

EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LLAMADA “COMPETENCIA PROHIBIDA”

THE OBJECTIVE SCOPE OF THE LAW OF REPRESSION OF UNFAIR COMPETITION, WITH SPECIAL REFERENCE TO THE “FORBIDDEN COMPETITION”

Álvaro Zegarra Mulánovich*
Universidad de Piura

This paper analyses the definition that the Act on Suppression of Unfair Competition adopted by Legislative Decree 1044 makes of its own objective scope.

The positive concept of “act of competition”, that is the centerpiece of such a definition, is examined first, to then focus on the concepts excluded from it, either explicitly or implicitly, in line with both national and comparative legislation and case law. Particular attention is given to the exclusions from the concept of “act of competition” grouped in the literature under the name of “forbidden competition”.

KEY WORDS: *Unfair Competition; Act of competition; competitive relationship; forbidden competition.*

El trabajo analiza la delimitación que hace la Ley de Represión de la Competencia Desleal aprobada por Decreto Legislativo 1044 de su propio ámbito de aplicación objetivo.

Se examina, en primer lugar, el concepto positivo de “acto de concurrencia” que constituye el eje de dicha delimitación, para, a continuación, centrar la atención en los conceptos excluidos de ella, tanto explícita como implícitamente, al hilo tanto de los textos legales como de la jurisprudencia nacionales y comparados. Se presta particular atención al conjunto de exclusiones de la noción de “acto de concurrencia” agrupados por la doctrina bajo el nombre de “competencia prohibida”.

PALABRAS CLAVE: *Competencia desleal; acto de concurrencia; relación de competencia; competencia prohibida.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Profesor Ordinario de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Contacto: alvaro.zegarra@udep.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 15 de noviembre de 2017, y aceptado por el mismo el 21 de febrero de 2018.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A. Los “actos de concurrencia”

El Título I de la Ley de Represión de la Competencia Desleal aprobada por Decreto Legislativo 1044 [en adelante, LCD], tras definir su finalidad y su marco de referencia (artículo 1), se ocupa de delimitar su ámbito subjetivo (artículo 3) (Zegarra Mulánovich, 2017, pp. 237-239 y Tovar Mena, 2008), objetivo (artículo 2) y territorial (artículo 4) (Zegarra Mulánovich, 2017, pp. 237-239 y Tovar Mena, 2008, párrafo 120) de aplicación, mediante unas normas que, además, explícita o implícitamente, suponen la exclusión de otras conductas y actividades del control de lealtad concurrencial organizado por ella. En este trabajo, me centraré exclusivamente en el análisis de la delimitación que hace la LCD de su propio ámbito de aplicación objetivo. El artículo 2 de la LCD define su “ámbito de aplicación objetivo” en los siguientes términos:

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

En realidad, como he aclarado en otra ocasión (Zegarra Mulánovich, 2017, pp. 237-239), la alusión final –“[e]n ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos”– pertenece con más propiedad a la definición del ámbito subjetivo que del ámbito objetivo de aplicación de la Ley. A su vez, la expresa inclusión de los “actos realizados a través de la publicidad”, sólo se explica en el contexto transitorio del paso de la LPDC antigua, que regulaba como norma independiente la lealtad concurrencial de la publicidad comercial, fuera del Decreto Legislativo 26122 (aunque dentro de su sistema¹). De hecho, la nueva Ley comprende los actos llevados a cabo por medios publicitarios y cualesquiera otros, como explícitamente declara la “cláusula general” (artículo 6.1 LCD).

El verdadero centro de la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la Ley está constituido por la referencia a los “actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado”, esto es, los **actos de concurrencia** o de competencia económica.

¿Qué es un acto de concurrencia o de competencia económica? Según el tenor original² del párrafo 2, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [en adelante, UWG] alemana, era:

cualesquier acto de una persona con el propósito de promover la oferta o la demanda de bienes o la realización o demanda de prestaciones de servicios, incluidas las referidas a bienes inmuebles, derechos y obligaciones, en beneficio de la empresa propia o ajena³.

Según esto, sería acto de competencia todo acto de **promoción** de actividades económicas profesionales (o que se presenten como tales), sea por el lado de la oferta o por el de la demanda. Nótese también, a este respecto, la mención de ambos aspectos (“oferten o demanden bienes o servicios”) en la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley contenido en el artículo 3 de la LCD.

Ahora bien, la UWG alemana fue reformada en cierta profundidad ya dos veces (en 2008 y en 2015) en los últimos años. En ese marco, donde el antiguo párrafo 2.1 UWG definía el “acto de concurrencia” (*Wettbewerbshandlung*) como el concepto básico subyacente a todo acto de competencia desleal, la nueva versión habla de un mero “acto negocial” (*geschäftliche Handlung*), que viene a ser:

Cualquier conducta de una persona en beneficio de una empresa propia o ajena, anterior, simultánea o posterior a la celebración de un negocio jurídico, que esté objetivamente relacionada con la promoción de la oferta o la demanda de bienes o prestaciones de servicios, o con la celebración o ejecución de un contrato sobre bienes o prestaciones de servicios; por bienes se entienden también los predios, y por prestaciones de servicios los derechos y obligaciones⁴.

¹ Revisar *Telefónica c. Mactel*, (2006), visto en el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad intelectual [en adelante, TDC], 347.

² Antes de la reforma que entró en vigor el 30 de diciembre de 2008, cuya finalidad principal fue transponer al derecho interno alemán ciertas normas comunitarias europeas relativas a la represión de la deslealtad específicamente en las relaciones entre empresarios y consumidores. La reforma que entró en vigor el 10 de diciembre de 2015 tenía más bien como objetivo principal la introducción de “mejoras clarificadoras” en la redacción, dentro del mismo sistema fundamental, aunque es argumentable que algunas de las modificaciones tendrían un alcance más de fondo.

³ Párrafo 2 UWG, antigua redacción: “Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet «Wettbewerbshandlung» jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern”.

⁴ Párrafo 2.1 UWG n. F.: “Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet «geschäftliche Handlung» jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung

La idea de la modificación fue **extender**⁵ la protección derivada de la represión de la competencia desleal a las conductas simultáneas o concomitantes con la celebración de contratos, en especial con los consumidores, así como a las posteriores a ese momento, sea en su ejecución, o incluso después de terminada ésta. El trasfondo es que se entendía que la redacción anterior sólo cubría con claridad la etapa de las tratativas y demás actividad “preparatoria” de los contratos, dado el énfasis que ponía en la idea de “promover” la actividad del empresario. A mi modo de ver, el concepto de “acto de concurrencia” implícito en nuestro artículo 2 LCD tiene ya en sí mismo y desde su origen toda la amplitud que en Alemania sólo se ha podido alcanzar mediante la reforma⁶, puesto que en su propio contexto creo que puede concluirse con claridad que se refiere a **todo acto por el cual un empresario interviene como tal en el mercado, es decir, en interés propio.**

Que sólo puedan ser juzgados como desleales los actos que previamente puedan ser calificados como “de concurrencia” o “de competencia económica” implica ya por sí mismo la exclusión del ámbito posible de aplicación de la LCD de una serie de actividades que no responden, por principio, a

esa descripción⁷. Y eso, aunque puedan presentar ocasionalmente más o menos parecido exterior con la competencia económica en sus formas de manifestarse (por ejemplo, propagandística), en la medida en que no están realmente dirigidas a participar en el mercado, sino que representan genuinamente el ejercicio de derechos de libertad ajenos a la esfera económica. Por ejemplo:

- 1) las manifestaciones de activismo (incluso la propaganda) religiosa;
- 2) actividades semejantes de promoción y propaganda política o ideológica;
- 3) la promoción de valores o conductas de interés general, como por ejemplo la correcta observancia de las reglas de tránsito, seguridad eléctrica⁸, etc.;
- 4) el ejercicio de los derechos de información, opinión y expresión (p. ej. artística o científica⁹) en sentido estricto; y
- 5) con mayor razón aún, el cumplimiento de deberes legales de información¹⁰ o documentación¹¹.

eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen”.

- ⁵ Revisar la sentencia del *Bundesgerichtshof* o Tribunal Federal alemán [en adelante BGH] del 15 de enero de 2009, expediente I ZR 141/ 06, n. mg. 14: el concepto definido por la nueva redacción “no es más estricto” que el de la antigua.
- ⁶ Hay que tener en cuenta, además, que el aspecto estrictamente vinculado a la protección de los consumidores, que es uno de los puntos fundamentales de la reforma alemana, está más clara y vigorosamente cubierto en nuestro país por el CPDC y demás normas del Derecho del consumo.
- ⁷ Así también, von Gierke y Sandrock interpretaban la exigencia de una “intención competitiva” (bajo la redacción original del párrafo 2 UWG) como un modo de excluir determinados grupos de casos (productos de prueba, manifestaciones científicas y eclesiásticas, actividades promocionales políticamente motivadas, entre otras) del ámbito de aplicación de la UWG antigua (von Gierke y Sandrock, 1975, p. 297).
- ⁸ En principio, es lo que se ventilaba en *Productos Rema S.A. c. Luz del Sur S.A.*, (1996) TDC 96, rectificado en (1996) TDC 103, aunque, como veremos en seguida, terminó siendo considerado un acto de competencia “por sus efectos”.
- ⁹ Así ocurrió en *Construcciones Tolentino S.A.C. c. Pontificia Universidad Católica del Perú*, (2012) SC1 473, donde la Universidad fue denunciada por haber expresado su opinión técnica (es decir, la de un académico de la Universidad) en un informe pericial que tuvo repercusiones comerciales desfavorables para la denunciante (concretamente, la pérdida de una importante orden de compra de uno de sus productos). Asimismo, en *Warner Lambert S.A. c. Revista Además, Óscar Vergara y Guillermo Valdivia Carpio*, (1999) 85 TDC, la primera sociedad, comercializadora de los medicamentos denominados “Tabrón” y “Chloromycetín”, denunció a la Revista, a su Director Periodístico y a su Redactor por una presunta denigración desleal materializada en la publicación de un reportaje donde se calificaba dichos productos como “medicinas que matan”, entre otras expresiones e imágenes de semejante tenor. El Tribunal de Indecopi señaló que un medio de comunicación social, cuando ejerce su *función informativa* —otro de los casos comprendidos en esta exclusión—, tampoco queda sujeto a la normativa de competencia desleal, lo que no perjudica el derecho del afectado a perseguir las acciones civiles o penales correspondientes, de acuerdo a, o establecido en, el inc. 4 del artículo 2 de la Constitución. Aun así, en la sección III de la Resolución, la Sala dejó a salvo la posibilidad de sancionar a los medios de comunicación social por actos de competencia desleal cuando infrinjan disposiciones como las que regulan su intervención publicitaria en materia de horarios, cigarrillos, etc. (Tovar Mena, 2008).
- ¹⁰ Así analizó el Tribunal el caso *Comisión c. Gruppe AR S.A.C.*, (2012) SC1 1590, en el que la Comisión imputó de oficio actos de engaño a un grifo que expedía combustible de 92,6 octanos como de 95 octanos. La lógica era que la denunciada no podía “informar” otra cosa acerca del octanaje de su gasolina porque, por disposición legal, el único estándar de octanaje permitido en ese rango es el de 95 octanos. Por lo tanto, al decir eso no llevaba a cabo ningún *acto de competencia* perseguible como competencia desleal en la modalidad de engaño. Otra cosa era si cumplía o no (que por lo visto no cumplía en absoluto) las normas de tolerancia en el octanaje que regían para la venta de gasolina de 95 octanos, y si eso a su vez podía configurar competencia desleal por violación normativa.
- ¹¹ Así ocurrió en *Comisión c. Escuela Superior de Tecnologías en Computación e Informática E.I.R.L. – Esupotec*, (2012) SC1 662, donde se analizaron los certificados de estudios de la escuela denunciada de oficio, y en *Comisión c. Hotelaría Peruana S.A.C.*, (2012) SC1 2861, donde se hizo lo propio con las boletas de venta de la empresa.

B. Imputación objetiva del efecto competitivo

Pero el texto del artículo 2 de la LCD puntualiza que no sólo son actos de competencia los que tienen esa **finalidad** (deliberadamente), sino también los actos que tienen (objetivamente) ese **efecto** (García Menéndez, 2004, pp. 50-52). La precisión responde a una necesidad obvia. Ya la jurisprudencia alemana tuvo que interpretar en un sentido extensivo y objetivante el anterior § 2 UWG, que sólo hablaba de “propósito” o “finalidad” (*Ziel*), de modo que la “intención” (*Absicht*) de promover una oferta de servicios no tiene que ser la única ni la esencial en la conducta, bastando que no quede completamente relegada por detrás de todos los demás motivos¹², y que en cualquier conducta empresarial objetivamente adecuada para promover la oferta o la demanda de bienes o servicios se presumía de hecho la intención correspondiente¹³. Como es obvio, la nueva redacción de dicha norma que he citado más arriba, con su noción de “relación objetiva” con la promoción de la actividad, ha superado completamente esta dificultad.

De manera semejante, en *Rema c. Luz del Sur*¹⁴, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, Indecopi] estimó que existía un acto de competencia desleal “general” (y por lo tanto, un “acto de competencia”, aunque no tenía el sentido “publicitario” que había denunciado el afectado) cuando una distribuidora de electricidad repartió, con la finalidad de prevenir accidentes eléctricos –finalidad, por lo tanto, que no sólo no era “publicitaria”, sino que ni siquiera era meramente “concurrencial”, unos folletos en que aparecían los productos del denunciante, envueltos en llamas y con la marca visible (aunque con gran dificultad).

Ahora bien, este elemento describible como “efecto objetivamente competitivo”, al margen de la correspondiente intención subjetiva, no puede entenderse en un sentido puramente fáctico o externo: hace falta la concurrencia de algún criterio que permita su imputación a la persona sobre quien se pretende cargar la responsabilidad administrativa (y eventualmente resarcitoria). Esto puede ilustrarse bien pensando en lo que falta al incompleto razonamiento del Tribunal precisamente en el caso de *Rema c. Luz del Sur*,

aunque allí se dirigía, más bien, a determinar las condiciones en que un acto puede tener un “propósito o efecto” específicamente publicitario y no sólo competitivo. El Tribunal justificó que, según su definición, baste un simple “efecto” publicitario en el que:

Pueden presentarse anuncios que, sin tener por finalidad captar o desviar las preferencias de los consumidores, pueden tener, de manera indebida, tal efecto. Así, por ejemplo, una campaña que tiene por finalidad alertar a la población respecto de los peligros de manejar en estado de ebriedad, dirigida por una empresa que fabrica automóviles, en la que se difunde un vehículo fácilmente reconocible de un competidor, destruido tras un accidente, podría tener por efecto desviar la demanda de coches hacia el anunciante. Si bien la finalidad es altruista, el efecto puede ser nocivo para la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 1996, numeral III.1).

A lo que añade:

No es labor de los órganos funcionales del Indecopi identificar la intención subjetiva del anunciante, sino simplemente la consecuencia objetiva del anuncio en el mercado correspondiente. No es necesario incurrir en costosos procesos para probar la existencia de una intencionalidad específica, siendo suficiente que el anuncio tenga por consecuencia objetiva captar o desviar la demanda por bienes o servicios. Así, si bien la probanza de la intención permitiría sancionar al anunciante, de no probarse dicha intención, bastará el análisis de la consecuencia objetiva que puede producir el anuncio” (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 1996, numeral III.1).

