

LA CLÁUSULA GENERAL COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL ENUNCIADOS Y NO ENUNCIADOS

Pierino Stucchi López Raygada* **

El modelo concurrencial que introdujo el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, incluyó, además de ciertos supuestos típicos, una cláusula general prohibitiva aplicable a todo comportamiento desleal. Esta fórmula omnicomprendensiva significó una respuesta a la dinámica a veces impredecible del mercado y pasó a ser un elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal tanto enunciados como no enunciados.

El presente artículo constituye una reflexión sobre la forma en que dicha cláusula se está aplicando en el plano administrativo, con énfasis en su particular relevancia al momento de definir un acto concurrencial como desleal. Asimismo, tras un detallado análisis de la casuística del tema, el autor nos presenta interesantes reflexiones en torno al futuro de dicha regulación, así como de sus retos en nuestro medio.

* Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Profesor del curso Integración Económica y Comercial y Tratados Internacionales en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), así como del curso Derecho Empresarial en la misma casa de estudios. Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP.

** El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece a los señores Carlos Rodas Ramos, Milenko Barreto Bernuy y Carlos Carbonell Rodríguez.

I. INTRODUCCIÓN

La represión de la competencia desleal resulta en estos tiempos una disciplina en constante evolución debido a la intensificación del proceso competitivo en algunos sectores y a lo encarnizado de la lucha que entablan las empresas por lograr la realización de transacciones comerciales que les permitan lograr rentabilidad. Se debe tener en cuenta que, en la actividad empresarial, un mal encaminado ímpetu por lograr liderazgo y éxito en el mercado puede convertir un acto audaz o agresivo desde el punto de vista comercial, en un acto de competencia desleal desde el punto de vista del Derecho, aun cuando la voluntad de la empresa que lo realiza no sea desplegar una conducta contraria a la buena fe comercial.

Para que los agentes que actúan en el mercado logren certeza en cuanto a qué se considera un acto de competencia desleal, el Decreto Ley 26122 (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) presenta un listado enunciativo de actos que se consideran como desleales. La existencia de este listado enunciativo permite a los agentes económicos conocer y evitar la realización de dichos actos de competencia desleal cuya naturaleza ilícita es revelada expresamente. Sin embargo, la intensificación del proceso competitivo y la encarnizada lucha empresarial por lograr la realización de transacciones en algunos sectores generan en algunos sectores una dinámica competitiva que no permite que todos los actos de competencia desleal puedan ser previstos y enunciadados, a nivel legal, en dicho listado. En este contexto competitivo, dinámico y mutable, la importancia de la cláusula general con la que cuenta nuestro sistema de represión de competencia desleal administrativa, como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciadados y no enunciadados, revela una función primordial en el aseguramiento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Cabe apuntar que en la presente entrega no nos referiremos al ámbito penal en el que el sistema de represión de la competencia desleal tiene a su disposición también algunas herramientas para lograr sanciones sobre las personas naturales que viabilizan conductas contrarias a la buena fe comercial. Ello será materia de una futura entrega. Asimismo, corresponde dejar constancia de que, conforme a la doctrina mayoritaria, se incluye en el análisis ofrecido el conjunto de disposiciones que regulan la actividad publicitaria, por contener normas que cumplen la función de reprimir la competencia desleal en el especial escenario publicitario.

II. LA COMPETENCIA Y EL DAÑO CONCURRENCIAL LÍCITO

La pugna entre agentes económicos por lograr la realización de transacciones sobre bienes o servicios implica la existencia de una tensión competitiva en el mercado. La competencia que se produce entre los agentes se verifica tanto desde la posición de la demanda como desde la posición de la oferta. Ello, pues una empresa compite con otras no solamente por lograr clientes, sino además por adquirir los mejores insumos disponibles para su actividad productiva. En este último escenario deberá encontrarse dispuesta a pagar, probablemente, mayores precios para lograr transacciones con los oferentes de insumos estandarizados; mientras que en el primero —el más conocido y analizado— deberán encontrarse dispuestas a vender a menores precios o a aumentar la calidad de su oferta, conforme lo demanden las necesidades del consumidor.

En un contexto competitivo, cada transacción lograda por una empresa es una menos que puede lograr su competidora. Así, por ejemplo, cada transacción lograda por una farmacia en la venta de una pastilla contra dolor de cabeza es, con seguridad, una transacción que no logró otra farmacia cuya ubicación se encontraba en un perímetro cercano. Ocurre lo propio con un pasaje vendido por una aerolínea en la ruta Lima - Bogotá, pues éste es un pasaje menos que pudo ser vendido por otra aerolínea, en la misma ruta, para el mismo día. Asimismo, un huésped alojado durante una semana en un hotel cinco estrellas en Arequipa es un huésped menos que pudo alojar otro hotel de la misma categoría, en la misma ciudad, esa misma semana. Como quiera que la realización de transacciones permite a las empresas lograr beneficios, generalmente, éstas contribuyen en la generación de utilidades. Por ello, una empresa que ve pérdidas sus posibilidades de realizar transacciones debido a que éstas son realizadas por una empresa competidora, progresivamente, sufre daño derivado de no generar utilidades como consecuencia del efecto competitivo.

La competencia entre empresas que concurren ofreciendo bienes o servicios, similares o sustitutos, respecto de los que ofrecen otras empresas es lícita, en principio, aun cuando es capaz de generar daño. Conforme a nuestros ejemplos anteriores, se produce daño sobre el competidor cuando: i) una farmacia logra, en el agregado, mayores transacciones con los demandantes de medicamentos respecto a otra farmacia de la misma zona; ii) una empresa de transporte aéreo

logra copar siempre sus aeronaves, mientras que otra que cubre las mismas rutas no; y, iii) un hotel logra alojar huéspedes, mientras que un hotel vecino de la misma categoría no. En todos estos casos, la empresa exitosa es la que logra transacciones y el competidor de ésta, al ver disminuido el número de transacciones que realiza, podría ver mermadas sus utilidades y, en consecuencia, ver peligrar su permanencia en el mercado. El competidor de la empresa exitosa recibe daño concurrencial lícito.

Este daño es lícito pues nuestra Constitución Política al establecer una economía social de mercado instaura, en consecuencia, un sistema competitivo cuya dinámica premia la eficiencia de las empresas que son elegidas para realizar transacciones¹. En una economía social de mercado se presume que los agentes económicos son racionales, por lo que eligen siempre realizar transacciones sobre los bienes y servicios que les ofrecen los mayores beneficios, al menor costo posible. En consecuencia, en la concurrencia que genera el sistema competitivo gana y permanece en el mercado la empresa más eficiente.

III. ¿QUÉ ES UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL?

Nuestra Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y la aplicación que de ella se ha realizado por la autoridad administrativa han hecho suyas, implícitamente, a nuestro juicio, la visión continental alemana que, contemporáneamente, acoge dos tesis complementarias que sustentan el entendimiento y categorización de un acto de competencia desleal.

La primera tesis considera un acto de competencia desleal como todo aquél que no sea consistente con el principio de competencia eficiente –*Leistungswettbewerb*– es decir que “(l)a deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores”, en consecuencia, la competencia leal se sustenta en la eficiencia de las propias prestaciones y “(l)a

eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal”². La segunda tesis se sustenta en el principio funcional de la competencia y “propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal”. Es decir, cuando atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia³.

En sede nacional, añadiendo a lo anterior un criterio de mayor componente axiológico, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala) ha señalado que “(e)l concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada. (...) el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho”⁴. Este criterio formula un parentesco entre la sanción sobre actos de competencia desleal y los remedios que se aplican al abuso del derecho, sugiriendo que un acto de competencia desleal significa un ejercicio excesivo o abusivo del derecho a competir que implica el derecho constitucional a la libre iniciativa privada.

En todo caso, conforme al ordenamiento económico y jurídico, la competencia desleal es capaz de producir sobre el competidor un daño concurrencial que no corresponde al debidamente esperado por la competencia bajo reglas de eficiencia. En consecuencia, el Derecho considera la conducta que causa dicho daño indebido como ilícita.

Es necesario, en este punto, diferenciar la competencia desleal de la competencia prohibida. La competencia siempre se producirá allí donde, en un mercado, exista un agente económico o más pugnando por realizar una transacción que desea realizar también otro agente. En este contexto, la competencia desleal es una conducta

¹ La Constitución Política establece claramente nuestro régimen económico:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)”.

² GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. “Competencia desleal: actos de desorganización del competidor”. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2004. pp. 63 y 64.

³ Ibid. p. 64.

⁴ Resolución 2043-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., bajo Expediente 116-2004/CCD.

en la que se considera ilícito y prohibido el modo de lograr o pretender lograr transacciones en mercados permitidos, tal como ocurre en los sectores farmacéutico, de transporte aéreo o de hospedaje, cuando ello no se persigue por la eficiencia propia. Diferente es la competencia prohibida, que se produce cuando la actividad económica misma se encuentra prohibida, tal como ocurre con la venta de drogas ilícitas, la trata de personas o el ocultamiento de prófugos. En la competencia prohibida, la actividad económica misma se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, siendo ilícito cualquier daño que ésta genere, no siendo posible evaluar jurídicamente, siquiera si existe o no, una manifestación contraria a la competencia bajo reglas de eficiencia. Así, notando esta diferencia, el profesor Baldo Kresalja sostiene que “en la competencia desleal no se sanciona con la ilicitud el haber causado a otro un daño concurrencial –pues éste es lícito– sino el haberlo causado indebidamente”⁵.

IV. LA CLÁUSULA GENERAL COMO TIPO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL ENUNCIADOS

Todo sistema sancionador requiere la tipificación previa de la conducta que es sancionable, indicando la autoridad competente y el elenco de sanciones que pueden corresponder a quien realice dicha conducta. En la disciplina de la represión de la competencia desleal en escenario administrativo, la técnica de tipificación tiene como elemento esencial a la cláusula general, que es el tipo sancionador al que se remiten las normas que indican el elenco de sanciones que pueden ser impuestas a quien comete un acto de competencia desleal.

