

LO QUE A MÍ NO ME ESTÁ PERMITIDO HACER TAMPOCO DEBE PERMITÍRSETE A TI (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)

Baldo Kresalja Rosselló*
Fundador de THEMIS, Primera Época
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En este interesante y extenso trabajo, el destacado jurista hace un profundo análisis de los actos de violación de normas en el Derecho de Competencia Desleal. Esto es, en qué casos el incumplimiento de una norma por parte de un agente económico –como un instrumento para obtener ventajas en la lucha concurrencial–, es susceptible de ser sancionado en el ámbito de la Competencia Desleal (a través del nuevo Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 0493-2004/TDC). Además, y en estrecha relación con lo anterior, el autor nos propone un modelo de interacción (o sistematización) entre las áreas del Derecho de Competencia, a partir de su finalidad y valores protegidos.

Toda esta discusión, como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta la preocupación social y política del autor, está enmarcada en la realidad social peruana, donde conviven agentes económicos de tipo formal e informal, lo que, como se verá, tiene importantes repercusiones en la aplicación de los criterios estudiados.

* Ex Ministro de Justicia. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este trabajo está dedicado a los estudiantes que conducen hoy THEMIS.

Cuando en 1965, hace nada menos que 40 años, por iniciativa de Domingo García Belaunde se fundó THEMIS, los jóvenes de entonces teníamos algunas inquietudes, preferencias y cuestionamientos que también comparten los muchachos de hoy, en el ámbito de la educación legal, el Derecho y la política. Pero como cada generación viene con su mochila, no todas las preferencias e inclinaciones pueden ser compartidas, más aún cuando en los últimos 50 años se han producido cambios muy significativos en varias áreas del conocimiento, lo que ha tenido y sigue teniendo gran influencia en el Derecho. Así, podemos constatar que parte importante y significativa del ejercicio profesional de los abogados de mi generación, los de la primera etapa de THEMIS, tiene débil relación con lo que nos enseñaron en la Facultad. Quizás el único territorio en el que hoy podríamos competir con ventaja no se encuentra en el campo del Derecho, sino en una parcela de lo afectivo.

Porque las cosas se dieron, como tenía y siempre tiene que ocurrir, en forma distinta a las de hoy. Vivíamos en un ambiente con mayores diferencias en lo que a educación básica se refiere –hoy hay menos analfabetos– pero no en ciudades y barrios tan radicalmente diferenciados en ingresos y preferencias culturales. Estábamos convencidos, a pesar de las exclusiones políticas y las nuevas realidades de los asentamientos urbanos marginales, que el futuro nos pertenecía y que podíamos construir un país mejor. Nos entusiasmaba estudiar un post-grado en el extranjero, pero no pensamos emigrar. La profesión de moda era la ingeniería industrial, el mundo de la empresa con presencia del capital nacional y las nuevas tecnologías. Y eso era así porque estábamos convencidos que el latifundio y el sistema de hacienda tradicional tenían señalada ya fecha de defunción.

Las diferencias en la enseñanza del Derecho y las facilidades materiales y bibliográficas, comparadas con las actuales, son inmensas. Por eso hoy los estudiantes son mucho mejores a lo que fuimos nosotros. Saben y estudian más. También tienen mejores profesores. Me estoy refiriendo a la Facultad en que ustedes estudian. Las inclinaciones profesionales son distintas y es lógico que así sea, más aún cuando todo indica que continuarán los cambios acelerados en los próximos lustros. Pero también hay problemáticas que se mantienen, servicios profesionales similares para problemas similares en el tiempo. Y las leyes en estos espacios no han cambiado tanto. La circunstancia de introducir la informática en el Poder Judicial puede haber mejorado el sistema de información, pero no ha mejorado la administración de justicia. Ahora, por

cierto, hay nuevos problemas profesionales, pero también parecidas tareas de interés público cuyas soluciones están pendientes, tareas a las que son pocos inclinados los estudiantes de hoy. Una de ellas es la proliferación de Facultades de Derecho, algunas de las cuales expulsan jóvenes de pésima formación, futuros jueces, fiscales y colegas. Al igual que algunas maestrías, fábricas sin control de calidad, con ofertas curriculares que parecen un menú popular. Eso no existía antes. Pero hay también carencias comunes: ni en mi época ni ahora se estudia o se investiga el llamado Derecho Indiano, a pesar quizás de haber sido una época de parcial pero auténtica creación legislativa, que no se ha repetido durante la República.

Pero antes y ahora, como he dicho, existen preocupaciones comunes. Siendo como somos, el Perú digo, cuando se fundó THEMIS y ahora que ha cumplido 40 años, un país poco desarrollado, muchas de las soluciones legislativas a problemas nuevos o antiguos con novedosos ingredientes, se han diseñado y aplicado antes en otros países, y sólo después se incorporan en nuestras leyes. Los de mi generación ya nos preguntábamos sobre si esos modelos legislativos se podrían aplicar correctamente entre nosotros y si contenían las soluciones más adecuadas. Pues bien, esa pregunta se la pueden también hacer ustedes, y la vida misma les dará la respuesta, para emprender la tarea por su derogación, interpretación, modificación o permanencia. Se trata entonces de un problema que es común a ustedes y a nosotros, aunque los casos concretos sean distintos.

Pues bien, el artículo que sigue trata de un problema actual que, desde mi punto de vista, plantea la adecuación de una norma proveniente de otra realidad socio política y económica a la nuestra, y que tiene un conjunto de derivaciones prácticas, políticas y éticas, que la hacen merecedora de una reflexión. Y, como podrán apreciar, en su parte final se plantean interrogantes que ustedes más adelante, en su vida profesional deberán absolver. De esta manera, creo, se produce una conexión de intereses a través del tiempo que tiene como vehículo a esta querida revista, cuya supervivencia y excelencia es mérito de ustedes y también, en proporción diversa, de todos los que os antecedieron.

I. INTRODUCCIÓN

1. Marco legal general

La Constitución Política de 1993 declara como derecho de la persona humana el de participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación (artículo 2.17), pudiendo trabajar libremente (artículo 2.15) y contratar con fines lícitos (artículo 2.14). En el

Capítulo I del Régimen Económico Constitucional ello se ratifica cuando se afirma que la iniciativa privada es libre (artículo 58) y que el Estado garantiza la libertad de empresa (artículo 59). Todo ello opera dentro de lo que se denomina “economía social de mercado” (artículo 58), asumiendo el Estado la obligación de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posición de dominio (artículo 61). Muchas otras normas de menor jerarquía ratifican y reglamentan lo señalado en la Constitución. Lo dicho concentra el derecho “activo” de la persona a participar en la vida económica y a hacerlo bajo el régimen de competencia. De ello no cabe duda alguna. Otra materia son las limitaciones razonables a ese ejercicio, las mismas que usualmente se apoyan en consideraciones de interés público o general. Cuando la persona participa en la vida económica, vamos a decir de forma “pasiva”, en calidad de consumidor o usuario, entonces cuenta también con un conjunto de derechos y con el apoyo del Estado, que se ha comprometido a defender sus intereses (artículo 65).

Así, pues, en materia económica, por mandato de la Constitución y de la realidad, tanto los operadores u oferentes como los consumidores y usuarios están o se encuentran en el mercado, en un mundo en el que rige la competencia. Las leyes que la protegen y regulan han proliferado en el mundo entero durante las últimas décadas, por considerar –razones ideológicas y prácticas sirven de apoyo– que es de esa manera como mejor se satisfacen los intereses individuales y colectivos en materia económica. Nosotros, en el Perú, no hemos sido ajenos a ese proceso. Dos son las principales normas, no las únicas, que resultan aplicables, el Decreto Legislativo 701 sobre defensa de la competencia económica y el Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal.

El más importante organismo administrativo encargado de resolver los conflictos que se presentan en el mercado y que caen bajo el ámbito de esas leyes es el INDECOPI, creado en el año 1992. Sus tribunales, en materias que suelen ser de importancia, de cuando en vez ponen en vigencia los denominados “precedentes de observancia obligatoria” (Decreto Legislativo 807, artículo 43), que son guías a tenerse en cuenta por los operadores en el mercado y por los consumidores y usuarios, y que, como su nombre lo indica, son obligatorios para la administración pública encargada de esas materias. Pero los involucrados en controversias posteriores a la emisión del precedente pueden pedir su modificación o cambio, o decidirlo el mismo tribunal, y a veces así sucede; un cambio de esta naturaleza es lo que motiva este artículo. Siempre, claro está, los interesados pueden acudir, una vez agotada la instancia administrativa, al Poder Judicial, a cuyos jueces esos

precedentes no obligan. Pero hay que recordar que, en la vida cotidiana vinculada a las actividades económicas, los precedentes tienen gran importancia, sobre todo para las empresas, pero también para sus directivos y para los abogados.

2. La recíproca función complementaria de la Disciplina de la Competencia Desleal y del Derecho Anti-trust

Como sabemos, el Derecho de la Libre Competencia (Derecho *Anti-trust*) y la Disciplina de la Competencia Desleal tienen como presupuesto común la libertad de empresa. Pero ésta ya no se entiende en nuestros días únicamente como un derecho subjetivo del empresario, sino como uno que debe ejercerse conforme a un orden establecido y garantizado por el Estado, primero en la Constitución Económica y después en las normas especiales, y dentro del cual ocupa un lugar de especial relevancia el régimen legal de defensa de la libre y leal competencia económica. A las empresas, a su vez, se les exige responsabilidad social, una actitud respetuosa tanto del trabajador como del medio ambiente y del entorno democrático.

En efecto, en coherencia con los nuevos principios y valores normativos incorporados en las modernas Constituciones Económicas, el Derecho de la Competencia ha pasado a ser un ordenamiento comprometido con la institución de la competencia en interés no sólo de los empresarios, sino de todos los sujetos que participan en el mercado. A pesar, entonces, de estar dividido en dos grandes disciplinas, la de la Competencia Desleal y el Derecho *Anti-trust*, se entiende hoy como un ordenamiento unido, vertebrado, acoplado mutuamente, y jurídicamente fundamentado en la Constitución Económica, la que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado, y que da protección a los consumidores y usuarios.

En nuestros días es misión del Estado establecer las reglas del juego económico y velar por su cumplimiento. Ya no se acepta el antiguo *laissez faire*, porque se entiende y acepta que la libre competencia lleva en sí misma el germen de su propia destrucción. En efecto, la libertad de participar en el mercado lleva consigo la posibilidad –ilícita la mayor parte de las veces– de celebrar acuerdos para suprimir la competencia, o para abusar del poder económico alcanzado, lo que perjudica a los consumidores. Ahora bien, la intervención del Estado debe ser “pro-mercado”, lo que significa proteger al individuo y a su libertad de acceso al mercado, pero también, y sobre todo, al sistema económico constitucionalizado. En síntesis, el Estado ya no interviene, como ocurría antes, únicamente para garantizar la libertad individual de

participar en el mercado, sino a la propia competencia como institución del sistema de economía social de mercado. No se trata tampoco de que “dirija” la economía en el sentido intervencionista tradicional, sino que la encauce hacia la consecución de ciertos objetivos constitucionalmente predeterminados, que constituyen un interés público¹.

De otro lado, la Disciplina de la Competencia Desleal tenía hasta hace no mucho tiempo por finalidad principal la protección de los intereses privados de los comerciantes o empresarios, frente a los daños que pudiera inferirle un competidor en la lucha concurrencial destinada a la captación de clientes, esto es, protegía al empresario o comerciante frente a la inobservancia de un mínimo de corrección por parte de un competidor. Pero ello ya no es suficiente, puesto que ahora, en compañía del Derecho *Anti-trust*, tienen el mismo objetivo: la protección de la institución de la competencia, esto es, no sólo de los competidores, sino también de los consumidores y del interés público que exige la *estabilidad del sistema*.

En efecto, en la Disciplina de la Competencia Desleal de las democracias capitalistas occidentales “el interés protegido no puede ser ya –asumidas por el Estado la defensa de la libre competencia y la protección de los consumidores– únicamente el de los empresarios, sino que en la valoración de la deslealtad han de entrar los intereses de los consumidores y el interés público”². De esta forma, la Disciplina de la Competencia Desleal se integra en un Derecho General de la Competencia o Derecho del Mercado. El ilícito de la deslealtad se convierte en el “ilícito general” del Derecho de la Competencia, y su cláusula general en la norma general de enjuiciamiento de las conductas de mercado³, esto es, una conexión funcional u operativa de las leyes citadas, reconociéndose en ambas una recíproca función auxiliar o complementaria, “en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin último de proteger el orden concurrencial del mercado”⁴.

La ley de Competencia Desleal puede entonces apreciarse como una ley de defensa de la competencia,

y la ley *Anti-trust*, en cuanto sanciona a aquellos que desean falsear la libertad de competencia, como desleal desde la perspectiva valorativa de los comportamientos en el mercado. En efecto, lo *Anti-trust* es también desleal por cuanto sanciona el abuso de la libertad de competir que quiebra la exigencia de uso leal y, por ende, no abusivo de la libertad. Debe pues enfatizarse que todo comportamiento que pueda considerarse abusivo del derecho a competir en el mercado es también desleal, “por suponer una infracción de las reglas objetivas que configuran los contornos de la institución de la competencia”⁵.