Si consideramos la cantidad de actos que, del modo más inopinado, pueden tener “objetivamente” un “efecto competitivo real”, pienso que exponer esa idea en términos tan amplios es sencillamente erróneo. Lo mínimo que debería exigirse para atribuir la responsabilidad derivada de la LCD por la simple producción fáctica del “efecto concurrencial” es que éste se siga de la conducta en cuestión cumpliendo el “criterio de adecuación” como mecanismo de imputación objetiva

¹² Revisar BGH del 11 de enero de 2007, expediente I ZR 87/04. Esta jurisprudencia, reacia todavía a reconocer el carácter plenamente objetivo de la caracterización como “concurrencial” del acto, mereció severas críticas de la doctrina (von Gierke y Sandrock, 1975, p. 297).

¹³ Revisar BGH del 11 de enero de 2007, expediente I ZR 87/04, y BGH del 13 de febrero del 2003, expediente I ZR 41/00.

¹⁴ Ver (1996) TDC 96, rectificado en (1996) TDC 103.

(Roxin, 2006, pág. 361)¹⁵; es decir: tal efecto tendría que haber sido **previsible** para el agente en condiciones tales que le **resulte exigible** —o pertinencia a su “rol”, entendido como esfera de competencia (Jakobs, 1995, pp. 25-34)— hacerse cargo de las consecuencias del mismo. Y esto, que en el caso concreto ocurriría con un acto en principio dirigido a promover valores o conductas “de interés general”, debe poder predicarse fundamentalmente de la misma manera respecto de las demás clases de actividades (políticas, ideológicas, religiosas, artísticas o científicas) que, en principio, he calificado más arriba como objetivamente “no concurrenciales”.

La correcta definición de ese ámbito de imputación objetiva es tanto más importante en la delimitación del ilícito concurrencial desleal cuanto que la propia Ley específicamente descarta la necesidad de verificar el criterio de imputación subjetiva —dolo o culpa— en el artículo 7.1 de la LCD: “La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización”.

Por otra parte, respecto de los “actos de competencia” a los que resulta aplicable el juicio de deslealtad concurrencial, se plantean dos cuestiones clásicas:

- a) la de la “competencia prohibida” (de la que me ocuparé con cierto detalle en sección aparte¹⁶), y
- b) la de la llamada “relación de competencia” (de la que me ocupo a continuación).

C. La llamada “relación de competencia”

Se entiende por “relación de competencia” a la que media específicamente entre quienes ejercen actividades económicas similares, con relación a una clientela también similar, de tal modo que el ejercicio de las actividades de un agente repercute directamente en la actividad de otro (Indecopi, 2001, pág. 9). Se trata, pues, de la “competencia

horizontal” o “en sentido estricto”, esto es, la **pugna entre empresarios del mismo ramo** (o de bienes mutuamente sustituibles, por lo menos) por hacerse excluyentemente con **los mismos clientes** (consumidores *lato sensu*); concepto diferente del de “competencia” en su sentido más amplio (que voy a llamar aquí “conurrencia”)¹⁷, que comprende cualquier acción de un partícipe en el mercado dirigido a obtener una ventaja para sí a costa de cualesquiera otros partícipes, sean o no competidores suyos en sentido estricto, y que es el que me ha permitido delimitar más arriba la noción de “acto de concurrencia”¹⁸.

Bajo el llamado “modelo profesional de la competencia desleal” (Kresalja, 1993, p. 18) ya superado, la “relación de competencia” constituía a la vez un elemento definitorio de los propios actos de competencia desleal y, en congruencia con ese papel, un elemento de la legitimación activa para ejercer las acciones dirigidas a sancionarlos y remediarlos. De hecho, bajo este segundo aspecto, y aunque careciese ya de una justificación clara, tuvo hace tiempo —y por inercia siguió teniendo hasta hace no mucho— un papel en la estructura legislativa de un exponente tan importante del Derecho de la competencia desleal como la UWG alemana de 1909 (párrafos 13, párrafo 2, numeral 1)¹⁹:

En los casos de los §§ 1, 3, 4, 6 a 6c, 7 y 8, la acción de cesación puede ser hecha valer: 1) por empresarios que explotan bienes o prestaciones empresariales del mismo tipo o semejantes en el mismo mercado, siempre que la acción se refiera a una actuación que es apropiada para perjudicar esencialmente la competencia en ese mercado.

En nuestro país no se recogió nunca esta idea, ni como elemento del ilícito ni como condición de legitimación activa, aunque fueron (y aún son) excepción puntual determinados supuestos específicos de deslealtad. De hecho, en el primer proyecto del ya derogado Decreto Legislativo 26122 había un artículo que, con toda claridad, descartaba la necesidad de que existiera una “relación de competencia” para aplicar la Ley, hecho que aparen-

¹⁵ Es el mismo criterio que recogen los arts. 1970 y 1985 CC bajo las designaciones de “riesgo o peligro” (se entiende, “previsible”) y “causa adecuada del daño”, respectivamente, como presupuestos ineludibles para imputar objetivamente la responsabilidad civil resarcitoria. Sobre esto Zegarra Mulánovich, (2007), pp. 446-457, párrafo 74. También pueden ser ilustrativos los apuntes de Pantaleón Prieto, (1990).

¹⁶ Revisar más adelante.

¹⁷ Hay una proximidad semántica, sin llegar a la perfecta sinonimia, de los términos castellanos “competencia” y “conurrencia”, que es posible explotar en la discusión académica. Revisar Font Galán, (1990), pp. 23-25, nota 1.

¹⁸ Revisar apartado A, *supra*.

¹⁹ “In den Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6c, 7 und 8 kann der Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden: 1) von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen”.

temente motivó que se mencionase la relación de competencia en el epígrafe del Título I. Posteriormente, se vio innecesario hacer esa mención, pues quedaba suficientemente claro del conjunto de las normas finalmente aprobadas, por lo que el artículo en cuestión se eliminó, sin que al mismo tiempo se quitara la referencia al concepto, contenida en el epígrafe del Título (Kresalja, 1993).

De todos modos, la jurisprudencia dejó claro, en más de una oportunidad, que no era exigible con carácter general probar una “relación de competencia” entre el denunciante y el denunciado para que procediera la denuncia de parte, ni mucho menos para configurar el ilícito desleal, salvo en algún caso especial²⁰. El más notable de tales pronunciamientos ocurrió en *Panini y otras c. Navarrete*²¹, donde se discutió la legitimación activa de la Asociación Distribuidora Las Américas, entidad sin fines de lucro, en principio dedicada a la difusión de material religioso evangélico. Ella denunció (de hecho, por cuenta y en representación de todos los demás componentes del litisconsorcio denunciante, pero sin demostrar en un inicio contar con la representación que alegaba) que Navarrete había usado las imágenes de los jugadores de fútbol participantes en el Mundial de 1998 para fines comerciales sin contar con los derechos correspondientes. La Comisión aprobó un precedente de observancia obligatoria sobre este extremo, pero el Tribunal consideró tan claro que el artículo 20 del Decreto Ley 26122 establecía una legitimación activa completamente abierta (sólo exigía el requisito procesal general del “interés legítimo”), que revocó ese punto de la decisión, no por infundada, sino por innecesaria. De hecho, la irrelevancia de la relación de competencia para configurar el acto de competencia desleal estaba ya recogida en parte del precedente de observancia obligatoria aprobado por el Tribunal en el caso *Telefónica c. Mactel*²².

Con todo, en el sistema de la Ley anterior la afirmación de que “se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor” (párrafo 2 del artículo 5 del Decreto Legislativo 26122) llevó a la doctrina a afirmar que la existencia efectiva de una “relación de competencia” en el acto de competencia desleal tenía el efecto de abrir la puerta a considerarlos

infracciones “graves” (Kresalja, 1993, p.34). Estas disposiciones han desaparecido de la nueva LCD. Ya no hay indicación expresa de mayor gravedad por producirse la infracción en el contexto de una relación de competencia: en todo caso, tendría que justificarse esa mayor gravedad con base en los criterios generales de graduación de la gravedad de las infracciones previstos en el artículo 52 LCD. Tampoco hay necesidad de que tal relación exista para que la inducción a la infracción contractual se considere desleal: el artículo 15.1 LCD se refiere en general a “otro agente económico” donde el artículo 16 del Decreto Legislativo 26122 hablaba de “competidor”. Es más, el artículo 28.2 LCD expresamente declara:

Quien presente una denuncia de parte **no requerirá acreditar la condición de competidor** o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia [énfasis añadido].

Sin embargo, la relación de competencia forma parte ahora del tipo específico de deslealtad consistente en actos de comparación indebida, parte de cuya descripción hace referencia a una “oferta competidora” (artículo 12 LCD): “Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia **frente a la oferta competidora**” [énfasis añadido]²³.

La exigencia no deja de tener lógica, pues no parecería tener mucho sentido hacer comparaciones con ofertas de quienes no son competidores en sentido estricto. En todo caso, y fuera de ese supuesto específico, la regla general es que no hace ninguna falta establecer entre el denunciante o afectado y el denunciado o presunto infractor ninguna relación de competencia. Incluso, desde el punto de vista de la legitimación activa para presentar la denuncia de parte por un acto de competencia desleal, como dice el artículo 28.2 que he citado más arriba, lo único que se exige es que el denunciante “se reputa afectado efectiva o potencialmente”; en otras palabras, no hace falta más que el genérico “interés para obrar” que se necesita para ejercitar o contestar una acción de cualquier tipo (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil).

²⁰ Concretamente, bajo la ley derogada, la “inducción a la infracción contractual” (artículo 16 del Decreto Ley 26122).

²¹ Ver *Panini S.p.A., Panini GmbH, Panini France S.A., Panini Brasil, Panini España S.A., Panini Nederlands B.V., Panini UK Ltd. y Asociación Distribuidora Las Américas c. Corporación Gráfica Navarrete S.A., Editorial Navarrete S.R.L. y Distribuidora Navarrete S.A.*, (1999) TDC 245, numeral [en adelante, n.; numerales, nn.] III.8.

²² Revisar (1997) TDC 347, n. 4 del artículo 4 de la parte resolutive.

²³ Lógicamente, no todo acto de comparación en los términos de esta descripción puede ser calificado de desleal; como bien precisa el artículo 12.2 LCD, la comparación es lícita si cumple los mismos requisitos de licitud de la denigración (veracidad, certeza y pertinencia; cfr. artículo 11.2 LCD).

II. LA EXCEPCIÓN POR “COMPETENCIA PROHIBIDA”

A. Noción de “competencia prohibida”: justificación legal de su exclusión

La otra cuestión clásica respecto del ámbito de aplicación del Derecho de represión de la competencia desleal es la de la exclusión de su ámbito de los supuestos de “competencia prohibida”.

En realidad, la LCD no dice en ninguna parte que no deba aplicarse a los casos en los que un agente económico entre indebidamente a un mercado al que está prohibido entrar, que viene a ser la cuestión de la que me voy a ocupar ahora. Sí lo decía el artículo 2, párrafo 2, del anteproyecto de 2005²⁴, que rezaba así “La competencia prohibida es la actividad económica que no es posible de acuerdo con el ordenamiento legal vigente. La Ley no es aplicable a las conductas que constituyen competencia prohibida”. Otro anteproyecto²⁵ posterior, del año 2008, era aún más claro en su artículo 2.2:

Esta Ley no se aplica sobre las conductas que constituyen actos de competencia prohibida, entendida como aquella actividad económica que, en sí misma, no se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico vigente. La realización informal de una actividad económica permitida no constituye competencia prohibida.

Ciertamente, puede y debe considerarse implícita la exclusión de los supuestos de competencia prohibida en el tenor del artículo 1 LCD, cuando refiere la función represiva de la Ley específicamente a las conductas que puedan “afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”. Si de lo que se trata es de controlar el funcionamiento adecuado de un ámbito que, por principio, está sujeto al proceso competitivo, entonces no es objeto de la ley controlar la efectiva abstención de competir en aquellos ámbitos en que, por estar **prohibida** la competencia, ni siquiera se contempla la existencia de un proceso competitivo. En

este sentido, es indudablemente correcto distinguir, dentro del género de la **competencia ilícita**, dos especies distintas de ilícito (Baylos Corroza, 1993, pp.327-329; Broseta Pont y Martínez Sanz, 2006, pp.187; Garrigues, 1947, pp. 28)²⁶, a saber:

- 1) la competencia prohibida y
- 2) la competencia desleal.

Toda competencia desleal, por tanto, es ciertamente ilícita, pero no toda la competencia ilícita es desleal (Baylos Corroza, 1993, p. 329).

Ahora bien, aceptado lo anterior como premisa general, debo señalar que la forma concreta como la desarrolla y explica la doctrina —y, en parte, también la jurisprudencia— no parece muy acertada. Y es que ese desarrollo y esa explicación terminan considerando como de “competencia prohibida” (y por lo tanto, excluyendo del ámbito posible de la competencia desleal) demasiados supuestos, y éstos excesivamente variados y heterogéneos, de modo que la concepción resultante de la competencia prohibida viene a ser en mi opinión claramente excesiva y errónea.

B. Definiciones doctrinales de la “competencia prohibida”

Es común en la doctrina más difundida en nuestro medio hacer una distinción fundamental entre la competencia prohibida y la desleal, en cuanto especies de la competencia ilícita, a lo largo de una línea divisoria marcada por el contraste entre “el hecho mismo de concurrir” y “los medios utilizados en la concurrencia” (en sí misma, por lo demás, completamente legítima). “En la competencia prohibida, cualquier perjuicio concurrencial es ilícito, mientras que en la competencia desleal lo ilícito no es el daño concurrencial, sino la utilización de un medio torticero” (Baylos Corroza, 1993, pp. 330)²⁷. En realidad, esta forma de caracterizar la excepción de “competencia prohibida” trae su origen de la doctrina francesa:

²⁴ Para más información revisar, con su Exposición de Motivos, en www.Indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/deintereses/5/2005/1-146/ExposicionRepresionCompetencia.pdf.

²⁵ Para más información al respecto se puede revisar, sin Exposición de Motivos dentro del documento, en www.Indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/leyes/proyectosSDC/ProyectoLRCD.pdf.

²⁶ Como se advierte, la mayoría de los principales autores coinciden en esto, aunque luego caen en los errores e imprecisiones que expongo más adelante en el texto. Lo mismo ocurre en nuestro medio: Montoya Manfredi; Montoya Alberti y Montoya Alberti, 2004, p. 542; Kresalja, 1993, pp. 21-22, citando este último expresamente a Baylos.

²⁷ Que esta doctrina es ampliamente seguida en España lo demuestra, por ejemplo, que la autora de esa procedencia Magdalena Nogueira, citada por el Tribunal del Indecopi en *Sensormatic del Perú S.A. c. Luis Vásquez Reyna, Liliana García Pflucker, Jhony Pedraza Hurtado, Giuliana García Pflucker y Sensormax S.A.C.*, (2008) 704 TDC (Fundamento Jurídico [en adelante, FJ, en plural FFJJ] n. 39 de la parte considerativa, por nota 24), caracterice la contraposición entre competencia desleal y competencia prohibida afirmando que no hay “competencia desleal mercantil sino [...] prohibición de competencia [si la norma n]o sanciona que la actividad [...] se haya realizado con medios contrarios a la buena fe en el tráfico mercantil sino que prohíbe la mera competencia. Su objetiva existencia, con el consiguiente conflicto de intereses por ella ocasionado, quiebra la buena fe del tráfico jurídico”.