La utilización de la cláusula general que contiene la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal permite dos modalidades de tipificación: i) una combinada, cuando se utiliza para una imputación, además de la cláusula general, la indicación de alguna o algunas de las conductas enunciadas por dicha ley, con la finalidad de aclarar qué conductas configuran actos de competencia

desleal; y, ii) una simple, cuando una imputación se basa solamente en lo establecido por la cláusula general debido a que la conducta que se imputa como acto de competencia desleal no ha sido enunciada por la misma ley.

En ambos casos, la cláusula general es el elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal pues cumple con el principio de tipicidad exhaustiva al contener la disposición que permite determinar la existencia de un acto de competencia desleal como prohibido y, en consecuencia, sancionable. En este sentido, la existencia y contenido de la cláusula general sería absolutamente suficiente para afirmar la existencia de un sistema administrativo sancionador sobre la competencia desleal. No obstante, su simple existencia no sería suficiente para lograr que el destinatario de las normas jurídicas logre el mayor grado de certeza posible sobre qué conductas se encuentran prohibidas. En este objetivo de certeza contribuyen notablemente los actos enunciados por la ley que, no siendo indispensables por exceder lo exigido en la tipificación exhaustiva, permiten facilitar el conocimiento en el sujeto de derecho –también agente en el mercado– sobre lo que se encuentra prohibido por configurar un acto de competencia desleal⁶.

En este sentido, los actos de competencia desleal enunciados por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, tales como los actos de engaño, de confusión, de explotación indebida de la reputación ajena, de denigración, de sustracción, divulgación o explotación indebida de secretos empresariales ajenos, de sabotaje contractual y de violación de normas imperativas que generan una ventaja competitiva significativa, permiten una mayor claridad en el conocimiento de los actos de competencia desleal que debe evitar cometer un concurrente en el mercado y en todo caso, de producirse dichos actos, permiten una tipificación de mayor claridad y un mejor ejercicio del derecho de defensa de quien resulte imputado en el procedimiento sancionador correspondiente.

⁵ KRESALJA, Baldo. “Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal”. En: Revista Derecho 47. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. p. 22.

⁶ Coincidimos con Morón Urbina cuando reconoce la vigencia del principio de tipicidad exhaustiva que informa nuestro sistema administrativo sancionador en la determinación de conductas prohibidas y, en consecuencia, sancionables al afirmar que “el principio de legalidad sólo se entiende cumplido cuando los preceptos jurídicos sancionadores preexistentes en la ley, permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas (...) de manera que los administrados estemos en la aptitud de conocer el o los hechos sancionables y tengamos oportunidad de evitarlo (...) es menester que por vía normativa se establezcan con suficiente claridad los elementos de la conducta prohibida, pues, de lo contrario, no podría el administrado conocer anticipadamente las consecuencias de sus actos ni estaría en posición de poder determinar los límites de su libertad de actuación.” MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 628.

Cuadro 1
Esquema de tipificación combinada de los actos de competencia desleal conforme al
Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (LRCD)

Determinación de actos de competencia desleal	
Tipo sancionador (Artículos 6 y 24)	Conductas enunciadas (Artículos 8 al 19)
Es acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas (artículo 6 de la LRCD). El acto de competencia desleal será sancionado con amonestación o multa de hasta cien (100) UIT por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (artículo 24 de la LRCD).	Actos capaces de inducir a error sobre los elementos de la oferta propia Actos de confusión: aquéllos capaces de inducir a error al demandante sobre la procedencia empresarial de un bien o un servicio, sea por la confusión sobre la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno (artículo 8 de la LRCD). Actos de engaño: aquéllos capaces de inducir a error al demandante sobre el precio, la calidad, la procedencia geográfica o las condiciones de comercialización de un bien o un servicio, incluida su procedencia geográfica o la ostentación de premios o distinciones (artículos 9, 10 y 12 de la LRCD y artículos 4, 5 y 8 de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor – Decreto Legislativo 691). Actos de explotación indebida de la reputación ajena: aquéllos capaces de inducir a error sobre la reputación comercial propia, al asignar injustificadamente los atributos de otros concurrentes o de sus productos a la entidad propia o a los productos propios (artículo 14 de la LRCD).
	Actos capaces de afectar injustificadamente la percepción sobre el valor de la oferta ajena Actos de denigración: aquéllos capaces de afectar injustificadamente la percepción del demandante sobre el valor de la oferta ajena mediante la difusión de afirmaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de otro concurrente o de sus representantes que puedan menoscabar su reputación. Se excluyen aquéllas que sean exactas, verdaderas y pertinentes (artículos 11 y 12 de la LRCD y artículos 7 y 8 de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor –Decreto Legislativo 691).
	Actos que consisten en utilizar indebidamente bienes protegidos por la propiedad intelectual Actos de copia o reproducción no autorizada: aquéllos que consisten en la indebida utilización de bienes protegidos por la propiedad intelectual, tales como marcas, invenciones patentadas u obras ajenas, entre otros (artículo 19 de la LRCD).

	Actos capaces de mejorar o afectar una posición competitiva por otras causas distintas a la eficiencia económica
	Actos de imitación sistemática: aquéllos capaces de impedir u obstaculizar la afirmación de otro concurrente en el mercado, a causa de la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas de éste, excediendo la respuesta natural en el mercado (Artículo 13 de la LRCD). Actos de sustracción, divulgación o explotación indebida de secretos empresariales ajenos: aquéllos consistentes en: i) la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de dichos secretos; y, ii) la adquisición de tales secretos por medio de espionaje u otros procedimientos que no cuenten con el consentimiento del titular (artículo 15 de la LRCD). Actos de sabotaje contractual por inducción: aquéllos en los que se provoca o incentiva la terminación de un contrato por la contraparte de un concurrente⁷, siendo una conducta sancionable, siempre que: i) los medios vinculados a la interferencia sean contrarios a la eficiencia económica, tal como lo sería el engaño o la confusión; ii) pretendan excluir o eliminar al competidor del mercado; iii) sustraer, divulgar o explotar indebidamente secretos empresariales ajenos; o, iv) vaya acompañada de otra circunstancia de naturaleza análoga a las antes referidas (artículo 16 de la LRCD). Actos de sabotaje contractual por interferencia: aquéllos que se dirigen a entorpecer los procesos empresariales internos, sea persuadiendo a los trabajadores del competidor afectado a incumplir su horario de trabajo o a fallar en los compromisos corporativos⁸; o, a provocar una ruptura de su cadena de pagos, tal como se intentaría al ofrecer incentivos a sus clientes para no pagar oportunamente (artículo 16 de la LRCD). Actos de violación de normas imperativas: aquéllos que por esta conducta permitan lograr al concurrente violador una ventaja competitiva significativa, sea por no asumir los costos derivados del cumplimiento o por lograr acceder a ofrecer sus bienes o servicios en condiciones o modalidades no permitidas (artículo 17 de la LRCD). Actos de discriminación: aquéllos en los que un oferente injustificadamente diferencia, ante situaciones idénticas, a los demandantes de bienes o servicios, en materia de precios y demás condiciones (artículo 18 de la LRCD).

Fuente: Decreto Ley 26122 –Ley sobre Represión de la Competencia Desleal– y Decreto Legislativo 691 –Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor–. Elaboración propia.

⁷ Se debe considerar que “(s)abotaje significa, en general, ir u obrar en contra de los intereses que están encomendados”. CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de Derecho usual”. Vigésimo sexta edición. Tomo VII. Buenos Aires: Heliasta. 1998. p. 265.

⁸ Se debe considerar que las diferentes formas de sabotaje laboral que pueden presentarse son: “a) el aumento del consumo de materia prima, cuando se registra una liberalidad extrema en el empleo de materiales; b) el descrédito de lo producido, cuando el trabajador, interiorizado de ciertos secretos, los hace públicos para perjudicar la producción de la empresa; c) el trabajo irregular con tal número de defecto u errores, que resulta inferior o nulo el producto, como el de los linotipistas o tipógrafos al cometer mayor número de erratas que las usuales, o si los panaderos cuecen con exceso el pan y lo queman, o se olvidan de ponerle levadura o sal; d) la destrucción intencionada de los instrumentos de trabajo, utilizando para ello medio diversos”. Ibidem.

En la tipificación combinada que resulta de una imputación en la que, además de la cláusula general, se utiliza la indicación de alguna o algunas de las conductas enunciadas por dicha ley, con la finalidad de aclarar qué conductas configuran actos de competencia desleal queda claro que la cláusula general es el tipo sancionador, mientras que las conductas enunciadas alimentan su aplicación. La existencia y aplicación de la cláusula general revela que, lejos de ser la prohibición subsidiaria que se aplica únicamente a conductas no enunciadas –en una tipificación simple–, se aplica plenamente a las conductas enunciadas en el cuadro precedente, informando íntegramente su tipicidad y determinando su condición de conductas ilícitas.

Coincidiendo con este postulado, hace pocos años, mediante un precedente de observancia obligatoria, se reconoció, efectivamente, que la cláusula general es el único tipo sancionador que contiene la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Así, la Sala señaló que: i) “(l)a cláusula general contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal”; y, ii) “(l)as disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (entre las que se encuentran los artículos 8° al 19°) enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados”⁹.

Al respecto, conforme se ha revelado en el cuadro precedente, se debe notar que la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal señala en su artículo 24 que “(e)l incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de

multa”. Es claro que el incumplimiento aludido en esta disposición se refiere únicamente a lo contemplado en la cláusula general, dado que ésta es la única disposición que contiene normas sustantivas que tienen naturaleza prohibitiva, es decir normas que regulan conductas sobre las que no se puede actuar en contrario. Las demás disposiciones que contiene la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son procesales –por lo que son aplicables solamente si se inicia un procedimiento administrativo sancionador– o enunciativas, pues desarrollan la configuración de actos de competencia desleal, mas no son en sí mismas disposiciones prohibitivas.

