

GUSTAVO M. RODRÍGUEZ GARCÍA¹

Resumen

El presente artículo explora el ámbito de aplicación (objetivo, subjetivo y territorial) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal atendiendo a los fundamentos legales y económicos de la disciplina de la competencia desleal y el desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia. Asimismo, se aborda la discusión respecto de los alcances de la cláusula general prohibitiva en la legislación peruana. El artículo pretende ser una guía respecto del análisis de los presupuestos de procedencia de las acciones de competencia desleal atendiendo a su ámbito de aplicación y las funciones que el sistema pretende desarrollar.

Palabras clave: Competencia desleal, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

I. INTRODUCCIÓN

Hacia mediados del 2013, el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), cumplió cinco años desde su entrada en vigencia.² Dicha normativa fue especialmente importante en su momento dado que, entre otras cosas, permitió la unificación de la regulación referida a la publicidad comercial y a los actos de competencia desleal en contextos no publicitarios que, hasta antes de la entrada en vigencia de la LRCD, eran cuestiones abordadas en cuerpos normativos separados.

Luego de más de cinco años, la jurisprudencia nacional ha venido delineando los alcances de la LRCD en diversos aspectos que revierten especial importancia. Algunos de estos aspectos guardan relación con el ámbito de aplicación de la normativa. Consideramos que es pertinente poner de manifiesto estos alcances jurisprudenciales y, con ello, revisar los fundamentos de la normativa de represión de la competencia desleal con la finalidad

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Argentina. Summer Scholar (2014) del Coase-Sandor Institute de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Profesor en la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. A la fecha, es responsable de la práctica de propiedad intelectual y competencia en Benites, Forno & Ugaz Abogados. Comentarios: gmrodriguez@bfu.pe

² Entró en vigencia el 26 de julio de 2008.

de clarificar la finalidad y la aplicación de la LRCD a la luz de diversas consideraciones legales y económicas.

El presente artículo tiene tres secciones. En la primera hacemos una exposición respecto de los fundamentos legales y económicos del sistema de represión de la competencia desleal. En la segunda sección, abordamos la cuestión del ámbito de aplicación de la LRCD a la luz de la reciente jurisprudencia emitida por Indecopi sobre la materia. En la tercera sección, analizamos los alcances de la cláusula general en la actual LRCD.

II. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y LEGALES DE LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La disciplina de la represión de la competencia desleal apareció en el siglo XIX como consecuencia del surgimiento de la libertad de comercio (y de competencia) luego de la Revolución Francesa. Sin embargo, mucho ha variado desde el surgimiento de esta disciplina que, con un alcance ya abandonado, se orientaba a proteger el interés de los competidores frente a ataques desleales de otros concurrentes en el mercado.

El abandono del foco de atención del competidor hacia el proceso competitivo en sí mismo alude a una cuestión que dista de ser menor. Hasta hoy, muchas acciones planteadas ante la agencia de competencia parecen sustentarse en la idea de que la disciplina de la represión de la competencia desleal tiene como unívoca finalidad la tutela al agente de mercado competidor.

Una lectura apresurada podría hacernos creer que la mención “competencia” en el nombre de la LRCD alude precisamente al competidor. No obstante, lo cierto es que la mención “competencia desleal” se refiere al proceso competitivo y no al competidor. En otros términos, la LRCD tiene como finalidad asegurar que el proceso competitivo se desenvuelva en un contexto en el que si bien siempre mediará el oportunismo, este deberá sustentarse en la eficiencia o esfuerzo propios.

La LRCD establece con innegable claridad en su artículo I que“(l)a presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”. Así, resulta evidente que el bien jurídico protegido por la LRCD es el proceso competitivo en sí mismo y no el competidor. El cambio de foco del competidor al proceso competitivo encuentra sustento económico en la elemental constatación de que determinadas conductas, aunque puedan resultar nocivas para un competidor, benefician en el agregado al proceso competitivo en su conjunto pues activan la lucha concurrencial, generan incentivos para la revelación de información por parte de los competidores y, con ello, benefician indirectamente a los consumidores.