La competencia desleal se distingue así netamente de la competencia prohibida. En el primer caso el principio es el de la libertad. La competencia está permitida —este es precisamente el fundamento de las economías liberales—; sólo los excesos o las negligencias en el ejercicio del derecho de hacer la competencia son sancionados. A este respecto, la teoría puede compararse a la del abuso del derecho. Pero hay, por el contrario, casos en los que está prohibido todo acto de concurrencia, por muy correcto que sea el procedimiento empleado. Entonces no hay ya una limitación de la libertad de competencia, sino la supresión total de tal libertad. Como esta situación puede resultar ora del contrato, ora de la ley, es necesario estudiar separadamente ambas hipótesis (Pirovano, 1974)²⁸.

Esta doctrina ha sido recibida también, casi con las mismas palabras, en los ambientes jurídicos hispanoamericanos:

llamamos competencia prohibida de un modo estricto y propio a aquella en que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia. No se puede lícitamente desarrollar un determinado tipo de actividades económicas, que se declara vedada jurídicamente para determinados sujetos, sobre los cuales recae una obligación de abstenerse de realizarse la competencia (Becerra Acevedo, 2009, p. 198)²⁹.

No es de extrañar, por tanto, que uno de los autores nacionales que goza de mayor autoridad en materia de represión de la competencia desleal, explique que en la competencia prohibida “lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia, es decir, que determinado tipo de actividad económica no puede ser desarrollado por algunos sujetos, ya que tienen la obligación de abstenerse” (Kresalja, 1993, p. 21). Y según otros autores nacionales, “la Competencia Prohibida está representa-

da por actividades económicas cuya sola realización en el mercado resulta negada por el ordenamiento jurídico (y, por tanto, ilícita en sí misma) al margen de su adecuación a la buena fe comercial” (Diez-Canseco Núñez y Muñoz de Cárdenas, 2005, p. 292). O bien:

la competencia prohibida (...) se produce cuando la actividad económica misma se encuentra prohibida, tal como ocurre con la venta de drogas ilícitas, la trata de personas o el ocultamiento de prófugos. En la competencia prohibida, la actividad económica misma se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, siendo ilícito cualquier daño que ésta genere, no siendo posible evaluar jurídicamente, siquiera si existe o no, una manifestación contraria a la competencia bajo reglas de eficiencia (Stucchi López Raygada, 2007, p. 290).

Como puede claramente advertirse, en muchas de estas definiciones o caracterizaciones de la competencia prohibida *vis à vis*, la competencia desleal crea una cierta ambigüedad entre el énfasis que se pone en la ilicitud o prohibición del “ejercicio mismo de la concurrencia” (Becerra Acevedo, 2009; Kresalja, 1993) o de la “actividad económica misma” (Stucchi López Raygada, 2007) y la mediatización de esa misma ilicitud o prohibición, por limitarse eventualmente a “determinados” o “algunos sujetos”³⁰. Se anuncia ya así una cierta disyuntiva entre explicar el fenómeno de la “competencia prohibida” sobre la base de la eventual **ausencia** (para muchos o algunos sujetos) de un verdadero ámbito **de libertad de empresa** o hacerlo más bien como un supuesto de objetiva **interdicción del mercado** (mismo) en determinado ámbito. Como procuraré mostrar a continuación, esta ambigüedad se ha manifestado y aún se sigue manifestando en algunas incongruencias y hasta contradicciones en la aplicación de la exclusión por competencia desleal en los casos concretos resueltos por la jurisprudencia.

²⁸ “La concurrence déloyale est ainsi nettement distinguée de la concurrence interdite. Dans le premier cas le principe est celui de la liberté. La concurrence est permise —c’est précisément le fondement des économies libérales— ; seuls les excès ou les fautes dans l’exercice du droit de faire concurrence sont sanctionnés. A cet égard, la théorie peut être comparée à celle de l’abus de droit. Il est, en revanche, des cas où est interdit tout acte de concurrence, si correct que soit le procédé employé. Il n’y a plus alors limitation de la liberté de la concurrence mais suppression totale de cette liberté. Comme cette situation peut résulter soit du contrat, soit de la loi, il y a lieu d’envisager séparément ces deux hypothèses”. Esta doctrina, que como se puede ver anticipa también la consideración de la concurrencia en violación de cláusulas de no competencia como “competencia prohibida”, tiene su origen en las obras de Paul Roubier (1886-1964), que en el siglo pasado escribió uno de los tratados de Derecho industrial más influyentes en su país y de quien la ha tomado la generalidad de la doctrina francesa (Derruppé, 1986, p. 411). Revisar también la cita de Yves Serra en *Sensormatic c. Vásquez y otros*, (2008) 704 TDC (FJ 40 de la parte considerativa).

²⁹ Que este modo de entender el asunto se ha difundido de manera bastante general por todo el ámbito hispanoamericano, además de las citas que siguen de nuestra propia doctrina nacional, lo ilustra bien el ejemplo de Chile (Burgos Sánchez, 2007, p. 21), donde cita también a Castiñeiras y a Nevado.

³⁰ En mi opinión, en realidad esta ambigüedad proviene y en cierto sentido depende de la dialéctica, heredada de la doctrina y jurisprudencia europeas, y más en particular, francesas, entre la ilicitud de la actividad misma y la ilicitud únicamente de los “medios” utilizados en la actividad como línea de demarcación entre la “competencia prohibida” y la meramente “desleal”, tal como puede detectarse en la cita anteriormente reproducida de (Pirovano, 1974).

C. Noción jurisprudencial de “competencia prohibida”: el precedente *EMHI*

Siguiendo la línea trazada por la doctrina, en el caso *Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L.* [en adelante, *EMHI*] *c. Llama Gas S.A.*³¹, los pronunciamientos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y del Tribunal del Indecopi asumieron que el supuesto de “competencia prohibida” comprende todos aquellos casos en que existe la obligación de abstenerse de competir, y que ésta se puede derivar en ocasiones de un pacto o cláusula contractual válido y eficaz (es el caso, por ejemplo, de ciertas relaciones laborales³², de algunas formas asociativas o de colaboración empresarial, y de los contratos de transferencia de fondo empresarial³³), o bien de prohibiciones y otras regulaciones de orden público (Kresalja, 1993, p. 21), como por ejemplo:

- a) cuando media una declaración general ilicitud de ciertos negocios (por ejemplo, el tráfico de drogas),
- b) cuando se trata de servicios públicos prestados en régimen de concesión administrativa,
- c) otros monopolios legales,
- d) las autorizaciones legalmente exigidas para emprender ciertas actividades,
- e) los requisitos para ejercer ciertas profesiones, o
- f) los casos de inhabilitación o incompatibilidad para ejercer la empresa (véanse los artículos 13 y 14 del Código del Protección y Defensa del Consumidor [en adelante, CPDC])³⁴.

EMHI sostuvo que la denunciada venía cometiendo actos de competencia desleal consistentes en el aprovechamiento de una ventaja competitiva ilícita y significativa, obtenida mediante la infracción de normas (artículo 17 del Decreto Legislativo 26122), al vender Gas Licuado de Petróleo [en adelante, GLP] como combustible automotor sin la autorización de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas exigida por la Cuarta DT del Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo 01-94-EM del 11 de enero de 1994. Llama Gas había sido ya sancionada por ese hecho por la autoridad sectorial correspondiente, pese a lo cual, funcionarios del Indecopi comprobaron, mediante visita inspectiva a dos de sus locales, que seguía realizando la conducta denunciada. Sin embargo, la Comisión declaró improcedente la denuncia, al considerarse incompetente para intervenir en la materia, puesto que se trataría de un caso de “competencia prohibida”. Según la Comisión:

la competencia prohibida se presenta cuando por ley o por acuerdo de voluntades se prohíbe, a todos o a algunos sujetos, el ejercicio de una determinada actividad económica, de forma tal que en estos casos se considera ilícito el ejercicio mismo de la actividad, incluso si la misma se realiza con total pulcritud y corrección. La Comisión consideró que dentro del concepto de competencia prohibida se encuentra aquella que ocurre cuando un sujeto realiza una determinada actividad económica sin cumplir con los requisitos que la Administración exige para poder desarrollarla; siendo que tales requisitos pertenecen más a la disciplina del acceso al mercado que a la de la competencia desleal³⁵ (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 1996).

³¹ Revisar (1996) SDC 53, del 18 de setiembre de 1996 (publicada en El Peruano del 3 de octubre). Curiosamente, la resolución (n. III.1 de la parte considerativa) considera como un supuesto autónomo de “competencia ilícita”, al mismo nivel que la “competencia prohibida” y la “competencia desleal”, la que se realiza infringiendo derechos de propiedad industrial que confieren una exclusiva de explotación a otro agente privado en el mercado. Otros autores y decisiones jurisprudenciales suelen incluir tales supuestos también como de “competencia prohibida”. Así, por ejemplo, Castillo Wong, comentando la resolución del Tribunal, los considera concretamente como de competencia prohibida “por precepto legal” (Castillo Wong, 2013), n. 2.1.1.

³² Caso incluso sancionado de modo explícito por la Ley, como puede verse en el artículo 282 CPDC, sobre la obligación del factor de no competir con su principal. Revisar la breve referencia que se hace al respecto (Zegarra Mulánovich, 2017, pp. 98-99), § 48.

³³ Sobre estos últimos, revisar Zegarra Mulánovich (2017), pp. 344 y s. (§ 176).

³⁴ Al respecto, Zegarra Mulánovich, (2017), pp. 77 y ss., § 35.

³⁵ Revisar (1996) SDC 53, n. I (Antecedentes). La referencia a que la cuestión pertenece más bien a la disciplina de acceso al mercado constituye, me parece, una cita no acreditada (quizás por hacerla de memoria) de Baylos Corroza, 1993, p. 328 nota 500. Me lleva a pensar así que este autor hace ese comentario en un sentido que es casi exactamente contrario al que le da el Tribunal en su resolución, pues la idea que quiere expresar Baylos es que no se trataría de un caso de “competencia prohibida”, y como tal excluido *a priori* del ámbito de aplicación de la disciplina de la lealtad concurrencial, sino más bien de una “regulación de acceso a un mercado” (permitido). Implícito en este modo de plantear el asunto está, creo, que supuestos los requisitos especiales para ello (ventaja competitiva significativa y aprovechamiento de ella para competir), la infracción de esas regulaciones sí puede dar lugar a un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas. En cambio, el Tribunal viene a decir que, perteneciendo la cuestión a ese otro ámbito de la regulación de la actividad económica, el Derecho de la competencia desleal no tiene nunca nada que decir al respecto.

El Tribunal, compartiendo en todo el parecer de la Comisión, introdujo sin embargo, a modo de “aclaración”, la distinción entre “prohibiciones absolutas” y “prohibiciones relativas” de competir. En concreto, la falta de autorización administrativa previa exigida por las normas legales pertenecería al segundo grupo. En este contexto, aprobó un precedente de observancia obligatoria según el cual:

No constituyen casos que caen bajo la esfera de (...) [la LCD] los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto³⁶ (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 1996).

Ante la enorme amplitud del concepto de competencia prohibida que informa este precedente, no puedo excluir que haya pesado en el ánimo de la Comisión y luego del Tribunal al tomar esa decisión la sospecha de que la denuncia de competencia desleal fuera un modo encubierto de proteger una turbia posición monopólica de hecho (no legal, pero sí administrativamente favorecida). Resultaba llamativo, en efecto, que la denunciante fuera el único operador al que la Dirección General de Hidrocarburos había extendido hasta ese momento la autorización *ad experimentum* para expender GLP automotor prevista en la Cuarta DT del Decreto Supremo 01-94-EM. De hecho, la Comisión ofició a la Comisión de Libre Competencia para que iniciara una investigación sobre este caso, dentro del marco legal de su competencia. Sin embargo, que esta forma de ver las cosas era realmente una convicción arraigada en los órganos resolutivos de Indecopi en ese momento queda ilustrado por el hecho de que existiera al menos un caso anterior resuelto en el mismo sentido³⁷.

D. Noción jurisprudencial de “competencia prohibida”: el precedente *Civa*

Felizmente, el propio Tribunal se apartó de esa excesivamente amplia interpretación de la “competencia prohibida” en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la resolución del caso *Turismo Civa S.A.C. c. Expreso Cial S.A.*³⁸.

A grandes rasgos, la denuncia de Civa atribuía a Cial –ambas, dedicadas al transporte interprovincial de pasajeros– dos tipos de conducta desleal:

- a) actos de aprovechamiento de la reputación ajena en forma de imitación de sus signos distintivos (específicamente sancionados en el artículo 14 del Decreto Legislativo 26122, párrafo segundo); y
- b) aprovechamiento desleal de una ventaja competitiva obtenida mediante la violación de normas (artículo 17 del Decreto Legislativo 26122; confrontar el actual artículo 14 LCD), concretamente, la atención de rutas para las cuales no contaba con la preceptiva autorización administrativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Respecto del primer extremo de la denuncia, el Tribunal confirmó la inhibición de la Comisión y la consiguiente remisión de lo actuado a la Oficina de Signos Distintivos, en aplicación de las reglas sobre la distribución competencial en los casos de superposición de la protección conferida por el Decreto Legislativo 26122 con la establecida por el Decreto Legislativo 823³⁹. En el otro extremo, aplicando el precedente aprobado en *EMHI c. Llama Gas*, la Comisión había declarado improcedente la denuncia por tratarse de un caso de “competencia prohibida relativa”. Y es aquí donde el Tribunal tomó la decisión a que me refiero a continuación.

El Tribunal revocó la resolución de primera instancia en este aspecto y dejó sin efecto el precedente de observancia obligatoria sentado en *EMHI c. Llama Gas*, señalando que sólo la, en él denominada, “competencia prohibida absoluta” correspondía a la que debe entenderse excluida del campo de aplicación de la LCD. Ello no ocurría, en cambio, con la llamada “competencia prohibida relativa”, pues aquí **la misma** conducta calificaría en un primer momento como competencia prohibida y, en un segundo momento, como competencia permitida, según cuente o no con la autorización estatal. Esto implicaría que, en tales casos, la concurrencia en el mercado se encuentra en principio prohibida, prohibición que podría levantarse con una autorización del Estado, noción incompatible con el derecho a la libre iniciativa

³⁶ Revisar (1996) SDC 53, artículo 2 de su parte resolutive. Abundan en este modo de concebir la competencia prohibida (Indecopi, 2001, pp. 30-31).

³⁷ Se trata del caso *Asociación Peruana de Empresas Aéreas (APEA) c. Fuerza Aérea del Perú (FAP) y Transportes Aéreos Nacionales Selva (TANS)*, (1994) CRCD 13.

³⁸ Revisar (2004) TDC 493. Por cierto, el Tribunal mismo enfatiza que ahora contaba con “otra conformación”: n. III.2 (2 párrafo).