Enfocando con más detalle el contenido mismo de la cláusula general podemos apreciar que ésta señala como ilícita y prohibida toda conducta que sea contraria: i) a la buena fe comercial; ii) al normal desenvolvimiento de las actividades económicas; y, iii) a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas. Para entender la dinámica de la disciplina de represión de la competencia desleal es necesario desentrañar cómo entiende la autoridad estos tres elementos que permiten determinar la existencia de un acto de competencia desleal y, en consecuencia, la existencia de una infracción para proceder a su corrección y sanción. A continuación, presentamos un breve análisis, elemento por elemento.

A. El modelo social y la contravención a la buena fe comercial

Bajo el modelo social de represión de la competencia desleal, ésta se encarga de prohibir y sancionar las conductas de un agente que, en el mercado, pretende realizar una transacción logrando la preferencia de quien le compra (demandante) o le vende (oferente), por causas distintas a su propia eficiencia.

En consecuencia, bajo el modelo social, la represión de la competencia desleal tiene como misión principal asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia¹⁰. Como consecuencia del

⁹ Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., bajo Expediente 032-2002/CCD.

¹⁰ Así, luego de Segunda Guerra Mundial, “los países europeos consideraron necesario hacer un giro en la disciplina hacia el “interés social”, surgiendo la necesidad de derrocar al modelo profesional individualista (...) (e)n lo referido al objeto, se vislumbra una transición hacia una concepción de la protección del orden económico del mercado no sólo con respecto a la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado. (...) En cuanto a los criterios de valoración o calificación de la deslealtad, ésta ya no se mide exclusivamente en función de la adecuación a los usos y costumbres profesionales, sino en atención a los principios del ordenamiento económico tales como la libre competencia y la tutela del consumidor (...)”. GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. Op. cit. p. 16.

cumplimiento de dicha misión, se verá beneficiada toda la sociedad, pues es de interés general que el consumidor final o intermedio logre satisfacer sus necesidades minimizando costos y maximizando beneficios, al tener a su disposición la oferta que por eficiente le ofrece las mejores combinaciones de precio y calidad¹¹. Asimismo, el aseguramiento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo puede, en determinado caso concreto, coincidir con el interés particular de un agente afectado directamente por un acto de competencia desleal, sea una empresa o un consumidor.

En nuestro país, la expresión legislativa para identificar un acto de competencia desleal refiere la contravención a la buena fe comercial como uno de sus componentes. A nuestro juicio, el principal. Esta buena fe no es una buena fe comercial subjetiva. No es la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta propia. Por el contrario, es un estándar que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta propia con la buena fe comercial objetiva que se espera de un agente que participa en el proceso competitivo bajo reglas de eficiencia, que es propio de una economía social de mercado.

La buena fe comercial objetiva se verifica en aquella conducta concurrencial destinada a lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causa de la eficiencia de los propios bienes o servicios, al ofrecer en ellos mejores combinaciones de precio y calidad que los competidores. La contravención a la buena fe comercial objetiva se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia, tal como ocurre cuando una empresa engaña al consumidor, lo induce a error sobre la procedencia empresarial o geográfica de un bien o un servicio, o logra una ventaja competitiva derivada de la violación de normas imperativas, entre otros.

B. La contravención al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas

En términos generales, se podría señalar que la buena fe comercial objetiva –como estándar de lo que se espera de un concurrente en el proceso competitivo bajo reglas de eficiencia– persigue lograr el adecuado funcionamiento de este proceso al cautelar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y vigilar el cumplimiento de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas en una economía de social de mercado. Sin embargo, corresponde profundizar sobre el sustento de este planteamiento, a efectos de darle a estos dos elementos que conforman la cláusula general una adecuada lectura conforme al modelo social.

Para ello, se debe considerar que, en la tradición continental, antes de la plena vigencia del modelo social sobre la disciplina de la represión de la competencia desleal, tuvo vigencia el modelo corporativista o de protección profesional. Este modelo previo –evidenciado por ejemplo en la experiencia de la Ley española 110/1963– configuraba a la represión de la competencia desleal en una disciplina protectora de los usos considerados normales y correctos por los gremios empresariales y profesionales¹². Este modelo corporativista o de protección profesional no aseguraba necesariamente el resguardo del adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia, pues si la autoridad hacía suyas las consideraciones de los usos mercantiles, conforme a la prácticas normales y asumidas como correctas, eventualmente podía dedicarse a proteger las posiciones comerciales de las empresas establecidas desde hace algún tiempo en un mercado, amenazadas por nuevos entrantes o competidores¹³.

¹¹ Se debe precisar que la calidad para el consumidor no resulta únicamente de un atributo o de un conjunto de atributos objetivos que pueden cuantificarse. Puede ser también, por ejemplo, la percepción de elegancia y exclusividad que un consumidor tenga sobre un bien o un servicio, de tal manera que, por dicha causa, le atribuya valor. La herramienta más eficaz para generar la percepción de este valor no cuantificable de modo objetivo es la estrategia integral de comunicación para el posicionamiento de empresas y productos en la mente de los consumidores, la que involucra no solamente la actividad publicitaria (generación de mensajes publicitarios por cuenta del anunciante), sino además la publicity (generación de información que es cubierta por la prensa respecto de las actividades o pronunciamientos corporativos, comerciales o altruistas de una empresa).

¹² ROBLES-MARTÍN LABORDA, Antonio. "Libre competencia y competencia desleal". Madrid: La Ley. 2001. pp. 64-68.

¹³ Este modelo "se desarrolla con la consolidación del liberalismo económico a finales del siglo XIX y principios del XX y se caracteriza por la exigencia, por parte de los sectores profesionales, de una protección generalizada frente a los actos de competencia desleal. Los empresarios demandan la intervención del Estado en defensa de sus intereses adquiridos en el mercado. (...) como comenta el profesor Aurelio Menéndez, se perfila la necesidad de una disciplina común privada, '(...) dotada de una fuerte impronta profesional, encaminada a reprimir aquellas modalidades competitivas que la corporación de los empresarios estimara incorrectas'". Asimismo, "en virtud de la impronta corporativista que impregna esta materia, el acto de competencia desleal se configura como una violación a las reglas de deontología profesional, y el bien jurídico que se protege es el daño causado al empresario por la desviación de la clientela de su empresa hacia la empresa de competidor. En consecuencia, el criterio de calificación de la conducta será la adecuación

En consecuencia, nuestra opinión es que la contravención al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas son dos elementos que no son realmente necesarios ni deseables para configurar el tipo sancionador que establece la cláusula general. Sin embargo, el legislador, pese a consagrar un modelo social, conforme al texto íntegro de la vigente Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, mantuvo un rezago de inercia proveniente del modelo corporativista o de protección profesional que se reveló involuntariamente en la colocación de estos dos elementos¹⁴. Este rezago se pretendió corregir con una propuesta de modificación legislativa presentada por INDECOPI, en su momento, pero que no llegó a convertirse en ley¹⁵. Sin embargo, afortunadamente, conforme al texto legal vigente es posible y necesario hacer una lectura consonante de estos dos elementos con el modelo social y con las exigencias que impone la buena fe comercial objetiva en una economía social de mercado.

Es necesario enfatizar que una lectura contemporánea de la cláusula general de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal no permite, en ningún caso, considerar que una conducta de competencia bajo reglas de eficiencia sería contraria a la buena fe comercial por el hecho

de contravenir el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y/o las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, conforme a los usos comerciales que guarda cierto gremio en determinada plaza. Presentamos un ejemplo. Imaginemos que, en determinado momento, en el sector de seguros de determinado mercado, la cantidad de empresas proveedoras de servicios de aseguramiento de riesgos sobre el patrimonio satisfacen la demanda y cubren sus expectativas de rentabilidad sin necesidad de entablar una estrategia de mercadotecnia muy audaz o agresiva. Sin embargo, en un momento posterior, un nuevo concurrente ingresa a competir, realizando publicidad comparativa sobre cada uno de los servicios ofrecidos para el aseguramiento de riesgos sobre el patrimonio y enviando comunicaciones a los clientes de las demás empresas, invitándolos a visitar sus instalaciones o a pedir la visita de uno de sus agentes representantes, conducta inusual y nunca antes vista en dicho mercado¹⁶. Esta conducta podría ser, sin duda, contraria a los usos de la plaza hasta el momento, contraria al normal desenvolvimiento de las actividades económicas hasta un momento previo al ingreso del nuevo entrante en el mercado y, tal vez, considerada por la mayoría de empresas aseguradoras como contraria a las normas de corrección o a la ética que deben regir las actividades económicas. Bajo el modelo

o no del acto de competencia a los usos y costumbres mercantiles reinantes en la época. Vemos, pues, cómo el hilo conductor de este modelo es la intención de proteger los intereses de los operadores de mercado, y es a través de esta herramienta concedida a aquéllos mediante la cual, por vía indirecta, se tutelan los intereses de los consumidores y de la sociedad en general". GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. Op. cit. pp. 13 y 14.

La transición española de este modelo hacia el modelo social que impuso la constitución económica española, recoge la siguiente constatación: "En el diálogo y la negociación con los empresarios se perseguía básicamente convencerlos de lo periclitado –y ya disconforme con la Constitución– de un modelo profesional o corporativo del Derecho de la competencia desleal donde sólo ellos, conectados por una relación de competencia, eran los sujetos combatientes y combatidos y también los sujetos pacientes protegidos, y donde únicamente ellos aparecían como las instancias jurídicamente legitimadas para la producción de las reglas o los criterios de enjuiciamiento de la lealtad o deslealtad de los comportamientos concurrenciales, al hacerse bascular tales enjuiciamientos en la conculcación de las reglas de conducta consideradas honestas o correctas según la ética o moral empresarial imperante en cada momento histórico (normas de corrección profesional o usos honestos en materia industrial y comercial). De lo que se trataba era, en suma, de hacerles ver la necesidad de sustituir ese modelo normativo cerrado –precisamente merced a la cerradura técnica en la relación de competencia– por otro socialmente abierto (...) había que convencerlos de la necesidad de provocar la quiebra de la relación de competencia". FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA SERRANO. "Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos". Barcelona: Marcial Pons. 2005. pp. 18 y 19.

