comerciante y su clientela masiva anónima. Se convierte así la marca en un elemento competitivo de primer orden que es necesario proteger de las imitaciones y usurpaciones.”

<sup>5</sup> El artículo 2 del Convenio de París de 1883 establece que “...los súbditos o ciudadanos de cada uno de los Estados contratantes gozarán, en todos los demás Estados de la Unión, en lo que se refiere a las patentes de invenciones, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio y el nombre comercial, de las ventajas que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales...”

<sup>6</sup> Ver BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. pp. 67-68.

<sup>7</sup> En su versión original, tal como fue adoptada por la Conferencia Diplomática de Bruselas, el texto del artículo era el siguiente: “Los nacionales del Convenio (Artículos 2 y 3) gozarán en todos los Estados de la Unión de la protección contra la competencia desleal concedida a los nacionales...” Ver: OMPL. “Protección contra la Competencia Desleal: Análisis de la Situación Actual.” Ginebra: 1994, p. 9. Este texto fue posteriormente modificado por el Acta de Estocolmo de 1967, como se verá más adelante.

como consecuencia de la consagración del principio de libertad de industria y comercio en la Revolución Francesa, junto con las primeras legislaciones que regulan los signos distintivos. Al respecto, Bercovitz señala que:

“...la posibilidad de dedicarse al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, que era necesario evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas, mediante actuaciones desleales”.<sup>8</sup>

En este orden de ideas, como fruto principalmente de la jurisprudencia francesa y luego de la legislación alemana, se establecieron una serie de reglas de conducta para el ejercicio del derecho de los particulares a participar libremente de las actividades económicas. Este sistema de protección, comúnmente denominado el “modelo profesional”, se ideó, en consecuencia, para proteger a los empresarios de aquellas actuaciones “desleales” desarrolladas por sus competidores directos, que pudiesen perjudicarlos.<sup>9</sup>

Como se desprende de lo expuesto hasta el momento, con este modelo se buscaba principalmente tutelar los intereses privados de los empresarios en el ejercicio de su derecho a participar libremente en las actividades económicas -esto es, su derecho a competir en el mercado. De esta manera, se estimaba que el interés colectivo de los consumidores y el interés público se hallaban “suficientemente protegidos de una manera indirecta; justamente por reflejo de la protección de la empresa”.<sup>10</sup> Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley alemana de 1909 resulta elocuente al señalar que:

“La tutela del público de los consumidores (...) no constituye el objeto directo de una ley contra los actos de competencia desleal, si bien es cierto que las normas que están destinadas a reforzar la confianza en las relaciones recíprocas entre los empresarios, van indirectamente a coincidir con los intereses de sus compradores”.<sup>11</sup>

Como consecuencia natural de tutelar un interés privado -es decir, el interés de los competidores-, el modelo profesional de protección contra la competencia desleal exigía que el empresario perjudicado por los actos desleales fuese quien ejercitara su derecho de acción contra el competidor que venía desarrollando tales actos. En otras palabras, se entendía que “[s]i no existía una relación de competencia directa entre el empresario afectado y el autor de los actos, entonces no podía existir competencia desleal. Al no haber competencia, no podía haber competencia desleal”.<sup>12</sup>

Otra particularidad del modelo profesional que merece ser destacado es el uso de la técnica legislativa de la “cláusula general prohibitiva”. Si bien más adelante este tema será tratado con mayor detalle, por el momento resulta necesario resaltar que con esta técnica se estableció una prohibición en términos amplios que permitía incluir supuestos particulares no previstos específicamente por la legislación. Ello se debió, entre otros motivos, a que el ámbito de tutela de la legislación en materia de propiedad industrial que existía en Europa era muy limitado. Así, el constante desarrollo de nuevas prácticas empresariales, consecuencia del dinamismo y la vocación innovativa propios del mercado, así como la sutileza de muchas prácticas incorrectas, puso al descubierto la utilidad de una cláusula abierta de esta naturaleza.

### 2.3 La influencia norteamericana y el “Modelo Social” de protección contra la competencia desleal

Paralelamente al desarrollo del modelo profesional de protección contra la competencia desleal en Europa, a fines del Siglo XIX en el continente americano, específicamente en Norte América, se va gestando la legislación *antitrust*, antimonopolios o de libre competencia.

El desarrollo de las normas de *antitrust* se sustenta en la toma de conciencia de la existencia de un

<sup>8</sup> BERCOVITZ, Alberto. “Significado de la Ley y Requisitos Generales de la Acción de Competencia Desleal.” En: La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley del 10 de enero de 1991. Madrid: Boletín Oficial del Estado de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. p. 13.

<sup>9</sup> Respecto a este modelo, Aurelio Menéndez señala que “la legislación general sobre la competencia desleal se presenta así como el resultado histórico de una fuerte presión de los medios empresariales que, como consecuencia de la propia afirmación del sistema económico, demandan del ordenamiento la protección de las posiciones empresariales adquiridas en el mercado.” MENÉNDEZ, Aurelio. “La Competencia Desleal”. Madrid: Civitas, 1988, p. 65.

<sup>10</sup> Ibid. p. 66.

<sup>11</sup> Citada por MENÉNDEZ, Ibid. p. 67.

<sup>12</sup> BERCOVITZ, nota 8 *Supra*, p. 14.

interés colectivo de los consumidores y, sobre todo, un interés público en el derecho de los particulares a participar en las actividades económicas -esto es, en la existencia de un sistema competitivo de economía de mercado. Se entiende que la competencia en materia económica beneficia no sólo a los individuos que compiten en el mercado, sino, además, a sus copartícipes (los consumidores) y a la sociedad en su conjunto: la competencia genera mayor variedad de productos y servicios, mayor variedad de calidades de productos o servicios, mejores precios, mayor empleo, desarrollo de industrias, innovaciones tecnológicas, etc., todo lo cual resulta en un mayor bienestar social. Visto desde otra perspectiva, esta concepción asume que el sistema de competencia en una economía de mercado es el más eficiente para la asignación de los recursos económicos, los cuales en la práctica son limitados. De esta manera, el mantenimiento y funcionamiento eficiente de este sistema competitivo se convierte en uno de los objetivos primordiales de la legislación *antitrust*. Así, resultaba necesario establecer una serie de disposiciones que limitasen las prácticas restrictivas o controlistas de la competencia -esto es, las restricciones artificiales creadas por los propios competidores-, como por ejemplo, los acuerdos para fijar precios comunes.<sup>13</sup> En otras palabras, se concibe que quienes concurren en el mercado no sólo tienen el derecho a competir sino que tienen el deber de competir.

Las primeras leyes en esta materia fueron la ley canadiense de 1889 y la célebre Sherman Act estadounidense de 1890. Si bien este modelo de protección de los agentes del mercado (tanto competidores como consumidores) y del interés público en la competencia, fue ganando algunos seguidores en la doctrina europea, no será hasta después de la Segunda Guerra Mundial que, debido a la influencia norteamericana, este tipo de legislación sea adoptada en el viejo continente.<sup>14</sup>

Nótese que en sus orígenes, a pesar de la preocupación común por el buen funcionamiento de las actividades económicas de ambos modelos -esto es, de los regímenes *antitrust* y los regímenes de protección contra la competencia desleal- éstos no compartían los mismos fines y enfoques. Las normas de

competencia desleal se preocupaban principalmente del daño al competidor mientras que las normas antimonopolios se preocupaban adicionalmente del daño al sistema competitivo y, consecuentemente, al consumidor. Esto no sólo explica su diferente estructuración, sino incluso el propio nombre de las disciplinas. Mientras que en una la competencia es lo que es desleal (es decir el daño al competidor) en el otro es la propia estructura y funcionamiento del mercado visto como un todo.