³⁹ Ver (2004) TDC 493, n. III.1 de la parte considerativa y artículo 1º de la parte resolutive (n. IV).

privada (artículo 58 de la Constitución)⁴⁰. Por el contrario, el acceso al mercado para la realización de actividad empresarial es siempre lícito en principio y está sujeto únicamente a ciertos requisitos legales, los cuales nunca pueden privar de contenido a la libertad de empresa⁴¹:

las autorizaciones brindadas por el Estado no levantan una prohibición inicial a la concurrencia en el mercado sino que, respetando el derecho a la libre iniciativa privada reconocido constitucionalmente, canalizan su ejercicio ordenado dentro del marco legal vigente (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 2004, numeral III.2).

Según esto, el Tribunal concluye que no contar con las autorizaciones exigidas legalmente para llevar a cabo determinadas actividades no constituye competencia prohibida, sino competencia desleal en la modalidad de violación de normas, siempre que tal omisión confiera una ventaja competitiva sustancial y el infractor se haya aprovechado de ella para competir⁴².

El nuevo precedente apunta pues, correctamente, a que la verdadera noción de competencia prohibida designa más bien un ámbito donde el solo hecho de concurrir, esto es, **el propio mercado en cuestión**, es ilícito; y esa ilicitud no puede cesar por una mera autorización administrativa, pues si la prohibición de realizar actividades económicas en ese sector es constitucionalmente eficaz, sólo puede deberse a graves razones de orden público. Con loable intención⁴³, el Tribunal procura ejemplificar esta noción enumerando una serie de ámbitos que a través de ella quedarían vedados a la actividad privada:

- a) la producción de bienes patentados por quien no es titular de la patente.
- b) la producción y comercialización de armas de guerra.

- c) la producción y venta de alucinógenos.
- d) la trata de seres humanos.
- e) la comercialización de órganos humanos.

Estos ejemplos permiten observar, como también se cuida de señalar el Tribunal, que los casos de competencia prohibida son **escasos y excepcionales**, tal como corresponde en un sistema constitucional que se basa en una irrestricta libertad de iniciativa económica privada⁴⁴. Finalmente, el Tribunal aprobó un precedente de observancia obligatoria que, en la parte que interesa para la determinación del concepto de la competencia prohibida⁴⁵, reza así:

2. La competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial.

3. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 2004, artículo 4 de la parte resolutive).

Puesta en esos términos, e interpretada estrictamente, la noción de competencia prohibida que plantea este precedente me parece correcta. El problema está en que únicamente aclara de manera explícita —y así se ha venido aplicando⁴⁶— que

⁴⁰ Ver (2004) TDC 493, n. III.2 (párrafo 11).

⁴¹ Al respecto revisar *Notas de Derecho Mercantil (Parte General)*, pp. 42 y ss. (§ 22).

⁴² Ver (2004) TDC 493, n. III.2 (párrafo 14). Habría que aclarar que más bien puede constituir ese tipo de actos de competencia desleal, si se acreditan sus condiciones particulares de verificación. Cfr. el apartado B de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

⁴³ Pero resultados no del todo felices, pues considero que el primero de los supuestos de esta enumeración constituye un craso error, como veremos más adelante.

⁴⁴ Ver (2004) TDC 493, n. III.2 (párrafo 15).

⁴⁵ Revisar (2004) TDC 493, artículo 4 de la parte resolutive. El n. 1 del precedente (del que se podría prescindir completamente) pretende contextualizar las afirmaciones que siguen mediante una suerte de paráfrasis (no especialmente lograda ni ilustrativa) de la cláusula general. A su vez los numerales 4 y 5 (en la redacción definitiva que les confiere la resolución del Tribunal en *Asociación GLP c. Alfa Gas*, (2005) TDC 566) se refieren específicamente a los actos de competencia desleal mediante infracción de normas, tema en el que no corresponde profundizar en este trabajo.

⁴⁶ Al respecto, *Asociación GLP c. Alfa Gas*, (2005) TDC 566; *Asociación GLP c. Anta Gas* (2005) Comisión de Competencia Desleal [en adelante, CCD] 15; *Quimpac S.A. c. Productos Esmi S.A.C. (Prodesmi)* (2008) CCD 163.

no constituyen competencia prohibida los casos en que la ley exige una autorización administrativa (u otros requisitos formales) para el acceso a mercados, en principio, permitidos. Sigue la incertidumbre, alimentada por la inercia doctrinal a que me he referido al comenzar esta sección, sobre otros supuestos tradicionalmente enumerados entre los casos de competencia prohibida, pero que el razonamiento que siguió el Tribunal para plasmar el precedente que acabo de transcribir dejaría claramente dentro del ámbito de competencia permitida, bien que regulada o sometida a ciertas restricciones por determinadas normas legales o convencionales. Por lo tanto, esos supuestos no necesariamente quedan excluidos *a priori* y perentoriamente del control de la LCD.

Como ilustraré con cierto detalle en algunos de los apartados posteriores de este trabajo⁴⁷, la mencionada incertidumbre se convierte en ocasiones en explícita confusión, que procuraré aclarar en su momento.

E. Competencia prohibida como interdicción del propio mercado

Pienso que es conveniente en este punto intentar hacer una lista más o menos exhaustiva de los grupos de casos que la doctrina y la jurisprudencia ha tendido a considerar en el pasado como "competencia prohibida":

- a) Ciertos negocios legalmente proscritos con alcance general (y que por eso normalmente constituyen delito).
- b) Las actividades, incluso en régimen empresarial privado, que supongan la explotación de los bienes del dominio público, y que generalmente sólo serán posibles mediante la correspondiente concesión administrativa.
- c) Otros "servicios públicos" prestados directamente por la Administración, o bien por empresarios privados mediante un régimen también de concesión.
- d) La explotación de invenciones y otros bienes inmateriales por quienes no son los titulares de los derechos de explotación exclusiva que pueda haber sobre ellos.
- e) Los (demás) monopolios legales.

- f) Las actividades o profesiones cuyo ejercicio está legalmente sujeto a autorizaciones u otros requisitos formales.
- g) Los casos en que la actividad empresarial no puede ejercerse legalmente por encontrarse incurso en una inhabilitación o incompatibilidad.
- h) Las obligaciones de no competir derivadas de determinadas operaciones o contratos, y siempre que tales restricciones convencionales de la competencia sean válidas y eficaces, en especial desde la perspectiva del Derecho *antitrust* o de la libre competencia.

La decisión de *Civa c. Cial* dejó claro que los casos del literal a) sí constituyen competencia prohibida; de hecho, son el supuesto paradigmático de ella, en cuanto, repito, una legítima **interdicción general del propio mercado o actividad empresarial como tal**. Queda igualmente claro en el precedente que los casos del literal f) **no suponen** competencia prohibida, y su infracción podría, por tanto, contribuir a configurar actos de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas. La incertidumbre subsiste, en mayor o menor medida, en todos los demás casos. A mi modo de ver, los del literal g) son tan parecidos a los del literal f), que deberían llevar exactamente a las mismas conclusiones sin necesidad de mayor argumentación: **no son** supuestos de **competencia prohibida** y, dadas las condiciones exigidas para ello (obtención y aprovechamiento de una ventaja competitiva significativa), su violación **puede** dar lugar a competencia desleal por infracción normativa⁴⁸.

Pienso que la aplicación del razonamiento del Tribunal en el caso *Civa c. Cial* a los supuestos de los literales d) y h) no dejan tampoco ninguna duda, en el sentido de que **no suponen** competencia prohibida alguna. Cierto es que su infracción tampoco configura automáticamente competencia desleal, sino que implica más bien la afectación de intereses, en principio, exclusivamente individuales⁴⁹:

- i) Los del titular del derecho en cuestión a la exclusiva en su explotación, en el primer caso, y
- ii) Los del acreedor de la abstención de competir, en el segundo.

Como tales, y como también ocurre con la violación de las regulaciones administrativas de carác-

⁴⁷ Revisar los apartados C a E de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

⁴⁸ Revisar *infra* en el texto.

⁴⁹ Al respecto, revisar los apartados C a E de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

ter técnico, son ilícitos ajenos en principio a la LCD, pero que excepcionalmente pueden llegar a estar en su ámbito de aplicación en las circunstancias apropiadas. Aunque esto me parece bastante evidente, el único sitio donde me consta que se ha dicho en nuestro país (y aun así, sólo de modo implícito) es en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2005 preparado por el Indecopi, en orden a la sustitución del Decreto Legislativo 26122 por la LCD actual:

[L]a realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias **o, en algunos casos, contratos de autorización entre agentes privados**. Cabe aclarar que, el cumplimiento de dichos requisitos legales no levanta una prohibición inicial a la concurrencia en el mercado sino que, respetando el derecho a la libre iniciativa privada reconocido constitucionalmente, canaliza su ejercicio ordenado dentro del marco legal vigente⁵⁰ [énfasis añadido].

Pienso que resulta bastante claro que los “contratos de autorización entre agentes privados” mencionado en este pasaje sólo puede constituir un “requisito” para realizar actividades económicas cuando tiene como antecedente un “derecho privado” del sujeto llamado a extender la “autorización” tal que incluye la potestad de impedir la actividad en cuestión. Dado el principio general de libertad (literal a del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución)⁵¹, parece que tal potestad de un privado sólo puede provenir de derechos o situaciones jurídicas reconducibles a los siguientes dos grupos:

- a) Derechos privados que conceden a su titular una potestad de **exclusión del acceso, uso o explotación** de su objeto, dotado de **oponibilidad general**, como ocurre con los derechos de la personalidad (v. gr, la propia imagen), los derechos reales tradicionales (sobre bienes corporales) o los de propiedad intelectual; y
- b) Derechos privados que consisten en la **exhibibilidad personal y relativa** (esto es, por su

concreto titular a un concreto obligado) de la conducta negativa consistente en **abstenerse de competir**.

En otras palabras, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LRCD de 2005 se refiere precisamente a los supuestos de los literales d) y h) de la enumeración con que inicio este apartado, excluyéndolos de la noción de “competencia prohibida”. Desafortunadamente, como he adelantado, la jurisprudencia, ya desde el mismo caso *Civa c. Cial* (que enumera como “competencia prohibida” la violación de derechos de propiedad intelectual⁵²), ha incurrido en confusiones frecuentes y numerosas precisamente en estos dos grupos de casos⁵³, sobre cuya correcta calificación trataré más adelante⁵⁴ en este trabajo.

F. Prohibición de monopolios legales y “servicios públicos” en la Constitución

Los casos comprendidos en los literales b) al e) de la enumeración con que doy inicio al apartado precedente responden todos a una **noción amplia** (“amplitud” que interesa sobremanera enfatizar) **de monopolio legal**:

- i) Cuando la actividad sólo la puede llevar a cabo o permitir que se lleve a cabo el Estado, o bien
- ii) Una determinada persona o entidad pública o privada.

De todos ellos, como ya adelanté, los derechos de propiedad intelectual (entre otros) serán materia de análisis en un apartado posterior⁵⁵. Ahora pretendo fijarme en los otros tres supuestos.

En primer lugar, hemos de recordar que, en nuestro país, los monopolios legales están prohibidos en la propia Constitución (artículo 61). Por lo tanto, los supuestos del literal e), esto es, los supuestos en que una ley pretendiese acoger directamente un monopolio u oligopolio, de existir, serían **inconstitucionales e inadmisibles**.

⁵⁰ El pasaje se refiere al 2 párrafo del artículo 2 del Anteproyecto, que como dije al inicio del apartado A, *supra*, contenía una expresa exclusión de la competencia prohibida del campo de aplicación de la LCD.

⁵¹ Al respecto, ya (Kresalja, 1993, p. 21), citando a Baylos, donde alega este mismo principio para señalar el carácter restrictivo de la noción de “competencia prohibida”.

⁵² Sobre este punto en particular revisar el apartado D de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

⁵³ El segundo es el de la infracción de las obligaciones contractuales de no competir, en especial la que se da en las relaciones laborales. Así, desde el caso *Newmont Perú S.R.L. c. Back Arc Minerals S.A.C. y Ever Jesús Vásquez Amado*, (2009) SC1 63, el Tribunal ha sido constante en declarar improcedentes las denuncias contra los trabajadores del afectado, alegando (en mi opinión, con error) que para ellos se trataba de “competencia prohibida”.

⁵⁴ Sobre este punto, revisar los apartados C a E de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

⁵⁵ Revisar el apartado D de la sección III de este mismo trabajo, *infra*.

Hay dos aparentes excepciones a esta afirmación, que no lo son realmente:

- i) La reserva al Estado (en la persona de sus institutos armados) de la adquisición, uso, posesión y disposición de todas las “armas de guerra” (artículo 175 de la Constitución). En primer lugar está claro que, aunque constituyera una verdadera excepción a la regla de fondo, al estar contenida directamente en el propio texto constitucional, no podría resultar a su vez inconstitucional. Pero es que además no reserva realmente al Estado la actividad empresarial que recaiga sobre tales objetos, sino sólo su adquisición, uso y posesión: **el mercado (interno) como tal está absolutamente proscrito**, al Estado y a los particulares; y en la medida en que el artículo 175 de la Constitución permite la empresa específicamente **manufacturera** (cuyo único destino constitucionalmente admisible sería entonces el **mercado externo** o, como mucho, el aprovisionamiento únicamente de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional), la permite también a los particulares (lo contrario infringiría la libertad de empresa).
- ii) La reserva al Estado de la adquisición, comercialización y elaboración industrial de la hoja de coca. El supuesto fue directamente abordado y calificado como de “competencia prohibida absoluta”⁵⁶ en el caso EMHI c. Llama Gas:

Un supuesto claro de lo que sería una competencia prohibida absoluta es el que ocurre con la compra de la hoja de coca. A fin de combatir y controlar el narcotráfico la ley ha concedido la exclusividad en la compra de la hoja de coca de los campesinos a una empresa del Estado. Esto quiere decir que está prohibido competir con esta empresa en dicha compra. Si los narcotraficantes adquieren hoja de coca, la empresa estatal no podrá denunciar un acto de competencia desleal por violación de normas, pues no se trata de alguien que compite deslealmente, sino de alguien que no debería estar compitiendo en dicho mercado; la sanción que corresponde no es pues una multa por competencia desleal, sino que las autoridades competentes impidan que siga desarrollando la actividad en el mercado. Este caso se encuentra, obviamente, fuera del campo de

acción de la Comisión (Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 1996, numeral III.2).

Ahora bien, esas mismas consideraciones sirven para demostrar que el segundo caso tampoco es verdaderamente un **monopolio** (más exactamente, un **monopsonio**) legal reservado al Estado **sobre un objeto de lícito comercio**, sino una **salida excepcionalmente lícita** para lo que en casi todos los demás supuestos constituiría delito de **tráfico ilícito de drogas** (artículo 296 del Código Penal).

G. Uso de “bienes públicos” y los “servicios públicos” en la Constitución

Lo anterior nos deja con dos supuestos por examinar:

- i) Los casos en que **por su propia naturaleza la actividad sólo se pueda llevar a cabo explotando** o utilizando **bienes públicos**, y
- ii) El **servicio público** al que se refiere el artículo 58 de la Constitución *in fine* como uno de los ámbitos de actuación preferente del Estado, sea que se trate o no del concepto tradicional de ese nombre.