Un ejemplo de lo expuesto es la publicidad comparativa. Esta modalidad publicitaria podría ser estimada como indeseable por los competidores que se encuentran aludidos por la publicidad del competidor, pero merece un juicio favorable por los efectos que genera en el agregado. De esta forma, la disciplina de la represión de la competencia desleal dejó ser una disciplina focalizada en el interés de los gremios empresariales³ y pasó a centrarse en la institucionalidad del proceso competitivo.

Este cambio de enfoque implica que la LRCD no puede ser entendida como un cuerpo normativo orientado a proteger a un agente de mercado frente a la competencia sino que se protege la competencia misma como dinámica espontánea. Esta precisión es importante porque sobre esta base debe interpretarse el concepto de “acto de competencia desleal”. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LRCD, un acto de competencia desleal “(...) es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”.

El concepto de “buena fe empresarial” puede ser analizado en dos aspectos. De un lado, sobre el aspecto “empresarial”, podría entenderse que se trata de un rezago de la concepción corporativista de la disciplina de la represión de la competencia desleal. No obstante ello, y en armonía con el ámbito de aplicación de la LRCD, debe entenderse que la referencia a lo empresarial se sustenta no en que las normas de competencia desleal hayan sido pensadas en el empresario como categoría de sujeto, sino en la conducta como empresario de cualquier agente, sea una persona natural o jurídica.

De otro lado, en lo que se refiere a la “buena fe”, debe señalarse que dicho concepto alude a la necesidad de proscribir el oportunismo en la dinámica concurrencial. Eso no significa que el agente de mercado se vea impedido de buscar su propio provecho, sino que ese provecho debe buscarse sobre la base del propio esfuerzo. Mackaay, refiriéndose al contenido económico de la buena fe, afirma que se trata del opuesto al oportunismo.⁴ Esta referencia al oportunismo, sostenemos, debe ser entendida como alusiva a una forma de competir sustentada en un factor distinto a la eficiencia propia.

La función económica de la exigencia de buena fe en el ámbito concurrencial es la de evitar la generación de desperdicio de recursos valiosos. Una vez más, nótese que lo que importa no es el competidor afectado sino el proceso competitivo en su conjunto. Si cualquier agente pudiera actuar de forma oportunista valiéndose del esfuerzo ajeno, se generaría bien un incentivo del afectado para autoprotgerse del aprovechamiento (inversión en defensa) o bien un incentivo para dejar de producir aquello que pudiera

³ Menéndez (1988).

⁴ Mackaay (2011).

ser aprovechado (reducción de la innovación). Ambas prácticas importan desperdicio y precisamente se pretende evitar este desperdicio.

Piense el lector en un caso de hurto: el ladrón toma 100 soles del bolsillo de la víctima. En estricto, se ha producido una transferencia de recursos de una mano a otra. El ladrón no tenía esos 100 soles y ahora los tiene, y la víctima los tenía y ahora no los tiene. El reproche legal al hurto no se sustenta en la mera transferencia de riqueza en afectación de la víctima (de la misma forma que la represión de la competencia desleal no se sustenta en el mero daño sufrido por el competidor agraviado), sino en los incentivos que generaría la ausencia de reproche.⁵ Si el hurto no fuera penado, un grupo de individuos tendría incentivos para invertir en el despojo y otro grupo tendría incentivos para invertir en defenderse de posibles despojos. El sistema legal, por tanto, reacciona ante el desperdicio.