La influencia de la legislación *antitrust* en la Europa de la posguerra lleva hacia un replantamiento de las normas de protección contra la competencia desleal en el viejo continente. Ya no sólo es necesario tutelar el interés privado de los empresarios (su derecho a competir) sino que, además, se debe velar por el mantenimiento y correcto funcionamiento del sistema económico. Sobre el particular, Menéndez señala que:

“La quiebra que se produce en el postulado ideológico que afirmaba la coincidencia entre los intereses de los empresarios concurrentes (lealtad profesional) y el interés general da entrada a un nuevo modelo -el que hemos llamado “modelo social”-, en torno al cual se va articulando una ordenación del fenómeno concurrencial sensiblemente distinta de la que servía de fundamento al sistema profesional”.<sup>15</sup>

Lo expuesto conduce hacia un cambio en el objeto de protección de las normas contra la competencia desleal: se pasa de un sistema basado en la tutela de los intereses privados de los empresarios a un sistema fundado en la protección del sistema económico basado en la libre competencia, en función tanto de los intereses privados de los empresarios, cuanto del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

Como se desarrollará más adelante, como consecuencia de este cambio en el objeto de protección de las normas contra la competencia desleal, en el modelo social ya no se exige que el empresario perjudicado por los actos desleales sea quien ejercite su derecho de acción contra el competidor que venía desarrollando tales actos -esto es, que exista

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, BERCOVITZ, nota 3 *Supra*, p. 70.

<sup>14</sup> De una manera bastante gráfica, Joaquín Garrigues señala que los soldados norteamericanos que llegaron a Europa, llevaban en sus mochilas, entre otras cosas, la legislación *antitrust*. GARRIGUES, Joaquín. “La Defensa de la Competencia.” Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones. 1964, p. 24.

<sup>15</sup> MENÉNDEZ, Op. Cit., p. 95.

una relación de competencia directa.<sup>16</sup> Por otro lado, tratándose de un sistema que pretende tutelar tanto los intereses de los agentes económicos (competidores y consumidores) como el interés público en la competencia, en el modelo social no se requiere la existencia de un daño efectivo o un comportamiento doloso para que se configure un acto de competencia desleal, bastando únicamente el perjuicio potencial e ilícito a un competidor, a los consumidores o al orden público.<sup>17</sup>

La incidencia de la legislación *antitrust* o de libre competencia norteamericana tiene otro efecto en las normas de protección contra la competencia desleal que merece destacarse: un cambio en la determinación de las prácticas prohibidas. Al respecto, Menéndez explica que:

“...ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales (sirvan de ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de zona de exclusividad), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo; y por el contrario, ciertas prácticas permitidas (como pueden ser la venta bajo coste, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta a la primacía de los valores o intereses ahora dominantes”.<sup>18</sup>

En otras palabras, la incorporación del consumidor en la esfera de protección conlleva un cambio en la percepción del problema. Ya no sólo se trata de reprimir conductas que puedan perjudicar a un competidor; adicionalmente, para considerar un acto de competencia como leal o desleal, deben evaluarse sus posibles efectos en el sistema competitivo y, en particular, frente al consumidor. Muchos supuestos de competencia agresiva, como por ejemplo la publicidad comparativa, fueron considerados desleales hasta que se advirtió que las comparaciones expresas de productos beneficiaban la competencia y al consumidor, reduciendo los costos de

acceso a información relevante para la toma de decisiones de consumo.

Es este cambio de perspectiva el que permite asimilar la competencia leal a la idea del sistema electoral. No se trata tan sólo proteger a un candidato de las agresiones de su adversario, se trata de garantizar el proceso democrático y, en particular, el derecho a elegir del “elector”. La protección al candidato deja de ser un fin, para convertirse en un medio.

Para finalizar, puede decirse incluso que las normas de protección de la competencia son más tuitivas que las normas de protección del sistema democrático. Por ejemplo, no existen en el sistema democrático mayores mecanismos para evitar la mentira en las promesas electorales, más allá de la propia futura de los electores. En cambio, las normas que reprimen la competencia desleal sancionan la mentira en las promesas de los proveedores, sin perjuicio de que posterior o paralelamente los consumidores, muchas veces, puedan de alguna manera propiciar que se corrijan estas conductas cambiando sus elecciones de consumo en futuras oportunidades.

### III. LA LEY PERUANA DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

#### 3.1 La finalidad de las normas de competencia desleal

La ley peruana tiene una marcada influencia europea, en particular española. Sin embargo, en su aplicación se ha recurrido a principios desarrollados no sólo en Europa, sino en otros sistemas como el norteamericano. Asimismo, se han desarrollado una serie de principios propios, que buscan ajustarse a la realidad de un país con una economía en desarrollo como la peruana.

El Decreto Ley 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, recoge el modelo social de protección contra la competencia desleal. Por este motivo, al momento de estudiar el articulado de esta Ley, resulta pertinente no perder de vista cuál

<sup>16</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 20.- De conformidad con lo dispuesto en el Título I, cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado. El afectado podrá iniciar la acción cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubiera cesado sus efectos.”

<sup>17</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 5.- 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. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor.”

<sup>18</sup> MENENDEZ, Alberto. Op. Cit. p. 96.

es el objeto de protección de dicho modelo. Ello, por ejemplo, facilitará la comprensión del artículo 1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que se transcribe a continuación:

“Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas.”

Una primera lectura del artículo transcrito podría llevarnos a concluir, de manera prematura, que las normas contenidas en el Decreto Legislativo 26122 se inspiran en las normas *antitrust* norteamericanas. Por el contrario, si se tiene presente que las normas de competencia desleal y las de libre competencia tienen un objeto de protección común -esto es, el mantenimiento y correcto funcionamiento de un sistema de libre competencia en una economía de mercado-, una lectura de los siguientes artículos nos permitirá deducir que el Decreto Ley 26122 no pretende evitar, desalentar ni sancionar las prácticas abusivas, controlistas y restrictivas de la libre competencia-, función que le compete al Decreto Legislativo 701, Ley de Libre Competencia; sino simplemente evitar, desalentar y sancionar aquellas conductas que no se enmarquen dentro de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas.

Sin embargo, sí es posible comprender que es una normatividad dirigida a proteger el mercado y la competencia misma, y que, por tanto obedece a un interés común que no necesariamente coincide con el de los competidores involucrados en un caso.

A continuación pasaremos a analizar con mayor detalle los elementos necesarios para la tipificación de un acto como competencia desleal en la legislación peruana.

### 3.2. Sujetos, existencia de un daño y vínculo causal

El Decreto Ley 26122 es de aplicación a todo sujeto de derecho que realice actividades económicas.<sup>19</sup> Sin embargo, como regla general, esta legislación

no exige como presupuesto para el ejercicio del derecho de acción por la presunta comisión de actos de competencia desleal, que el denunciante sea competidor del sujeto que desarrolla la conducta cuestionada -esto es, que exista una relación de competencia directa entre las partes involucradas en el procedimiento.<sup>20</sup> Por el contrario, bastará que el derecho de acción sea ejercido por una persona que pudiese verse afectada por el acto denunciado, sin importar que sea o no competidor del autor de éste.<sup>21</sup>

Por otro lado, como se ha adelantado anteriormente, para la calificación de un acto como competencia desleal, la legislación peruana tampoco exige que la conducta denunciada se haya ejecutado, bastando simplemente que exista la amenaza de que aquella se produzca. Asimismo, no es necesario que se demuestre la existencia de un daño efectivo ni, consecuentemente, que se acredite el vínculo causal entre la conducta denunciada y el daño, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.<sup>22</sup>

Estas normas claramente responden al modelo social de protección contra la competencia desleal reseñado anteriormente.

Adicionalmente, cabe mencionar que los criterios contenidos en las normas antes expuestas han sido recogidos en resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, de la siguiente manera:

“...del articulado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal no se desprende que las partes involucradas en un proceso necesariamente sean competidores. Por el contrario, el artículo 5 del Decreto Ley 26122 establece que para que un acto sea considerado desleal, basta que exista un perjuicio potencial e ilícito a un competidor, a los consumidores o al orden público. Por otro lado, como se ha señalado anteriormente, la actividad de los órganos funcionales del Indecopi se limita a corregir las fallas que se susciten y que distorsionen el normal desenvolvimiento del mercado -esto es, de las tran-

<sup>19</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 2.- La presente Ley será de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, sociedades de hecho, gremios o cualquier otra que realice actividades económicas.”

<sup>20</sup> Una excepción a este principio se encuentra contenida en la forma como se ha tipificado el acto de “inducción a la infracción contractual”, como se verá más adelante. Ver notas 48-52 *infra*, y el texto al que se acompañan. En este caso, se exige que la conducta esté dirigida contra un “competidor”.

<sup>21</sup> Ver nota 16 *Supra*.