En el primer grupo (que coincide con los casos aludidos en el literal b) de la lista de casos de posible “competencia prohibida” que abre el apartado E anterior), es obvio que en realidad no hay **monopolio legal**, sino una especie de **monopolio natural**, controlado por el Estado. Éste podría organizar la utilización de tales bienes por parte de las empresas privadas, emulando condiciones de competencia, mediante las oportunas concesiones administrativas; de hecho, tiene el deber de hacerlo, en muchos de los casos previstos de modo más o menos claro (artículos 73 y 76 de la Constitución). A mi modo de ver, quizás sea así como eventualmente podrían surgir, de modo constitucionalmente legítimo, los llamados “mercados regulados” de lo que podríamos considerar un primer grupo de “servicios públicos”, si es posible llamarlos así en el sistema de nuestra Constitución.

En cambio, el **servicio público en el sentido estricto** del Derecho Administrativo tradicional (García de Enterría y Fernández, 2002, pp. 68-69), en el que es la propia actividad el objeto de la *publicatio* o reserva en exclusiva a la Administración, está completamente ausente de nuestro ordenamiento constitucional⁵⁷. Más aun, puesto que la

⁵⁶ Revisar también (Indecopi, 2001, p. 31), numeral [en adelante, n.] 2.4.1.

⁵⁷ Al respecto (Baca Oneto, 2009, pp. 375-379), especialmente en ésta última, donde demuestra que pese al uso de la denominación, el “servicio público” tradicional (con *publicatio* de la misma actividad) está completamente ausente de la concepción del constituyente de 1993, por estarlo la posibilidad de que el Estado **se reserve** ámbitos de actividad.

actividad como tal es materialmente empresarial (organizada profesionalmente y dirigida al público), se les debe aplicar, en mi opinión, la **absoluta** prohibición de monopolios legales del artículo 61 de la Constitución.

Es más, parece evidente que los casos que con más claridad podrían ser calificados en nuestro país como “servicios públicos”, en el sentido en que usan esa expresión los preceptos constitucionales (de hecho, son los únicos⁵⁸ expresamente mencionados en el artículo 58 de la Constitución), son:

- 1) Los servicios de **salud** y
- 2) los de **educación**.

Pues bien, ambos tipos de actividad están **explícitamente garantizados a los particulares** por la propia Constitución, y englobados tanto dentro de su **libertad de empresa** (artículo 11 de la Constitución, para los servicios de salud; artículos 13, 15, 17 y 18 de la Constitución para la educación, en cuanto “libertad de enseñanza”) como de **otros derechos constitucionales** (tales como la libertad científica, de trabajo y de iniciativa económica: incisos 8, 15 y 17 del artículo 2 de la Constitución). En esos campos (y quizás en otros que sería factible englobar en una segunda noción o grupo de “servicios públicos”, que para ser constitucional habría que construir más bien en torno a la idea de “servicio universal”) se podría afirmar, como mucho, que el Estado tiene excepcionalmente una legítima iniciativa (artículo 58 de la Constitución, *in fine*), sin necesidad, quizás, de observar estrictamente las condiciones de subsidiariedad del artículo 60 de la Constitución. Pero no por eso se puede sustraer al imperativo de la igualdad de trato con la empresa privada a que se refiere el párrafo 2 de dicha norma ni, mucho menos, se puede decir que se trate de ámbitos de “competencia prohibida”.

Pienso que ejemplos del primer tipo o grupo de “servicio público” (el vinculado a la explotación o aprovechamiento de bienes públicos, se les aplique o no, además, la idea de “servicio universal” que forma la base del segundo grupo⁵⁹) ocurren con:

- a) las **telecomunicaciones** (el espectro electromagnético es de titularidad pública), o
- b) la **distribución de energía eléctrica** (los cables tienen que pasar por las vías públicas).

La técnica de la concesión implica que, en realidad, el control del acceso a la actividad pertenece originariamente al Estado, pero éste permite a los privados ese acceso en condiciones de igualdad, emulando condiciones de competencia. De hecho, tiene que haber “competencia” (condiciones de igualdad para el acceso de todos los interesados) en el acceso a la concesión, mediante licitación o concurso público (artículo 76 de la Constitución). Pero hablando con propiedad, no existe aquí derecho de competir: la competencia está **prohibida**, y **el mercado mismo existe solo** en la medida en que lo crean, más o menos artificialmente, los mecanismos administrativos de la concesión.

De todos modos, es importante entender qué fase de la actividad entra aquí en el campo de la competencia prohibida: la del **acceso mediante la concesión**, y sólo ella. Probablemente sería más exacto decir que no es que la actividad como tal esté prohibida (menos aún reservada al Estado), sino que su ejercicio está (fácticamente) condicionada por la posibilidad de acceder a un bien que, por ser de titularidad pública, el Estado necesariamente controla. En ese sentido, propiamente la concesión no se refiere a la actividad, sino sólo al **bien público** como tal. Una vez obtenida esa concesión, sin embargo, la observancia de las reglas de competencia, sea ésta entendida en su sentido estricto (con los otros concesionarios, si los hay) o en el sentido amplio de la concurrencia con los demás agentes económicos y consumidores, sí que puede y debe ser controlada, en su caso, mediante las normas de represión de los distintos ilícitos concurrenciales.

Lo dicho anteriormente no se aplicaría, en cambio, al acceso a la actividad empresarial de **transporte público de pasajeros**, que considero que sólo se puede analizar (cuando esté calificado como tal de modo constitucionalmente legítimo) como un “servicio público” del segundo tipo o grupo (en cuanto garantía pública de “servicio universal”⁶⁰).

⁵⁸ En el entendido de que ni “la promoción del empleo”, ni “la seguridad” ni “la infraestructura” pueden ser considerados “servicios públicos” en ningún sentido que resulte significativo, aunque ciertamente sean ámbitos de preferente actividad del Estado.

⁵⁹ Por cierto, hago esta referencia a “dos grupos” o tipos de “servicio público” para entendernos. Soy consciente de la enorme diferencia que hay entre unos y otros, y comparto como tema de principio el rechazo de (Baca Oneto, 2009) a llamar con el mismo nombre conceptos o situaciones radicalmente distintas, como aquí, pero por un lado no encuentro de momento otra forma sintética de referirme a uno de estos grupos y, por otro, pienso que en esta concreta discusión el peligro de confusión es mínimo.

⁶⁰ Que es el sentido, impropio por cierto, también formulable bajo la idea de “servicio esencial”, en que debe entenderse que la Constitución usa la etiqueta “servicio público”, siguiendo a (Baca Oneto, 2009). Por cierto, el autor también prefiere usar el nombre “técnicamente correcto” de “servicio esencial”.

Ciertamente, como ya dije, las vías y caminos habilitados para el **tránsito terrestre** (y ocasionalmente la infraestructura afectada a otras modalidades del transporte) son bienes de **dominio público**, lo que parecería aproximar este supuesto al de la actividad de distribución de energía eléctrica. Pero no sólo son eso, sino incluso **de uso público**, y precisamente para transitar por ellas. Por esa razón, creo que su uso no puede depender de ninguna concesión administrativa. Y no se puede decir que ello sería permisible para permitir su explotación empresarial, porque, al menos en el caso del transporte terrestre, el empresario haría uso de las vías públicas precisamente en la misma forma en que tienen derecho a hacer uso de ellas **todos los ciudadanos**.

Por cierto, la constatación de que no sólo no hay supuestos de "competencia prohibida" propiciados por la existencia de "servicios públicos" en el sentido tradicional ni otro tipo de "monopolios públicos" podría llevarnos a considerar si, dado que es al Estado a quien la Constitución (artículo 60) limita y condiciona severamente con carácter general la potestad de intervenir directamente en la actividad económica mediante la empresa pública, no serían esos supuestos (los de **empresas públicas inconstitucionales**), más bien, lo que podrían o quizá deberían ser calificados como de **competencia prohibida**. De hecho, el efecto integral de esas disposiciones es el de negar que el Estado tenga, no ya libertad de empresa (que como tal Estado no tiene en realidad ninguna libertad ni derecho subjetivo, sino sólo potestades), sino ni siquiera **legítima iniciativa** económica. Y ello nos devuelve a su vez a la disyuntiva que mencioné más arriba: ¿se ha de construir la noción de competencia prohibida en función de la existencia de ámbitos en los que, con alcance general o más limitado, se advierte la negación o ausencia de libertad de empresa, o más bien sobre la base de una prohibición o **interdicción objetiva del propio mercado**? En mi opinión, una interpretación sistemática e integral del ordenamiento no nos deja más alternativa que asumir la segunda respuesta⁶¹. Y es que, en caso contrario, la violación de la regla constitucional de la subsidiariedad entraría de lleno en el ámbito de la competencia prohibida, y como tal estaría excluida de la posibilidad de control bajo la LCD. Pero el artículo 14.3 de la LCD se refiere precisamente a estos casos, de modo expreso, como de supuestos específicos de **competencia desleal** del Estado por **violación normativa**.

III. OTRAS EXCLUSIONES

A. Planteamiento

Aparte de la excepción de competencia prohibida a que me he referido en la sección anterior y de todos los supuestos en los que simplemente los actos en cuestión no puedan ser calificados como "actos de competencia", es necesario reconocer la existencia de cierto número de **exclusiones adicionales** del ámbito de aplicación de la LCD. En concreto, en esta sección me voy a referir a:

- a) La exclusión de las meras **infracciones a la legislación** general; y
- b) la exclusión de la violación de **derechos e intereses de protección estrictamente individuales**, incluyendo como subgrupos:
 - i. los supuestos de **infracción de derechos privados de exclusiva** (en particular, de la propiedad intelectual), y
 - ii. la **violación de las obligaciones contractuales de no competir** (en especial por parte de trabajadores y ex trabajadores).

En ambos casos, aunque tampoco se trata de exclusiones explícitas en el texto mismo de la LCD, es posible deducir, a partir de un análisis sistemático de ésta:

- a) Tanto su **carácter de casos excluidos**, en principio, del ámbito de la regulación concurrencial;
- b) como la existencia de ciertas **condiciones excepcionales** en las que pueden ser considerados como **infracciones al Derecho de la competencia** y sancionados como tales.

Podría decirse que, como la misma "competencia prohibida", estos conceptos constituirían "excepciones" en sentido amplio a la aplicación de la legislación represiva de la competencia desleal, y como ella deberían dar lugar, *prima facie*, a la improcedencia de la denuncia. Sin embargo, a diferencia de aquella otra excepción (que podría describirse como una **excepción perentoria**, en la terminología procesal tradicional), las que nos van a ocupar en esta sección tendrían sólo un alcance "dilatatorio". O, más exactamente, son situaciones que el ordenamiento coloca en principio **fuera del ámbito de aplicación objetivo** del ordenamiento

⁶¹ Apunta en la misma línea el razonamiento del Tribunal en el caso *Inversiones Prado del Rey S.A.C. c. Radio La Karibeña S.A.C.*, (2012) SDC 3541, especialmente en FFJJ, nn. 21 y 26, donde sigue la línea del precedente *Civa c. Cial*, enfatizando el carácter de "conducta absolutamente proscrita" de la competencia prohibida, y sin mencionar ya como ejemplo la violación de derechos de la propiedad industrial.

concurrencial, pero que mediante la prueba de elementos adicionales, condicionantes de su relevancia específicamente anticoncurrencial, pueden excepcionalmente llegar a encontrarse dentro de él.

B. La “infracción de normas técnicas”

Las relaciones entre el Derecho de la competencia –y en particular la represión de la competencia desleal– y las restantes normas reguladoras de los actos o actividades mediante las cuales se lleva a cabo la competencia económica tienden a ser ambivalentes. Siempre que un empresario transgrede una ley vinculada al ejercicio de su negocio pone a sus competidores en desventaja, con independencia del objetivo específico de la ley incumplida, de si prohíbe u ordena algo, así como del costo que requiera su observancia; resulta obvio, incluso, que el competidor inescrupuloso busca imponerse sobre sus rivales al adquirir esta ventaja “ilegal”, de modo que cabría preguntar si se puede admitir que la conserve en circunstancia alguna (Kurit, 1963, pp. 133-134). Al mismo tiempo, es patente el peligro al que esta línea de razonamiento puede conducir, si no se le pone coto⁶²: a que el Derecho de la represión de la competencia desleal termine fagocitando la totalidad del ordenamiento regulador de las actividades económicas privadas⁶³, en contra del más elemental sentido común, así como de la evidente intención del legislador.

También la jurisprudencia alemana, ya en vigencia de la UWG de 1909⁶⁴, precisó que no es función del Derecho de la competencia –ni por lo tanto, en nuestro caso, de la LCD– sancionar en general las meras **infracciones a la legislación**. De hecho, las normas que imponen requisitos técnicos, medidas de seguridad, etc., para llevar a cabo actividades empresariales privadas, tienen sus propios mecanismos de tutela o, en su caso, los previstos con carácter general en el Derecho Administrativo.

Así pues, el mero hecho de infringir esas normas –cualesquiera normas, en realidad– **nunca** puede **suponer competencia desleal por sí mismo**.

Pero lo cierto es que la propia LCD en su artículo 14 (cfr. artículo 17 del Decreto Legislativo 26122) tipifica ciertos actos de **competencia desleal por violación de normas** de este tipo. Si pueden ser competencia desleal, entonces, así sea con ciertas condiciones, no cabe pensar que se trate de supuestos **enteramente ajenos al ámbito objetivo de aplicación** de la LCD. Como he intentado aclarar en otra ocasión (Zegarra Mulánovich, 2009, pp. 90-91)⁶⁵, y se desprende del texto de la propia norma, lo que dicho tipo anticoncurrencial requiere específicamente es que:

- a) además de incurrir en la **infracción normativa misma**,
- b) el sujeto haya **obtenido una ventaja competitiva significativa**, y
- c) **se haya valido de ella**.

Creo que puede añadirse a estas condiciones, bastante explícitas en la Ley, una a la que la jurisprudencia alemana repetidamente alude, en el sentido de que se requeriría además que la **norma infringida** tenga, al menos secundariamente, una **función protectora de la competencia**⁶⁶, pues sólo así adquiriría relevancia concurrencial.

Con estas condiciones, en cierto sentido podría decirse que, en contra de la regla general del “peligro abstracto” como umbral de protección normal de nuestra LCD, los actos de competencia desleal por infracción normativa adquieren habitualmente en nuestro ordenamiento un cierto carácter “de resultado”, aunque no necesariamente de “daño”. Haciendo a su vez excepción a esta

⁶² Como reconoce el mismo autor de quien he tomado las consideraciones precedentes cuando, citando a Callmann, advierte que “Ciertamente debe existir alguna doctrina *de minimis* para impedir juicios espurios. «[R]esultaría insensato empujar a los competidores a la actividad de vigilancia o a dedicarse al trabajo de detectives privados unos contra otros. Pero las violaciones continuadas de las leyes no concursenciales tienen un efecto innegable en la lucha competitiva»” (Kurit, 1963, pág. 134), por nota 2.

⁶³ O con las palabras de otra cita, esta vez de Handler, recogida por el mismo autor: “Si todas las leyes así tuvieran que ser incluidas en un *casebook* sobre la competencia desleal, nos encontraríamos con que su «red inconsútil» habría terminado por atrapar prácticamente todo el ámbito jurídico” (Kurit, 1963, pág. 136).