Mientras el Derecho *Anti-trust* trata de garantizar prioritariamente la existencia y la libertad de competencia, la Disciplina de la Competencia Desleal tiene por objeto preservar la calidad de la competencia. Como señala Gómez Segade “el derecho de la competencia debe entenderse como un todo armónico que tiene por objeto la defensa cuantitativa y cualitativa de la competencia. Pero las dos ramas o polos del derecho de la competencia no constituyen compartimientos estancos, sino que se encuentran en una estrecha relación funcional”⁶.

Además de las tareas señaladas, el Derecho de la Competencia apunta a la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores y las oportunidades empresariales, fomentando la formación de mercados, favoreciendo la entrada en éstos y protegiendo a los participantes de las prácticas excluyentes. Cabe advertir, finalmente, que algunos cuestionan la regulación del fenómeno concurrencial en dos legislaciones separadas –*Anti-trust* y competencia desleal– pues consideran que las conductas prohibidas por las normas *Anti-trust* constituyen actos de competencia desleal, convirtiéndose el Derecho de la Deslealtad en la Ley General respecto del Derecho de Competencia, ocupando el lugar que antes tenía el Derecho *Anti-trust*. Todo ello en virtud de que “la cláusula general de la competencia desleal, además de su normal función reguladora de las conductas desleales *per se*, estaría así llamada a cumplir también una función de cobertura respecto de la ley *anti-trust*, teniendo en

¹ ROBLES MARTIN-LABORDA, Antonio. “Libre competencia y competencia desleal”. Madrid: La Ley. 2001. p. 43 y siguientes. Por cierto, debe recordarse que representantes de la famosa Escuela de Chicago, donde se desarrolló el análisis económico del Derecho, han manifestado en más de una ocasión su desconfianza frente al Derecho de la Competencia, pues en general consideran que toda intervención estatal es más perjudicial que beneficiosa y que el mercado tiene suficientes elementos de auto corrección, y que estos mecanismos pueden ser destruidos si el Estado interviene antes de tiempo. Este apasionante debate no puede tener lugar, obviamente, en el propósito perseguido por este artículo, pero lo dejo anotado.

² Ibid. p. 68.

³ FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA. “Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos”. Madrid: Marcial Pons. 2005. p. 9 y siguientes.

⁴ Ibid. p. 12.

⁵ Ibid. p. 29.

⁶ GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. Prólogo a HERNÁNDEZ, Francisco. “Precios predatorios y derecho antitrust”. Madrid: Marcial Pons. 1997.

cuenta que está en condiciones de cubrir un área de acción mucho más amplia que ésta en la represión de conductas que lesionen la estructura del mercado”⁷.

En síntesis, el Derecho de la Competencia del Estado Social y Democrático de Derecho da una especial relevancia a la siguiente trilogía de intereses: de los empresarios (deslealtad frente al competidor); de los consumidores (deslealtad frente al consumidor); y de la colectividad y el sistema económico (deslealtad frente al mercado)⁸. Pero todo ello sin olvidar que el ilícito desleal es hoy el ilícito general del sistema jurídico del Derecho de la Competencia, mientras que el ilícito *Anti-trust* es uno especial.

3. La obligación de competir y otros fines perseguidos por el Derecho de la Competencia

La legislación *Anti-trust* cambia el planteamiento del liberalismo decimonónico: en éste el empresario tenía el derecho de competir; ahora no sólo tiene ese derecho, sino la obligación de hacerlo. En efecto, si realiza concertaciones para no competir o para restringirla, entonces estará actuando ilegalmente y estará sujeto a las sanciones que la ley establece⁹. Esa obligación se basa en la idea de que el sistema de economía de mercado, como hemos ya dicho, es el más eficiente; y, por tanto, la ley establece como objetivo el de mantenerlo. Por eso, para que el mercado funcione correctamente, el empresario está obligado a competir. El sistema competitivo se basa en el supuesto que cuando compiten varios empresarios triunfará el más eficiente, y ello beneficiará a los consumidores.

Pero, obviamente, la obligación de competir no basta. En efecto, el triunfo en el mercado obedecerá a quien sea más eficiente, a las ventajas ofrecidas en el precio, en la calidad de los productos o servicios, y otras condiciones variadísimas. Pero es preciso que la clientela captada lo haya sido por esos motivos, no por actuaciones que distorsionan el sistema y que no responden a la eficiencia empresarial. Que es lo que ocurre cuando, por ejemplo, se denigra a los

competidores, cuando se realiza una publicidad engañosa, cuando se produce confusión en los productos por apropiación de marcas ajenas, etc. La obligación de competir no puede pues cumplirse de cualquier modo, ya que existe el convencimiento de que no todo método es válido y que deban sancionarse las actuaciones incorrectas. La protección contra la competencia desleal responde a esta exigencia, y no sólo en defensa de los empresarios afectados, sino porque existe un interés público –y este fue el aporte del Derecho *Anti-trust* en que el sistema competitivo funcione, que es también por cierto el interés de los consumidores. Ello es también lo que persigue la ley peruana.

4. El interés de los consumidores

Tal como hemos visto, la vinculación entre mantenimiento del orden económico constitucionalizado y la represión de la competencia desleal hace que la protección normativa se dirija a todos los que participen en el mercado, esto es, a los que intervienen económicamente en el proceso de intercambio de bienes y servicios, con prescindencia de su carácter profesional y con independencia de que se hallen del lado de la oferta o de la demanda¹⁰. Además de la protección de un interés público, al que nos hemos ya referido, “la represión de la competencia desleal íntegra, en suma, los intereses de todos lo que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas (y también personales, sociales, culturales...) en y a través del mercado, considerados tanto individual como colectivamente”¹¹.

Y la protección del interés de los consumidores se da porque estos son los maximizadores de las utilidades empresariales, porque tienen el rol de regulador último del mercado, ya que sus preferencias determinan calidad, cantidad y precio de los productos y servicios. Para que ello ocurra el consumidor debe estar en condiciones de adoptar decisiones racionales, es decir, debe decidir sobre sus preferencias estando bien informado, debiéndose

⁷ ROBLES MARTIN-LABORDA, Antonio. Op. Cit. p. 79. Cabe advertir que los desarrollos jurisprudenciales en los EE.UU., influidos en forma importante por el análisis económico, consideran que el Derecho debe intervenir sólo cuando no existen condiciones para que el mercado funcione correctamente, pues tiene como fin la consecución de la eficiencia económica, lo que se traduce en una mayor permisividad hacia el poder del mercado, pues se excluyen otro tipo de fines políticos o sociales. Y al sostener que el Derecho *Anti-trust* tiene como finalidad la maximización de la eficiencia, ello equivale a afirmar, dicen los que defienden esta posición, que su objetivo es maximizar el bienestar de los consumidores. Pero una corriente de pensamiento más reciente –dice Robles– no considera que el bienestar de los consumidores coincida exactamente con la maximización de la eficiencia, pues es necesario tomar en cuenta aspectos dinámicos como la mejora futura de las condiciones de mercado como consecuencia, entre otros, de inversiones en innovación (p. 81 y siguientes).

⁸ FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA. Op. Cit. p. 25.

⁹ BERCOVITZ, Alberto. “Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal”. En: BERCOVITZ, Alberto (coordinador). “La regulación contra la Competencia Desleal en la ley de 10 de enero de 1991”. Madrid: Cámara de Comercio e Industria. 1992. p. 14 y siguientes.

¹⁰ MASSAGUER, José. “Comentario a la ley de competencia desleal”. Madrid: Civitas. 1999. p. 113.

¹¹ Ibidem.

sancionar cualquier agresión consistente en la supresión o restricción a su libertad de decisión. El falseamiento del rol atribuido al consumidor es entonces una agresión al orden concurrencial, razón por la cual todo acto realizado en esa dirección es ilícito, y está considerado como desleal. Y esta protección legal es por cierto distinta a la que la ley provee específicamente a los consumidores; esto es, la represión de la competencia desleal no es el Derecho de Defensa de los Consumidores y Usuarios, no es la vía para responder a los problemas socio-jurídicos nacidos del tráfico de bienes y servicios entre empresarios y consumidores a causa de la desigualdad en que se encuentran unos y otros. No, el bien protegido por la prohibición de la competencia desleal es el orden concurrencial por sí mismo considerado, “con la consecuencia de que el interés de los consumidores aquí relevante es su interés en la vigencia y mantenimiento de un orden concurrencial libre y no falseado”¹².

5. Competencia prohibida y competencia desleal

A pesar del marco constitucional y de las leyes especiales que regulan la competencia económica, no siempre es posible competir, pues a veces está prohibida. En efecto, principalmente por mandato de la ley, los ciudadanos y las empresas deben en ocasiones abstenerse de competir. Y ello también ocurre por voluntad de las partes, esto es, por haberse así lícitamente pactado en un contrato. En el primer caso ello ocurre cuando por ley se crean monopolios estatales, sean en actividades productivas o cuando se dan ciertas concesiones, por ejemplo, en el caso de patentes de invención. Por cierto, en todo lo que no está expresamente prohibido la competencia es posible y deseable.

Pero para que pueda ocurrir un acto de competencia desleal debe haber competencia, las actividades deben ser en principio lícitas. Lo que se prohíbe es ejercerla por medios reprobables, el causar un daño concurrencial indebidamente. No debe pues decirse que la Competencia Desleal es parte de la competencia prohibida, pues ello lleva a confusión. Los actos desleales alteran la igualdad de oportunidades de los competidores, toman ventaja del rival por medio ilícitos, esto es, no por el precio, la calidad y los servicios ofrecidos por un determinado producto o servicio, sino porque ganan el favor de los consumidores mediante el engaño, la confusión, la denigración, etc. Y dentro de los actos desleales se

encuentra uno *sui generis*, la violación de normas, acto al cual nos referiremos en este artículo.

II. EL DECRETO LEY 26122 Y EL ACTO DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS

1. Objeto de la norma

El Decreto Ley 26122 se promulga en el año 1992, en un momento en el cual se ponen en vigencia un número importante de dispositivos destinados a liberalizar la economía y a romper con una excesiva – y poco eficiente– intervención estatal. En cierta forma, anuncian lo que en el Congreso Constituyente Democrático, que dará lugar a la Constitución vigente, sería opinión dominante en materia de regulación económica. Y si bien parte del contenido del Decreto Ley 26122 había estado ya vigente en la legislación anterior referente a la Propiedad Industrial (Ley 13270 y Decreto Supremo 001-71-IC/DS), tiene una estructura y un contenido mucho más ambicioso y técnico que sus antecedentes, y acusa la influencia de la ley española en la materia (la Ley 3/1991), que responde a un modelo concurrencial distinto al nuestro, aunque siempre hay estipulaciones similares en la legislación comparada sobre Competencia Desleal.

El artículo 2 del Decreto Ley 26122 es muy claro: la finalidad es “evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas”. En síntesis, el bien superior a resguardar es la “libre competencia”, por lo que la norma ratifica la creencia tanto política como ideológica, en el sentido que las prácticas desleales “no contribuyen a que pueda desarrollarse a cabalidad la libre competencia, razón por la que debe evitarse se produzcan, y adicionalmente desalentar a los agentes económicos a que las practiquen y las consideren usuales”¹³.

Adicionalmente, el Decreto Ley 26122 amplía los intereses tradicionalmente protegidos por las disposiciones sobre Competencia Desleal, pues sus normas no están ya únicamente destinadas a la defensa de la conducta leal de los empresarios y comerciantes –que, por cierto, son la inmensa mayoría de quienes ofrecen bienes y servicios en el mercado–, sino que además –y así lo dispone su artículo 2– es de aplicación a todo tipo de personas naturales o jurídicas, incluidas las asociaciones sin fines de lucro y los gremios, sin otro requisito que realizar actividades económicas en

¹² Ibid. p. 116.

¹³ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. “Comentarios al Decreto 26122 sobre represión de la Competencia Desleal”. En: Derecho 47. 1993. p. 31.

el mercado, lo que confirma el interés en la protección a los consumidores y también al interés público. Por eso es que el antiguo requisito para interponer la acción –o denuncia– que es el de la existencia de una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado ya no es ahora exigido en todos los casos, “bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público” económico, tal como señala el artículo 5 del dispositivo bajo comentario. Como bien señala Bercovitz, la Disciplina de la Competencia Desleal afirma “la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”¹⁴.

De otro lado, el Decreto Ley 26122 es de aplicación a cualquier actividad económica, superando así la tendencia parceladora de esta normativa, que fue mayoritaria durante el siglo XIX y en buena parte del XX, y que también tuvo expresión en las normas peruanas que le sirvieron de precedente, pues vinculaban los actos desleales en gran medida a los institutos de la Propiedad Industrial.

Los “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”¹⁵ del INDECOPI no pueden dejar así de reconocerlo y es por ello que señalan que la Disciplina de la Competencia Desleal es “un conjunto normativo destinado a proteger principalmente el interés público del Estado en el correcto funcionamiento de la economía social de mercado y el interés colectivo de los consumidores como agentes que cumplen un papel importante dentro de este modelo económico”.