<sup>22</sup> Ver notas 17 y 16 *Supra*.

sacciones mercantiles que diariamente se concertan en el territorio nacional-, así como a arbitrar en los conflictos que se presenten entre sus agentes -esto es, entre los oferentes y demandantes-. En este orden de ideas, la conducta denunciada, en tanto potencialmente puede afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en consecuencia al orden público del mercado, se enmarcaría dentro del ámbito de aplicación del referido Decreto Ley.”<sup>23</sup>

“En opinión de la Sala, estas normas (refiriéndose al articulado del de la Ley de Competencia Desleal) únicamente legitiman para interponer denuncias ante la Comisión a quienes pudiesen verse afectados por una conducta de un tercero que presumiblemente constituya un acto de competencia desleal, aún cuando dicha conducta no les genere un perjuicio efectivo.”<sup>24</sup> (El texto entre paréntesis es nuestro)

Para finalizar, cabe destacar que, en lo que concierne a la legitimidad para obrar pasiva en un procedimiento por competencia desleal -esto es, la capacidad para ser denunciado-, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha exceptuado a los medios de comunicación social que difundan información en ejercicio de sus libertades de información, expresión y opinión.<sup>25</sup>

### 3.3 Antijuricidad

De lo expuesto hasta el momento, apreciamos que en la legislación peruana el elemento central para la calificación de una conducta como un acto de competencia desleal es, básicamente, la determinación de su antijuricidad.

Para establecer qué tipos de conductas constituyen actos de competencia desleal, nuestra legislación ha empleado una cláusula general prohibitiva, sin perjuicio de listar de manera enunciativa los supuestos típicos más comunes. Algunos autores consideran esta técnica legislativa como adecuada. Así, por ejemplo, Baylos comenta que:

“...la experiencia acredita que la especificación de los supuestos concretos de actuación desleal no puede hacerse de un modo estricto de acuerdo con la técnica de la tipicidad. (...) estas leyes especiales resumen su criterio valorativo de la ilicitud de las conductas que se tachan de desleales en una definición omnicomprendensiva de todas las eventuales manifestaciones concretas de deslealtad, luego complementada por enumeraciones que no pretenden ser exhaustivas, sino recoger tan sólo los principales casos concretos.”<sup>26</sup>

En este mismo orden de ideas, Bercovitz expresa que:

“La experiencia pone de manifiesto que ese planteamiento es el más eficaz. Por una parte tipifica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica; y por otra, gracias a la cláusula general, se establece la prohibición en unos términos que permite incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos.”<sup>27</sup>

### 3.4 La cláusula general prohibitiva

Como se adelantó anteriormente, la cláusula general no es más que una definición genérica de lo que

<sup>23</sup> Resolución 96-96-TDC, nota 2 *Supra*, emitida en el procedimiento seguido por Productos Rema S.A., empresa dedicada a la manufactura de enchufes triples, contra Luz del Sur S.A.. En este proceso, la denunciante argumentaba que Luz del Sur S.A. había incurrido en actos de denigración, al presentar en un folleto, referido a maneras de prevenir incendios en el hogar, la imagen de un enchufe triple de marca “Rema” en proceso de combustión. La Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi estimó que, pese a que las partes no eran competidores directos, la difusión de folletos sobre cómo evitar accidentes eléctricos en el hogar difundidos por una empresa de distribución de energía, en los que aparecía un enchufe con la marca de la denunciante en proceso de combustión, sería susceptible de menoscabar el crédito de estos productos en el mercado.

<sup>24</sup> Resolución 13-97-TDC, en el procedimiento iniciado por Confecciones Ritzy S.A. para que se declare que las conductas que dicha empresa venía desarrollando no constituían un acto de competencia desleal. La Sala estimó que la solicitud de declaración negativa de competencia desleal, basada en actos propios del solicitante (esto es, de quien no es o pudiese verse afectado por la conducta que se pretendía legitimar), no es procedente conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 26122.

<sup>25</sup> Resolución 085-99/TDC-INDECOPI, del 10 de marzo de 1999, emitida en el proceso seguido por Warner Lambert Perú S.A. contra la Revista Además y los señores Oscar Vergara y Guillermo Valdivia. En este proceso, Warner Lambert sostuvo que en ediciones de la revista Además se difundieron dos artículos en relación con los productos que comercializaba denominados «Tabrón» y «Chloromycetín». A criterio de la denunciante, en los artículos se incluían afirmaciones denigratorias sobre sus productos, hecho que afectaba gravemente su prestigio comercial.

<sup>26</sup> BAYLOS, Hermenegildo. “Tratado de Derecho Industrial”. Madrid: Civitas, 1978, p. 317.

<sup>27</sup> BERCOVITZ, Alberto. Nota 8 *Supra*. pp. 24-25.

se considera, en este caso, un acto de competencia desleal; o, si se quiere, una prohibición en términos amplios que permite incluir supuestos particulares no previstos o tipificados específicamente en la legislación. En tal sentido, esta cláusula es de aplicación en aquellos casos en que la presunta conducta desleal no encaja dentro de un tipo específico contemplado en la ley. Al respecto, Baylos explica que:

“La dificultad de delimitar los supuestos tópicos de competencia desleal ha abierto el camino para las cláusulas generales en que los actos comprendidos como desleales, en lugar de figurar en una lista cerrada, quedan identificados por sus características, finalidad o efectos, en una descripción general, en la que, al aplicarla a la conducta que se valora, quedan identificados. Esa identificación del acto como desleal está, dentro de esas cláusulas, en la aplicación de criterios de valoración a los que la cláusula remite. La cláusula general se estructura como un enunciado integrado por conceptos jurídicos indeterminados, cuyo carácter normativo está en su remisión a criterios de valor o principios de experiencia extrajurídicos.”<sup>28</sup>

En lo que concierne a la legislación peruana, el artículo 6 del Decreto Ley 26122, enuncia la cláusula general prohibitiva en materia de protección contra la competencia desleal, de la siguiente manera:

“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.”

En líneas generales, la definición contenida en la norma antes transcrita es similar a la empleada en la actualidad por la doctrina y legislación comparada. Así, a manera de ejemplo, el artículo 10 *bis* del Convenio de París, modificado por el Acta de Estocolmo de 1967, señala que “[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Las legislaciones de otros países han adoptado términos similares a los empleados por la Ley peruana, tales como “prácticas comerciales honestas”, “el principio de buena fe”, “corrección profesional” y “buenas costumbres”.<sup>29</sup>

Sin embargo, la adopción de una cláusula general prohibitiva no es de ninguna manera una panacea, como parecerían insinuar algunos de los autores antes citados. De hecho, si bien esta técnica legislativa tiene ciertas virtudes, no es una solución omnicomprendensiva al problema real que representa establecer qué actos pueden ser considerados incorrectos o atentatorios contra el normal y transparente desenvolvimiento de las actividades económicas. Por el contrario:

“...siempre hay nuevos actos de competencia desleal, ya que claramente no existe ningún límite a la inventiva en el campo de la competencia. Hasta ahora han fallado todos los intentos por incorporar todos los actos de competencia actuales y futuros en una sola definición que al mismo tiempo defina todos los comportamientos prohibidos y sea suficientemente flexible para adaptarse a nuevas prácticas desleales.”<sup>30</sup>

Por otro lado, en la práctica, delimitar el alcance y el contenido de los conceptos abstractos e indeterminados empleados para construir la cláusula general no es una tarea fácil de realizar. En este orden de ideas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) nos señala que estos conceptos:

“...no ofrecen normas de comportamiento claras y de aceptación universal, ya que el significado de los términos es más bien abstracto. La norma de “lealtad” u “honestidad” en la competencia no es más que el reflejo de conceptos sociológicos, económicos, morales y éticos de una sociedad y por lo tanto pueden diferir de un país a otro (y algunas veces, incluso dentro de un mismo país).”<sup>31</sup>

En el caso peruano, la cláusula general del Decreto Ley 26122 incorpora los conceptos de “buena fe comercial”, “normal desenvolvimiento de las actividades económicas” y “normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”. Es evidente que estos conceptos no son unívocos ni universalmente constantes. De esta manera, para determinar la deslealtad de una conducta empleando la cláusula general, no debe perderse de vista cuál es el objeto de protección de las normas de competencia desleal -es decir, el mantenimiento y correcto funcionamiento de un sistema de libre competencia en

<sup>28</sup> BAYLOS, Hermenegildo. “Tratado de Derecho Industrial”. Madrid: Segunda Ed., Civitas, 1993, p. 337.