⁶⁴ Revisar BGH del 25 de abril de 2002, I ZR 250/ 00, BGHZ 150, 343 (trabajos eléctricos); BGH del 26 de setiembre de 2002, I ZR 293/ 99, (2003) *GRUR*, 164 y (2003) *WRP*, 262 (reciclado de autos antiguos); BGH del 15 de mayo de 2003, I ZR 292/ 00, (2003) *GRUR*, 969, y (2003) *WRP*, 1350 (subasta de servicios de metrología); BGH del 3 de julio de 2003, I ZR 211/ 01, (2003) *GRUR*, 971, y (2003) *WRP*, 1347 (servicio de ofertas telefónicas); BGH del 2 de octubre de 2003, I ZR 117/ 01 (servicios de apoyo médico). Confróntese también OLG (Tribunal Regional Superior) de Hamm del 12 de diciembre de 2005, 4 U 145/06 (con la redacción dada a la UWG por la reforma de 2008).

⁶⁵ También es la aproximación implícita de la resolución del caso *Prado del Rey c. La Karibeña*, (2012) SDC 3541, cuyos FFJJ nn. 48-62 analizan la efectiva **infracción normativa**, los FFJJ nn. 63-74 la **ventaja competitiva significativa** y no analiza en detalle (entendiendo que por resultar evidente, tal como se desprende del FJ n. 79) el hecho de que la denunciada **se haya servido de ella**.

⁶⁶ Ver BGH del 25 de abril de 2002, I ZR 250/ 00, BGHZ 150, 343, párrafo n. 24.

excepción, el artículo 14.3 de la LCD sanciona la mera **actividad** empresarial pública inconstitucional (contraria al artículo 60 de la Constitución)⁶⁷, eximiendo explícitamente del requisito de la con-sabida “ventaja significativa”.

C. Violación de intereses meramente individuales

La *ratio* última que explica la exclusión anterior (y sus “excepciones”) no se aplica únicamente a las normas técnico-administrativas: el Derecho de la competencia tampoco tiene por función la **protección de intereses estrictamente individuales**, como pueden tenerla las normas del Derecho privado patrimonial común o incluso el Derecho del consumo (Zegarra Mulánovich, 2009, pp. 81-83)⁶⁸.

Me refiero, también con la jurisprudencia alemana⁶⁹, a las normas que definen el ámbito de protección de derechos privados de exclusiva, como los de propiedad (clásica e inmaterial), pero también a las normas de Derecho común de obligaciones (y nótese que en este último caso incluyo en el ámbito de lo “común” el Derecho del consumo). Ellas también tienen previstos en el ordenamiento sus propias vías de tutela: la acción de cumplimiento de contratos, las de defensa posesoria y de la propiedad, etc.

En cierto sentido, puede verse una base normativa explícita a esta aproximación en lo que dispone la Disposición Final Segunda de la LCD:

Los actos de competencia desleal prohibidos por esta Ley son sancionados independientemente de la afectación directa que pudieran producir en perjuicio de los derechos de los consumidores. En caso existan consumidores afectados como consecuencia de un acto de competencia desleal, corresponderá a la autoridad competente en materia de protección al consumidor, aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la ley de la materia.

Naturalmente, y aunque no lo diga de manera expresa, la *ratio* de esta norma es aplicable también, incluso *a fortiori*, a los intereses individuales directamente afectados de los competidores u otros agentes económicos, para cuya tutela habrán éstos de acudir no ya a los órganos administrativos encargados de la protección del consumidor, sino directamente a los jueces ordinarios, como dispone el artículo 58 de la LCD. Al respecto, es ilustrativo advertir las grandes diferencias que hay en la regulación de las “medidas correctivas” previstas en la LCD (artículo 55), que sólo prevén la tutela de intereses “abstractos” desde que se propone únicamente “restablecer la leal competencia en el mercado”, y las que establecía la LPC anterior (artículos 42 a 44) y ahora recoge el CPDC (en concreto, las “medidas correctivas reparadoras” de su artículo 115), muchas de las cuales tutelan específicamente los intereses concretos del consumidor o consumidores afectados.

Precisamente, en la sección anterior he dicho que varios grupos de casos de la exclusión por “competencia prohibida” tradicional en realidad pertenecen a la exclusión de la tutela de intereses estrictamente individuales a que me vengo refiriendo aquí. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación contractual de abstenerse de competir.

Hay quien ha intentado expresar esta idea aludiendo a un carácter pretendidamente “extracontractual” de la responsabilidad derivada de los actos de competencia desleal, que por lo tanto sería inaplicable a los casos de incumplimiento contractual⁷⁰. A mi modo de ver, es mucho más correcto caracterizar esta exclusión como lo acabo de hacer aquí: se excluye del ámbito de aplicación de la LCD (y por tanto, del Derecho de la competencia) la pretensión de tutela de intereses meramente individuales que cuenten con sus propios medios de protección y satisfacción suficientemente adecuados. Hay varias razones para esto. Una es que, con la instauración del llamado “modelo social”⁷¹, no es posible ya caracterizar la represión de la competencia desleal

⁶⁷ Sobre la cual se puede revisar la interesantísima línea jurisprudencial iniciada con *Clínica Santa Teresa S.A. c. Hospital Nacional Cayetano Heredia*, (2010) SC1 2549, y continuada en *Pollería El Rancho II E.I.R.L. c. la Universidad Nacional del Altiplano – Puno*, (2010) SC1 3134 (que además aprueba el precedente de observancia obligatoria sobre el concepto de “subsidiariedad” en la medida en que es controlable en estos procedimientos, inexplicablemente aún no publicado en el Diario Oficial El Peruano, pese al explícito mandato en ese sentido contenido en el artículo 3 de su parte resolutive), y en *Gremco Publicidad S.A. c. Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, (2014) SDC 416. En cierto sentido en contra de esta línea, podría citarse *Dajota Comercial S.A.C. c. Marina de Guerra del Perú*, (2014) SDC 526, aunque formalmente en esta resolución se llega a la conclusión de que no hubo actividad empresarial pública, sino únicamente abusos puntuales de funciones de determinados servidores públicos.

⁶⁸ Punto en el que éste se separa y distingue claramente del Derecho de la competencia.

⁶⁹ Revisar el ya citado OLG Hamm del 12 de diciembre de 2005, 4 U 145/06.

⁷⁰ Al respecto, revisar los siguiente textos: (Baylos Corroza, 1993, pp. 334-335), n. 144; (García Menéndez, 2004, p. 53); (Sainz de Aja, 2006, pp. 43-47).

⁷¹ Al respecto, revisar (Sainz de Aja, 2006, pp. 31-33); (García Menéndez, 2004, pp. 16-18). También *Telefónica c. Mactel*, (2006) TDC 347.

como un mero capítulo de la responsabilidad civil extracontractual; ni siquiera como una responsabilidad extracontractual especial (aunque sin duda su violación dé lugar a ese tipo de responsabilidad, cuando causa daños concretos a otros concretos interesados). Otra razón es que, como acabo de explicar que ocurre también con la infracción de normas técnicas, es posible que los ilícitos contra intereses meramente individuales de terceros sí califiquen como actos de competencia desleal, si se dan las condiciones adecuadas. Tales condiciones son:

- a) Una afectación, actual o potencial, del interés económico general (en el marco del modelo económico institucionalizado); y
- b) la imposibilidad de prevenirla o remediarla mediante los mecanismos propios de tutela de esos intereses individuales directamente afectados por la conducta.

En otras palabras, procederá la denuncia por competencia desleal, aunque el acto cuestionado consista fundamentalmente en la infracción de un derecho puramente individual, cuando falten en el Derecho patrimonial común mecanismos para hacerlos valer, o los que existan sean excepcionales o extraordinarios (como el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, o la acción subrogatoria); esto es, cuando el Derecho de la competencia desleal se manifieste plenamente en su condición de “institución residual” de protección de los intereses de todos los intervinientes en el mercado, porque éstos carecen de una vía más específica e igualmente eficaz (Baylos Corroza, 1993, p. 333)⁷².

D. La violación de la propiedad intelectual

Dentro del primer gran grupo de excepciones al ámbito objetivo de la LCD (los derivados de la vio-

lación de derechos de exclusiva de diferente naturaleza), es obvio que ocupan un lugar especial los actos consistentes en la **infracción de derechos de exclusiva sobre bienes inmateriales en régimen de propiedad intelectual**.

Una primera cosa que hay que advertir a este respecto es que, aunque se tratase de “monopolios legales” —como suele caracterizar estos derechos en un *sentido amplio* parte de la doctrina (Jacob y Lane, 2004, p. 3)⁷³, cosa que es discutible si se toman los términos en un sentido más estricto (Cornish, 1996, pp. 30-31)⁷⁴—, estarían específicamente amparados contra la prohibición del artículo 61 de la Constitución, por el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce el derecho de “propiedad” de los “creadores” intelectuales, artísticos, técnicos y científicos sobre esas mismas “creaciones” y “a su producto”.

Dicho esto, hay que hacer algunas distinciones relevantes entre los diferentes derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, la constatación de que la violación de los derechos de propiedad industrial sobre **signos distintivos** (marcas, lemas y nombres comerciales, e incluso denominaciones de origen), en cuanto constituyen comportamientos intrínsecamente aptos para causar confusión en el consumidor y restar transparencia al mercado, no sólo no están absolutamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCD (es decir, no son casos de competencia prohibida), sino que constituyen el ejemplo más genuino y original de la competencia desleal (Baylos Corroza, 1993, p. 333)⁷⁵. Ello no impide que su control esté encomendado a órganos de Indecopi especializados (concretamente, a la Dirección de Signos Distintivos), distintos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y sus delegadas, que deben inhibirse. De hecho, las reglas actuales⁷⁶ de distribución de com-

⁷² Citando a Franceschelli, y en relación únicamente con los derechos de propiedad intelectual. Pienso que el razonamiento es perfectamente generalizable.

⁷³ También (Baylos Corroza, 1993, pp. 79-80), menciona esta dirección con un apunte crítico, *in fine*, exhortando a *no reducir* toda la sustancia de la propiedad intelectual a meras limitaciones de la libertad de concurrir.

⁷⁴ Revisar también las reservas de Baylos Corroza (1993), citado anteriormente y sobre las que vuelve en pp. 131-132, poniendo de relieve también su contenido positivo como derechos subjetivos privados. Al respecto, también Zegarra Mulánovich, (2009, p. 83), donde recuerdo que el aparente “monopolio” sobre determinados signos para determinados productos es en realidad una exigencia ineludible del carácter imperfecto de la competencia practicable en la vida real, pues constituye el presupuesto de la diferenciación de las ofertas que permite la informada decisión del consumidor, en que se basa dicha competencia.

⁷⁵ Sin perjuicio de las consideraciones críticas que se hacen, que en gran parte comparto, considérese que, de hecho, a nivel internacional, la primera regulación moderna de la competencia desleal con cláusula general se introdujo precisamente en la revisión del Convenio de la Unión de París sobre Propiedad Intelectual de 1883, llevada a cabo en la Conferencia de La Haya de 1925, que incorporó el artículo 10 *bis*. Esta estrategia legislativa “integrada” de ambos temas tiene aún bastante vitalidad en la actualidad, como lo demuestran los arts. 258 a 269 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, sobre el régimen común de la Propiedad Industrial. Sobre el tema, revisar lo que digo al respecto en Zegarra Mulánovich (2009, pp. 83-85).

⁷⁶ Y en realidad ya ocurría lo mismo en el contexto de la legislación derogada, pues la Directiva 001-96-TRI/Indecopi, construyendo sobre la fragmentaria norma contenida en la Disposición Complementaria 1 del Decreto Legislativo 823 (que parecía fijarse más bien en si el derecho de propiedad industrial involucrado estaba inscrito o no, con excepción del nombre comercial), pese a que ni esta norma ni el Decreto legislativo 26122 resolvieran completamente el tema, adelantó ya sustancialmente la misma regulación que ahora ha quedado incorporada en las disposiciones que comento en el texto.

petencias sobre las denuncias por competencia desleal vinculadas a la propiedad intelectual recogidas en la LCD y el Decreto Legislativo 1075 **presuponen** la condición desleal de las infracciones a que se refieren.

Ahora bien, en el contexto de la discusión que estoy desarrollando aquí considero importante añadir que, en el sistema de nuestras leyes reguladoras del mercado, el sentido de esta peculiar distribución de competencias se explica también por el hecho de que el Derecho de la propiedad industrial tutela, en una medida mucho más amplia que el de la competencia, los **intereses exclusivamente particulares** de los titulares de esos derechos (Zegarra Mulánovich, 2009, pp. 65-92). Se trata de intereses del mismo tipo de los que intervienen en todo mecanismo de defensa de la propiedad privada. Justamente porque la protección de intereses exclusivamente individuales también está excluida del ámbito de aplicación de la LCD es que no cabe plantear estos supuestos como casos ordinarios de **competencia desleal**. Pero la misma Disposición Final Quinta de la LCD alude veladamente a las condiciones en que tal conclusión debe, **excepcionalmente**, ceder:

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley en la determinación y sanción de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena que se encuentren vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual se encuentra asignada a la Comisión de Propiedad Intelectual correspondiente, conforme lo indique la legislación especial en dicha materia, y únicamente si la denuncia de parte fuera presentada por el titular del derecho o por quien éste hubiera facultado para ello [énfasis añadido].

En sentido sumamente parecido se pronuncia el artículo 98 del Decreto Legislativo 1075. Pero de una y otra disposición se puede colegir (es el sentido del "únicamente" incluido en el tenor de la Disposición Final Quinta de la LCD) que cuando la denuncia incluya este tipo de afectaciones al interés individual, pero **no sea realizada por su propio titular**, será competente la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en las condiciones ordi-

narias. Es la forma normal de operar la **exclusión** de la LCD por la causal de **protección de intereses exclusivamente individuales**⁷⁷.

E. Obligaciones de no competir: trabajadores y ex trabajadores

El segundo gran grupo de excepciones al ámbito objetivo de la LCD lo constituyen los supuestos derivados de la violación de la **obligación** (generalmente **contractual**) **de no competir**. En este grupo ocupan un lugar especial, concretamente, los actos de **competencia de trabajadores y ex trabajadores**.

Ahora bien, como ya he adelantado, nuestra jurisprudencia se ha mostrado reacia a aceptar la mera posibilidad de considerar como posible competencia desleal la generada o hecha posible mediante la **violación de los trabajadores de su obligación de no competir** con su empleador, a la que ha tendido a considerar, más bien, como **competencia prohibida**⁷⁸.

Hasta cierto punto, no deja de ser explicable esa resistencia, desde que ello supone una corrección muy notable a la doctrina tradicional, que en este punto es casi unánime⁷⁹. Esto, sin embargo, me parece personalmente un motivo especialmente fuerte para hacer hincapié en ese importantísimo dato, de modo que no se genere la falsa expectativa —en los agentes económicos e incluso en los órganos de resolución administrativa— de que las denuncias que se planteen en esos términos serán automática y definitivamente declaradas improcedentes, que es el efecto propio de la exclusión por competencia prohibida.

Precisamente, tomar conciencia de la existencia de exclusiones del ámbito de la Ley de Competencia Desleal **diferentes** de la competencia prohibida en sentido estricto tiene el efecto de llamar la atención sobre la posibilidad de que, en esos otros casos, sí pueda llegar a ser aplicada la LCD, cuando las actividades o conductas en principio excluidas de su ámbito, pero igualmente contrarias al ordenamiento, manifiesten la potencialidad de afectar el orden económico concurrencial más allá de las posibilidades de control de sus propias normas de tutela (sean administrativas o de Derecho privado).