¹⁴ Por ejemplo, la exposición de motivos de la ley española 3/1991 sobre competencia desleal que inspiró nuestra vigente ley en la materia, fiel al modelo social que la informa, señala que "(e)l aspecto tal vez más significativo de la cláusula general radica en los criterios seleccionados para evaluar la deslealtad del acto. Se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la buena fe, de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales (corrección profesional, usos honestos en materia comercial e industrial, etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo". Nuestro legislador no optó por desplegar un rechazo implícito de esta naturaleza.

¹⁵ Por esta razón el proyecto de nueva Ley sobre Represión de la Competencia Desleal sometido a conocimiento público en el año 2005 por el INDECOPI, considerando únicamente el elemento esencial que configura el acto de competencia desleal, contemplaba expresamente:

"Artículo 6.- Cláusula general prohibitoria.-

(...)

Es acto de competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

(...)"

¹⁶ Bajo el modelo social, "la ampliación de los intereses protegidos por la disciplina da lugar a que ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales –como la publicidad comparativa o la invasión de la zona exclusiva–, comiencen a permitirse debido a los efectos beneficiosos que producen desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en el mantenimiento de un mercado altamente competitivo". ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. Op. cit. p. 71.

corporativista o de protección profesional esta conducta podía ser desleal. Sin embargo, dicha conducta no sería contraria a la buena fe comercial objetiva, a la luz del modelo social, mientras se base en la eficiencia propia, evitando inducir a error al consumidor o desacreditar indebidamente a los competidores¹⁷.

En consecuencia, en una lectura correcta, corresponde entender al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, en un proceso competitivo, desde una perspectiva sistémica. Es decir, considerando que las conductas de los concurrentes pueden ser: i) nuevas y no usuales en un sector; o, ii) producto de la innovación de métodos de comercialización o de publicidad o promoción; por lo que es posible que se desvíen, en algún caso, del uso comercial entendido como norma o como normal. Sin embargo, si se trata de actos de competencia bajo reglas de eficiencia, aunque incomoden a los otros concurrentes por quebrar el estándar, no son actos de competencia desleal.

¿Cuál sería entonces una contravención al normal desenvolvimiento de las actividades económicas en una economía social de mercado? ¿Y cuál sería una contravención a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas en una economía social de mercado? La respuesta es sencilla. Una conducta encaminada a lograr o pretender lograr transacciones por causas distintas a la propia eficiencia. En consecuencia, una lectura desde el modelo social nos invita a unificar los tres elementos que la cláusula general determina para configurar un acto de competencia desleal como aquél que simplemente contraviene la buena fe comercial objetiva, tal como se ha descrito en el punto precedente.

En una economía social de mercado, competir por eficiencia es la regla, por lo que el derecho tiene la misión de proteger el proceso competitivo y no

las consideraciones de los gremios empresariales o profesionales que pueden diferir, en algunos casos, de los estándares de competencia por eficiencia.

V. LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL NO ENUNCIADOS

Pese a que el legislador ordinario ha listado de modo enunciativo los actos de competencia desleal que se pueden considerar de hallazgo más frecuente en la dinámica concurrencial, la existencia misma de la cláusula general reconoce que el proceso competitivo posee una realidad que supera a la capacidad que se tiene para tipificar los actos de competencia desleal bajo una técnica de *numerus clausus*. Por esta razón, se utiliza una técnica legislativa de tipificación genérica que permita cumplir con el principio de tipificación exhaustiva y que, a la vez, sea lo suficientemente flexible para que permita realizar imputaciones combinadas, utilizando la cláusula general y la referencia a un acto enunciado; o, imputaciones simples, utilizando únicamente la cláusula general. En este sentido, la actual enunciación de tipos de competencia desleal que contiene la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, inspirada en alguna medida en la legislación española, no es inmutable y, menos aún, el fin de la historia en materia de identificación de actos de competencia desleal.

En período reciente, podemos constatar que se han identificado, mediante pronunciamientos administrativos, algunas conductas de competencia desleal no enunciadas por esta ley que es oportuno comentar para revelar el debate actual sobre configuración de actos de competencia desleal no enunciados en nuestro país. Para ello, en el siguiente cuadro hacemos explícitas determinadas conductas de competencia desleal no enunciadas pero identificadas y caracterizadas en los pronunciamientos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la Comisión) y de la Sala.

¹⁷ En principio, la difusión de comunicaciones de cualquier índole emitidas por un concurrente que sean capaces de generar denigración o el descrédito sobre otra empresa, sus marcas, sus establecimientos o sobre cualquier aspecto de su oferta en el mercado, se encuentra prohibida y es sancionada. Sin embargo, como excepción, la denigración se encuentra justificada y, en consecuencia, permitida, si es que las afirmaciones que se comunican, en perjuicio de dicha otra empresa, son: i) verdaderas: es decir objetivas o verificables, siempre que el anunciante cuente con pruebas idóneas para acreditar la veracidad; ii) exactas: es decir que además de ser verdaderas se presenten con una claridad que evite la ambigüedad o la imprecisión en la percepción del consumidor sobre la realidad de las condiciones de la otra empresa aludida; y, iii) pertinentes: en la forma, al evitarse la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo; y, a la vez, en el fondo, al transmitir información que al consumidor le permita evaluar la oferta aludida sobre parámetros de eficiencia. Alusiones sobre condiciones estrictamente personales de los titulares o representantes de una empresa son siempre impertinentes.

Determinación de actos de competencia desleal	
Tipo sancionador (Artículos 6 y 24)	Conductas no enunciadas
Es acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas (artículo 6 de la LRCD). El acto de competencia desleal será sancionado con amonestación o multa de hasta cien (100) UIT por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (artículo 24 de la LRCD).	Actos capaces de inducir a error sobre los elementos de la oferta propia
	Actos de indebido ataque procesal: aquéllos capaces de entorpecer, encarecer, obstaculizar, dificultar o impedir la actividad comercial de otro concurrente mediante el ejercicio ilegítimo, fraudulento o carente de fundamento, de los derechos de acción o de petición que corresponden a todo sujeto de derecho.
	Actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno: aquéllos que consisten en la explotación comercial del esfuerzo ajeno, de modo contrario a la eficiencia competitiva; y, de los derechos o titularidades que corresponden a otro agente económico, sin asumir los correspondientes costos. Actos de boicot: “toda conducta de un concurrente en el mercado que tenga por efecto impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, y ejercitada como medio de presión para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, por medios distintos a la eficiencia competitiva”. Actos de boicot podrían constituir, entre otros, aquellos “que tengan las características de: i) estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar como efecto que éste no concurra en determinado mercado; ii) actuar sobre un cliente real o potencial y ser eficaces para generar como efecto que éste decida no establecer relaciones contractuales con un competidor; o, iii) actuar sobre un cliente propio y ser eficaces para generar como efecto dificultades para que éste extinga su vínculo contractual, con el fin de evitar que el cliente desarrolle relaciones contractuales con un competidor”¹⁸ (configuración no acogida en última instancia por la autoridad administrativa).

Fuente: Pronunciamientos administrativos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Elaboración propia.

¹⁸ Resolución 101-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD.

A. Actos de indebido ataque procesal

En la configuración jurisprudencial de los actos de indebido ataque procesal, la experiencia nacional ha tenido significativa concordancia. Los actos de indebido ataque procesal se pueden configurar como aquella conducta de un concurrente dirigida a dificultar la actividad concurrencial de otro concurrente, a través de la utilización indebida o abusiva del derecho de acción o del derecho de petición, en sede judicial o administrativa, respectivamente.

El hecho de entablar procesos contra otro concurrente con la finalidad de obstaculizar o encarecer su actuación en el mercado puede configurar, en efecto, un acto de competencia desleal bajo el alcance de la cláusula general. Al respecto, comentaremos dos casos de relevancia en el que tanto la Comisión como la Sala configuran como acto de competencia desleal la promoción de procesos contra otro concurrente con la finalidad de entorpecer su accionar en el mercado, sin interés legítimo o sin legitimidad para obrar.

En el primer caso, una empresa dedicada a la fabricación y comercialización de pinturas y otros productos químicos vinculados denunció a otra empresa concurrente en el mismo sector, imputándole como acto de competencia desleal la continua utilización del recurso de oposición en sus procedimientos de registro de marcas. Esta conducta, a decir de la denunciante, le impedía contar con signos distintivos registrados para diferenciar sus productos en el mercado, por lo que su actuación en el mercado sufría una obstrucción.

Conforme regula la Decisión 486 de la Comunidad Andina –Régimen Común sobre Propiedad Industrial–, una vez que un solicitante ha pedido el registro de un signo como marca en su favor, se encuentra obligado a publicar dicho signo, indicando la clase en que solicita su registro, entre otros datos de importancia. Luego de la publicación, la oposición es un recurso que puede ser presentado por un tercero para cuestionar el registro que se pretende. La oposición exige dos condiciones sobre quien la plantea: i) que éste posea legítimo interés para entablarla; y, ii) que

fundamente su pretensión opositora¹⁹. El fundamento de la pretensión opositora se sustancia válidamente, entre otras posibilidades, aludiendo que el signo que se pretende registrar como marca: i) incurre en una prohibición absoluta (por ser una denominación común o un nombre genérico del producto que se pretende distinguir, entre otros); ii) incurre en una prohibición relativa (por ser idéntico o semejante a una marca registrada o a un signo solicitado previamente para registro, pudiendo causarse un riesgo de confusión, entre otros); o, iii) de ser registrado, perpetraría, facilitaría o consolidaría un acto de competencia desleal²⁰.

En este contexto jurídico, la empresa dedicada a la fabricación y comercialización de pinturas y otros productos denunció que las oposiciones que se habían presentado en su contra –quince en un período aproximado de dos años– excedían una conducta que razonablemente estuviera dirigida a proteger los derechos de propiedad industrial que correspondían a su empresa opositora y competidora en el mercado, siendo una obstrucción a su actuar concurrencial. Sin embargo, a lo largo del procedimiento, se pudo acreditar que algunos de los recursos de oposición habían resultado legítimos y fundados luego de su evaluación por las autoridades de propiedad industrial (Oficina de Signos Distintivos y Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI), impidiéndose válidamente el registro de determinados signos solicitados, en su oportunidad, por la empresa denunciante y sobre los que acusaba obstrucción.