De lo anterior se deduce la pertinencia de que estén legitimados para iniciar acción legal no sólo los competidores que se consideren afectados, sino también los consumidores, organismos públicos y no gubernamentales, asociaciones y gremios, etc. Tal como lo dice el artículo 20, a iniciar la acción cuando el acto se esté ejecutando, cuando exista amenaza que se produzca e, incluso, cuando ya hubieran cesado los efectos del acto desleal¹⁶.

2. Vinculación con la publicidad

Dicho ello, hay que recordar que el mayor número de actos desleales se cometen o manifiestan a través de la publicidad, de anuncios comerciales que persiguen atraer clientela, aunque por cierto existen

actos publicitarios ilícitos que no tienen una relación directa con la Competencia Desleal. Como confirmación de la vinculación de todas estas normas con la defensa de la libre competencia, el artículo 7 del Decreto Legislativo 691, que regula la publicidad, dice que “todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia” y que es de aplicación a cualquier actividad económica, independientemente del hecho que el destinatario del mensaje sea un consumidor final o un intermediario o proveedor de bienes y servicios. Los principios que, según la ley peruana, deben presidir la actividad publicitaria son los de veracidad, legalidad y no denigración.

Todas estas normas persiguen que el consumidor¹⁷, “el rey del mercado” que como árbitro da o quita éxito a los competidores, esté correctamente informado. Pero como en muchas ocasiones se encuentra en una situación de desventaja frente a los competidores, se le debe proteger y defender; eso manda el artículo 65 de nuestra Constitución y tiene expresión concreta en el Decreto Legislativo 716.

Ahora bien, existen tipos de publicidad estrechamente vinculados a los actos desleales, tales como la publicidad que induce a confusión, la denigratoria y parasitaria, a veces la comparativa, etc. Hay otros tipos que no tienen esa vinculación, como aquellos contrarios a la dignidad de la persona o la prohibida. Lo cierto es que frente a un acto publicitario desleal cabría la posibilidad que fueran aplicadas alternativa o conjuntamente las normas sobre competencia desleal y sobre publicidad, pero la interpretación más correcta sería que los preceptos sustantivos de la ley de publicidad fueran interpretados según las exigencias de la ley de Competencia Desleal. En efecto, la fuerza interpretativa que tienen los principios y normas del Decreto Ley 26122 respecto al Decreto Legislativo 691 la hacen tener primacía y deberían servir como criterio decisivo¹⁸. En verdad, una buena técnica legislativa aconsejaría que las normas sobre publicidad se encuentren en las disposiciones sobre Competencia Desleal o sobre protección a los consumidores, o en ambas a la vez.

Sin embargo, en la realización del acto de competencia desleal que vamos a tratar en este artículo, la “violación

¹⁴ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. p. 23.

¹⁵ Aprobados por Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI del Directorio del 13 de julio de 2001. Estos lineamientos no tiene carácter vinculante, sirven para orientar a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas (artículo 9, Decreto Legislativo 807).

¹⁶ Existen diversas posiciones sobre la amplitud de quienes puedan accionar. Ver: KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 64.

¹⁷ El “estándar” de “consumidor razonable” adoptado por el INDECOPI en muchas de sus resoluciones es motivo de debate, más aún si se decide aplicarlo en todo tipo de controversias, que es lo que ha venido sucediendo. Algunos consideran que el “estándar” de “consumidor medio” debería ser también aplicable en algunos casos. Pero este interesante problema no es materia del presente artículo.

¹⁸ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 66.

de normas”, la publicidad no parece tener importancia tan grande como en otros casos.

3. Contenido y función de la cláusula general

Lo usual en los sistemas de represión de la Competencia Desleal mediante una ley, como es el caso peruano, es que se incluya una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos –como la “violación de normas”– de comportamientos sancionables. Su existencia obedece a que “la experiencia ha acreditado que no es posible ejemplarizar todos los supuestos de un modo estricto de acuerdo a la técnica de la tipicidad”¹⁹ y que, por lo tanto, se requiere de una fórmula omnicomprensiva de todas las manifestaciones concretas de deslealtad. Así, “la cláusula general establece la prohibición en unos términos que permiten incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos”²⁰. El Decreto Ley 26122 contiene una cláusula general en su artículo 6, que considera acto de competencia desleal a “toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”. A continuación de este artículo, señala varios supuestos concretos de competencia desleal.

Como ya hemos dicho, el ilícito de deslealtad es el abuso de la competencia, como institución que gobierna toda la actividad económica, y para su expresión en la ley se ha recurrido a la buena fe, lo que es correcto, pues ésta encarna la esencia de la antijuridicidad del abuso del derecho. En este contexto, la buena fe se entiende como principio de buena fe objetiva. Como dice Massaguer: “la antijuridicidad reside en la conculcación de las normas de conducta que emanan del principio de la buena fe y se alcanzan como límites al derecho a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado y a concurrir en ello con otros”²¹.

La cláusula general en nuestra ley cumple un doble cometido: de un lado, fija los caracteres del acto de competencia desleal como ilícito objetivo de naturaleza

extracontractual y, de otro, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan²². “Y la buena fe objetiva –dice Bercovitz– sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta”²³; esto es, puede violarse esa legítima confianza sin necesidad de que quien lo haga actúe subjetivamente de mala fe, (aunque la mayoría de los casos se realizan con mala fe subjetiva), de ahí el acierto del artículo 6 del Decreto Ley 26122 al emplear la expresión “normas de corrección”.

Ahora bien, el INDECOPI en varias resoluciones, siguiendo a una parte de la doctrina española²⁴, ha señalado –erróneamente en nuestro concepto– que la cláusula general “sólo es aplicable cuando el hecho materia de denuncia no se encuentra tipificado expresamente en la ley. Por esta razón –dice INDECOPI– en aquellos casos en que las conductas denunciadas se encuentren contenidas en alguno de los artículos de la ley, la Comisión declara improcedente la denuncia por infracción al artículo 6 (cláusula general) y se pronunciará respecto de los supuestos tipificados”²⁵. Esta opción se apoya en la consideración siguiente: la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio frente a actos que han merecido un tipo particular, esto es, no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general o individualmente en forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos concretos, pues la conculcación de éstos no constituye una violación de la cláusula general. Por el contrario, dice Massaguer, a quien venimos siguiendo en este párrafo, ella debe aplicarse de forma autónoma respecto de tipos que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho, por lo que, si la conducta denunciada corresponde con la tipificada en particular, no puede ya considerársela contraria a la cláusula general²⁶.

Encontramos que esta posición no tiene sustento, pues si la cláusula general existe justamente para definir o delimitar cuales son los actos que deben considerarse como desleales, esto es, señalando exigencias que les son a todos comunes, no alcanzamos a comprender por qué no puede aplicarse conjunta, acumulada o individualmente a un acto desleal en concreto. Ello dependerá de las características de cada caso, pues en

¹⁹ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 25.

²⁰ Ibid. p. 35.

²¹ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 148.

²² Ibid. p. 149.

²³ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. pp. 27-28.

²⁴ Ver: MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 152 y siguientes.

²⁵ “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”. Op. Cit. pp. 10-11.

²⁶ MASSAGUER, José. Op. Cit. pp. 152-153.

verdad toda ley –cualquier ley– que busque reprimir la competencia desleal podría eliminar la mención de casos concretos, tipificados, y dejar a las autoridades administrativas o judiciales encargadas de decidir lo hagan a la luz de la aplicación o interpretación de la cláusula general. Desde el punto de vista de la finalidad que persigue la norma, ello bastaría. Sin duda, es conveniente, y facilita la labor de juzgamiento que la ley mencione ejemplarmente –como lo hace el Decreto Ley 26122– aquellos casos de actos desleales más comunes, pues ello hará a sus resoluciones o sentencias más claras y pedagógicas. Lo dicho no significa desconocer que, en la práctica nuestra y de otros países con normas similares, la cláusula general sirve para sancionar actos desleales que no están específicamente contemplados como ejemplares, pues –después de todo– su misión es de ser omnicompreensiva, como ya hemos puesto de relieve.

4. El supuesto concreto de violación de normas

4.1 Generalidades

El acto desleal de violación de normas es una conducta que incide en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado, impidiendo el correcto funcionamiento de éste, tal como ocurre con los actos de discriminación o los actos de engaño vinculados a la difusión de indicaciones incorrectas o falsas (afirmar en la publicidad la posesión de premios no obtenidos, o el empleo no autorizado de una denominación de origen, por ejemplo). Otros actos desleales están dirigidos a aprovecharse del esfuerzo ajeno, como aquellos que crean confusión sobre la procedencia empresarial, o constituyen ataques a otras empresas, como los actos de denigración.

Como bien señala Alfaro, desde el punto de vista del agente que opera en el mercado, la deslealtad competitiva constituye una “ilicitud interna” al sistema, frente a las infracciones de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico ajena al Derecho de la Competencia Desleal que se conecten en el desarrollo del proceso competitivo y que, por oposición, puede denominarse “ilicitud externa”. El problema está en determinar “las circunstancias bajo las cuales la ilicitud externa deviene, además ilicitud interna al sistema de la competencia desleal”²⁷, lo que supondrá un juicio añadido al de ilegalidad de la actuación.

La delimitación correcta de este ilícito desleal está sujeta a dos peligros²⁸. De un lado, el riesgo de generalización

que se produciría si afirmamos el carácter desleal de cualquier infracción legal, porque de esta manera terminaríamos convirtiendo a la infracción de normas en una sanción general añadida a la que se halle prevista por la norma vulnerada, y atribuyendo al Derecho de la Competencia Desleal una función de refuerzo que no le corresponde, que sería la de garantizar el cumplimiento por los agentes económicos de todo el ordenamiento jurídico. El otro riesgo es el de la vanalización, consistente en privar de relevancia a cualquier infracción desde la perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal, cuando lo que hay que afirmar es que el que abusa de su derecho a la libre iniciativa económica, es decir, actúa con deslealtad, es el agente económico que compete desde la ilegalidad.

En otras palabras, cualquier infracción legal no es necesariamente una conducta desleal, pero tampoco toda infracción es irrelevante para la Disciplina de la Competencia Desleal. El común denominador de los actos que caen bajo este supuesto es que son estrategias competitivas que sólo son posibles por la infracción de normas jurídicas, esto es, el infractor utiliza la violación de la norma como un instrumento para obtener ventajas en la lucha concurrencial.

Ahora bien, en nuestros días, para calificar como desleal a un acto ya no se le vincula o reconoce como una práctica generalizada de los agentes económicos, ni tampoco se efectúa una valorización moral de la conducta infractora. Si eso se hiciera, volverían a tener vigencia afirmaciones tales como que la evasión o fraude fiscal no es un acto desleal si lo admiten como válido el común de los hombres de negocios, pues –se dice– todos están dispuestos a cometerlos si tuvieran ocasión. Los comportamientos ilícitos desleales tienen hoy relevancia, lo hemos dicho antes y ello se asienta en las Constituciones Económicas modernas –también en la peruana–, en la relevancia de la infracción para el mantenimiento del sistema de competencia, libre y leal.

En general, la violación de cualquier norma susceptible de provocar ahorros que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, cae bajo el supuesto desleal de violación de normas. Así, tenemos los supuestos de economía sumergida, subterránea o informal, en la cual pueden violarse normas fiscales (fraude tributario); aduaneras; laborales (legislación sobre higiene y seguridad, por ejemplo); y en general las normas que regulan la producción de bienes y servicios (normas técnicas obligatorias,

²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Competencia Desleal por infracción de normas”. En: Revista de Derecho Mercantil 2002. Madrid. 1991. p. 668.

²⁸ Ibid. p. 670 y siguientes.

protección del medio ambiente, etc.). Ejemplo paradigmático de acto desleal por violación de normas, citado por Alfaro, y que tiene especial relevancia en nuestro país, es el del empresario que ofrece sus mercancías a un precio inferior al de sus competidores por que ellas han sido objeto de contrabando²⁹.

Cuando la infracción afecta de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley, es cuando altera el funcionamiento del mercado. De ahí la afirmación que Alfaro toma del tratadista alemán Ulmer y que sirve de título a este artículo “lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti”³⁰. El interés protegido, lo repetimos, es el interés general en que el mercado funcione de acuerdo con la competencia por eficiencia y no por ilicitud.

4.2 La ley peruana

La violación de normas, que no tiene antecedentes legislativos en el Perú al interior de las normas sobre Competencia Desleal, se encuentra en el artículo 17 del Decreto Ley 26122, que a la letra dice:

“Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa”.

Varios son los elementos a considerar en el artículo, a saber: a) una actuación en el mercado; b) la obtención de una ventaja competitiva ilícita; c) ventaja que debe ser significativa; y, d) todo ello por infracción de las leyes. Veamos.

a) *Una actuación en el mercado*. - Ello significa, básicamente, dos cosas: la primera, que el infractor se encuentra en competencia económica –no es, pues, un caso de competencia prohibida– y lo hace con el objeto de que su oferta de bienes o servicios le sirva para conservar o incrementar su clientela.

b) *Obtención de una ventaja competitiva ilícita*. - La infracción de normas legales supone la ruptura de condiciones de igualdad que deben prevalecer en la lucha concurrencial que se realiza en el mercado. Pues bien, quien comente este acto desleal logra una ventaja frente a sus rivales que no obedece a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, a precios menores, mejor calidad o más pronto y eficiente

servicios *post-venta*, sino al incumplimiento de deberes de acatamiento que tienen influencia grande en la lucha contra sus rivales. De otro lado, toda infracción legal es de por sí ilícita, por lo que, esta mención en el artículo bajo comentario parece innecesaria.