⁷⁷ Revisar el apartado C, *supra*.

⁷⁸ Así ocurre desde los casos, ya citados de *Sensormatic c. Vásquez y otros*, (2008) 704 TDC, *Newmont c. Back Arc y otro*, (2009) SC1 63, y continuado en *Noble Equipment y Services S.A.C. c. Henry Emilio Villalobos Yamada*, (2014) SDC 288, *Geoinstruments S.A.C. c. Antonio Carlos Lozano Souto y Geoengineering Services y Consulting E.I.R.L.*, (2014) SDC 866, y *Fabres Inversiones Globales S.A.C. c. Deutsche Investments S.A.C. y Zoila Anggie Izaguirre Rivera*, (2016) SDC 214.

⁷⁹ Así, revisar (Garrigues, 1947, p. 286); (Baylos Corroza, 1993, pp. 327-329); (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2006, p. 187), en nota 1; (Kresalja, 1993, pp. 21-22).

En resumen, en la obligación contractual de no competir no hay competencia prohibida alguna, porque recae por definición en un ámbito que forma parte de la libertad de empresa del obligado (uno sólo puede obligarse válidamente a no hacer algo que en principio sí tiene la libertad legal de hacer) (Diez-Picazo y Ponce León, 1996, p. 249). Ciertamente, el incumplimiento de ese compromiso sería ilícito, pero sólo respecto del acreedor; por eso mismo, si éste consiente en sufrir la competencia, no habría ilícito alguno: *volenti non fit iniuria...* al menos en principio.

Como he venido argumentando hasta aquí, sin embargo, el hecho de que no sea “competencia prohibida” no quiere decir que la infracción del deber contractual de no competir entre en el ámbito de aplicación de la LCD. No entra, pero no porque se trate de competencia prohibida, sino porque esa Ley no protege los intereses puramente particulares, como son los que estarían en juego en este caso. La inejecución de un contrato o de una obligación, en éste o en cualquier otro supuesto, no constituye competencia desleal; al menos no como regla general. Pero sus excepciones —que las tiene— siguen las reglas que he señalado ya en un apartado anterior de este trabajo⁸⁰.

El campo es, sin embargo, bastante más variado. Un ejemplo que considero ilustrativo es el de las denominadas **cláusulas puzzle** (esto es, “rompecabezas”) (Sainz de Aja, 2006, pp. 44-45). Se trata de los pactos insertados por un empresario (“organizador”) en los contratos que celebra con otros empresarios (“partícipes”) para montar, por ejemplo, una **red de distribución**, y cuyo cumplimiento es esencial para el funcionamiento de toda la red, aunque el principio de relatividad contractual (artículo 1363 CC) los hace jurídicamente exigibles sólo por el organizador. Se llama “rompecabezas” a estas cláusulas, porque tienden a facilitar el funcionamiento coordinado de toda la red, de modo tal que los partícipes no hubieran celebrado su propio contrato jamás si no contasen con que los demás partícipes se someterían a tal pacto. La cláusula establece unas reglas de juego uniformes para todos los partícipes en la red, de modo que se espera que la competencia entre ellos (y respecto de terceros) se desarrolle conforme a dichas reglas, como cada partícipe confía que ocurrirá al incorporarse a la red (Sainz de Aja, 2006, p. 45)⁸¹. Cuando un partícipe incumple la cláusula, perjudica no sólo al organizador, sino también a los demás partícipes; incluso puede ocurrir que perjudique gravemente

a éstos sin provocar directamente un daño contra aquél (al menos en el corto plazo), de modo que el organizador tenga pocos o ningún incentivo para exigir el cumplimiento. Mas los demás partícipes no pueden, en principio, ejercer derechos derivados de un contrato que liga al organizador con otros partícipes, sin que medie relación contractual directa alguna entre éstos. Ante la insuficiencia de los remedios del Derecho contractual ordinario para este tipo de situaciones, dice un autor, debería admitirse la posibilidad de denunciar el incumplimiento como una forma de competencia desleal (Sainz de Aja, 2006, pp. 46-47).

Otro supuesto semejante sería la **circunvención fraudulenta de la obligación** de no competir derivada de un contrato (allí donde sea admisible desde la perspectiva *antitrust*) mediante **interposición de personas jurídicas**. Por ejemplo, si una sociedad da en alquiler su establecimiento, comprometiéndose (lógicamente) a no competir con el arrendatario, al mismo tiempo que otra sociedad, íntegramente conformada por los mismos socios, se prepara a abrir en la acera de enfrente un negocio del mismo tipo.

IV. FALSAS EXCLUSIONES

A. El problema de la “paracomercialidad”

Antes de terminar, quiero llamar la atención sobre algunas situaciones que constituyen o han sido consideradas ocasionalmente también como “exclusiones” del ámbito de aplicación de la represión de la competencia desleal:

- i) La llamada **paracomercialidad**.
- ii) La posibilidad de excluir o no las llamadas **infracciones de bagatela**.
- iii) Finalmente, la de excluir los denominados **abusos de acción** en nuestro ordenamiento de la competencia desleal.

Alguno de estos casos, quizás, quepa ciertamente considerarlos como verdaderas y legítimas exclusiones del ámbito de la competencia desleal, en el contexto de algunos ordenamientos extranjeros. Opino, sin embargo, y procuraré dejar claramente sentadas las razones que me llevan a pensar así, que en nuestro país necesariamente hay que considerar todos estos supuestos como **falsas exclusiones**.

⁸⁰ Revisar el apartado C, *supra*.

⁸¹ Haciendo hincapié en que se da por supuesto que cada contrato y toda la red que contribuyen a estructurar son conformes con el Derecho de la libre competencia, esto es, no constituyen un cártel ilícito.

El denominado **problema de la paracomercialidad** se ha planteado especialmente en algunos países europeos (Ripert y Roblot, 1996, p. 325), como una forma —como mínimo— de competencia desleal, pero que para sus propulsores lo deseable es que constituyera un capítulo específico de “competencia prohibida” expresamente. Se trata de la explotación de una empresa por entidades dedicadas a actividades altruistas o sin fines de lucro, en perjuicio potencial de los “comerciantes regulares” que concurren en el mercado correspondiente.

En mi opinión este pretendido problema constituye un **falso dilema**. Salvo específica regulación legal en contrario, todo el mundo puede llevar a cabo cualquier actividad empresarial; es más, la exclusión legal tendría que estar justificada constitucionalmente, porque, como la libertad de empresa es un derecho fundamental, no es legítimo en ningún caso limitar su contenido constitucionalmente protegido, sino que en todo caso se “regula” y, en los casos concretos, se “delimita” (Castillo Córdova, 2007, pp. 236-237).

No hay ningún motivo para impedir a ninguna persona, por muy ONG o sin ánimo de lucro que sea, que incurra en actividades empresariales. Lo que pasa es que, al emprender esas actividades, debe asumir todas las consecuencias, incluidas las tributarias⁸².

Nadie puede impedir a estas organizaciones dedicarse a la empresa por el mero hecho de no ser una de las entidades específicamente diseñadas para realizarla, como pueden ser las sociedades mercantiles. Es decir, la forma mercantil de determinadas personas jurídicas no excluye a las demás personas, naturales o jurídicas, de la posibilidad de llevar a cabo actividad empresarial. No es un requisito **positivo**, para poder dedicarse a la empresa, tener forma mercantil, ni sería legítima una ley que así lo estableciera **con alcance general**. Eso sería incompatible con la libertad de empresa, al condicionar innecesariamente un derecho que, por el mismo hecho de ser **fundamental**, tiene vocación y alcance todo lo **universales** que sea razonablemente posible. Sí hay algunas normas sectoriales específicas que reservan tal o cual ramo de actividad empresarial específico a uno o algunos tipos de personas jurídicas mercantiles. Por ejemplo, para emprender la actividad bancaria, hay que ser

sociedad anónima (artículo 12 de la Ley de Banca y Seguros), contar con un capital mínimo (artículo 16 de la Ley de Banca y Seguros), etc. Son exigencias específicas de la ley que sólo pueden justificarse en determinados casos particulares (otro ejemplo es la actividad bursátil). En cambio, no hay ni puede haber norma alguna que diga que todas las personas (o incluso sólo las **personas jurídicas**) que no sean sociedades mercantiles no puedan dedicarse a ninguna empresa.

Como ya he expuesto suficientemente, el concepto de exclusión por “competencia prohibida” debe ser interpretado restrictivamente, porque la regla es que toda actividad económica que no sea contraria a la dignidad humana está permitida: lo exige el derecho constitucional a la libertad de iniciativa económica (artículo 58 de la Constitución).

B. ¿Exclusión de las “infracciones de bagatela”?

Otro conjunto de conductas que alguno podría pensar deben quedar excluidas del control de la LCD es lo que los alemanes denominan **infracciones de bagatela** (*Bagatellverletzungen*). Se trata de aquellos actos que, reuniendo por lo demás los elementos constitutivos de un acto de competencia desleal, no superan sin embargo el umbral mínimo de protección que la Ley pretende establecer.

En Alemania, el antiguo § 3 UWG estaba redactado en términos que excluían la posibilidad de condenar al demandado por actos de competencia desleal que sólo hubieran causado al demandante perjuicios “negligibles” (*unerheblich*, “banales”, “insignificantes”). La idea era perseguir sólo medidas concurrenciales de cierto peso, de modo que una infracción sería considerada “bagatela” siempre que no tuviera efectos dignos de mención en la libertad de oferta de los competidores, o en la libertad de elección de los consumidores. Ahora bien, aunque la norma correspondiente, que en la nueva redacción de 2015 está ubicada en el § 3a UWG, habla más bien de perseguir únicamente los actos aptos para perjudicar “sensiblemente” (*spürbar*, “notable” o “perceptiblemente”) los intereses de los consumidores, competidores u otros partícipes del mercado, todo parece indicar que se trata simplemente de una modificación de estilo (para evitar una doble negación), permaneciendo inalterado el concepto subyacente⁸³. En ese

⁸² En ese sentido —y entiendo que es el espíritu con que se plantea la problemática—, sí sería desleal concurrir en el mercado aprovechándose de “ventajas a veces ocultas de que [estas entidades] se beneficiarían (fiscalidad más favorable, subvenciones, etc.)”; revisar (Ripert y Roblot, 1996), ya citado. Pero entonces el camino no es prohibir la actividad empresarial a estas entidades, sino privarlas de la ventaja competitiva injusta, reduciéndolas a una posición de igualdad con los demás concurrentes, que es lo que suele intentar hacer la Ley peruana.

⁸³ Así, bajo la redacción del 3.1 UWG vigente tras la reforma del 2008, el BGH del 15 de enero de 2009, expediente n. I ZR 141/06, n. mg. 21, al utilizar ambas expresiones como intercambiables. En el contexto transitorio entre la situación

sentido, estas normas extranjeras de represión de la competencia desleal exigen un mínimo “resultado”, aunque sea sólo un “resultado de peligro” (concreto), para intervenir.

Pienso que el modelo alemán (y lo mismo habría que decir del español, y de la mayoría de ordenamientos comparados de represión de la competencia desleal) resulta en ese sentido un término de comparación inapropiado, precisamente a la hora de determinar el umbral de protección relevante. Esto es en gran medida consecuencia de las profundas diferencias de carácter que median entre la regulación de la competencia desleal que hace nuestra legislación y la alemana. En concreto, mientras que en Alemania la competencia desleal se regula como fundamento de una pretensión privada de indemnización y cesación, a iniciativa de parte, y en virtud de un mínimo resultado efectiva o inminentemente dañoso, nuestra legislación configura el ilícito desleal con carácter general como:

- i) una infracción **administrativa**.
- ii) perseguible **de oficio**.
- iii) de carácter **objetivo**.
- iv) **de mero peligro** (Sainz de Aja, 2006, p. 48).

Esto último se deduce con claridad del artículo 7.2 de la LCD: “Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial”.

Daño “potencial” significa tan sólo aquél que puede producirse. La ilicitud del acto no depende, por tanto, de que se verifique un daño o perjuicio a la competencia, o a los competidores, otros empresarios o consumidores, sino meramente de que la acción sea **adecuada** para producir tal daño (Sainz de Aja, 2006, p. 48). La lucha contra la competencia desleal no sería eficaz si no pudiera **prevenir** las incorrecciones en la pugna concurrencial (García Menéndez, 2004, p.53), interviniendo incluso **antes** de que el daño se verifique o sea inminente. Pero el peligro de que se habla, ¿es un peligro **concreto** o basta con el mero **peligro abstracto**? En mi opinión todo el contexto de la represión ad-

ministrativa de la competencia desleal apunta con claridad a que se trata de lo segundo, esto es, la mera aptitud de la conducta para que, si se repite o se generaliza, generar daños significativos a otros partícipes en el mercado o al propio sistema de competencia practicable institucionalizado.

Así, en un caso alemán⁸⁴, el Tribunal Federal de Justicia consideró que no era falta una inducción a error concurrencialmente relevante, perseguible bajo la UWG, el hecho de que se señalara en las estanterías de un establecimiento un precio más alto que el publicitado para la mercadería, si cuando el cliente se acerca a la caja sólo se le considera desde un comienzo el precio publicitado. Un tal etiquetado incorrecto de precios ciertamente violaba la regulación relevante, pero el Tribunal consideró que no conducía a un “perjuicio no desdeñable” de la competencia (el caso es anterior incluso a la reforma de la UWG de 2008). Dado que podría haber consumidores que en un caso como el descrito se inhibieran de adquirir el producto promocionado que les interesaba al hallarlo en las estanterías a un mayor precio que el que esperaban, fundados en la publicidad, sin llegar a preguntar en caja si se trataba o no de un error, y perjudicando en consecuencia la satisfacción de sus intereses, cabe pensar que los órganos peruanos encargados de la aplicación de la LCD sí podrían considerarse obligados a sancionar un incumplimiento de esa naturaleza. En otras palabras, dado el umbral de protección considerablemente más sensible de la LCD peruana en comparación con la UWG alemana, un caso como éste podría **no ser considerado de bagatela** en nuestro país.

Sin embargo, que el umbral de ilicitud sea por regla general el de **peligro abstracto** no impide que para determinados tipos particulares de actos de competencia desleal se puedan establecer otros umbrales más exigentes. Como ya expuse, esto ocurre concretamente con los actos de competencia desleal por infracción normativa, que a tenor del artículo 14.1 de la LCD (cfr. ya el artículo 17 del Decreto Legislativo 26122) requieren la obtención por el infractor de una “ventaja significativa” y su aprovechamiento, lo cual constituye ya, sin duda, un concreto “resultado”, aunque no necesariamente suponga un “daño” (por lo que viene a ser, en mi opinión, más bien un ilícito de **peligro concreto**). Vimos también en su momento la ex-

normativa resultante de la reforma de 2008 y la del 2015 (los sucesos ocurrieron antes, pero fueron juzgados después de la entrada en vigor de la segunda reforma), véase el BGH del 21 de setiembre de 2016, expediente I ZR 234/15, n.mg. 32, donde expresamente afirma que en relación con la cuestión discutida, los cambios de redacción entre una versión de la norma y la otra se han producido “sin que por ello se haya cambiado nada de lo pertinente al caso para el supuesto de infracción” (“ohne dass sich für den Tatbestand des Rechtsbruchs dadurch in der Sache etwas geändert hat”).