En consecuencia, la Comisión tuvo la convicción de que la empresa denunciada había desarrollado el ejercicio regular de un derecho que le correspondía según el Régimen Común sobre Propiedad Industrial Andino, por lo que la denuncia fue declarada infundada al no quedar acreditada la realización de actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general.

En segunda instancia, la Sala coincidió con la Comisión en que no existían actos de competencia desleal, sin embargo precisó elementos que permitieron un avance en la configuración de los actos de indebido ataque procesal como actos de competencia desleal. La Sala indicó que, además

¹⁹ Artículo 146 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina - Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

²⁰ Artículos 135 a 137 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina - Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

del daño concurrencial lícito que produce la concurrencia misma por la pugna por la preferencia sobre los clientes, “(o)tro supuesto de afectación permitida implícitamente por el ordenamiento –y no sólo en el derecho de la competencia o de la propiedad intelectual, sino en todas las áreas jurídicas– es la que resulta del ejercicio regular de un derecho, como es el caso de los derechos subjetivos de acción y de contradicción. Así, en el ámbito marcario, aunque la oposición a una solicitud de registro prolonga la incertidumbre generada respecto a su obtención, este acto no puede ser calificado de desleal, salvo que medien situaciones particulares que permitan apreciar de forma manifiesta que tales derechos se han ejercido abusivamente con la única intención de dañar a un competidor, a fin de generarle un perjuicio relevante, con ausencia de interés legítimo”²¹.

La Sala precisó la identificación del ilícito al considerar en su análisis que no debía evaluar la licitud de las oposiciones interpuestas por la denunciada, pues jurídicamente eran consecuencia del ejercicio de un derecho. El análisis, conforme estableció la Sala, debía circunscribirse únicamente a determinar si éstas se habían entablado ilegítimamente, de modo manifiesto o evidente. En este criterio, al resolver el caso, apreció que no se había acreditado que el conjunto de oposiciones formuladas por la denunciada tuvieran como finalidad única y evidente dañar la posición de su competidora, lo cual se apreciaba, entre otros, en que numerosas oposiciones habían sido aceptadas por las autoridades de propiedad industrial, presumiéndose implícitamente que la denunciada poseyó legítimo interés para entablar pretensiones fundamentadas²².

El segundo caso de relevancia que, posteriormente, permitió un avance significativo en la configuración de actos de indebido ataque procesal, surgió con ocasión de un singular procedimiento sancionador iniciado de oficio por la Comisión, luego de que la Sala declarara la nulidad de tres resoluciones emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (en adelante, “CPC”). Dichas tres

resoluciones fueron emitidas en tres casos en que una persona natural había denunciado a tres empresas concurrentes en el mercado de bebidas embotelladas. Dicha persona natural había denunciado ante la CPC, entre otros, que cada una de estas tres empresas comercializaba productos que no eran idóneos para el consumo humano. Esta imputación indicaba la existencia de infracciones contra las normas que protegen los derechos de los consumidores. Como medios probatorios, en cada procedimiento ante la CPC, dicha persona natural había presentado informes de ensayo emitidos por una empresa especialista en análisis de esta índole, acerca del contenido y del estado de las bebidas embotelladas por cada una de estas empresas²³.

Luego de la tramitación de los tres casos, la CPC determinó que la denuncia era infundada contra dos de las tres empresas, al haber acreditado ésta que el néctar que conformaba las bebidas embotelladas comercializadas no conllevaban riesgo alguno para la salud o seguridad de los consumidores. Sobre el caso contra la tercera empresa, la CPC consideró que el néctar que contenía la bebida comercializada por ésta no era idóneo al contener un nivel de microorganismos que creaba un riesgo para la vida útil del producto pero no por carencia de idoneidad para el consumo humano.

Ante estos resultados, la persona natural denunciante apeló estos tres pronunciamientos de la CPC. Elevados a su conocimiento en segunda instancia estos casos toman un giro particular. La Sala requirió a la persona natural denunciante que presentara copia de los comprobantes de pago emitidos por la empresa encargada de la elaboración de los informes de ensayo que mostraban el análisis sobre el contenido y el estado de las bebidas embotelladas por cada una de las empresas denunciadas. Asimismo, la Sala le requirió a dicha persona natural que informara si mantenía algún vínculo con alguna empresa competidora de las empresas denunciadas. La persona natural señaló que una empresa concurrente en el mismo sector en el que concurren las tres denunciadas había pagado la realización de los informes de ensayo y que,

²¹ Resolución 1353-2006/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento iniciado por denuncia de Pinturas Anypsa S.A. contra Tecnoquímica S.A., bajo Expediente 110-2005/CCD.

²² Resolución 1353-2006/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento iniciado por denuncia de Pinturas Anypsa S.A. contra Tecnoquímica S.A., bajo Expediente 110-2005/CCD.

²³ Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado de oficio contra Coca-Cola Servicios de Perú S.A., bajo Expediente 065-2006/CCD.

adicionalmente, dicha empresa era cliente del estudio de abogados en el que trabajaba como abogada. La Sala también requirió a la empresa encargada de la elaboración de los referidos informes de ensayo que presentara el comprobante de pago emitido por dicho servicio, lo que fue actuado en los procedimientos, en esta segunda instancia, corroborando que el pago había sido realizado por una empresa concurrente en el mismo sector²⁴.

Ante estas constataciones, la Sala declaró la nulidad de los tres pronunciamientos de la CPC, al considerar, conforme señala el Decreto Legislativo 716 (en adelante, Ley de Protección al Consumidor), que solamente un consumidor o una asociación de consumidores puede presentar una petición que de inicio a un procedimiento sancionador contra una empresa proveedora ante la CPC. La Sala observó un componente fraudulento en los tres casos antes referidos, en tanto que "(...) el financiamiento de costos de una denuncia por infracciones a las normas de protección al consumidor es una forma fraudulenta por medio de la cual las empresas competidoras de un proveedor pretenden erigirse como sujetos activos en el procedimiento, contraviniendo con ello (...) la Ley de Protección al Consumidor y configurando en la práctica una denuncia encubierta, tal como se ha podido apreciar"²⁵.

En este contexto, la Sala derivó los actuados de los tres casos a la Comisión para que ésta considerara si la materia probatoria referida en los tres casos descritos aportaba indicios suficientes sobre la realización de actos de competencia desleal. Así, la Sala sometió a consideración de la Comisión un caso cuyo análisis permitió un significativo paso en la configuración de los actos de indebido ataque procesal como actos de competencia desleal.

Luego del análisis de la materia probatoria en estos casos, la Comisión, efectivamente, inició un procedimiento sancionador de oficio contra la empresa concurrente que había pagado la realización de los informes de ensayo que habían servido de prueba en los tres casos reseñados y

que era cliente del estudio de abogados en el que trabajaba como abogada la persona natural que había fungido como denunciante. En este procedimiento sancionador, la empresa imputada aceptó los hechos, sin embargo pretendió justificarlos señalando, entre otros, que ninguna norma le prohibía contribuir económicamente en la promoción de casos dirigidos a la protección de los consumidores. Sin embargo, al resolver el caso, la Comisión consideró que la empresa imputada "tuvo por finalidad brindar apoyo a una persona (bajo una pretendida calidad de consumidora), con la finalidad de que ésta interpusiera acciones legales en contra de las (otras) empresas (...) utilizando medios legales de forma indebida y fraudulenta en perjuicio de las (otras) empresas (...). Esta conducta, a juicio de la Comisión es capaz de generar perjuicios a empresas que concurren en el mismo sector que la imputada (...) por medios distintos al esfuerzo empresarial eficiente que exige la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. En consecuencia, es un daño concurrencial ilícito" (texto entre paréntesis añadido)²⁶.

La Comisión consideró que la empresa imputada, al no ser un consumidor o una asociación de consumidores, "si bien no habría actuado directamente en la interposición de una denuncia por una presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor, sí lo habría hecho indirecta e indebidamente, de modo fraudulento"²⁷. Asimismo, la Comisión observó, implícitamente, que la empresa imputada no tenía justificación alguna para haber promovido fraudulentamente las tres denuncias ante la CPC pues, en todo caso, tuvo siempre a su disposición la posibilidad de: i) denunciar directamente a las tres empresas concurrentes con ella en el mismo sector por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño o de violación de normas por la puesta en el mercado de bebidas embotelladas productos que no contaran con la calidad ofrecida o que exigieran las normas sanitarias, respectivamente; o, ii) presentar una denuncia informativa ante la CPC, que no implicara

²⁴ Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado de oficio contra Coca-Cola Servicios de Perú S.A., bajo Expediente 065-2006/CCD.

²⁵ Resolución 1159-2005/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento iniciado por denuncia de la señora Fiorella Serra Farfán contra Cueva Interamerican Company S.A.C., bajo Expediente 1101-2004/CPC.

²⁶ Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado de oficio contra Coca-Cola Servicios de Perú S.A., bajo Expediente 065-2006/CCD.

²⁷ Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado de oficio contra Coca-Cola Servicios de Perú S.A., bajo Expediente 065-2006/CCD.

necesariamente el despliegue de un derecho de petición, sino que pusiera en su conocimiento hechos que estimara como infractores de las normas que protegen al consumidor para que ésta estimara si ameritaba el inicio de un procedimiento sancionador de oficio contra dichas empresas²⁸. Pese a la existencia de las posibilidades antes reseñadas, el actuar de la empresa imputada consistió en la realización de un ataque procesal fraudulento, no permitido por las normas vigentes.