No se trata aquí del deber de todo ciudadano de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, tal como lo manda el artículo 38 de la Constitución Política, pues ésta es una obligación de tipo genérico, no por ello, claro está, menos importante, pero no dirigida específicamente a la actividad económica que se realiza en el mercado, que es la que aquí nos interesa. Como ya hemos dicho, no es función del Derecho de la Competencia garantizar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los agentes que participan en el mercado. En efecto, la sanción por deslealtad recae exclusivamente sobre la infracción por un agente de normas ajenas a los supuestos por competencia desleal que tienen efectos negativos en la lucha concurrencial y, en forma particular, sobre la posición de igualdad frente a la ley. “Este es el fundamento –dice Massaguer– que explica y justifica que la ilicitud externa de la conducta (la infracción de una norma no integrada en la legislación contra la competencia desleal) devenga así mismo ilicitud interna al sistema contra la competencia desleal, esto es, un acto de competencia desleal (...). La calificación como desleal de la infracción de una norma no es, por lo tanto, una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, tendiente a la prevención y represión de un éxito en el mercado que no se basa en la eficiencia de la oferta sino en la actuación desde la ilegalidad”³¹.

La ruptura de las condiciones de igualdad se produce porque la violación de normas se dirige a socavar los estándares de conducta de un competidor honrado o promedio, que no sólo mejora las condiciones competitivas del infractor frente a sus competidores, sino que, al hacerlo, perturba el funcionamiento del mercado, pues lo hace menos transparente y competitivo. La infracción de normas le permite a quien compite desarrollar una estrategia competitiva y obtener unas ventajas que no pueden disponer los competidores respetuosos de las leyes.

²⁹ Ibid. p. 672.

³⁰ Ibid. p. 676.

³¹ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 432.

c) *La ventaja debe ser significativa*. - Rafael Illescas señala, y "Los Lineamientos" lo repiten, sin citarlo, que por ventaja significativa se entiende aquella que, en la generalidad de los casos, signifique una disminución en los costos o distribución de productos o servicios, y que por ese motivo el infractor obtiene "un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado, más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener"³².

José Massaguer, por un lado, dice que la ventaja para ser significativa ha de tener una "magnitud apreciable", esto es, alcanzar un nivel que provoque la desviación de la clientela, o que obligue a los competidores a reducir sus márgenes, o a realizar innovaciones para estar en condiciones de neutralizar la ventaja obtenida por la infracción de normas; por lo tanto, señala, es "preciso comprobar la talla de la desigualdad de posición competitiva"³³.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, si la cuantía del tributo, impuesto o tasa es poco significativa, es dudoso que ello dé lugar a una ventaja significativa. Pero si las autorizaciones administrativas implican el cumplimiento de estándares muy elevados o costosos, entonces sí puede considerarse una ventaja significativa el acudir al mercado sin cumplirla. Y para calificar la ventaja también será conveniente apreciar si la infracción es sistemática o continuada, pues entonces la escasa cuantía no debe impedir su represión.

d) *Por infracción de leyes*. - En este supuesto de competencia desleal es preciso conocer qué debe entenderse por "leyes", es decir, si se trata de normas que tienen únicamente esa categoría o si debe interpretarse de forma más abierta, entendiendo esa referencia a todo tipo de normas, incluidas las de menor rango (decretos, resoluciones u ordenanzas, etc.). La doctrina española se inclina por esta última posición siempre que sean imperativas, generales, coercibles y vinculantes, pues la deslealtad no puede depender del rango normativo del precepto vulnerado, sino del hecho de obtener una ventaja competitiva³⁴, en otras palabras, no toda violación o infracción de normas puede ser calificada de desleal.

No son normas jurídicas, en el sentido del artículo 17 que venimos comentando, las obligaciones nacidas de contrato, (artículo 1361 del Código Civil, "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos...") pues no tienen un alcance general, o la trasgresión por terceros de los derechos que puedan emanar de un contrato de exclusividad; tampoco aquellos preceptos que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos a los particulares (patentes, derechos de autor, etc.) pues afectan únicamente la esfera individual de su titular y es a éste a quien corresponde defenderse³⁵.

Ahora bien, en aquellos casos poco claros o dudosos es conveniente extremar la prudencia, especialmente cuando aún no se haya expedido la resolución administrativa que declare la infracción³⁶. Este es un asunto de importancia que ha sido incorporado en el precedente de observancia obligatoria que veremos más adelante.

4.3 Norma de cierre

El supuesto de violación de normas asume la defensa y salvaguardia de la estructura jurídica de la competencia económica diseñada por el legislador. En efecto, ello es así porque a través de esta infracción no sólo se obtiene una ventaja competitiva ilegal frente a los competidores, los clientes o los proveedores, y se alteran las condiciones de la competencia en el mercado, sino también porque la eventual sanción está desvinculada de la trasgresión a los fines a que atiende la norma vulnerada, proyectándose hacia la defensa del sistema económico constitucionalizado. En este sentido, y ello es de gran relevancia, el artículo 17 del Decreto Ley 26122 opera como norma de cierre al sistema de Derecho de la Competencia.

Pero para la calificación del acto desleal como violación de normas, la actuación en el mercado del infractor debe generar una ventaja competitiva significativa, la misma que, como veremos más adelante por el precedente de observancia obligatoria incorporado por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI, requerirá de una decisión previa y firme

³² ILLESCAS, Rafael. "La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal". En: BERCOVITZ, Alberto (coordinador). Op. Cit. p. 116.

³³ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 440.

³⁴ Ibid. p. 435; ILLESCAS, Rafael. Op. Cit. p. 115; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 715; MOLINA BLAZQUEZ, Concepción. "Protección jurídica de la lealtad en la competencia". Madrid: Montecorvo. 1993. p. 293; y OTAMENDI, Juan José. "Competencia Desleal". Pamplona: Aranzadi. 1992. p. 183.

³⁵ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 435 y siguientes.

³⁶ Alfaro refiriéndose al caso de España, donde –dice– el incumplimiento de normas administrativas es muy frecuente, la ley de competencia desleal ha puesto en manos de particulares una poderosa arma para llevar a cabo chantajes, etc., consistentes en amenazar con demandar por infracción de normas si el infractor no se aviene a "compensar" al demandante. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 712.

de la autoridad competente en la materia en que se haya verificado la infracción.

5. El incumplimiento generalizado

Apreciando nuestra realidad y siguiendo a Rafael Illescas, hace unos años comenté el acto de competencia desleal por violación de normas, diciendo que “los casos clásicos y más comunes subsumibles en este supuesto son los del empresario que opera en la informalidad, en la denominada economía subterránea y sumergida, donde se incumplen en gran medida las reglamentaciones aplicables al ejercicio de la actividad empresarial, especialmente en las áreas del Derecho Tributario, Laboral y de la Seguridad Social”³⁷, agregando “que en nuestro medio es un problema de gran magnitud que debe ser enfrentado mediante un conjunto de medidas que rebasan absolutamente a una ley de represión de la competencia desleal, e ingresan al terreno de la política, la economía y la educación”³⁸.

Illescas señala que el tipo de infracciones citadas pueden hacer disminuir notablemente los costos de las empresas incrementando su competitividad. Y que la infracción se consuma con independencia de la actitud subjetiva del infractor, porque la distorsión del mercado tiene lugar por la mera actuación del competidor cuya conducta es sancionable, “incluso si los beneficios obtenidos a través de actos desleales son destinados por el que así los obtiene a fines, por ejemplo, filantrópicos o políticos”³⁹. El ánimo de lucro del infractor, dice Illescas, “resulta desechable a la hora de catalogar su conducta como desleal”⁴⁰.

Debe tenerse presente que frente a los actos aislados de infracción de una norma legal existen infracciones permanentes de la legalidad que, más que un acto desleal, generan un “estado de competencia desleal”⁴¹. Este estado o situación permanente, al que nuestra ley no hace referencia, tiene una mayor importancia que el acto desleal aislado en sus efectos económicos y en lo que al distorsionamiento del mercado se refiere, y “supone en la mayoría de los casos una deslealtad mucho más intensa y perjudicial que la puramente ocasional”⁴².

Ahora bien, Massaguer sostiene que debe negarse la

calificación de ventaja significativa, y, por tanto, sancionable el acto como desleal, cuando los operadores del particular mercado en el que se produce la infracción “incumplan de modo generalizado y en igual forma la norma en cuestión”⁴³. Y esto es así, porque en estos casos la violación de normas no ha permitido la obtención de una ventaja ni puede afectar la estructura competitiva del mercado o su funcionamiento, y porque no incide en la eficiencia de los competidores en cuanto a precio, calidad o servicios. Señala Alfaro que “cuando la ley es desobedecida por la generalidad de los competidores, cabrá sancionar administrativamente a todos, pero el mercado no se ve en absoluto afectado por la infracción”⁴⁴. A este respecto añade Massaguer: “dado que la conducta infractora de la norma que regula la competencia no se califica de desleal en sí misma considerada sino en atención a sus consecuencias típicas, la violación de esta clase de normas dejará de ser reprochable a la luz del Derecho contra la competencia desleal cuando se compruebe que, no obstante su incumplimiento, subsiste un mercado en el que no se han alterado las condiciones de la competencia y en el que los oferentes o demandantes (aún desde la ilegalidad) compiten según su propia eficiencia. El juego de la excepción, por tanto, ha de permitirse haciendo total abstracción de la subsistencia de otros efectos negativos en el plano social, cultural, económico (...) como consecuencia de la situación de incumplimiento generalizado. Y ello, en suma, porque, de forma consecuente con la neutralidad del reproche de deslealtad, la represión de la violación de normas en el ámbito de la legislación contra la competencia desleal no puede asumir directamente la protección de intereses metaconcurrentiales. Por supuesto, el incumplimiento todavía no generalizado sino sólo predicable de algunos (o la mayoría) de los operadores del sector (y claramente cuando se trate sólo de los agentes que operan en un determinado segmento de un mercado objetivo más amplio) no puede esgrimirse como excusa de la conducta infractora por uno de ellos, como tampoco por los restantes operadores aún respetuosos con la norma para exculpar su conducta incumplidora en lo sucesivo”⁴⁵.

A este respecto, Alfaro califica de “supuesto dudoso”⁴⁶ aquella situación en la que convive el incumplimiento

³⁷ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 59.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ILLESCAS, Rafael. Op. Cit. p. 116.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid.* pp. 114-115.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 440.

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 709.

⁴⁵ MASSAGUER, José. Op. Cit. pp. 442-443.

⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 710.

generalizado con otros competidores que sí cumplen con la norma, y que es un caso frecuente entre nosotros. Y se pregunta si los escasos competidores respetuosos con la norma podrían demandar la cesación, respondiendo negativamente, porque los infractores no obtienen, en tal caso, una ventaja significativa de la infracción, ya que, si bien obtendrán una ventaja sobre los competidores respetuosos con la norma, no lo harán con respecto a la mayoría infractora.

Vemos de estas citas que el acto desleal por violación de normas adquiere connotaciones que van más allá de la lectura, aparentemente simple, del texto de la ley. Y es que el tema del llamado incumplimiento generalizado no puede pasarse por alto sin un análisis detenido. En primer lugar, hay que delimitar bien la actividad y el número de agentes que participan en ese mercado, así como su proyección competitiva en la propia área o actividad, y en su influencia hacia otros sectores del negocio, hacia escalones anteriores o posteriores en la relación de competencia. También apreciar si dentro de una misma empresa pueden existir actividades con violación de normas que inclusive representen “un subsidio cruzado” a otras que sí realizan dentro del marco legal.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento generalizado no sólo afecta a los competidores, sino también lo puede hacer con intereses de terceros, en la medida que tengan naturaleza concurrencial, como es el caso de oferentes de prestaciones alternativas, proveedores, clientes y potenciales entrantes al mercado, pues en estos casos podrá, no obstante la generalización del incumplimiento⁴⁷, constituir un acto de competencia desleal encuadrado en el artículo 17 del Decreto Ley 26122, sin perjuicio de ser considerado además como una conducta colusoria al amparo del Decreto Legislativo 701.

III. EL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DE LA RESOLUCIÓN 0493-2004/TC-INDECOPI, TURISMO CIVA S.A.C. VS. EXPRESO CIAL S.A.C.

1. El precedente de 1996: resolución 053-96-TRI-SDC

En mayo de 1995, la Empresa Multinacional de Hidrocarburos (en adelante, “EMHI”) denunció ante la repartición pertinente del INDECOPI a la empresa Llama Gas (en adelante, “LG”) por comisión de actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 9 y

17 del Decreto Ley 26122; interesándonos aquí lo correspondiente al artículo 17, violación de normas.