⁸⁴ Revisar BGH del 4 de octubre de 2007, expediente n. I ZR 182/05. De hecho, es la única sentencia de que tengo noticia que haya aplicado efectivamente la exclusión de la infracción de bagatela en el ordenamiento alemán.

cepción a esta excepción que hace el artículo 14.3 de la LCD sanciona la mera **actividad** empresarial pública ilegal, sin requerir la presencia de la consabida “ventaja significativa”.

Por otro lado es importante precisar **para qué efectos** es relevante el umbral de mero peligro que acabo de señalar:

- i) para la orden de cesación del acto y
- ii) para su sanción administrativa (multa).

Evidentemente el mero peligro no puede justificar la condena a pagar daños y perjuicios, cuyo presupuesto ineludible es siempre la existencia de un **daño cierto**, que deberá ser materia de prueba satisfactoria en sede judicial. Lo mismo cabe decir (aunque éstas sí se han de ventilar en sede administrativa) de las medidas **correctivas** que, como su nombre indica, requieren un concreto **efecto** anti-concurrencial que sea necesario **corregir**.

C. ¿Exclusión del abuso de acción?

Un último supuesto en el que se pone la UWG alemana, y que resulta ilustrativo examinar en el contexto de nuestro ordenamiento, es el del **abuso de las acciones de competencia desleal**. Concretamente, el § 8.4 UWG dispone:

El ejercicio de las pretensiones descritas en el párrafo 1 es improcedente cuando, atendiendo a todas las circunstancias, resulta abusivo, en especial cuando sirve preponderantemente al intento de hacer nacer una pretensión al resarcimiento de costas o costos procesales contra el infractor⁸⁵.

Hay en Alemania copiosa jurisprudencia sobre esta disposición (Renner, 2009, pp.140-152), o su antecedente, el § 13.5 UWG de 1909, en la redacción que le dio una reforma de 1986.

Mas la configuración técnica de los ilícitos desleales en nuestro país es notoriamente distinta, como repetidamente hemos ido comprobando. No sólo el umbral de protección es diferente, sino que la iniciativa de la persecución es en nuestro ordenamiento directamente pública, y no privada, como allá. El “abuso de acción” alemán acepta y presupone que, aunque **sí hay infracción** (o, mejor dicho,

la hubo), el propósito real del denunciante (con la dificultad de prueba que ello conlleva) es a su vez crear un costo, obstáculo o contratiempo que perjudique al competidor de manera desproporcionada a la entidad o dimensión de su propia infracción.

Ahora bien, cuando el interés y la legitimidad de la persecución del ilícito es directamente público, no es tan sencillo desestimar *a limine* el procedimiento por un presunto abuso de acción del denunciante. Éste, en sentido estricto, ni siquiera es propiamente “parte” en el procedimiento. Esto hace, en mi opinión, que sea imposible considerar el abuso de la acción –incluso el **ostensible**, si pudiera llegar a darse– como una **exclusión** implícita, aunque podría ser tenida en cuenta para denegar o limitar las medidas correctivas o la condena de costos y costas solicitada.

En todo caso, en supuestos de ese tipo, quien haya sido denunciado abusivamente podría recurrir a la responsabilidad civil por denuncia temeraria (artículo 58.2 de la LCD; artículo 7 del Decreto Legislativo 807) –que más bien presupone que **no había infracción ni motivos razonables para suponerla**–, o a la norma de derecho común que proscribe el abuso del derecho con alcance general (artículo II TP CC)⁸⁶.

V. CONCLUSIONES

Primera: está sujeta al control de la LCD toda conducta que constituya un “acto de concurrencia”, esto es, cualquier acto de promoción de actividades económicas profesionales (o que se presentan como tales), sea por el lado de la oferta o por el de la demanda, pudiéndose imputar objetivamente el efecto concurrencial con el que el agente hubiera debido contar, de acuerdo a su rol o esfera de competencia.

Segunda: Por lo tanto, quedan en principio excluidas la promoción política, ideológica o religiosa, la de conductas de interés general, y los actos de ejercicio legítimo de las libertades de información, opinión y expresión en sentido estricto.

Tercera: Tampoco pertenece al ámbito de la LCD el control de la llamada “competencia prohibida”, pero este concepto debe limitarse a la prohibición pura y simple del propio mercado, ya sea por intervenir un monopolio natural del Estado sobre bienes públicos, o bien por la total interdicción de

⁸⁵ “Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen”.

⁸⁶ En la misma línea actúa la jurisprudencia desarrollada por Indecopi en los últimos años al amparo de la “cláusula general de prohibición” que persigue los casos de abuso de la acción de competencia desleal como supuesto, a su vez, de competencia desleal, en la forma de **litigación opresiva**. Siempre el **presupuesto** es que en realidad esos procedimientos eran evidentemente infundados y perseguidos con el único propósito de causar costos al denunciado.

la actividad misma en cuestión: tráfico de drogas, de armas de guerra, trata de blancas, comercio de esclavos o de órganos humanos, etc.

Cuarta: No constituyen “competencia prohibida” los “monopolios legales” (que serían inconstitucionales), ni los “servicios públicos”, ni la “infracción de normas técnicas” a que deba someterse la actividad empresarial en cuestión (incluyendo su ejercicio sin autorización administrativa, cuando ésta sea preceptiva), ni los que impliquen violación de derechos inmateriales de exclusiva, de cláusulas contractuales de no concurrencia u otros derechos establecidos en tutela de intereses puramente individuales.

Quinta: La “infracción de normas técnicas” se excluyen del ámbito de aplicación de la LCD por un título independiente; sin embargo, y a diferencia de los de “competencia prohibida”, sí puede a veces dar lugar a los actos de competencia desleal denominados de “violación de normas” cuando concurren los elementos previstos en el artículo 14 de la LCD (generación de una ventaja competitiva significativa y su aprovechamiento).

Sexta: Hay otro conjunto de exclusiones del ámbito de aplicación de la LCD que puede vincularse a la idea de “violación de intereses meramente individuales”. Entre estas exclusiones se incluyen: la violación de derechos inmateriales de exclusiva y el incumplimiento del deber específico de no competir derivado de ciertas relaciones contractuales. Las exclusiones de la LCD por este título funcionan de manera semejante a las derivadas de la “infracción de normas técnicas”: pueden ser sancionados en sede de competencia desleal sólo por excepción, cuando se cumplen determinadas condiciones. Tales condiciones se resumen en: existencia de una potencial afectación al funcionamiento del mercado, e insuficiencia de los remedios ordinariamente previstos para tutelarlos. ¶

REFERENCIAS

- Baca Oneto, V. S. (2009). “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”. En O. Vignolo Cueva, *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima, Perú: Grijley.
- Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial*. Segunda edición. Madrid, España: Civitas.
- Becerra Acevedo, H. (2009). Supuestos de competencia desleal en propiedad industrial. En M. Becerra Ramírez, *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual* (pp 195-223). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Broseta Pont, M., y Martínez Sanz, F. (2006). *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I. Trigésimo tercera edición. Madrid, España: Civitas.
- Burgos Sánchez, T. C. (2007). *Análisis comparado del deber de no competencia del trabajador con el empleador en el Derecho chileno y español*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile.
- Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima, Perú: Palestra.
- Castillo Wong, M. (2013). *Competencia prohibida y competencia desleal*. Lima, Perú. Recuperado de: www.teleley.com.
- Cornish, W; Llewelyn, D. y Alpin, T. (1996). *Intellectual Property: patents, copyright, trademarks and allied rights*. Tercera edición. doi: 10.1080/03069400.2014.914739
- Derrupé, J. (abril-junio de 1986). “Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières, au regard de la politique de protection des consommateurs”. En: *Revue internationale de droit comparé* (38), pp. 409-418. doi: 10.3406/ridc.1986.2424
- Díez-Canseco Núñez, L., y Muñoz de Cárdenas, A. (2005). “La noción restringida de la competencia prohibida: Apuntes sobre el INDECOPI y la informalidad desleal”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* (2), pp. 277-310.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Volumen II. Quinta edición. Madrid, España: Civitas.
- Font Galán, J. I. (1990). *Constitución económica y Derecho de la competencia*. Madrid, España: Tecnos.
- García Menéndez, S. A. (2004). *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- García de Enterría, E., y Fernández, T. R. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen II. Octava edición. Madrid, España: Civitas.
- Garrigues, J. (1947). *Tratado de Derecho Mercantil*. Volumen I. Primer tomo. Madrid, España: Revista de Derecho Mercantil.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (2001). *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial*. Lima, Perú: Indecopi.

- Jacob, R.; Alexander, D. y Lane, L. (2004). *A guidebook to Intellectual Property. Patents, Trade Marks, Copyright and Designs*. Quinta edición. Londres, Reino Unido: Thomson - Sweet y Maxwell.
- Jakobs, G. (1995). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. (Cancio Meliá, trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Kresalja, B. (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. En: *Derecho PUCP* (47), pp.13-86.
- Kurit, N. B. (1963). Unfair competition and penal violations: status in Ohio - Part I. En: *Case Western Reserve Law Review* (15), pp.133-179.
- Montoya Manfredi, U.; Montoya Alberti, U. y Montoya Alberti, H. (2004). *Derecho Comercial*. Volumen I. Undécima edición. Lima, Perú: Grijley.
- Pantaleón Prieto, F. (1990). "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación". En: *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Volumen II. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Pirovano, A. (julio-setiembre de 1974). "La concurrence déloyale en droit français". En: *Revue internationale de droit comparé*, 26, pp. 467-504. doi: 10.3406/ridc.1974.15560
- Renner, C. (2009). "Abmahnung - Blaues Auge oder Beinbruch? Die missbräuchliche Verfolgung von Unterlassungsansprüchen". En: *Humboldt Forum Recht*, pp.140-152.
- Ripert, G. y Roblot, R. (1996). *Traité de Droit commercial*. Volumen I. Décimo sexta edición. París, Francia: Librairie Générale de Loi et Jurisprudence.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Volumen I (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García-Conlledo, y J. de Vicente Remesal, trads.). Madrid, España: Civitas.
- Sainz de Aja, B. (2006). "El Derecho de la competencia desleal". En E. Pasquel, C. A. Patrón, y G. Pérez-Costa (coords.), *El Derecho de la competencia desleal* (pp. 25-56). Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Stucchi López Raygada, P. (2007). La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. En: *Themis - Revista de Derecho* (54).
- Tovar Mena, T. (2008). Ámbito de aplicación subjetivo de las normas de competencia desleal. Lima, Perú. Recuperado de: www.echecopar.com.
- von Gierke, J. y Sandrock, O. (1975). *Handels- und Wirtschaftsrecht* (novena edición, Volumen 1). Berlin - Nueva York: de Gruyter.
- Zegarra Mulánovich, Á. (2007). Las cláusulas de hardship en la contratación mercantil (Tesis Doctoral). Universidad da Coruña: La Coruña, España.
- Zegarra Mulánovich, Á. (2009). "Disciplina de la lealtad concurrencial como Derecho de la competencia general". En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* (10), pp. 65-92.
- Zegarra Mulánovich, Á. (2017). *Notas de Derecho Mercantil (Parte General)*. Lima, Perú: Pro manuscrito.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de la Comunidad Andina (14 de setiembre del 2000). *Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial*.

Comisión de Represión de la Competencia Desleal (21 de enero de 2007). Resolución 034-2007/Comisión de Competencia Desleal-INDECOPI.

Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil. (25 de julio de 1984). *Código Civil*. Decreto Legislativo 295. Publicado en *El Peruano*.

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú.

Congreso del Perú. (2 de setiembre de 2010). *Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Ley número 29571. Publicado en *El Peruano*.

Consejo Federal Alemán. (3 de julio de 2004). Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. (29 de diciembre de 1992). *Ley de Represión de la Competencia Desleal*. Decreto Ley 26122. Publicado en *El Peruano*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual. Directiva 001-96-TRI/INDECOPI.

Presidencia de la República. (23 de abril de 1996). *Ley de Propiedad Industrial*. Decreto Legislativo 823. Publicado en *El Peruano*.

Presidencia de la República. (26 de junio de 2008). *Ley de Competencia Desleal*. Decreto Legislativo 1044. Publicado en *El Peruano*.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (23 de diciembre de 1996). Resolución 096-96/TDC-INDECOPI.

(25 de diciembre de 1996). Resolución 103-96/TDC-INDECOPI.

(17 de marzo de 2006). Resolución 0347-2006/TDC-INDECOPI.

(22 de febrero de 2012). Resolución 473-2012/SC1-INDECOPI.

(1999). *Caso Warner Lambert S.A. c. Revista Además, Óscar Vergara y Guillermo Valdivia Carpio.*

(2008). *Caso Sensormatic del Perú S.A. c. Luis Vásquez Reyna, Liliana García Pflucker, Jhony Pedraza Hurtado, Giuliana García Pflucker y Sensormax S.A.C.*

(2009). *Caso Newmont Perú S.R.L. c. Back Arc Minerals S.A.C. y Ever Jesús Vásquez Amado.*

(2010). *Caso Clínica Santa Teresa S.A. c. Hospital Nacional Cayetano Heredia.*

(2010). *Caso Pollería El Rancho II E.I.R.L. c. la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.*

(2012). *Caso Comisión c. Gruppe AR S.A.C.*

(2012). *Caso Comisión c. Escuela Superior de Tecnologías en Computación e Informática E.I.R.L. – Esuptec.*

(2012). *Caso Comisión c. Hotelería Peruana S.A.C.*

(2012). *Caso Inversiones Prado del Rey S.A.C. c. Radio La Karibeña S.A.C.*

(2014). *Caso Gremco Publicidad S.A. c. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*

(2014). *Caso Dajota Comercial S.A.C. c. Marina de Guerra del Perú.*

(2014). *Caso Noble Equipment y Services S.A.C. c. Henry Emilio Villalobos Yamada.*

(2014). *Caso Geoinstruments S.A.C. c. Antonio Carlos Lozano Souto y Geoengineering Services y Consulting E.I.R.L.*

(2016). *Caso Fabres Inversiones Globales S.A.C. c. Deutsche Investments S.A.C. y Zoila Anggie Izaguirre Rivera.*

Tribunal Federal Alemán. (25 de abril de 2002). Recaída en el expediente I ZR 250/00.

(26 de setiembre de 2002). Recaída en el expediente I ZR 293/99.

(13 de febrero de 2003). Recaída en el expediente I ZR 41/00.

(15 de mayo de 2003). Recaída en el expediente I ZR 292/00.

(3 de julio de 2003). Recaída en el expediente I ZR 211/01.

(3 de julio de 2003). Recaída en el expediente I ZR 211/01.

(2 de octubre de 2003). Recaída en el expediente I ZR 117/01.

(11 de enero de 2007). Recaída en el expediente I ZR 87/04.

(4 de octubre de 2007). Recaída en el expediente I ZR 182/05.

(15 de enero de 2009). Recaída en el expediente I ZR 141/06.

(21 de setiembre de 2016). Recaída en el expediente I ZR 234/15.

Tribunal Regional Superior de Hamm, en el Land alemán de Renania-Westfalia (12 de diciembre de 2005). Recaída en el expediente Az. 4 U 145/06.