Si bien la empresa imputada pretendió argumentar que no era competidora de las tres empresas denunciadas ante la CPC, la Comisión observó que ello no era un requisito a analizar para configurar la realización de un acto de competencia desleal en perjuicio de otros concurrentes, pues lo sería, en todo caso, para evaluar la gravedad de un acto de competencia desleal y, en consecuencia, graduar la sanción, si éste estuviera dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor²⁹. Sin embargo, para la Comisión quedó claro que la empresa imputada “desarrolla o puede desarrollar –de forma mediata o inmediata– actividad comercial que se encuentra en concurrencia con la actividad económica de las (otras) empresas (...) (que) sin importar la envergadura de su participación en el mercado concurren en el mismo sector de bebidas no alcohólicas, en el que, por ejemplo, una bebida gaseosa puede ser sustituida en el consumo por jugos de frutas al satisfacer, con diferentes atributos, la misma necesidad” (Texto en paréntesis añadido)³⁰.

Asimismo, la Comisión consideró que las medidas cautelares y sancionadoras solicitadas por la persona natural que fungió fraudulentamente como denunciante de las tres otras empresas “se encontraban orientadas, debido a su formulación, a la inmovilización y destrucción de

los productos denunciados y al cierre de la planta de fabricación, revelando una finalidad de lograr una paralización y consiguiente perjuicio en contra de los concurrentes denunciados, más que un afán de protección y salvaguarda de los consumidores”³¹.

En consecuencia, la Comisión consideró que la empresa imputada había cometido actos de competencia desleal por desarrollar “conductas tendientes a perjudicar la actividad comercial de diversas empresas que concurren con ella en el mismo sector del mercado y elevando sus costos de operar en el mercado, lo que contradice lo establecido en la cláusula general de la ley de represión de la competencia desleal, al generarles un daño que no deriva de un esfuerzo empresarial eficiente”³². Este pronunciamiento de la Comisión no fue revisado en segunda instancia por la Sala debido a que la empresa infractora lo consintió y no presentó apelación contra el mismo. Sin embargo, podemos presumir un criterio de índole similar por parte de la segunda instancia al ser la que remitió el caso a la Comisión para que evaluara el inicio del procedimiento sancionador de oficio.

De los pronunciamientos comentados, podemos identificar a los actos de indebido ataque procesal como aquéllos capaces de entorpecer, encarecer, obstaculizar, dificultar o impedir la actividad comercial de otro concurrente mediante el ejercicio ilegítimo, fraudulento o carente de fundamento, de los derechos de acción o de petición que corresponden a todo sujeto de derecho. Seguramente, esta configuración se verá enriquecida con posteriores pronunciamientos que, con ocasión del análisis de otros casos concretos, arrojen mayores luces sobre los contornos de esta figura³³. Queda pendiente a la jurisprudencia precisar criterios que permitan analizar del mejor modo posible el conjunto de indicios que se deban valorar para determinar la existencia de actos de indebido ataque procesal.

²⁸ La diferencia entre el ejercicio del derecho a formular denuncias informativa y el ejercicio del derecho de petición administrativa (frecuentemente denominada también denuncia por algunas normas especiales que regulan procedimientos, como es el caso de los que se tramitan ante el INDECOPI), se expone plenamente en los artículos 105 y 106 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁹ El Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal indica:

“Artículo 5.- (...) se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor”.

³⁰ Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI. Op. cit. Supra 23.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Sobre la configuración del indebido ataque procesal, analizado desde una dimensión que lo encuadra como posible acto contrario a la libre competencia, recomendamos consultar: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alejandro, FALLA JARA. “El abogado del diablo: el abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”. En: *Ius et Veritas* 30. Año 15. 2005. pp. 40-51.

B. Actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno

Sobre los actos de competencia desleal, se han desarrollado diversas y diferentes categorizaciones, a efectos de permitir una clasificación que permita su estudio y determinación de mejor manera. Estas clasificaciones pueden ser útiles para el análisis fenomenológico de los actos de competencia desleal y, en la medida que estos son de naturaleza multidimensional, pueden superponerse, siempre dependiendo del énfasis que se desee realizar sobre uno de los ejes de gravedad que permita la configuración de determinado actos.

En este sentido, por ejemplo, dos de los actos clasificados en nuestro Cuadro 1 como actos capaces de inducir a error sobre los elementos de la oferta propia –actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena– también podrían ser clasificados como actos que significan un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Lo anterior se sustenta en que, por ejemplo, el uso indebido de una marca ajena es capaz de configurar –a la vez como concurso ideal de infracciones– actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena. Ello, porque el uso indebido de una marca ajena no solamente induce a error al consumidor o al cliente, sino que además –si el consumidor valora el origen empresarial y la reputación que la marca indica y atesora, respectivamente– configura un aprovechamiento no autorizado y, en consecuencia, indebido del esfuerzo e inversión realizada por el concurrente a quien corresponde la marca, cuya identidad comercial y actividad empresarial es aludida por ésta.

Así, en consecuencia, los actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena, enunciados por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, revelan una doble condición que permite clasificarlos como actos capaces de inducir a error sobre los elementos de la oferta propia y, a la vez, como actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Con esta ilustración, y dejando a salvo entonces que las clasificaciones pueden siempre superponerse en este punto, a

través de dos casos presentaremos la configuración de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno, no enunciados por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

El primero es, en realidad, un caso múltiple, pues se originó de manera casi idéntica con ocasión de la realización de diferentes campeonatos mundiales de fútbol: Francia 1998, Corea-Japón 2002 y Alemania 2006. Sucedió que un grupo empresarial que concurría en el sector editorial colocaba, como oferta en el mercado, un álbum que permitía a los consumidores adquirir cromos con las imágenes de los jugadores de fútbol y de las selecciones nacionales participantes en cada uno de estos campeonatos mundiales. Esta oferta promovía que los consumidores coleccionaran dichos cromos con semanas de anticipación a la realización de tales campeonatos. En cada caso, las empresas que comercializaban álbumes alusivos a los campeonatos mundiales de fútbol bajo los derechos que otorgaba contractualmente la Federación Internacional de Fútbol Asociado (en adelante, “FIFA”), denunciaron a las diferentes empresas que conformaban el referido grupo empresarial editorial por no contar con licencia alguna para realizar la comercialización de álbumes y cromos.

La defensa que se presentó ante estas denuncias consideró como argumentos, entre otros, que: i) no se violaba derecho de propiedad industrial alguno debido a que los álbumes denunciados no presentaban escudos, emblemas o símbolos de titularidad de la FIFA o de alguna de las asociaciones de fútbol que representaban a las selecciones participantes, ii) los derechos de autor y las licencias sobre cada una de las fotografías utilizadas en dichos álbumes habían sido adquiridos debidamente; iii) la comercialización del álbum y de los cromos poseía un contenido informativo sobre un evento de interés público como es un campeonato mundial de fútbol, en el que participan personas notorias; y, iv) los álbumes y los cromos denunciados se enmarcaban dentro de los supuestos de excepción³⁴ en el uso de la imagen de una persona³⁵.

³⁴ Al respecto, el Código Civil establece:

“Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

³⁵ Resolución 076-2003/CCD-INDECOP emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Compañía Impresora Peruana S.A. contra Corporación Gráfica Navarrete S.A., bajo Expediente 042-2002/CCD. Esta resolución fue

Al respecto, la autoridad administrativa consideró que la oferta de álbumes y cromos denunciados “involucra una serie de costos que deben asumir, en forma usual y de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley, todas las empresas que distribuyen lícitamente los mismos. Entre tales costos se encuentran el de contactar y negociar con los seleccionados de fútbol y/o los jugadores de fútbol para obtener las licencias de uso de imagen correspondientes y la inversión en la licencia”. Asimismo, “(l)a concesión de las licencias de uso para la utilización de las imágenes de los jugadores de los seleccionados de los equipos de fútbol en cromos, autoadhesivos, hologramas, álbumes y afiches genera para el licenciario la obligación de abonar derechos en favor del titular de las mismas. (...) distribuir tales bienes sin pagar los derechos correspondientes a los titulares, genera perjuicios para el competidor que sí los distribuye asumiendo el costo de abonar los referidos derechos. (...) afectando directamente al licenciario legítimo de dichos bienes”³⁶.

En las citas precedentes podemos apreciar cómo se configura la determinación del uso indebido del derecho a la imagen ajeno. Es decir, del derecho que correspondía a los jugadores de fútbol de los seleccionados participantes, quienes, también como concurrentes en el mercado, gozaban de una titularidad sobre su imagen para explotarla comercialmente, allí donde el uso de su imagen superaba los fines informativos. Así, en este conjunto de casos, tanto la Comisión cuanto la Sala consideraron que, aún cuando no se violaba el derecho de propiedad industrial y pese a que las empresas denunciadas contaban con los derechos de autor y las licencias sobre cada una de las fotografías utilizadas en dichos álbumes, la explotación comercial de las imágenes de los jugadores de fútbol y de las selecciones participantes en un campeonato mundial excedía los fines informativos por ser una publicación especial para colección que se expendía con significativa anterioridad al evento de deportivo. Esta circunstancia exigía el reconocimiento patrimonial de los derechos a la imagen, siendo un

aprovechamiento indebido de estos derechos ofrecer álbumes y cromos sin las referidas licencias.

En consecuencia, tanto la Comisión cuanto la Sala, en los diversos casos presentados con ocasión de la realización de diferentes campeonatos mundiales de fútbol: Francia 1998, Corea-Japón 2002 y Alemania 2006, determinaron la existencia de un acto de competencia desleal, bajo el alcance de lo establecido en la cláusula general, por la comercialización de álbumes y cromos “con las imágenes de los jugadores de fútbol de las selecciones que participaron en el Mundial (...) sin contar con la correspondiente autorización de los titulares y sin pagar los derechos respectivos”³⁷.

Otros de los casos de significativa importancia en el desarrollo de la configuración de los actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno se produjeron con ocasión de diversos enfrentamientos legales entre dos empresas que, en el mercado, difundían publicaciones consistentes en informativos legales. En uno de estos casos, una de las empresas había realizado publicaciones que contenían copias textuales parciales de publicaciones que correspondían a la otra empresa. Se pudo determinar en este caso que, si bien las publicaciones originales constituían obras protegidas bajo los derechos de autor, éstas contenían algunos elementos que no podían ser protegidos tales como datos, sumillas, normas legales y resoluciones administrativas –fuera por carencia de originalidad o por exclusión del Decreto Legislativo 822 (en adelante, Ley sobre el Derecho de Autor)–.