EMHI señaló que LG se dedicaba a la venta de gas licuado de petróleo como combustible automotor sin tener autorización para ello de la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante, “DGH”), violando el respectivo reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-94-EM, lo que había ya ocasionado una sanción por la DGH, que había sido publicada en el Diario Oficial. De las visitas inspectivas que se realizaron se comprobó la veracidad de los hechos, a pesar de lo cual la denunciada alegó no haber violado la ley y declaró estar a la espera de recibir la autorización correspondiente para comercializar el gas licuado de petróleo en la forma antes dicha. Posteriormente se comprobó que la única empresa con inscripción para funcionar en este rubro era EMHI. La DGH confirmó que la comercialización efectuada por LG era irregular e informal, y que por tal motivo era una infracción sancionable. El 5 de diciembre de 1995 la Comisión, primera instancia administrativa, declaró improcedente la denuncia, porque consideró que al no haber obtenido la empresa denunciada la autorización debida de la DGH, su conducta cae dentro del supuesto de competencia prohibida, esto es, 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 desleal”. EMHI interpuso recurso de apelación, pero la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI confirmó en todos sus extremos la resolución de primera instancia, lo que dio lugar además a un precedente de observancia obligatoria.

La Sala consideró que era conveniente distinguir, al interior de la competencia prohibida, entre absoluta y relativa. La primera, cuando se cierra jurídicamente el acceso al mercado a algunos agentes económicos o cuando no existe posibilidad de ejercer la actividad. La relativa, cuando el legislador ha dispuesto el cumplimiento de ciertos requisitos como presupuestos para la actuación de los agentes económicos en determinadas áreas del mercado. La Sala consideró a esta última como una prohibición legal de competir que puede ser superada, justamente, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos *ex ante*.

⁴⁷ *Ibidem*.

Señaló la Sala que la finalidad de las normas de competencia desleal es diferente a las que tienen aquellas normas que establecen prohibiciones absolutas o relativas de entrar al mercado, pues las primeras –que son las que interesan a INDECOPI– persiguen corregir actos que distorsionan la competencia entre agentes autorizados a competir, mientras que las otras buscan que las empresas no accedan al mercado, salvo que hayan cumplido con determinados requisitos. Dijo la Resolución 053-96-TRI-SDC que “el fin perseguido por la sanción de un acto de competencia desleal es corregir una deformación de la competencia, mientras que en el caso de la competencia prohibida es la de no competencia mientras no se cumpla con los requisitos establecidos *ex-ante*”. Y agregó que aquellos que se sientan afectados por la comisión de actos que falten a la prohibición de competir deben recurrir a la Policía Nacional, la Fiscalía y demás autoridades encargadas del control del acceso al desarrollo de la actividad prohibida, que son las competentes para esas materias.

La Sala concluyó diciendo que las actividades que realiza LG sin la debida autorización no constituyen un acto de competencia desleal, sino uno de competencia prohibida relativa. Señaló, que el artículo 17 del Decreto Ley 26122 sobre violación de normas debe aplicarse a aquellos casos en que los agentes no están impedidos de competir, y que es justamente cuando compiten que obtienen, por infracción de normas, una ventaja competitiva ilícita significativa. Y así lo señaló en el precedente de observancia obligatoria que instituyó la Resolución que venimos comentando.

2. El cambio ordenado por la Resolución 0493-2004/TDC

El 17 de febrero de 2004 Turismo Civa denunció a Expreso Cial por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, engaño y explotación de la reputación ajena, señalando, entre otros, que no contaba con la concesión administrativa de rutas dentro del servicio de transporte que ofrecía y que el establecimiento principal de Cial no contaba con permiso de construcción. En primera instancia, la Comisión se inhibió de conocer la denuncia presentada por tratarse de un supuesto de competencia prohibida relativa, siguiendo el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución 053-96-TRI-SDC al que nos hemos referido en el acápite anterior. Civa apeló la decisión de primera instancia.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI decidió estudiar la apelación, entre

otros, para saber si correspondía confirmar la improcedencia de la denuncia en el extremo referido a la presunción de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (que, afirmó, es una de las modalidades más comunes) lo que le permitió a su vez ingresar al análisis del precedente sobre “competencia prohibida relativa” al que nos hemos antes referido. En ese sentido, la Sala ratificó que el Decreto Ley 26122 no se aplica a los actos de competencia prohibida y que sostener lo contrario implicaría contravenir el principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora administrativa contemplada en el artículo 230.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, indicando que la ilicitud de las conductas que constituyen competencia prohibida se encuentran en un momento anterior al ejercicio de la concurrencia en el mercado. Por tanto, ratificó que la distinción efectuada entre competencia desleal y competencia prohibida por el precedente aprobado por la Resolución 053-96-TRI-SDC se adecua correctamente al ordenamiento jurídico nacional.

Sin perjuicio de ello, puso en cuestión la distinción de ese precedente entre competencia prohibida absoluta y relativa, indicando que la primera no presenta mayores problemas, pero que la noción de “competencia prohibida relativa” no corresponde al concepto general de competencia prohibida, “puesto que la aceptación de concurrir al mercado dejaría de ser ilícita al obtenerse las autorizaciones correspondientes, es decir, la misma conducta calificaría en un primer momento como competencia prohibida y, en un segundo momento, como competencia permitida, siendo la autorización estatal el elemento determinante de esta variación en la naturaleza de la conducta. Esto significa (...) que la concurrencia en el mercado para realizar actividades económicas se encuentra inicialmente prohibida pudiendo levantarse dicha prohibición con una autorización del Estado. Esta conclusión no es correcta pues contraviene el derecho a la libre iniciativa privada reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú”.

Dijo a continuación, correctamente, que las normas con rango de ley deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, en observancia del principio de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución), esto es, el contenido del artículo 17 del Decreto Ley 26122 debe ser encontrado a la luz del citado artículo 58 de la Constitución y de los derechos fundamentales garantizados por ésta. Reconoció, en la Resolución que venimos comentando, que la libre iniciativa privada consiste en el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia dentro del

marco legal vigente, por lo que, el que esté sujeta a ciertos requisitos legales no puede suponer la privación de contenido del derecho a la libre iniciativa privada, pues lo que hacen es canalizar su ejercicio dentro del marco legal.

La Sala fundamentó su punto de vista de la forma siguiente: “La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones correspondientes no constituye competencia prohibida, sino competencia desleal en la modalidad de violación de normas, pues la ilicitud no se encuentra en el solo hecho de participar en el mercado sino en la ventaja competitiva derivada de no sujetarse al marco legal vigente para ejercer el derecho a la libre iniciativa privada. Ello se ve más claramente si se tiene en cuenta que, obtenidas las autorizaciones pertinentes, cesa la ventaja competitiva obtenida ilícitamente y, por tanto, cesa la ilicitud. En resumen, la competencia desleal en la modalidad de violación de normas contraviene la buena fe comercial al brindar una ventaja competitiva indebida a los competidores desleales que se valen de la infracción del marco legal”. Por este motivo, la Sala decidió reformar el precedente anterior, aclarando que la competencia prohibida únicamente se configura en aquellos casos donde la ilicitud se encuentra en el solo hecho de concurrir al mercado, esto es, cuando en forma excepcional –dado el marco constitucional vigente– el ejercicio de la iniciativa privada se encuentra vedado por el ordenamiento.

De otro lado, en la misma Resolución señaló que para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requiere que exista una infracción del marco legal, de la cual se derive una ventaja competitiva significativa, debiendo la autoridad competente determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a su supervisión, y que esa determinación deberá tener el carácter de firme.

3. El nuevo paradigma

En el nuevo precedente de observancia obligatoria, INDECOPI dice que el concepto de lealtad “establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada”.

Afirma también que “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”.

Asimismo, y variando el precedente anterior, dispone que “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”.

Y en su parte final el precedente afirma que la configuración de un acto desleal en la modalidad de violación de normas “requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”.

En síntesis, en primer término, el nuevo precedente de observancia obligatoria precisa el concepto de lealtad en el mercado, ratifica el mandato constitucional que dispone que la iniciativa privada y la competencia económica son los cimientos fundamentales del sistema, siendo la intervención del Estado y de la competencia prohibida de carácter excepcional. En segundo lugar, que constituye un acto desleal de violación de normas la concurrencia al mercado sin las autorizaciones legales correspondientes, cuando ello represente una ventaja significativa para el infractor, pero que esa infracción debe estar comprobada por la autoridad administrativa encargada de la vigilancia del sector o área económica correspondiente.

4. Valoración: reservas sobre un acierto

En nuestra opinión, el precedente de observancia obligatoria introducido por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI, que sirve de acuerdo al mandato de la ley, artículo 43 del Decreto Legislativo 807, para interpretar con carácter general el sentido de la legislación, constituye una rectificación adecuada al precedente obligatorio anterior, pero de consecuencias jurídicas y metajurídicas que deben evaluarse detenidamente. En efecto, el nuevo precedente se entronca mejor que su antecesor con el sistema económico constitucionalizado y con el derecho fundamental a la iniciativa económica y el ejercicio de la libertad de empresa. El precedente anterior lo había recortado mediante una interpretación poco feliz de lo que denominó “competencia prohibida relativa”, la misma que otorgaba a los órganos administrativos del Poder Ejecutivo, en forma indirecta, un poder reforzado que podía acrecentar no sólo su discrecionalidad sino también su arbitrariedad, dejando a los competidores leales –y esto es lo sustantivo– en situación de inferioridad y desamparo frente a aquellos que concurren al mercado violando normas legales.

La consecuencia indirecta era un fortalecimiento de las actuaciones informales de los agentes económicos,

pues el INDECOPI se abstenía de pronunciarse en situaciones reales y comprobables de ocurrencia en el mercado, que adicionalmente perjudicaban seriamente la estabilidad del sistema económico que estaba obligado a defender, al no atreverse a sancionar a quienes –probanza de por medio– estaban compitiendo deslealmente.

Pero, obviamente, el nuevo precedente introducido por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI debe apreciarse con cautela, no en lo que se refiere a su definición de lealtad, sino al mandato implícito que contiene frente a las autoridades administrativas encargadas de pronunciarse sobre la inobservancia de normas legales por parte de competidores que se encuentran bajo su ámbito, pues deberán ahora actuar con gran diligencia y prontitud, y el INDECOPI a su vez prepararse para calificar adecuadamente en qué momento se produce una ventaja competitiva significativa. A ello se adiciona la expectativa a que puede dar lugar este precedente en todas aquellas empresas que trabajan dentro de la formalidad legal y que se ven atacadas y sin defensa por un eventual alto número de competidores que, justamente, no acatan el mandato de las leyes.

No puede dejarse de reconocer, de otro lado, que el análisis y sanción posterior de los actos desleales por violación de normas va a requerir de unas herramientas a las que están poco habituados los funcionarios del INDECOPI, entre otros factores, por una presencia probablemente poco significativa en materia publicitaria por parte de los infractores, así como por las dificultades que implica la orden de cesación de actos desleales y el dictado de medidas cautelares, ya que ellas afectarán la estabilidad económica y laboral de aquellas empresas que reciban orden de paralizar total o parcialmente sus actividades, en un ambiente de crispación, desencanto político y escándalos mediáticos.

Pero, de otro lado, debe anotarse que el anterior precedente tenía una actitud conservadora en esta materia, pues a través de la interpretación de lo que llamó “competencia económica relativa” dejó de lado, esto es, eliminó de su ámbito o competencia y de su obligación de optar a un buen porcentaje de aquellos actos vinculados a la infracción de leyes por agentes en situación de informalidad, en especial aquellas infracciones de incumplimiento generalizado, que son las que tienen, por su alto número, mayor significación para los gobernantes. Y ello puede interpretarse como un cumplido obsequio de la Sala de esa época al gobierno autocrático de turno a la fecha de emisión del primer precedente, gobierno tan inclinado a la manipulación política, mediática y económica, tan afecto a la defensa de los intereses de las empresas transnacionales, y tan poco dispuesto a sostener y ayudar

al empresariado nacional, en especial al vinculado a la industria manufacturera, que es el mayormente afectado por estos actos de deslealtad de violación de normas. Todo ello queda refrendado, por desgracia, por el éxito alcanzado en volvernos a definir, durante la década del 90, como un país primario exportador y, a su vez, importador de todo tipo de productos de segunda o tercera mano; sectores estos muy poco perjudicados por eventuales actos desleales por violación de normas.

Pero, de otro lado, el antiguo precedente podría interpretarse también desde otro ángulo, uno más ideológico vinculado al mercado como medida y pauta excluyente de la eficiencia y la “felicidad terrenal”. Desde esta perspectiva, una entidad tan promovida y bien considerada en el imaginario neoliberal como el INDECOPI de esa época, no debería de tener el poco popular encargo de combatir la deslealtad en materia de violación de normas, porque ello hubiera significado enfrentarse y desgastarse con los informales, lo que le habría hecho perder “imagen”. Más aún porque lo que existe en nuestro país es una infracción generalizada, habida cuenta que el sistema económico neoliberal por el que se optó en la década del 90, y que sólo toma lo que le interesa del constitucionalizado pues olvida todo lo referente a los derechos fundamentales, no está en condiciones de enfrentar satisfactoriamente los retos de la formalidad así como tampoco los de generación masiva de empleo. Y es así entonces, en virtud de ese precedente ya cambiado, que se dejó en manos y a discreción de las autoridades administrativas del gobierno autocrático el de sancionar o no a los infractores. Por tanto, el antiguo precedente, que era jurídicamente débil e incorrecto, podía ser al momento en que se expidió “políticamente correcto”.