<sup>29</sup> Ver, por ejemplo, OMPI. Op. Cit., p. 25.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

una economía de mercado, en tanto se considera que éste es el mejor sistema para asignar de manera más eficiente los recursos económicos-, a fin de evitar caer en contradicciones.<sup>32</sup> Este tipo de interpretación teleológica no sólo nos facilitará la tarea de determinar qué tipo de conductas deben sancionarse por la cláusula general, sino además, nos resultará una herramienta de suma utilidad para analizar y, eventualmente, criticar, algunos de los supuestos específicos tipificados como actos desleales en nuestra ley.

Finalmente, debe destacarse que la aplicación de la cláusula general, netamente, residual—es decir, se debe recurrir a ella únicamente cuando no existe un tipo especial aplicable. En este orden de ideas, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha establecido lo siguiente:

“El artículo 6 del Decreto Ley 26122 - cláusula general - contiene una definición amplia y general de aquellas conductas que constituyen actos de competencia desleal (...).

La Sala considera que (la cláusula general) de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (resulta aplicable) a aquellos supuestos que no se hallaran ya previstos en artículos específicos de la Ley. Así, como ha señalado la Comisión, existen actos de competencia desleal que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, los cuales deberán ser analizados dentro del marco de la cláusula general (...).”<sup>33</sup>

### 3.5 Supuestos específicos tipificados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Como se ha señalado anteriormente, la Ley de Represión de la Competencia Desleal tipifica de manera enunciativa, por un lado, los comportamientos desleales que suelen darse con mayor frecuencia en el mercado. Por otro lado, establece una cláusula general para comprender aquellas conductas que, no estando expresamente previstas como actos sancionables, pueden considerarse contrarias a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas. El artículo 7 del Decreto Ley 26122, resume cuáles son las conductas sancionables de la siguiente manera:

“Artículo 7.- Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquéllos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo.”

Existe cierto consenso respecto a la deslealtad de determinados comportamientos concretos que han sido tipificados de manera expresa, tanto en los documentos internacionales como en las legislaciones particulares de cada país. Este es el caso de los actos de confusión, denigración y engaño, recogidos en el inciso 3 del artículo 10 *bis* del Convenio de París (modificado por el Acta de Estocolmo de 1967)<sup>34</sup> y en la legislación peruana.<sup>35</sup> A continua-

<sup>32</sup> Este tipo de análisis teleológico es empleado con frecuencia, por ejemplo, por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi y, en la práctica, ha resultado útil para definir los alcances de los conceptos contenidos en las distintas leyes a cargo de este organismo. Por ejemplo, ver nota 2 *Supra*.

<sup>33</sup> Resolución 136-98/TDC-INDECOPI, del 20 de mayo de 1998, emitida en el proceso seguido por Cristal Vladich S.C.R.L. contra las empresas Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Backus & Johnston S.A.. En este caso, la denunciante apeló una resolución emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que declaró infundada todas las presuntas infracciones imputadas a las denunciadas, alegando que la Comisión había omitido pronunciarse respecto de la cláusula general del Decreto Ley 26122. La Sala consideró que los hechos materia de denuncia no constituían infracciones a la cláusula general de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y declaró improcedente la nulidad de la resolución apelada, toda vez que consideró que la Comisión se había pronunciado sobre todos los extremos de la denuncia que constituían materia de su competencia.

<sup>34</sup> Convenio de París (modificado por el Acta de Estocolmo de 1967): “Artículo 10 *bis* - (...) 3) En particular deberán prohibirse:

1. cualquier acto que sea capaz de crear confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieran 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.”

<sup>35</sup> Ver notas 36, 40 y 42 *Infra*.

ción, pasaremos a revisar, de manera muy breve, cuáles son los principales actos de competencia desleal tipificados en nuestra legislación.

### 3.5.1 Actos de engaño en general

El principal tipo de acto desleal hacia los consumidores es probablemente el engaño, tipificado en los artículos 9 y 10 del Decreto Ley 26122.<sup>36</sup> En términos generales, como ha señalado la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, “el engaño es concebido como un acto por el cual un competidor genera una impresión falaz respecto de sus propios productos o servicios, captando de esta manera mayor clientela”.<sup>37</sup>

Cotidianamente apreciamos la proliferación de nuevos productos que ingresan a competir en el mercado, elaborados con estándares tecnológicos cada vez más sofisticados. La posibilidad de que los consumidores puedan acceder por sus propios medios a conocimientos respecto al modo de fabricación, los componentes, las características u otra información que pueda resultar pertinente para sus decisiones de consumo, resulta poco menos que una utopía: el costo es prohibitivo. En la práctica, dicha información sólo es manejada por las empresas que fabrican y comercializan tales productos.

Así, por lo general, los consumidores se encuentran en desventaja frente a los proveedores de los bienes

y servicios que diariamente adquieren o contratan. Esta desventaja básicamente se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información que permite que sus decisiones de consumo sean las que, en su opinión, les reporten mayores beneficios. La información permite conocer las distintas alternativas que se ofrecen en el mercado, a la vez que permite comprender suficientemente las implicancias de cada una de ellas y, sobre todo, facilita la comparación: sin un adecuado suministro de información, la libertad de elección de los consumidores se vería seriamente limitada. Por el contrario, la difusión de este tipo de información en una economía de mercado facilita el proceso de intercambio que permite asignar los recursos escasos a sus usos más valiosos.

Por otra parte, el engaño no sólo afecta a los consumidores (quienes confiando en la información incorrecta pueden sufrir un daño económico u otro daño aun más grave), sino también perjudica al competidor honrado (quien pierde clientela) y al mercado (disminuyendo la transparencia, con las implicancias que ello trae para la economía y en bienestar en general).<sup>38</sup>

Lo expuesto justifica la adopción de medidas que protejan a los agentes económicos y al mercado contra los actos de engaño en las actividades económicas.

En este campo, la actuación del Indecopi no se agota en las normas de represión de la competencia des-

<sup>36</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “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.”

Ley de Represión de la Competencia Desleal: “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.”

<sup>37</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución 007-97-TDC del 10 de enero de 1997, emitida en el proceso seguido por Provivienda S.A. contra el Cuerpo Técnico de Tasaciones del Perú. En este caso, la denunciada afirmó que el Cuerpo Técnico de Tasaciones del Perú venía difundiendo, por distintos medios, la frase “Institución fundada en 1889 - Reconocida oficialmente por la Ley 6761”. De acuerdo a la denunciante, esta frase daría a entender a los consumidores que el servicio de valuación que presta el Cuerpo Técnico de Tasaciones del Perú posee un reconocimiento oficial y un respaldo gubernamental, lo que no estaría contemplado en la mencionada Ley. La Sala de Defensa de la Competencia confirmó la resolución de primera instancia, declarando infundada la denuncia, en base a las siguientes consideraciones: “[L]a frase materia de denuncia no atribuye cualidades especiales a los servicios que brinda la denunciada, ni les otorga un carácter oficial. En opinión de esta Sala la frase ‘Institución fundada en 1889 - Reconocida oficialmente por la Ley 6761’ es una mera alusión a la creación y reconocimiento de la institución denunciada, hechos que son por demás objetivamente comprobables. Así, la primera parte de la frase cuestionada equivale, por ejemplo, a otras fórmulas usuales que se emplean en el mercado tales como ‘Casa fundada en ...’ o ‘Desde ...’, que no inducen a error a los consumidores en tanto la información que contengan se ajuste a la realidad.

Adicionalmente, en opinión de esta Sala, la frase ‘Reconocida oficialmente por la Ley 6761’ no es susceptible de dar a entender a un consumidor razonable que tal reconocimiento equivalga a que dicha institución o los servicios que presta, tengan un carácter oficial. A manera de ejemplo, el hecho que una revista estudiantil se encuentre reconocida oficialmente por una Resolución del Ministerio de Educación, no induciría a un consumidor razonable a pensar que aquella se trata de una publicación oficial de dicha entidad o que los artículos publicados en la misma constituyan una opinión oficial del Ministerio.”