La empresa denunciada, en este caso, se defendió señalando que no había elaborado el contenido de las publicaciones que contenían las publicaciones cuestionadas, sino que había encargado a un tercero su elaboración por contrato, estipulando que éste se hacía responsable por la originalidad de las mismas. Sin embargo, coincidiendo con la primera instancia, la Sala consideró que esta empresa había cometido una infracción por actos de

consentida por la empresa infractora. Asimismo, cabe señalar que esta resolución contribuyó a zanjar, de modo absoluto, la confusión que se produjo sobre la existencia de un tipo sancionador denominado como “actos análogos” que no era otra cosa que una lectura paralela de lo estipulado por la cláusula general. Para conocer en detalle los términos de esta confusión acudir a confrontar el texto íntegro de la resolución citada.

³⁶ Citas textuales de la Resolución 076-2003/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Compañía Impresora Peruana S.A. contra Corporación Gráfica Navarrete S.A., bajo Expediente 042-2002/CCD.

³⁷ Resolución 076-2003/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Compañía Impresora Peruana S.A. contra Corporación Gráfica Navarrete S.A., bajo Expediente 042-2002/CCD.

competencia desleal en la modalidad de actos de copia o reproducción no autorizada por la indebida utilización de obras ajenas, con prescindencia de la responsabilidad contractual que hubiera pactado con un tercero. De otro lado, sobre aquellas copias o plagios textuales de elementos que no podían ser protegidos por la Ley sobre el Derecho de Autor, la Sala precisó, coincidiendo con la Comisión, que “no se sancionan las infracciones a la legislación en materia de derechos de autor, (...) sino la conducta (...) consistente en conducir el proceso productivo de encargar, reproducir, distribuir y comercializar la obra (...) que ha sido creada valiéndose del esfuerzo y la inversión desarrollados por otro agente del mercado”. Asimismo, observó que esta conducta “vulnera las normas de represión de la competencia desleal, que velan por la concurrencia (...) ajustada al ordenamiento jurídico, al aprovecharse indebidamente del esfuerzo desarrollado por su competidor”³⁸.

De este caso podemos inferir que la copia o reproducción de bienes protegidos por la propiedad intelectual, tales como marcas, invenciones patentadas u obras ajenas, entre otros, es una modalidad de acto de competencia desleal que se enmarca dentro del género de actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo y del derecho ajeno. De otro lado, cuando una copia, plagio o reproducción indebida no se produce sobre un bien protegido por un derecho de propiedad intelectual –al no existir derecho de exclusiva– queda únicamente la aplicación de la figura del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno de quien estructura una publicación o un conjunto informativo, asumiendo los costos que ello implica.

De los pronunciamientos comentados, podemos identificar a los actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo o del derecho ajeno; son aquéllos que consisten en la explotación comercial del esfuerzo ajeno, de modo contrario a la

eficiencia competitiva; y, de los derechos o titularidades que corresponden a otro agente económico, sin asumir los correspondientes costos. En este caso, queda pendiente a la jurisprudencia continuar identificando qué otros esfuerzos o derechos podrían ser indebidamente aprovechados, de modo tal que se configure un acto de competencia desleal.

C. Actos de boicot

Como antecedente histórico, cabe señalar que en Irlanda, sobre finales del siglo XIX, Charles Cunningham Boycott se hizo sujeto del odio y la indignación de su propia región y de regiones aledañas como consecuencia de los maltratos y crueldad de trato que desarrollaba sobre un sector de la población de su comarca. Por esta razón, fue incluido en lo que se denominaba una “lista negra”. Como consecuencia de ello, ningún ciudadano irlandés se relacionaba comercialmente con él, surgiendo así la denominación de actos de boicot para aludir al método de presión sobre un sujeto o agente³⁹. Actualmente, el entendimiento general aprecia que boicoteo es el acto consistente en impedir o entorpecer la realización de un acto o de un proceso, como medio de presión para lograr un objetivo propio⁴⁰.

Así, por ejemplo, cuando una delegación deportiva de significativa importancia decide no acudir a una olimpiada o a un certamen deportivo internacional se alude a la existencia de un boicot. Ello, en la medida de que, por algún objetivo político o de otra índole, dicha ausencia persigue disminuir la percepción de legitimidad de una justa deportiva para proclamar campeones mundiales. Esta conducta puede ser un medio de presión para lograr mejorar una posición pública o lograr objetivos en otros escenarios internacionales.

En la materia que nos ocupa, si el acto de boicot se dirige a entorpecer un acto concurrencial ajeno o el proceso competitivo, éste podrá ser enjuiciado

³⁸ Resolución 2043–2006/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., bajo Expediente 116-2004/CCD. La Sala en otro caso similar, entre las mismas partes, formuló el siguiente símil “La infracción en el presente caso no es la mera semejanza entre las publicaciones “Actualidad Tributaria” del Instituto El Pacífico y “Síntesis Tributaria” de Caballero Bustamante sino la conducta (...) consistente en copiar –plagiar– el resultado del esfuerzo desarrollado por otro agente del mercado. Esta situación es semejante a la que se presenta durante un examen de aritmética: el resultado no solamente deberá ser semejante sino idéntico. Esto no es condenable si cada examinado desarrolla el examen por sí solo y arriba al resultado sobre la base de sus propios conocimientos y esfuerzo. Por el contrario, si durante el examen uno de los examinados se dedica a copiar el examen de otro de sus compañeros y es sorprendido realizando esa conducta, será condenado, no por la igualdad en sus respuestas, sino por la falta de ética que representa aprovecharse del esfuerzo y conocimientos de otros estudiantes”. Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., bajo Expediente 032-2002/CCD.

³⁹ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 506.

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Voz “boicoteo”.

bajo las disciplinas que se encargan de velar por el eficaz y adecuado funcionamiento de dicho proceso. Sobre la naturaleza y el alcance de los actos de boicot comercial se ha opinado muchísimo. Un sector de la doctrina considera que los actos de boicot pueden ser sancionables únicamente bajo la disciplina de la defensa de la libre competencia, mientras que otro sector considera que, dependiendo de la configuración de determinada conducta, ésta podría encontrarse bajo el alcance de la potestad sancionadora que establece tanto la disciplina de la defensa de la libre competencia como la disciplina de la represión de la competencia desleal. Naturalmente, las diferentes consideraciones no coinciden en las definición de lo que constituyen actos de boicot, por lo que se debe reconocer que a nivel doctrinario no hay unanimidad en su definición.

La Comisión, en un pronunciamiento de vanguardia en la región, caracterizó los actos de boicot, bajo lo dispuesto por la cláusula general, señalando que "(l)a acción tendiente a realizar un boicot como acto de competencia desleal es toda conducta de un concurrente en el mercado que tenga por efecto impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, y ejercitada como medio de presión para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, por medios distintos a la eficiencia competitiva". Preciso que actos de boicot podrían constituir, entre otros, aquellos "que tengan las características de: i) estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar como efecto que éste no concurra en determinado mercado; ii) actuar sobre un cliente real o potencial y ser eficaces para generar como efecto que éste decida no establecer relaciones contractuales con un competidor; o, iii) actuar sobre un cliente propio y ser eficaces para generar como efecto dificultades para que éste extinga su vínculo contractual, con el fin de evitar que el cliente desarrolle relaciones contractuales con un competidor"⁴¹.

Esta caracterización de los actos de boicot fue establecida por la Comisión bajo precedente de observancia obligatoria en la decisión sobre un caso en el que dos entidades financieras competían en la colocación y mantenimiento de créditos en determinada ciudad. Una de las empresas mantenía desde hace tiempo atrás una relación crediticia con determinados clientes, la otra deseaba captar su preferencia ofreciéndoles condiciones comerciales distintas, mostradas como más favorables. Esta segunda empresa ofrecía a dichos clientes un nuevo crédito para que cancelaran sus montos adeudados con la primera empresa, mediante un cheque de gerencia emitido en favor de ésta. Sin embargo, se presentaron algunos problemas en el desarrollo del proceso competitivo pues la primera empresa se resistía a permitir la migración de sus clientes, rechazando los cheques de gerencia y obstruyendo dicha migración al no informar sobre los montos totales de las deudas pendientes e, incluso, dilatando la recepción de pagos en efectivo.

En este contexto, la Comisión consideró que el rechazo o devolución de los cheques de gerencia emitidos para cancelar las deudas eran actos de boicot al configurar un medio de presión dirigido por la primera empresa contra su competidora para dificultar o evitar que ésta concurriera en el mercado, actuando sobre el colectivo de sus clientes para que estos, ante las dificultades mostradas, no establecieran vínculos contractuales crediticios con la empresa competidora, y generando dificultades para que dichos clientes extinguieran su vínculo contractual crediticio a través del pago mediante cheque de gerencia o en efectivo, aumentando los costos de transacción que involucraba optar por la oferta sustituta de la empresa competidora⁴².

Este pronunciamiento configuró a los actos de boicot como una especie de obstaculización o entorpecimiento de la conducta comercial de otro concurrente que se presenta como oferente en el

⁴¹ Citas textuales tomadas de la Resolución 101-2006/CCD-INDECOPI emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD. Se debe señalar que esta caracterización se produjo por mayoría en la decisión de la Comisión pues existió un voto singular, compartido por dos comisionados, que en minoría consideró "(h)acemos nuestros los fundamentos de la resolución, salvo en el extremo que introduce la denominación de boicot para tipificar los actos de la denunciada (...) A nuestro entender, los mencionados actos contrarios a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades económicas, están comprendidos dentro de la cláusula general de la norma referida. Por tanto, (...) no resulta apropiada la referencia a la denominación de boicot, pues éste carece de enunciación legislativa expresa y de tratamiento doctrinario y jurisprudencial uniforme y firme en el ámbito de regulación de la leal competencia empresarial".