Con el nuevo precedente la situación ha cambiado. Es, más bien, jurídicamente correcto, pero hay que examinar si es funcionalmente eficaz desde una perspectiva social, económica y política. Estas últimas consideraciones son siempre aplicables al Derecho, pero más en algunas especialidades que en otras. La historia de la evolución de la normativa en la Disciplina de la Competencia Desleal muestra, como muy pocas otras, ser terreno fértil y apropiado para esas disquisiciones.

IV. OBSERVANDO EL (LOS) MODELO (S) CONCURRENCIAL (ES): HECHOS E INTERROGANTES VINCULADOS A LA LEGITIMIDAD SOCIO-POLÍTICA DEL PRECEDENTE

1. Cuestionando un axioma

La ignorancia de la ley no exime de culpa, se afirma con rotundidad en los predios del Derecho. Es cierto que el artículo 2.24.a de la Constitución Política da

garantía a los ciudadanos al decir que no están obligados a hacer lo que la ley no manda. Pero también es cierto que, en virtud del artículo 119 de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria de la misma que posterga su vigencia en todo o en parte. Existe, pues, una presunción de que una vez publicada la ley todo el mundo la va a conocer, para hacer lo que ella manda, o para hacer aquello que ella no prohíbe. Sabemos, sin embargo, que el diario oficial El Peruano no llega o llega tarde a muchos lugares de la República, pues inclusive la empresa Editora Perú se niega hasta hoy, a pesar de los justos reclamos de los abogados, a colocar *on line* a las disposiciones legales que diariamente publica, para conocimiento inmediato de las mismas en lugares apartados.

No podemos olvidar que el Derecho positivo es el Derecho viviente, un medio al servicio de los valores de la comunidad, que según los casos se adecua mejor o peor a esas exigencias ideales. Si bien la norma es válida sólo cuando sigue determinadas exigencias de forma y fondo, no es posible olvidar que existen costumbres que hacen de la violación normativa algo usual y que son llamadas "costumbres contra la ley"⁴⁸, aunque por más generalizadas que puedan ser no invalidan la norma, en parte, sin duda, por el poco respaldo que el Estado da para su aplicación. Sin embargo, también es pertinente recordar que la mayoría de las leyes son acatadas voluntariamente y sólo cuando ello no ocurre interviene el Estado mediante procedimientos administrativos y judiciales preestablecidos.

En el Estado moderno la administración pública es un instrumento de regulación social y la llamada justicia administrativa, que sería por ejemplo la que el INDECOPI brinda, trata de eliminar las malas consecuencias de los procedimientos complicados, costosos y largos de los tribunales ordinarios, pero, de otro lado, esa intervención tiende a restringir y disminuir la esfera de los derechos individuales, aunque en ocasiones ello puede ser necesario para mantener y hacer viable el Estado de Derecho. Lo señalado no puede hacer olvidar que es pertinente poner un límite a la discrecionalidad administrativa con el objeto de evitar abusos y arbitrariedades, que es cuando trata dos situaciones iguales de manera diferente. Recordemos que el tratamiento igual a situaciones iguales es la exigencia fundamental para la recta administración de justicia.

Nada de lo anterior altera la afirmación que el edificio jurídico-positivo descansa sobre la realidad social que se apoya en el reconocimiento al poder por quienes a él se someten, pues en las democracias es harto difícil mandar contra la opinión pública. El legislador, dentro del margen que la Constitución le otorga, dicta una ley con determinado contenido porque esa fue la orientación político social que triunfó. Dice por ello Recasens Siches que "resulta, pues, que por debate del Estado *sensu stricto*—como orden jurídico vigente—existe una realidad social que lo produce inicialmente, lo mantiene después, lo reelabora sucesivamente, y lo condiciona en todo momento. El Derecho aparece, por lo tanto, como una especie de precipitado normativo de esa realidad social"⁴⁹. El Estado es pues una instancia de poder que impone inexorablemente unas normas.

La obligatoriedad es una nota esencial a todo el Derecho positivo vigente; la norma jurídica tiene carácter imperativo, pues no es un consejo ni una sugestión. Por cierto, entre la voluntad contenida en la norma y la voluntad del individuo se establece una relación de conformidad o de disconformidad, violación u observancia. Por tanto, la discrepancia entre la conducta de los ciudadanos y el contenido de la norma constituye una violación. Y esta violación presupone que el violador conoce la norma pues ella es obligatoria en los términos que dicta la Constitución Política. Tengamos presente que el Derecho no conduce de manera ineludible a su cumplimiento, pues la voluntad de los ciudadanos es libre y la violación de la norma no altera el fenómeno jurídico, sino más bien le pertenece, pues "carecería de sentido expresar como debe ser la conducta, si dicha conducta necesariamente debiera realizarse"⁵⁰.

Pero el Derecho exige la observación de sus dictados, ya que si la norma fuera observada por unos y violada por otros nunca se alcanzarán los objetivos por ella perseguidos. Si el Estado crea la norma y la impone como obligatoria entonces tiene que garantizar su observancia; éste es el contenido de la función jurisdiccional. Por cierto, la posibilidad de sanción refuerza el mandato del precepto legal, lo que confirma el carácter retributivo del Derecho cuya manifestación primaria es la recompensa o el castigo. Ello refuerza la independencia y la libertad de los ciudadanos.

El cumplimiento de la norma, y ello tiene vinculación directa con el acto desleal de violación de normas, es acatado porque existe una voluntad superior que puede

⁴⁸ RUBIO CORREA, Marcial. "El sistema jurídico". Lima: Fondo Editorial PUCP. 1984. p. 116.

⁴⁹ RECASENS SICHES, Luis. "Tratado general de filosofía del derecho". México: Fondo de Cultura Económica. 1961. p. 358.

⁵⁰ ZAMBRANO VELASCO, José y Luis Eduardo ZAMBRANO VELASCO. "Introducción al estudio del derecho". Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1963. p. 63.

imponerse a los ciudadanos y la posibilidad de sanción es un medio apropiado para garantizar su observancia. De la aplicación forzosa de la sanción, resulta la coacción, que es peculiar al Derecho positivo. En efecto, el demandado o denunciado debe cumplir voluntariamente lo que determina la sentencia o la resolución en un caso concreto, pues en caso contrario aquellos exigirán que la sanción se imponga por la fuerza. Lo dicho refuerza el axioma citado al inicio de este apartado, pero me pregunto si ha quedado incólume.

2. Cuando evadir la ley es permanecer en el mercado y no obtener una ventaja competitiva

En el Perú se ha estudiado relativamente más y mejor que en otros países el tema de la informalidad y la economía sumergida. En un reciente estudio de Romeo Grompone sobre el sector informal y su relación con el Estado⁵¹, se señala que la falta de instituciones en lo económico y lo político, las tensiones entre el acceso a la ley general y el pluralismo jurídico forman parte de las dinámicas relativas a la informalidad. La informalidad, dice Grompone, se asocia a normas, valores, criterios de pertenencia y establecimiento de referentes por parte de los grupos más pobres, que procuran dar una interpretación de actividades que se encuentran al borde o al margen de un supuesto mundo oficial. En el ámbito de lo económico debe prestarse atención a un conjunto de actividades realizadas por cuenta propia o en pequeñas empresas, que establecen lógicas particulares en lo relativo a su desarrollo y a los vínculos de colaboración, de competencia con terceros y regulación de conflictos.

Por cierto, existen particularidades en la relación del ámbito informal con la justicia y la ley. Entre los más pobres, por ejemplo, hay serios problemas de acceso al sistema formal, a lo que se suma la percepción bastante extendida que las decisiones judiciales son arbitrarias o lentas y contienen rasgos discriminadores, que se explican por la condición económica y social de quienes acuden a ellas. De ahí la exigencia de un pluralismo jurídico que sea reconocido por el conjunto de los actores. Pero es necesario tener en cuenta que la informalidad económica no es un conjunto homogéneo sino más bien diferenciado con distintos niveles de desarrollo e intensidad. Para algunos, por ejemplo, antes que obtener una licencia municipal de funcionamiento es preferible invertir en la adquisición de terrenos o activos, pues el gasto en la licencia es percibido como una pérdida de dinero, ya que su mayor

interés es competir exitosamente en el mercado. Ello pone de manifiesto, por tanto, que son variables los márgenes de acuerdo a los que puedan llegar el Estado y las autoridades locales con los informales.

Es reconocido que durante los primeros años los empresarios informales tratan de mantenerse al margen de la legislación laboral como una búsqueda de ventaja de corto plazo o por la comprobación de que no están en condiciones de aplicarla, envueltos como están en la lógica de la supervivencia que se juega día a día y a la incertidumbre respecto a la continuidad del nivel de ganancias. Se trata de decisiones difíciles y conflictivas, pues el evadir el pago de tasas municipales o de impuestos puede dificultarles el acceso al crédito. Pues la legalidad supone, dice Grompone, para buena parte de quienes son informales, el establecimiento de compromisos que no están en condiciones de cumplir. Y agrega "sólo cuando la condición de informales le somete a presiones de la autoridad que no están en posibilidad de resistir, optan por legalizarse, si es que se encuentran en condiciones económicas de hacerlo"⁵². El problema principal es entonces el de la baja rentabilidad del pequeño productor, que se encuentra en un universo competitivo que hace que se destruyan entre sí y que no estén en condiciones de ingresar al mercado formal. Entonces, "evadir la ley es una condición de permanencia precaria y no de traba para su despliegue". Es por ello que en el mundo de la informalidad las relaciones familiares y de paisanaje pueden hacer naturales y hasta necesarias las bajas remuneraciones y jornadas de trabajo no sujetas a regulación, sin perjuicio de la evasión fiscal. Y es preciso recordar que éste es un fenómeno que con características similares está cada vez más presente en el modelo concurrencial de los países capitalistas avanzados.

3. La informalidad: un dato de la realidad

En el Perú, un porcentaje alto de trabajadores, que algunos estiman en 65% del universo total, labora en la informalidad. En consecuencia, son muchas también las empresas medianas y pequeñas que acuden informalmente al mercado ofreciendo productos y servicios. Ahora bien, la informalidad puede ser total o parcial, esto es, puede tratarse de empresas que se encuentran sumergidas, que no existen para ninguna entidad estatal, y que no cuentan con registros administrativos, permisos municipales, balances y estados financieros. Pero la informalidad también

⁵¹ GROMPONE, Romeo. "El sector informal y su relación con el Estado". En: ZÁRATE, Patricia (editora). "¿Hay lugar para los pobres en el Perú?". Lima: Ministerio británico para el desarrollo internacional. 2005. p. 133 y siguientes.

⁵² *ibid.* p. 145.

puede ser parcial, que es quizás la más común en las empresas de tamaño mediano, en virtud de la cual se cumplen sólo algunas normas legales, mientras no se hace lo propio con otras que puedan estar referidas a aspectos tributarios, laborales, de seguridad social, etc. Pero lo cierto es que, en conjunto, existe un alto porcentaje de actividad económica informal.

Muchas pueden ser las causas de que ello sea así, y ya existen varios importantes estudios al respecto así como propuestas de solución, la mayoría de las cuales incide en el alto costo que significa para el empresario el formalizarse total o parcialmente, costo que está referido a los trámites administrativos de instalación y apertura, como también a los costos tributarios y laborales. Frente a esa situación resulta también cierto que el establecimiento de autoservicios, centros comerciales grandes y con buenas instalaciones, mejoras administrativas en algunos gobiernos locales y otras iniciativas como las dirigidas a formalizar la propiedad en los barrios marginales, han significado durante los últimos años un importante incremento de las actividades formales; en otras palabras, se ha promovido la salida de la informalidad.

De otro lado, las empresas más importantes y que también representan un buen número operan en el ámbito formal, más allá de incumplimientos puntuales. Y están sometidas a un control generalmente continuo por parte de las autoridades, en especial de las encargadas de recaudar impuestos. Salen de ellas las informaciones y datos que se utilizan en las estadísticas y que sirven para programar las políticas estatales.

Desde el punto de vista jurídico puede afirmarse que la mayoría de las personas que son parte de los sectores populares sienten que en la sociedad peruana no es realidad el principio de igualdad frente a la ley, pues se percibe que favorecerá a quienes tienen mayores recursos económicos, más allá de si las razones o la verdad los asisten. Por tanto, hay una extendida percepción que las normas reguladoras de las conductas en el mercado y la condena de aquellos que las infringen son pretensiones que no se cumplen, es más, el seguimiento voluntario de la ley es tomado con frecuencia como expresión de debilidad, buscándose en consecuencia ventajas particulares y rápidas. El problema en nuestros días es que si bien las

personas pertenecientes a los sectores populares han sido formalmente reconocidas como integrantes de una comunidad política, sienten que el sistema de administración de justicia no los toma en cuenta. La percepción de que existe un trato discriminatorio se expresa en la desconfianza ante las autoridades, frente a las cuales no vale la pena poner en conocimiento aquello que se considera arbitrario, y que, además, los hace dependientes de las decisiones de aquellos en quienes no confían⁵³. Los derechos son entonces considerados como meramente declarativos, en la medida en que cuando se exige su cumplimiento los reclamos percibidos como justos no serán atendidos. Como señala Grompone, "la percepción de que las reglas no son aplicadas a todos por igual lleva a la difícil coexistencia de una aspiración a que el conjunto de los ciudadanos sean considerados de modo equitativo con la acción violenta de quien entiende que queda mucho por hacer para que este reconocimiento se exprese"⁵⁴.