<sup>38</sup> Ver OMPI. Op. Cit. p. 41.

leal. La aplicación de las normas de protección al consumidor (Decreto Legislativo 716) y las normas de supervisión de la publicidad comercial (Decreto Legislativo 691) complementan un marco legislativo que garantiza la transparencia y el acceso a información relevante para las decisiones de consumo. Este marco legal persigue establecer incentivos para que las empresas coloquen en el mercado información suficiente y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles. En otras palabras, el modelo favorece la reducción de los costos de transacción en el mercado, estimulando la dinámica del mismo.<sup>39</sup>

El hecho que los distintos órganos funcionales encargados de aplicar las leyes antes mencionadas se encuentren incorporados en una sola agencia gubernamental ha permitido coordinar y unificar los estándares de interpretación de las mismas, lo cual reduce la incertidumbre de los agentes económicos. Por ejemplo, para determinar qué tipo de información es susceptible de inducir a error al público se utiliza siempre, en cualquiera de las áreas, el concepto de “consumidor razonable”, en contraposición del comúnmente citado “consumidor medio”. El consumidor medio no es sino el actor común en una determinada colectividad; mientras que el consumidor razonable es un estándar abstracto de lo que sería el comportamiento socialmente deseable de un individuo. Si en un país el comportamiento de un consumidor medio, digamos su diligencia, está por debajo de lo “razonable” -esto es, de lo socialmente deseable-, las decisiones que adopten como estándar de tutela al individuo promedio promoverán su falta de diligencia (o al menos no generaran incentivos para que adopte mayores precauciones). El resultado sería la reducción del bienestar social.

En la aplicación de las normas que reprimen el engaño en el mercado se ha asumido que el criterio de lo “razonable” incentiva conductas adecuadas por parte de los consumidores, lo que a su vez promueve eficiencia y competitividad.

### 3.5.2 Actos dirigidos a menoscabar el crédito comercial de un competidor

A diferencia del engaño, en el cual un sujeto atribuye características falsas respecto de sus propios productos, *a grosso modo*, los actos desleales de denigración y comparación, tipificados en los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 26122,<sup>40</sup> consisten en difundir información falsa (o, siendo verdadera, inexacta o impertinente) o realizar comparaciones inapropiadas, respecto de un tercero o sus productos. En esta línea, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido en anteriores oportunidades lo siguiente:

“Al respecto, el engaño puede definirse como la creación de una impresión falsa de los productos o servicios propios. En otras palabras, en el engaño la información está referida a los productos o servicios propios de quien incurre en los actos de competencia desleal. Así, en el engaño el agente proporciona información incorrecta o falsa respecto de sus propios productos o servicios para de esta manera atraer clientela de manera indebida.

Por el contrario, la denigración es definida como cualquier aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo. En otras palabras, la denigración se puede configurar tanto con afirmaciones falsas como con afirmaciones ver-

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución 050-98/TDC-INDECOPI, del 25 de febrero de 1998, emitida en el proceso seguido por Compañía de Petróleos Shell del Perú S.A. contra Rentik S.A.. En este caso, se declaró que la denunciada había infringido el artículo 9 del Decreto Ley 26122, al comercializar combustibles adquiridos de *Petroperú S.A.* utilizando para ello los medios de identificación de *Shell*, cedidos en virtud de un contrato de distribución exclusiva.

Ver también la Resolución 115-98/TDC-INDECOPI, del 29 de abril de 1998, emitida en el proceso seguido por Fábrica de Accesorios Electrónicos S.A. -Facelsa- contra Electrónica Audiotek S.A. y, de oficio, contra el señor Macario Camones Presentación. El proceso fue declarado fundado por infracciones al artículo 10 del Decreto Ley 26122, toda vez que los denunciados distribuían productos en los que se consignaba como indicación de procedencia geográfica la palabra “Japan”, siendo que los mismos provenían de la República Popular China, hecho que inducía a error a los consumidores sobre la procedencia geográfica de tales productos.

Ver, finalmente, la Resolución 328-99/TDC-INDECOPI, del 20 de noviembre de 1998, en el proceso seguido por Rena Ware del Perú S.A. contra *Zephir Internacional S.A.* En este proceso se declaró fundada la denuncia por la infracción del artículo 10 del Decreto Ley 26122, toda vez que la denunciada distribuía juegos de ollas y sartenes de origen coreano como si fueran productos alemanes.

<sup>40</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 11.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”

Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 12.- Actos de comparación: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se sustente en afirmaciones falsas o no comprobables.

La comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante a tenor de lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 11 de la presente Ley.”

daderas sobre un competidor, sobre sus productos o sus servicios. En este último supuesto -esto es, cuando se difunda información verdadera-, la ley exige además que tal información sea pertinente y exacta, dentro del contexto en que ésta se difunde.”<sup>41</sup>

Un lector perspicaz podrá observar que la distinción esbozada líneas atrás es un mero artificio teórico. En sí, los actos dirigidos a menoscabar el crédito comercial de un competidor no son, en la práctica, sino actos de engaño -es decir, actos destinados a generar una impresión falsa en la mente de los consumidores que pueden alterar sus preferencias en el mercado. No obstante, la existencia de una tipificación múltiple, quizás por razones de índole didáctica, trae a colación la necesidad de darle contenido teórico a los diferentes actos proclamados como desleales. En esta no tan simple tarea, la administración debe siempre aspirar a armonizar los criterios que finalmente adopte con los fines perseguidos por el resto de la legislación que conforma el marco jurídico de una auténtica regulación para el mercado. En otras palabras, debe cuidarse de no terminar sancionando como desleal conductas que otras leyes (como por ejemplo, la Ley de Libre Competencia) consideran lícitas o incluso pretenden promover por considerar que favorecen la eficiencia económica. Sólo a través de este esfuerzo de coordinación permanente se podrá garantizar un efectivo poder electoral de los consumidores.

### 3.5.3 Actos que generan confusión

El correcto funcionamiento de una economía de mercado basada en el principio de la libre iniciativa privada en las actividades económicas, requiere que sea posible diferenciar entre las distintas empresas que concurren en el mercado y entre los distintos productos y servicios que en él se ofrecen. A grandes rasgos, los actos de confusión y explotación de la reputación ajena tipificados en los artículos 8 y 14 del Decreto Ley 26122,<sup>42</sup> están constituidos por aquellas conductas que restringen o impiden diferenciar entre las diversas actividades, prestaciones, productos o servicios que concurren en el mercado.

Para determinar si una práctica comercial puede o no generar confusión en el mercado, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha señalado en anteriores oportunidades que:

“...la confundibilidad o el riesgo de confusión al que se encuentran expuestos los consumidores debe evaluarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor razonable -esto es, un consumidor crítico que compara y se informa antes de efectuar una decisión de consumo-, teniendo en cuenta la presentación o el aspecto general de los productos o de las prestaciones materia de evaluación.”<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Resolución 051-97-TDC, del 21 de febrero de 1997, en el proceso seguido por Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra *International Inspection Service LTD*. En este caso, debido a un error del personal de *International Inspection Service Ltd.*, Transportes Cesaro recibió una comunicación por vía facsímil dirigido a la empresa alemana *Spedition Herbst*, en el cual se le informaba a esta última acerca de la idoneidad de los servicios prestados por diferentes empresas dedicadas al transporte pesado, entre ellas la denunciante. En esta comunicación se señalaba que, anteriormente, la denunciante había tenido serios problemas “debido a que no se pudo descargar los motores por falta de equipo adecuado”. Según la denunciante, la información contenida en dicho facsímil resultaría engañosa, denigrante y susceptible de menoscabar su crédito en el mercado. Al respecto, la Sala consideró que existían elementos de prueba suficientes para presumir la veracidad y exactitud de la información materia de denuncia. Adicionalmente, señaló “que el facsímil materia de denuncia constituye una comunicación privada que guarda relación con la actividad empresarial realizada por la denunciada, que no habría generado descrédito de la imagen de Transportes Cesaro Hermanos S.A. en el mercado. Simplemente se trata de una empresa que intenta brindarle la mayor cantidad de información a su cliente para que éste efectúe una decisión de consumo (contratar a un transportista). En tal sentido, la entrega de dicha información resultaría pertinente.”