⁴² Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD.

mercado. En este sentido, conforme a lo definido por la Comisión, un acto de boicot es siempre un acto vinculado directamente sobre la cara externa de la concurrencia ajena. Es decir, sobre aquella superficie de la oferta ajena que pretende atraer clientes⁴³. Así, bajo esta definición, no serían actos de boicot aquéllos capaces de obstaculizar o entorpecer la actividad productiva o las relaciones contractuales de otro concurrente con sus proveedores o trabajadores, debido a que estos segmentos de su actividad no son escenario directo de su captación de clientes. La determinación de la deslealtad de estas otras conductas corresponde a otras figuras.

Bajo esta consideración, un acto de obstaculización o entorpecimiento que no sería un acto de boicot consistiría, por ejemplo, en desinflar las llantas de las camionetas de reparto de la competencia, pues se dificulta su proceso de distribución sobre transacciones ya realizadas, más no de oferta directa sobre sus clientes⁴⁴.

Retomando el caso bajo comentario, en segunda instancia administrativa, la Sala, si bien consideró al igual que la Comisión que existían actos de competencia desleal bajo lo dispuesto en la cláusula general, dejó sin efecto el precedente de observancia obligatoria que definió los actos de boicot, al considerar, entre otros, sobre su configuración que "(c)on base en esta definición, todo acto de competencia desleal que de manera general se dirija contra un competidor compartiría la definición presentada como un acto de boicot. (...) se deduce que en general, que los medios de obstaculización de las actividades comerciales de un agente económico que se produzcan por métodos contrarios a una competencia eficiente, pueden ser considerados como actos de competencia desleal"⁴⁵. Estas consideraciones, a juicio de la Sala, no permitían determinar una

configuración especial de actos de boicot bajo el alcance de la cláusula general.

Podemos notar un claro contraste entre ambos pronunciamientos, pues para la Comisión la configuración de los actos de boicot posee su centro de gravedad en la presión que se ejerce para impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, lo que se produce sobre la cara externa de la concurrencia ajena; mientras que, para la Sala, la configuración declarada por la Comisión tenía su centro de gravedad en que los actos de boicot se habían definido como actos concurrenciales por "medios distintos a la eficiencia competitiva", de modo tal que compartían la naturaleza de cualquier acto de competencia desleal enunciado o no enunciado.

Cierto es que un acto de competencia desleal, como definimos al inicio de esta entrega, es todo aquél que no sea consistente con el principio de "competencia eficiente" –*Leistungswettbewerb*–, en lo que la Sala acierta. Sin embargo, cierto es también que no todos los actos de competencia desleal se configuran como medios de presión, pues allí están, por ejemplo, los actos de engaño o de copia o reproducción autorizada que se configuran por una inducción a error al cliente y por el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, respectivamente. Queda claro que la Comisión pretendió configurar a los actos de boicot como aquéllos de presión sobre la cara externa de la concurrencia ajena, sobre aquella superficie de la oferta ajena que pretende atraer clientes, tal como señalamos.

En todo caso, este esfuerzo de definir los actos de boicot realizado por la primera instancia administrativa –que no tuvo acogida en segunda instancia–, si bien no ha permitido dejar

⁴³ La Comisión, en el pronunciamiento bajo comentario, apreció que un sector de la doctrina pretendía encuadrar los actos de boicot únicamente bajo la disciplina de la defensa de la libre competencia. Sin embargo, consideró lo apreciado por Alberto Emparanza Sobejano en cuanto "(e)l fundamento de la deslealtad del boicot reside en que se trata de un comportamiento contrario a la competencia eficiente, pues busca la consecución de una mejora en su posición induciendo a otros sujetos a que cancelen las relaciones comerciales con sus competidores, en lugar de potenciar sus propias prestaciones, como correspondería en consonancia con el principio de competencia eficiente. Se produce, en definitiva, un comportamiento obstructivo o impeditivo (*Behinderung*) de la libre competencia, que justifica sobradamente que la disciplina de la competencia lo considere desleal. (...) Como además no hay ningún precepto que contemple expresamente este supuesto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el único medio de declarar su deslealtad es la cláusula general". EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. "El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia". Madrid: Civitas. 2000. pp. 185 y 186. Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD.

⁴⁴ Se debe considerar, por ejemplo, la estrategia desarrollada por un concurrente para pinchar las llantas de la camioneta del gerente general de una empresa competidora los domingos en la playa ni siquiera configuraría como acto de competencia desleal, pues no se afecta la actuación del competidor en el proceso competitivo.

⁴⁵ Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD.

configurados como actos enunciados por la jurisprudencia a los actos de boicot, ha animado el debate doctrinario en torno a su configuración y, en todo caso, ha permitido establecer las bases para una futura apreciación de actos de índole similar a los que motivaron el caso de competencia desleal entre las entidades financieras antes referidas. Este caso también fue muy positivo pues fue escenario para que la Sala fortaleciera la apreciación de valor sobre la cláusula general en su función rectora de la competencia, al considerar que “(m)ás allá de la nomenclatura que se emplee, lo que importa en el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal es reprimir aquellas prácticas que tienen por finalidad obstruir o dificultar la actividad comercial de un competidor, por mecanismos distintos a la generación de eficiencias competitivas”.

Asimismo, la Sala sugiere una subsidiariedad de la disciplina de la represión de la competencia respecto de la disciplina de la defensa de la libre competencia, añadiendo que “sin perjuicio de la calificación específica de los actos de boicot usada en materia del derecho de la libre competencia, un acto de competencia desleal que cumpla las características antes descritas siempre podrá ser sancionado como tal, sin requerir que se haya realizado mediante el ejercicio abusivo de una posición dominante o a través de un acuerdo colusorio”⁴⁶.

De los pronunciamientos comentados, podemos apreciar que la configuración de los actos de boicot, en sede nacional, no ha logrado consolidación. Sin embargo, el análisis de esfuerzo deliberativo, en primera y segunda instancia administrativa, revela que se ha producido una contribución al debate intelectual y académico que ha tenido como resultado un fortalecimiento de las consideraciones sobre la cláusula general que, como tipo sancionador, cumple con el principio de tipicidad exhaustiva por sí misma.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES PENDIENTES

Resulta evidente de lo expuesto que el entendimiento y la aplicación de la cláusula general cobra singular importancia en mercados

en los que la competencia se intensifica y en los que aparecen nuevos ímpetus competitivos que deben siempre ajustarse a las reglas de competencia por eficiencia para mantenerse en los cauces de licitud, bajo la observancia de la buena fe comercial objetiva.

Dada la naturaleza de la cláusula general que presenta la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la identificación de conductas no enunciadas que puedan progresivamente ser configuradas por la jurisprudencia administrativa contribuirá a: i) elevar los niveles de certeza que puedan lograr los agentes del mercado sobre el conocimiento de las conductas que son desleales en la concurrencia; ii) mejorar la claridad de la imputación que se realice, en un caso concreto, al referirse a una conducta identificada como acto de competencia desleal por la jurisprudencia; y, iii) permitir que los agentes denunciados desplieguen con mayor cobertura su derecho de defensa ante una imputación que les generaría una posible sanción.

Asimismo, en la medida en que el operador jurídico cuente con mejor calidad de información sobre la experiencia de aplicación administrativa, poseerá mayores elementos para abrir nuevos debates y profundizar los existentes sobre los actos de competencia desleal no enunciados por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal vigente. Queda en manos de los operadores jurídicos contribuir al debate sobre la existencia de otros actos de competencia desleal no enunciados que serían sancionables conforme a la cláusula general. A propósito de esto, en la experiencia española, que inspira la expresión legislativa nacional de la disciplina de la represión de la competencia desleal, se analiza y debate constantemente la naturaleza de actos de competencia desleal que podrían tener ciertos supuestos de captación de clientela o el aprovechamiento parasitario de un tercero sobre las inversiones realizadas para la consolidación o lanzamiento de un producto⁴⁷. Estos debates se encuentran, en nuestra realidad, pendientes de reflexión respecto de algunos sectores de vertiginosa dinámica competitiva.

En línea de conclusiones, debe tenerse presente que la prohibición y sanción de actos de

⁴⁶ Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento tramitado por denuncia de Banco del Trabajo S.A. contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A., bajo Expediente 151-2004/CCD.

⁴⁷ MASSAGUER, José. “La Cláusula de Prohibición de la Competencia Desleal”. En: “Competencia desleal y defensa de la competencia”. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2002. p. 116.

competencia desleal no exige que se acredite un daño efectivo y tampoco que el agente que los comete haya tenido conciencia o voluntad de su realización o de su naturaleza ilícita. En este sentido, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal y sancionarlo, únicamente basta verificar que el perjuicio sea potencial, es decir que, además de posible, sea moderadamente probable sobre cualquier otro agente económico, oferente o demandante, o sobre el sistema competitivo. En consecuencia, la cláusula general instauro un ilícito de peligro que no requiere de la verificación de una condición lesiva constatada en la realidad.

Queda también como reflexión pendiente debatir sobre la necesidad o no de ir consolidando legislativamente los actos de competencia no enunciados en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, sobre los que la jurisprudencia administrativa ha logrado consenso y consideración estable. También queda pendiente deliberar sobre si la flexibilidad que permite la cláusula general para tipificar la

existencia de actos de competencia desleal, exige un mayor esfuerzo de claridad por parte de la autoridad administrativa allí cuando la imputación sea simple, es decir cuando se desarrolle sobre la base de la cláusula general únicamente, en el objetivo de permitir una mayor cobertura al ejercicio del derecho de defensa de la empresa denunciada en un caso concreto. Aunque nuestra respuesta de experiencia es afirmativa, hay quienes podrían considerar lo contrario considerando que la cláusula general cumple, por sí misma, con el principio de tipicidad exhaustiva.

Se mantienen estos y otros temas de reflexión como objeto de futuras entregas, estando seguros de que la contribución de la jurisprudencia administrativa en el desarrollo y delimitación de los actos prohibidos y sancionados por la cláusula general es una labor progresiva, cuyo impulso se presenta en el análisis caso por caso, lo que exige que el tiempo haga su labor casuística y que los operadores jurídicos participen activamente en esta tarea.