En resumen, puede afirmarse que existen dos modelos concurrenciales o formas de acudir al mercado, las que conviven y operan con conocimiento de las autoridades, de los medios de comunicación y del público en general. Y las normas que tienen que ver con la regulación de la competencia económica en el mercado están dirigidas a uno de esos modelos, al formal, siendo en ocasiones difusa la frontera con el otro, variando en cada área de negocios. Se trata de una situación dinámica que hace difícil la homologación de soluciones *ad hoc* por parte de las autoridades, pero que sin duda debilita el sistema económico constitucionalizado. Y es claro que es un problema que rebasa lo estrictamente jurídico. Por tanto, la aplicación de una sanción por violación de normas se encuentra materialmente restringida.

4. El incumplimiento de la ley: otro dato de la realidad

Mucho se ha avanzado en los últimos 50 años en el conocimiento de la legislación y en su aplicación a la realidad, más de lo que usualmente se reconoce, debido a la mayor cobertura educativa, el acceso de la población a medio masivos de comunicación y a la acelerada urbanización, especialmente en la costa, entre otros factores. Sin embargo, está muy extendida la costumbre de decir que las normas no pueden

⁵³ Esta percepción es también asumida, quizás demagógicamente, por quienes trabajan y opinan desde la formalidad. A este respecto es ejemplar la opinión de un periodista que en la página editorial del diario conservador El Comercio del día 29 de abril de 2005 señaló: "el sistema legal (leyes, reglamentos, administración de justicia) está diseñado para poner vayas y trampas que solo se pueden desactivar pagando. Está hecho para la expropiación. Gana el juicio o la licitación no quien tiene la razón sino la plata o el contacto. Por eso, hacer empresa en nuestro país es una tarea titánica. Por eso, 300 mil peruanos se van del país para siempre cada año y la informalidad popular se convierte en una forma de resistencia emergente, una manera de evadir las garras del monstruo burocrático y judicial. En el Perú la ilegalidad es más sana que la legalidad, aunque quede condenada a la infrahumanidad jurídica y económica". DE ALTHAUS, Jaime. "De la indignación a la risa". En: El Comercio. 29 de abril de 2005.

⁵⁴ GROMPONE, Romeo. Op. Cit. p. 161.

cumplirse por ser inaplicables a la realidad, por ser injustas o porque no existen autoridades que las hagan efectivas. También se exagera sobre este extremo, y ello sirve de cobertura para seguir expandiendo la idea, que está muy entroncada en la cultura popular, de considerar al Estado, a cualquier entidad del Estado, como un botín que debe repartirse naturalmente entre los que acceden al poder.

Lo anterior se ve reforzado por una cultura poco respetuosa del derecho ajeno, por el histórico abuso de los más poderosos y de aquellos que representan a las fuerzas militares y a la policía, por las diferencias diarias comprobables en el tratamiento a las mujeres; en otras palabras, hay una tarea pendiente en la lucha por la igualdad no sólo en el ámbito de lo económico y laboral sino también en el cultural. Y no olvidemos que, justamente, el fundamento de la sanción por violación de normas se encuentra en la vigencia del principio de igualdad en la lucha económica en el mercado.

Y todo ello tiene una relación importante con la aplicación de una sanción por deslealtad por violación de normas, pues, por un lado, existe la tendencia a perdonar o hacerse de la vista gorda para aquellos, "vivos y simpáticos", que acuden al mercado incumpliendo la normativa y alegando que se encuentran en situación de inferioridad y de debilidad; y diciendo que las tasas y los impuestos son para los ricos y para el bolsillo de los gobernantes, y que por tanto deben dejarlos trabajar como mejor puedan, pues de lo contrario no podrán sobrevivir ni ellos ni sus familias. Y este discurso, que por cierto es en ciertos casos reflejo de una realidad dura y dramática, en otros es una mera táctica para obtener ilegales beneficios.

No la van a tener, pues, fácil las autoridades administrativas cuando, en cumplimiento del reciente precedente, deban determinar en los casos límite cuando existe o no violación de la ley por el pequeño o mediano empresario.

5. La necesidad de respetar la norma jurídica se sustenta en el uso que se da a ella

A pesar de la reconocida precariedad institucional muchos consideran que sí pueden encontrarse niveles de eficiencia jurídica, pero que éstos no se hallan en los sistemas legales oficiales, sino en el Derecho espontáneo, por lo que, la institucionalidad a crear en

el futuro debe entroncarse con esos núcleos de eficiencia, para así poder impulsar soluciones en vez de obstruirlas, entendiéndose por eficiencia de los sistemas jurídicos "el grado de ajuste entre las normas y sus resultados deseados, así como la cantidad, calidad y justicia en los intercambios de activos que esas normas facilitan en la práctica"⁵⁵. Estudios en los Estados Unidos y en el Perú citados por Gago Prialé indican que la mayoría de la gente en el sector rural encontró muy caros los costos que supone conocer las leyes y los procedimientos judiciales y que optan por lo más sencillo, que es recurrir a las normas del sentido común que ellos mismos generan. En otras palabras, la necesidad de respetar la norma jurídica se sustenta en el uso que se da a ella, en un escenario donde los instrumentos de coerción tienen una utilidad secundaria. En este sentido, afirma Gago Prialé, que "si la matriz de legitimidad es la práctica, se debe colegir que las leyes, costumbres, contratos, instituciones sin uso, no son parte de ningún sistema jurídico, más bien tropiezos administrativos de lo que se halla plagados las legislaciones ineficientes"⁵⁶.

Lo fundamental, dice más adelante, es generar confianza, que es justamente lo que los países desarrollados hacen a través de la ley, pues sus instituciones legales son portadoras de esa atmósfera de confianza en la cual se dan los intercambios que se realizan en el mercado. En el tercer mundo la confianza no es brindada por el Estado a través de la ley, pues la ley sólo encarna la voluntad de aquel, la que no transporta la voluntad ni la racionalidad de los grupos sociales. "En el Perú, por ejemplo, la ley no aporta la confianza, sólo da un indicador al mercado de lo que el Estado quiere, y el mercado lo que hace es utilizar esa información como un punto de referencia en el momento de establecer los costos de los intercambios. En el Perú, la confianza se construye y reconstruye todos los días dentro de los fragmentos sociales, utilizando el Derecho espontáneo de las comunidades locales, su propio Derecho, sobre la base de reglas vivas"⁵⁷. El Estado no ha podido sistematizar esas reglas espontáneas, lo que sí ha hecho el mundo desarrollado. Pero este Derecho espontáneo no es un mecanismo sólido porque no es legal, pues para ello requeriría un sistema jurídico legal y legítimo; y justamente, el Derecho formal no es legítimo.

Volvemos entonces al tema de la igualdad de tan grande importancia en la violación de normas de la Disciplina de la Competencia Desleal. Es de pacífica

⁵⁵ GAGO PRIALÉ, Horacio. "La mayor eficiencia del derecho espontáneo ofrece el camino para derrotar la informalidad". En: Derecho 56. Lima. 2003. p. 945.

⁵⁶ Ibid. p. 960.

⁵⁷ Ibid. p. 962.

aceptación que en los países pobres la desigualdad está primordialmente asociada con la exclusión social, básicamente de la actividad económica. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las reglas que determinan los modelos de comercio, inversión, finanzas, etc. provienen de los países ricos y su utilización en países como el Perú representa un estilo de arriba hacia abajo para imponer las reglas, estilo que hoy día se cuestiona en muchos países. Y la crítica surge por las diferencias entre países pobres y países ricos, y porque la globalización ha acrecentado las desigualdades, que se reflejan en los ingresos de los individuos, inclusive al interior de los propios países. Todo ello, sin embargo, no puede borrar la circunstancia que los trabajadores informales están involucrados en los procesos de producción, reconocidos como ciudadanos e identificándose a sí mismos con los valores culturales propios de una nación⁵⁸.

6. El precedente es un mandato y un mensaje

El precedente de observancia obligatoria es obligatorio para aquellos funcionarios encargados de aplicar las normas sobre competencia desleal en la instancia administrativa. Desde esta perspectiva una orden o mandato, aunque sabemos que no obliga a los jueces del sistema judicial. Pero también que resulta una guía a tomar muy seriamente en cuenta por aquellas empresas, sus directivos y sus abogados, que se encuentren en el mundo formal, pues es un mensaje o comunicación de contenido jurídico, pero también político.

El precedente es aplicable a todos los agentes económicos, a los que están en el mundo formal como para los que no están en él, para aquellos que se encuentran en el sector privado o en el público. Se trata de un mensaje cuyo contenido es claro: la defensa de un sistema económico constitucionalizado, que tiene amplia aceptación en el mundo académico y político, e importante reconocimiento internacional. Con este precedente el INDECOPI se reafirma como una institución que tiene entre sus objetivos la defensa de la libre y leal competencia, que es el sistema democráticamente elegido y el que, a pesar de sus imperfecciones, la realidad demuestra que tiene ventajas significativas frente a cualquier otro que privilegie la intervención del Estado, de tan mal recuerdo entre nosotros.

La intervención del Estado se justifica para hacer realidad el principio de igualdad frente a la ley. Si no actuara, entonces se daría un trato diferenciado al

infractor sin base objetiva y razonable; la inacción estatal discriminaría arbitrariamente a quien cumple la ley. Recordemos que el principio de igualdad ante la ley (artículo 2.2 de la Constitución) actúa como un límite a la actuación de los poderes públicos, de la administración estatal, que están obligados a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

7. ¿Será rápida y eficiente la administración?

La exigencia de que intervenga la autoridad competente en la materia en que ocurre la infracción para determinar si efectivamente ha sido violada genera, ello no puede ocultarse, todo género de dudas y de suspicacias. Varias razones abonan en este sentido. En primer término, no existe una tradición de eficiencia ni de independencia de criterio por parte de muchas autoridades. En segundo lugar, no existe una carrera pública en la administración estatal que premie por méritos y por eficiencia, pues recién ahora y después de muchos años se está intentando con firmeza dar los primeros pasos para su existencia y promoción. En tercer lugar, la administración del Estado se encuentra muy centralizada en la ciudad de Lima, y los gobiernos regionales y municipales necesitan mejorar sustantivamente su eficiencia.

Si existe entonces algún obstáculo para hacer viable y realmente efectiva la sanción por violación de normas en el ámbito de la competencia desleal, lo encontramos en el cumplimiento de este requisito que el precedente ha impuesto, obligando a la autoridad correspondiente a que se pronuncie sobre si hubo o no infracción. Es cierto que lo ha hecho con toda lógica, pues el INDECOPI no puede ni debe inmiscuirse en cada sector de los negocios para saber si se cumple o no con la normativa aplicable, pero de otro lado la exigencia que comentamos puede neutralizar el mensaje que para la comunidad de negocios contiene el precedente.

8. ¿Será viable la acción de cesación?

Como se sabe, la acción de cesación (“dejar de hacer lo que se está haciendo” según el Diccionario de Real Academia Española) es la más importante en el ámbito de la competencia desleal. Esta acción es eminentemente preventiva y con ella se persigue que no continúen llevándose a cabo los actos desleales, más aún cuando la gran mayoría de ellos son continuos o susceptibles de repetirse, lo que es especialmente cierto cuando se trata de violación de normas. Si bien esta acción centra su actuación en hechos pasados se

⁵⁸ Ibid. p. 970.

proyecta hacia el futuro, por cuanto impone al sujeto infractor –la condena es siempre personal– un determinado comportamiento que se concreta en la abstención de seguir ejecutando el acto ilícito. La culpa o negligencia del agente infractor es irrelevante pues estamos situados en el plano de la represión y no de la responsabilidad. La primera medida es cesar la conducta desleal aunque aún no se haya producido daño efectivo, pues el examen y evaluación de este último aparecerá después, cuando se decida interponer una acción de daños o perjuicios ante el fuero común⁵⁹.

La sentencia o resolución que pone punto final a esta acción ha de ser precisa en el sentido de referirse a un hecho individualizado y concreto. El condenado va a tener que “paralizar”, dejar de hacer lo que estaba haciendo en el ámbito concursal (una obligación de “hacer que cese”), la prohibición de un daño futuro, más aún cuando los efectos de la deslealtad pueden haberse expandido de manera más o menos duradera en el mercado. Se trata de reponer la situación primitiva anterior al acto desleal, para lo cual puede incluso requerirse la colaboración de terceros que hayan introducido determinados productos infractores, etc.⁶⁰.