Ver, también, Resolución 027-98/TDC-INDECOPI, del 26 de enero de 1998, en el proceso seguido por Editores de Medios Exclusivos S.R.Ltda. y Editores de Medios Publicitarios S.R.Ltda. contra *Inter World Network (Perú) S.A.* y los señores Gianfranco y Orestes Bacigalupo Giugliano. En esta resolución, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el señor Orestes Bacigalupo Giugliano cometieron actos desleales de denigración al difundir manifestaciones en un comunicado publicado en el diario *El Comercio* el 29 de agosto de 1996 respecto de Editores de Medios Exclusivos S.R.Ltda. y Editores de Medios Publicitarios S.R.Ltda. cuya veracidad, exactitud y pertinencia no habían quedado acreditadas.

<sup>42</sup> Ley de 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.”

Ley de Represión de la Competencia Desleal: “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 asocian a un tercero.”

<sup>43</sup> Resolución 008-97-TDC del 10 de enero de 1997, en el proceso seguido por *Productos Paraíso del Perú S.A.* contra *Tejidos Urdisa S.A.* por la presunta imitación de diseños (estampados) de telas empleadas para fabricar colchones. En dicho caso, la denunciante pretendía la protección de un diseño industrial que había pasado al dominio público (y por tanto ya no era protegible por las normas de infracción

El lector podrá apreciar que los actos de confusión y explotación de la reputación ajena son muy similares a casos comunes de infracción al registro de marcas. Nuevamente vale destacar que la coexistencia de la Oficina encargada del registro y protección de los signos distintivos y la Comisión encargada de promover la leal competencia en una sola agencia gubernamental, ha permitido coordinar y delimitar adecuadamente los ámbitos de competencia y los criterios de ambos órganos funcionales, lo cual reduce la incertidumbre de los agentes económicos.<sup>44</sup>

### 3.5.4 Violaciones de secretos comerciales

El artículo 15 del Decreto Ley 26122 tipifica como desleal la violación de secretos.<sup>45</sup> Consideramos que esta norma básicamente está referida a la protección de secretos comerciales,<sup>46</sup> en tanto los secretos industriales encuentran una amplia protección

especial en los artículos 116 a 127 de la Ley de Propiedad Industrial. Nuevamente, apreciamos que la coexistencia en una misma agencia gubernamental de la Oficina encargada de proteger los secretos industriales con la Comisión encargada de velar por el cumplimiento de la norma comentada debe facilitar que se establezcan competencias claras en esta materia.

En líneas generales, esta norma considera desleal la divulgación o explotación de información comercial a la que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas tipificada en esta ley.

Cabe destacar que esta norma establece una excepción expresa al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Represión de la Competencia desleal al señalar que la persecución del sujeto incurso en las

al registro de patentes), invocando las normas de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Los denunciados habían empleado los diseños para fabricar telas de cortina. El Tribunal declaró infundada la denuncia, señalando que aún si las telas de cortina fuesen empleadas para fabricar colchones, un consumidor razonable debería poder diferenciar la procedencia empresarial de los productos. Ver, también, la Resolución 086-98/TDC-INDECOPI, del 27 de marzo de 1998, emitida en el proceso seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A. La Sala consideró que el catálogo "Línea de hoteles y casinos Hogar" de la denunciada no imitaba la presentación visual ni el esquema general del catálogo de la denunciante y, aún si ello fuera así, la presunta imitación no induciría a error ni confundiría a los consumidores.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, en uso de las facultades legales, la Sala Plena del Tribunal de Indecopi dictó la Directiva 001-96-TRI, que estableció que es competencia de la Oficina de Signos Distintivos conocer los actos de confusión y explotación de la reputación ajena referidos a signos que se encuentren registrados y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de aquellos que no. Para el caso de los actos que afectan tanto signos registrados como no registrados, la Sala Plena estableció el principio de la "punta de la flecha", según el cual la existencia de un elemento registrado determina que la Oficina de Signos Distintivos deberá resolver el caso, solicitando siempre la opinión de la Comisión de Competencia Desleal. Para el caso de duplicidad de funciones entre la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías, se aplican criterios similares.

El nombre del principio aplicado para casos de duplicidad de competencias ("punta de la flecha"), conlleva implícita la idea de que los derechos de propiedad industrial debidamente constituidos "arrastran" a los demás elementos no registrados que generan confusión. Así, a manera de ejemplo, supóngase el caso de un restaurante que no sólo copia el nombre de otro (elemento registrado), sino adicionalmente el diseño de su interior, la distribución de sus mesas, la vestimenta de sus meseros, los colores de sus manteles, su vajilla y utensilios y demás elementos no registrados que lo caracterizan e individualizan en la mente de los consumidores. La concepción que subyace es que la imitación de los elementos no registrados refuerza la confusión que se pretende realizar usurpando un elemento registrado, razón por la cual los primeros deben seguir la suerte del principal.

Los criterios establecidos en esta Directiva fueron aplicados en la Resolución 033-96-TRI-SDC/INDECOPI, del 28 de agosto de 1996, en el proceso seguido por Pizzería La Romana S.A. contra Romana Saazon Corp. S.R.L. En este proceso, la denunciante alegaba que Romana Saazon Corp. S.R.L. había imitado signos distintivos, registrados y no registrados, que caracterizaban a sus establecimientos comerciales. En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el caso era de competencia de la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi.

<sup>45</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: "Artículo 15.- Violación de secretos: Se considera desleal:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de los conocimientos, informaciones, ideas, procedimientos técnicos o de cualquier otra índole, de propiedad de éste, y a los que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 16.

b) La adquisición de secretos por medio de espionaje, acceso indebido a microformas bajo la modalidad de microfilm, documentos informáticos u otros análogos, utilización de la telemática, por medio de espionaje o procedimiento análogo.

La persecución del infractor, incurso en las violaciones de secretos señalados en los incisos anteriores se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico."

<sup>46</sup> La Sala de Defensa de la Competencia ha considerado que el "secreto comercial" se encuentra relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa, mas no a los conocimientos tecnológicos con que cuenta la empresa para desarrollar su actividad económica. En este orden de ideas, la Sala ha establecido que constituye secreto comercial, por ejemplo, la relación de clientes de una empresa, los volúmenes de ventas, costos de producción, planes de desarrollo, etc. Ver, por ejemplo, la Resolución 0018-1998/TDC-INDECOPI, del 19 de enero de 1998, emitida en el expediente 041-97-C.C.D., que declara la reserva de la información de determinada documentación presentada por Telefónica del Perú S.A., en el procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Competencia Desleal contra dicha empresa por supuestas infracciones al Decreto Legislativo 691.

violaciones de secretos se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico. Así, esta norma permite no sólo sancionar, por ejemplo, a un competidor que explota un secreto comercial ajeno, sino además a aquella persona que se lo proporcionó (v. gr., un trabajador o un espía).<sup>47</sup>

### 3.5.5 Actos dirigidos a interferir en las relaciones contractuales de un competidor

El artículo 16 del Decreto Ley 26122 reputa desleal la inducción a la infracción contractual y la inducción a la terminación regular de un contrato.<sup>48</sup> Los casos denunciados a menudo involucran a trabajadores y clientes. Para ilustrar la diferencia entre uno y otro supuesto, resulta útil la siguiente jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, referida a trabajadores de empresas competidoras:

“...la Sala considera que inducir a que un trabajador resuelva la relación laboral con un empleador no es en sí una inducción a la infracción de las obligaciones propias de su contrato de trabajo, toda vez que la Ley le franquea a los trabajadores el derecho de unilateralmente poner fin dicha relación mediante la renuncia. Por el contrario, el supuesto de la norma en cuestión está más bien relacionado a aquellas conductas que tienen por propósito que un trabajador incumpla los deberes u obligaciones explícitas o implícitas en su Contrato de Trabajo (tales como cumplir los horarios fijados por el empleador, laborar con eficiencia, etc.) para así obtener una ventaja competitiva.”<sup>49</sup>

En lo que específicamente concierne a la inducción a la terminación regular de un contrato, cabe destacar que este hecho no siempre constituye una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sino únicamente cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha señalado que:

“...toda inducción a la terminación regular de la relación contractual que mantiene un competidor con un trabajador no constituye *per se* una infracción a las normas de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, no todo daño causado a un competidor en el mercado es por sí desleal. Por el contrario, existen daños naturales, consecuencia de la concurrencia, que son lícitos siempre y cuando se enmarquen dentro de los límites de la buena fe comercial y de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, tales como la pérdida de clientes ante mejores precios, calidades o condiciones de venta de los competidores. De igual manera, la pérdida de trabajadores ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible: en principio, los trabajadores de las empresas son libres de optar por el empleador que les ofrezca las mejores condiciones laborales. Así, las empresas que concurren en el mercado no sólo compiten para captar mayor clientela, sino que también compiten para captar a los mejores trabajadores, siendo esto último lícito y beneficioso para el desarrollo de una economía social de mercado.”<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución 277-98/TDC-INDECOPI, del 7 de octubre de 1998, emitida en el proceso seguido por Micromega S.A. contra Ferca Data S.A., Transfar Supplies Computer S.A., y los señores César Augusto Gonzalo Marimón y Alvaro Néstor Castro Lazarte. De acuerdo al texto de la denuncia, los señores Castro y Gonzalo, en su calidad de ex-trabajadores de Micromega S.A., habían violado secretos comerciales de dicha empresa, proporcionando tal información a su competidora Ferca Data S.A., para la que se encontraban prestando servicios. Dicha información se encontraba referida a la forma de comercialización, relación de clientes, estructura de costos y formación de precios de los productos de la denunciante. En este caso, la Sala declaró fundada la denuncia, al considerar que había quedado acreditado que el señor Alvaro Néstor Castro Lazarte, a nombre de Ferca Data S.A., remitió un fax a la empresa Polysistemas S.A. con información respecto de la cotización de unos equipos, aprovechando que conocía del requerimiento que, sobre el particular, formuló esta última empresa a Micromega S.A., y el contenido de una anterior cotización remitida por la denunciante, por ser empleado de Micromega S.A..

<sup>48</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 16.- Inducción a la infracción contractual: Se considera desleal: a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiere se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales. b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.”

<sup>49</sup> Resolución 005-97-TDC del 3 de enero de 1997, en el proceso seguido por Bijoutería B&C S.R.L. contra Belcro S.R.L. por, entre otras cosas, el presunto robo de vendedores. La denuncia fue desestimada sobre la base de los argumentos citados.

<sup>50</sup> Ibid.

En este mismo orden de ideas, Massaguer señala que:

“...la inducción a la terminación contractual no es por sí misma un acto de competencia desleal. El ofrecimiento de mejores condiciones a los trabajadores, contractualmente vinculados con tercero no funda por sí sólo el juicio de deslealtad, incluso si estas condiciones son enormemente más favorables que las del contrato en vigor y no corresponden al nivel medio de las ofrecidas normalmente. No comete acto de competencia desleal, pues el empresario que con su oferta de empleo determina a un trabajador empleado por tercero a terminar su actual relación laboral mediante dimisión para entrar a su servicio. Cualquier persona puede captar lícitamente clientes, trabajadores, de un tercero, entrando en contacto con ellos durante la vigencia de la correspondiente relación contractual y proponiéndoles la conclusión de contratos que presupongan la extinción del primero. Todo agente que participa en el mercado debe prever y afrontar el riesgo de la pérdida de trabajadores (...) por ofertas más atractivas.”<sup>51</sup>

Es importante destacar que el texto del comentado artículo 16 contiene una excepción expresa al principio general de la no exigibilidad de una relación de competencia directa entre el denunciante y el denunciado, al hacer referencia, en la tipología de la infracción, a “un competidor”. Sobre este aspecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha establecido los siguientes parámetros para determinar cuándo estamos frente a una “relación de competencia”:

“[L]a nota esencial de la relación de competencia es su carácter de lucha o pugna existente entre las diversas empresas que concurren en el mercado, por lograr la preferencia de los consumidores. En razón de ello, la relación de competencia nace en la medida que cada transacción comercial que efectúe cualquiera de las empresas participantes en el mer-

cado represente para las demás una oportunidad comercial perdida.

Adicionalmente a ello, cabe señalar que la competencia no se sustenta únicamente en el caso de igualdad de actividades entre los agentes participantes, sino que también puede existir cuando se aprecie cierta coincidencia e interrelación entre las actividades desarrolladas por éstos.

Así, la Sala coincide con la Comisión en que la referida relación de competencia se acentúa cuando existe una identidad de actividades, productos, servicios o clientela entre las empresas que participan en el mercado, pero no está limitada exclusivamente a dicha identidad. De este modo, también se encuentran en relación de competencia aquellas empresas que prestan servicios u ofrecen bienes similares o sustitutos.”<sup>52</sup>

### 3.5.6 Violación de normas

Un típico acto de competencia desleal es el del competidor que, por no pagar impuestos o incumplir otro tipo de dispositivos legales aplicables a su actividad económica, reduce sus costos y, por tanto, adquiere una ventaja competitiva (por ejemplo, vender más barato) que le permite captar mayor clientela. Este tipo de conductas se encuentran tipificadas en el artículo 17 del Decreto Ley 26122.<sup>53</sup>

En muchos supuestos, la verificación de la infracción a un dispositivo administrativo le corresponde a otro organismo gubernamental. Por ello, la Sala de Defensa de la Competencia ha señalado que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal deberá, antes de emitir un fallo, pedir al organismo correspondiente un informe técnico respecto de la presunta violación de normas.<sup>54</sup> De esta manera se pretende evitar contradicciones dentro de la Administración Pública.

<sup>51</sup> MASSAGUER, José. “La Inducción a la Infracción Contractual”. En: Actas de Derecho Industrial. Tomo XV, 1993.

<sup>52</sup> Resolución 109-99/TDC-INDECOPI, del 24 de marzo de 1999, emitida en el proceso seguido por Informatik S.A. contra Telefónica del Perú S.A. y Plains Tech S.A.. En este caso, la denunciante suscribió con Telefónica un contrato para el desarrollo de un software. Para ello, la denunciante designó a dos técnicos, capacitados por ella, para realizar esta labor. Posteriormente, los trabajadores de Informatik S.A. dejaron de prestar servicios a su empresa, al ser contratados por Telefónica Sistemas S.A. y Plains Tech S.A.. En paralelo, Telefónica del Perú S.A. resolvió el contrato con la denunciante y contrató con Telefónica Sistemas S.A. y Plains Tech S.A., quienes designaron a los ex-trabajadores de Informatik S.A. a fin de continuar con el proyecto contratado. La Sala declaró improcedente la denuncia de Informatik S.A., en el extremo en que denunciaba a Telefónica del Perú S.A. por inducción a la infracción contractual, por no existir una relación de competencia entre ambas empresas.

<sup>53</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 17.- Violación de normas: Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.”

<sup>54</sup> Así, por ejemplo, ver la Resolución 005-96-TRI-SDC/INDECOPI, emitida en el proceso seguido por la Compañía Peruana de Gas S.A. (Solgas) en contra de Petro Gas. En este caso, Solgas denunció que Petro Gas habría violado las normas contenidas en el Decreto Supremo 001-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo. La Sala consideró que la Comisión de Represión de la

Adicionalmente, cabe destacar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, mediante un precedente de observancia obligatoria, ha diferenciado este tipo de casos de los llamados actos de “competencia prohibida”, estableciendo que estos últimos no serán conocidos por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.<sup>55</sup> Por “competencia prohibida” se ha entendido aquellas actividades económicas que legalmente no pueden ser realizadas por agentes privados bajo ninguna circunstancia,<sup>56</sup> o mientras no recabe las autorizaciones correspondientes.<sup>57</sup> Como se puede apreciar, el objetivo que se persigue es corregir problemas concurrenciales generados por empresas autorizadas a realizar una determinada actividad económica, no por aquellas que no deberían estar en el mercado.<sup>58</sup> Cabe destacar que el criterio contenido en este precedente ha sido confirmado por la Corte Suprema de la República.<sup>59</sup>

### 3.5.7 Actos contrarios a la libre competencia

El articulado del Decreto Ley 26122, contiene dos supuestos que, más que comportamientos contrarios a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, parecerían tratarse de prácticas restrictivas de la libre competencia de inspiración en la legislación antitrust. Estos supuestos son los actos de imitación sistemática, tipificados en el artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal,<sup>60</sup> y los actos de discriminación, recogidos en el artículo 18 de la mencionada ley.<sup>61</sup>

Respecto a la imitación sistemática, debe destacarse que ésta es una excepción al principio general contenido en el artículo 4 del Decreto Ley 26122, que establece que no se considerará como un acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo (i) cuando dicha Ley lo disponga o (ii) cuando lesione o infrinja

Competencia Desleal debía admitir a trámite la denuncia y que debía tramitar un pronunciamiento de la Dirección General de Hidrocarburos para poder emitir una resolución sobre la materia en discusión.