En el Derecho comparado, el medio más común para asegurar el cumplimiento de la sentencia consiste en la amenaza de una multa pecuniaria por cada día de retraso en la ejecución de la orden del juez o de la autoridad, o bien una suma determinada por cada violación en que incurra el demandado o denunciado, multa cuyo importe se adjudica al demandante con carácter indemnizatorio por los perjuicios en el retraso, pero que tiene carácter distinto de la indemnización que pueda solicitarse de forma independiente a través de la correspondiente acción de daños y perjuicios.

Ahora bien, si la violación de normas es individualizable y excepcional, la acción de cesación podrá llevarse adelante con relativo éxito. Pero ello no ocurre si la violación es común o generalizada en el sector específico de los negocios de que se trate, no necesariamente unánime sino importante, porque entonces podrán presentarse dificultades prácticas, entre otros motivos por carencias materiales para su ejecución, con lo que, en la realidad, esta acción podría quedar neutralizada. Y si ello es así, todo el armazón jurídico para sancionar la deslealtad quedaría burlado e inoperante.

Para enfrentar esas dificultades se necesitaría no sólo disposiciones específicas que hagan eficaz la acción

de cesación, sino también personal y facilidades materiales que no se encuentran ni siquiera en la capital de la república. Con lo que, la violación de normas más o menos generalizada continuará produciéndose en perjuicio de la transparencia en el mercado como de los competidores honrados.

9. Las medidas cautelares ¿serán oportunas?

Como sabemos, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia y evitar que la justicia sea burlada. Su existencia obedece a que todo proceso puede llegar a demandar un tiempo considerable para su finalización, y durante ese lapso producirse hechos que hagan difícil y hasta imposible el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. La medida cautelar puede ser dictada si existe un derecho amenazado por una violación o por el temor que pueda verse frustrado durante el proceso. En efecto, las funciones de juzgar (decir el derecho) y hacer ejecutar lo juzgado (función ejecutiva) no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un periodo para realizarse, durante el cual puede convertirse en inútil la resolución dictada; las medidas cautelares, entonces, cumplen una función de garantía para hacer efectiva las sentencias o resoluciones.

Ahora bien, dice con razón Silvia Barona que “el establecimiento de las medidas cautelares en el proceso por competencia desleal posee una especial importancia, dado que estamos ante un proceso en el que la continuidad de la actuación desleal puede producir unas perniciosas consecuencias en el sujeto que la padece, en algunas ocasiones de difícil, cuando no imposible, reparación”⁶¹.

No son pocas las dificultades que surgen si la medida cautelar ordena una cesación temporal de actividades, la misma que debería derivar de un examen en el que esté presente el principio de proporcionalidad, dado de un lado el carácter grave que comporta y de otro el peligro de reiteración o repetición. De lo que no cabe duda es que una orden de cesación provisional, que permite la continuación de la actividad, pero sometiéndola a limitaciones⁶², puede generar una situación de efectos difícilmente reversibles. Entonces, si bien toda medida cautelar es provisoria, instrumental y variable, como dice el Código Procesal Civil en su artículo 612, no hay que olvidar que siempre importa un adelantamiento de opinión a la luz de las pruebas aportadas por el demandante o denunciante.

⁵⁹ BACHARACH DE VALERA, Sol. “La acción de cesación para la represión de la competencia desleal”. Madrid: Tecnos. 1993. p. 84 y siguientes.

⁶⁰ Ibid. p. 126 y siguientes.

⁶¹ BARONA VILAR, Silvia. “Competencia desleal”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1991. p. 349.

⁶² ORTELLS RAMOS, Manuel y Rafael BELLIDO PENADÉS. “Las medidas cautelares en derecho de la competencia”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999. p. 121.

En el caso de un acto desleal por violación de normas, quizás en mayor medida que en otros actos desleales, implica la decisión del juzgador de ingresar a la esfera de la administración interna de la empresa del sancionado, rompiendo con el molde tradicional de buscar únicamente la verdad formal pero no la material al interior de los procesos. Pero, de otro lado, también analizar la motivación de quienes las solicitan, pues en ocasiones lo que se busca es la ruina o el desprestigio del denunciado.

10. Las sanciones podrán dictarse, pero ¿también aplicarse?

Las sanciones, que pueden ser el comiso o inmovilización de productos, el cierre temporal del establecimiento infractor y, en general, la adopción de medidas necesarias para restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto (Decreto Ley 26122 y Decreto Legislativo 807), responden a un diseño en el cual la formalidad en las actividades económicas es la regla mayoritaria, aunque no necesariamente absoluta. Y en este contexto es en el que generalmente se estudia y evalúa su eficacia. Pero cuando nos enfrentamos a actividades en gran medida informales, ese aparato sancionador puede estar desvinculado de la realidad, y terminar siendo inoperante.

No nos estamos refiriendo a las dificultades o escapatorias que brinda el propio ordenamiento jurídico, como pueden haber sido en su momento las proliferaciones de las acciones de amparo, que tuvieron tan fácil y criticable acogida por jueces en muchos casos de clara venalidad y que impidieron la aplicación de sanciones que a todas luces estaban justificadas; tampoco nos referimos a los escándalos mediáticos que podría dar lugar el cierre de negocios y las protestas laborales. Nos referimos a problemas más concretos que el legislador de países más desarrollados, en donde las normas de competencia desleal se han originado, no podía prever o no quería tratar, como es el caso de la imposibilidad física de llevar adelante la sanción, por razones sociales y políticas, sin dejar de lado el posible y en cierta medida relativamente sencillo traslado físico de las actividades ilegales sin dejar rastro.

El divorcio que apreciamos entre la norma y la realidad no sabemos con certeza qué efecto tendrá en la futura aplicación de sanciones por violación de normas. Pero se trata de un terreno lleno de interrogantes que la ideología y la praxis tendrán que llenar.

11. Hecha la ley, ¿hecha la trampa?

La ausencia aún de una carrera pública y las facetas todavía empíricas del Estado que nos gobierna, privilegia o facilita –como sabemos– la intervención de la política partidaria sobre la administración en los asuntos cotidianos que caen bajo su ámbito. Ello favorece la arbitrariedad y aleja la racionalidad en las decisiones, cuando no debilita la voluntad sancionadora. Este es un terreno en el que se ha avanzado muy poco durante los últimos 25 o más años y que los vaivenes dictadura / democracia no han ayudado a enfrentar y superar.

De otro lado, en muchas partes del Perú, y quizás también es así en otros países, la popularidad y la vigencia de los políticos está referida y conectada con favores concretos a personas y actividades, los mismos que no necesariamente se conectan con el cumplimiento de objetivos constitucionales o legales, con materias vinculadas al interés público, sino con beneficios particulares concretos y medibles. Se trata, como sabemos, de conseguir adhesiones e intercambiar favores recíprocos. Muchos de los líderes de los grupos informales actúan de esta manera inmersos en la lógica del corto plazo y la ventaja tangible, más aún cuando uno de los rasgos de la política informal es la ausencia de compromisos, pues se tiene la percepción que todos ellos tienen como trasfondo negociaciones espurias⁶³, poniendo de manifiesto que las mejores alternativas ya están dadas de antemano y que las decisiones surgen del juicio emitido por el acertado criterio del líder. El mundo del populismo autoritario que tanto ha servido para enterrar los esfuerzos de una democracia actuante y eficaz. El citado rechazo a los compromisos dificulta grandemente reconocer intereses comunes entre autoridades y agentes económicos, arribar a consensos.

Entonces, ¿no será una práctica común en el futuro el seguir dictando leyes diseñadas en los países más desarrollados, para después dictar reglamentos y continuar con costumbres y favoritismos que en la práctica las hagan inaplicables? Hecha la ley, hecha la trampa, es un dicho repetido en todas las Facultades de Derecho y, en más de una, sus profesores se regodean explicando más las trampas que las leyes. En este contexto, ¿no parecerá un exotismo colorido o una arcaica conducta misionera la aplicación de una sanción por violación de normas en el ámbito de la competencia económica?

⁶³ Grompone, Romeo. Op. Cit. p. 189.

12. El futuro, ¿será diferente?

A pesar del pesimismo extendido que se vive en la sociedad peruana de nuestros días, consideramos que el Perú ha logrado importantes mejoras para su población en los últimos 50 años, aunque están por debajo de lo necesario y muy lejos de las expectativas generadas, entre otros factores, por el desarrollo de las comunicaciones.

Uno de los déficit más acusados se encuentran en el área de la educación que, como sabemos, adolece de serios problemas y que requiere para superar la situación actual de una auténtica y valiente revolución que aún no se ha producido. Otro déficit muy profundo está vinculado al mundo de la cultura y de los valores, a la lucha por lograr una identidad que nos una y potencie serena pero orgullosamente, y también al nacimiento y consolidación de paradigmas democráticos en el hogar, el barrio, los negocios y la política. No está de más recordar entre las tareas pendientes la promoción de la investigación científica y de la creación artística.

Pues bien, si la situación descrita se mantiene, el futuro no será diferente a nuestras actuales penurias. Pero si hoy se iniciaran los cambios, en 30 años de esfuerzo sostenido, es decir, de dos generaciones, se podrá salir del hoyo en que nos encontramos. En 30 años, ninguno de los que hoy enseña seguirá enseñando y casi seguramente ninguno de los que hoy estudia en escuelas, institutos o universidades, seguirá estudiando. Y ese también debería ser el periodo de estudio, análisis y aplicación de las normas jurídicas originadas en otros países, para superarlas y a la vez hacerlas cercanas a la solución de nuestros problemas y de nuestras controversias.

13. Sobre los modelos concurrenciales

Al comentar Bercovitz la Ley 3/1991 de Competencia Desleal española dice que hay un modelo de competencia que subyace a la enumeración de supuestos concretos prohibidos que conviene tener presente, "por cuanto no sólo sirve para entender mejor la regulación legal, sino además para interpretar y aplicar la cláusula general delimitadora de la competencia desleal"⁶⁴. Y menciona que las características de ese modelo en su país son la claridad y diferenciación de las ofertas; la actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo;

el respeto de la legalidad; la prohibición de la arbitrariedad; y, finalmente, la libertad de decisión de los consumidores.

Desearía, para finalizar este artículo, referirme brevemente al tercer principio, consistente en la exigencia de que los agentes económicos cumplan con la legalidad vigente. Este principio es de gran importancia porque solamente de esta manera se puede competir en condiciones de igualdad. En efecto, tal como dice Bercovitz "si un empresario ha de competir con otros de la denominada economía sumergida, es indudable que se encontrará en condiciones de inferioridad, puesto que los costos de quienes no cumplen la normativa laboral o fiscal son muchísimo menores"⁶⁵. Claro está que si el sistema jurídico funcionara correctamente no debería ser necesario interponer una denuncia o demanda por competencia desleal por violación de normas, pues la propia administración pública, actuando de oficio, debería imponer el respeto a las leyes. Pero como ello no es así, es importante perseguir el acto de deslealtad por violación de normas.

Con ocasión de la puesta en vigencia del Decreto Ley 26122, allá por 1993, escribí un artículo cuya reflexión final creo que es todavía válida en buena medida. Señalé en esa ocasión lo siguiente: "el funcionamiento de una economía de mercado y de un modelo de 'competencia operativa' responde a un conjunto de variables de la más diversa índole; entre ellas se encuentran la adecuación de las normas legales a la situación concreta del país, la aceptación por parte de los ciudadanos de que se trata de reglas que es conveniente cumplir, y, también, la decisión política de aplicar y hacer acatar tales normas. Estos tres aspectos esenciales tienen, en nuestro país, un signo de interrogación frente a la normativa sobre la competencia desleal"⁶⁶.

Dije a continuación que ello se debía a que la normativa que habíamos adoptado seguía un modelo europeo que nos es ajeno, más aún cuando somos una nación en formación en la que conviven diversas culturas y escalas de valores no uniformes, y porque tanto el Estado Peruano como los juristas no se han interesado por los aspectos de la deslealtad en el comercio, salvo cuando se han sentido directamente afectados. Estas afirmaciones siguen siendo hoy válidas pero hay que matizarlas, pues no en vano han pasado 12 años desde que se efectuaron. Principalmente porque el INDECOPI,

⁶⁴ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. p. 30.

⁶⁵ Ibid. p. 32.

⁶⁶ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 81.

es decir, el Estado, pero también los abogados y las empresas, han tenido una importante experiencia que no puede dejarse de lado y que se refleja en el esfuerzo sostenido que ha dado lugar a la emisión y estudio de muchas resoluciones administrativas en el ámbito de la competencia desleal, que revelan un mayor conocimiento de la materia, así como también un estudio más detenido de nuestro modelo de competencia subyacente. Entonces, tenemos ahora ya una interesante experiencia acumulada, aunque aún es parcial y limitada.

En este contexto, el acto desleal por violación de normas se encuentra a caballo entre los dos modelos concurrenciales que existen en el Perú y, por tal motivo, resulta muy adecuado para reflexionar sobre el sistema económico y la normativa que es aplicable a los problemas y controversias derivadas de la competencia económica. Las interrogantes arriba planteadas deberán entonces responderse conociendo las normas y sus finalidades, pero también observando la realidad concreta que nos rodea. Una tarea apasionante y de no poca envergadura.