<sup>55</sup> Ver, por ejemplo, las Resoluciones 053-96-TRI/SDC/INDECOPI y 060-96-TRI-SDC/INDECOPI, emitidas en el proceso seguido por la Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L. (EMHI) en contra de Llama Gas S.A. y en el proceso seguido por EMHI en contra de Lima Gas S.A., respectivamente. En estos casos, EMHI denunció que Llama Gas y Lima Gas estaban comercializando Gas Licuado de Petróleo sin la autorización de la Dirección de Fiscalización de Hidrocarburos, de la Dirección General de Hidrocarburos, del Ministerio de Energía y Minas. En estos casos, la Sala consideró que la Cuarta Disposición Transitoria del Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo (D.S. 01-94-EM) establecía una prohibición de competir para quienes no gozaban de la autorización de la mencionada entidad, exigida por razones de seguridad. Así, estableció que el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal “debe entenderse limitado a casos en que agentes del mercado no impedidos de competir (o autorizados para hacerlo) vulneran normas que les permiten seguir compitiendo en el mercado pero obteniendo una ventaja competitiva ilícita significativa, y no el caso de agentes del mercado que no deberían estar en la competencia. En otras palabras, se trata de corregir una desviación de consumidores que no hubiera ocurrido si no se hubiera dado un caso de competencia desleal, y no el caso de quien no está autorizado a vender bienes o suministrar servicios a dichos consumidores y lo hace.”

<sup>56</sup> Este es el caso de la llamada competencia prohibida “absoluta”, como la comercialización de cocaína que esta prohibida legalmente.

<sup>57</sup> Este es el caso de la llamada competencia prohibida “relativa”, como, por ejemplo, el caso del expendio de gas licuado que no puede realizarse según la legislación peruana sin recabar las autorizaciones correspondientes luego de cumplir con los requisitos de seguridad exigidos por las circunstancias. Ver nota 55 *Supra*.

<sup>58</sup> Siguiendo el criterio establecido por la Sala, en el caso de competencia prohibida lo que corresponde es que las autoridades correspondientes saquen al competir ilegal del mercado. Así, a manera de ejemplo, los narcotraficantes no serían un caso de competencia desleal en contra de las empresas estatales autorizadas por Ley para adquirir hoja de coca de manera legal.

<sup>59</sup> Mediante resolución emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el día 26 de febrero de 1999, en el proceso contencioso administrativo (expediente AV. 82-97) seguido contra la Resolución 029-97-TDC, del 29 de enero de 1997 (Feria Internacional del Pacífico contra la Asociación de Representantes Automotrices del Perú -ARAPER). En el proceso administrativo, la denunciante sostuvo que ARAPER pretendía llevar a cabo un Motorshow, sin recabar la autorización correspondiente del Ministerio de Industrias, conforme a las disposiciones contenidas en el reglamento Decreto Legislativo 715 -Normas de Promoción y Realización de Ferias a Nivel Nacional. La Sala de Defensa de la Competencia, en aplicación del precedente de observancia obligatoria sobre competencia prohibida, declaró la denuncia improcedente.

<sup>60</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 13.- Actos de imitación: Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.”

<sup>61</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 18.- Discriminación: El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada.”

<sup>62</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 4.- No se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.”

un derecho de exclusividad reconocido por la Ley.<sup>62</sup> De esta manera, como regla general, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas se reputa lícita, salvo que se trate de un acto que genere confusión, constituya una imitación sistemática en los términos contenidos en el artículo 13 de la ley o sea contrario a la legislación vigente en materia de propiedad industrial e intelectual.

Para la configuración de un acto de imitación sancionable en los términos contenidos en el artículo 13 aludido, se requiere que la imitación (i) se refiera a un competidor determinado, (ii) que sea sistemática, (iii) que tenga por finalidad impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de dicho competidor, y (iv) que exceda de lo que podría reputarse como una respuesta natural del mercado. Apreciamos que se trata de una imitación parasitaria que tiene por finalidad obstruir la afirmación de un competidor en el mercado, es decir, restringir la competencia. En todo caso, creemos que esta falta puede ser sancionada por las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701 y que, por tanto, su tipificación en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, resulta innecesaria.

En lo que concierne a los actos de discriminación de precios y condiciones de venta, debe tenerse en cuenta que tal conducta únicamente es sancionable cuando no medie causa justa. De esta manera, un empresario podría ofrecer mejores precios a quien le compra mayor volumen o mejores condiciones de venta a quien le demuestra tener mayor crédito. Resulta difícil concebir un supuesto de discriminación injustificado distinto a los sancionados en el Decreto Legislativo 701, Ley Antimonopolios, motivo por el cual consideramos que la tipificación de esta falta en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es igualmente innecesaria. La interpretación correcta, a nuestro entender, es que sólo se pueda sancionar estos casos cuando exista posición de dominio en el mercado relevante. Así, si la empresa en cuestión no goza de posición de dominio ello implica que el consumidor siempre tendrá otras opciones disponibles, con lo que la discriminación será corregida por el propio mercado mediante el desplazamiento de la demanda. Por ello, sancionar esta práctica sin que exista una posición de dominio nos conduce a tratar de corregir un problema que puede ser fácilmente corregido por la simple competencia.

En todo caso, nuevamente, la coexistencia de la Comisión encargada de velar por el cumplimiento

de la Ley de Libre Competencia con la Comisión que conoce denuncias referidas a estos presuntos actos desleales, debe facilitar que se establezcan competencias claras en los dos supuestos antes reseñados, sin contradecirse con la finalidad perseguida por este marco regulatorio.

### 3.5.8 Actos contrarios a la normatividad en materia de Propiedad Industrial y Derechos de Autor

El artículo 19 del Decreto Ley 26122 establece que se considera desleal la fabricación, la importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor.<sup>63</sup> Sobre el particular, debemos señalar que la inclusión de esta norma en la Ley de Represión de la Competencia Desleal también resulta innecesaria, en tanto existen procedimientos específicos en la Ley de Derechos de Autor y la Ley de Propiedad Industrial para sancionar este tipo de conductas.

Este problema, una vez más, debe ser solucionado a través de los mecanismos de coordinación existentes entre los distintos órganos funcionales del Indecopi, siempre velando por garantizar lo que hemos llamado la “democracia económica”.

## IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Concebir la represión de la competencia desleal como una herramienta para garantizar el “poder electoral” del consumidor permite una comprensión más completa del fenómeno, dándole una perspectiva funcional. Las normas de represión de la competencia desleal no tienen como fin último proteger al competidor, sino proteger al mercado, al sistema competitivo, y, en última instancia, al consumidor. De esta manera, este cuerpo legal se convierte en un mecanismo para proteger la libertad de elegir de los consumidores.

Si el competidor resulta protegido es por accidente, no por desarrollo de la función asignada a la disciplina. Y ello es tan cierto que en aquellos casos en los que la protección de un competidor lleve a la reducción de opciones de los consumidores, dicha protección debe ser dejada de lado.

Es esta visión de la disciplina de la represión de la competencia desleal la que permite integrarla con

<sup>63</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal: “Artículo 19.- Copia o reproducción no autorizada: Se considera desleal la fabricación, la importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor.”

disciplinas como la protección al consumidor, la supervisión de la publicidad comercial o las normas de libre competencia: todas persiguen lo mismo.

La interpretación y aplicación que se viene realizando de la ley peruana se orienta hacia una visión

integral de libre mercado, en la que el Estado deje de ser el protagonista y se convierta en un árbitro, y en la que la disciplina vaya cambiando de nombre y deje de llamarse “represión de la competencia desleal” para llamarse “promoción de la competencia leal”.