El foco en el proceso competitivo y no en el competidor ha sido comprendido por la jurisprudencia reciente del Indecopi. Así, por ejemplo, se ha señalado que “(e)l elemento central que distingue a un acto con finalidad concurrencial es que es idóneo para modificar la conducta de los consumidores y desviar la preferencia de estos, es decir, apto para atraer la preferencia de los usuarios”.⁶ En esta línea de pensamiento, piénsese en una conducta que puede parecer denigratoria a los ojos de un competidor. De esta forma, una persona remite una comunicación al Indecopi afirmando que una determinada empresa ha realizado ciertas acciones ilegales que nunca se produjeron. Dicha comunicación afecta a la empresa en cuestión pero no podría ser considerada como evidencia de una conducta desleal dado que no importa una exteriorización al mercado.⁷ Nuevamente, que una conducta denigre a un agente de mercado no significa que exista un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración. Eso es así porque la LRCD se enfoca en el proceso competitivo y no en la tutela de los intereses privados de un determinado concurrente.

La distinción trazada es elocuentemente desarrollada por el profesor Bercovitz al sostener que “(p)or supuesto, hay que recordar que la competencia sirve para perjudicar a los competidores. En eso consiste el sistema competitivo, en que los empresarios se esfuerzan por captar la mayor cuota posible de clientela, esto es, conseguir atraer nuevos clientes que dejarán de serlo de los competidores. Pero evidentemente cuando la actuación competitiva se desarrolla por medios correctos no hay ilicitud alguna que deba reprocharse al empresario que compite. No hay, por lo tanto, protección frente a la competencia en general, sino que lo que existe es protección frente a la competencia desleal”.⁸

⁵ Posner (1985).

⁶ Resolución 773-2012/SCI-INDECOPI

⁷ Nuestro ejemplo parece encontrar respaldo en la Resolución 1533-2012/SCI-INDECOPI

⁸ Bercovitz (2011).

Indecopi, en su jurisprudencia, ha sostenido, de forma compatible con las consideraciones previamente expuestas, que “la aplicación del Decreto Legislativo 1044 exige que la conducta cuestionada viole un deber general de conducta que perjudique un interés general más allá del propio empresario presuntamente afectado, ya que es un remedio legal de protección del orden público económico antes que una herramienta resarcitoria o de solución de conflictos intersubjetivos”.⁹

Es a partir de estas consideraciones que debe entenderse la línea divisoria entre el daño concurrencial lícito (la detracción de clientela que se produce como consecuencia de la actividad concurrencial sustentada en la eficiencia y esfuerzo propios y que, sin duda, representa un daño para el competidor) y el daño concurrencial indebido (ilícito no por el hecho de que se trate de la acción de un competidor sino por la forma en la cual ese competidor ha producido el daño).

La referencia a la eficiencia y esfuerzo propios es de extrema relevancia porque permite determinar la esencia de lo que supone un acto de competencia desleal. En efecto, es la competencia por la propia eficiencia (la sustentada en el esfuerzo propio) la que constituye la forma de competir ajustada a derecho. Los daños que ciertamente se producen en el competidor como consecuencia de las conductas o actos de otros agentes de mercado sustentados en su propio esfuerzo representan daños concurrenciales lícitos.

García Menéndez lo expresa afirmando 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”.¹⁰ La buena fe que debe ser objetivamente observada responde entonces, como bien observa Stucchi, a que “(n)o es la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta propia, sino que resulta ser un estándar de competencia por eficiencia que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta propia con la buena fe empresarial que se espera objetivamente de un agente económico”¹¹ (el subrayado es nuestro).

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRCD

En lo referido al ámbito de aplicación de la LRCD, debe considerarse la aplicación objetiva, subjetiva y territorial de esta normativa. En algunos de estos ámbitos, la jurisprudencia del Indecopi ha brindado importantes alcances que resultan útiles para determinar la procedencia de las denuncias que se planteen por presuntas contravenciones a la LRCD.

⁹ Resolución 1728-2011/SCI-INDECOPI.

¹⁰ García Menéndez (2004).

¹¹ Stucchi (2009).

• Respetto del ámbito de aplicación objetivo de la LRCD

El artículo 2 de la LRCD establece que dicha norma “se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos”. La mención al efecto o finalidad de “concurrir en el mercado” es de trascendental importancia dado que informa de una condición de procedencia de las denuncias planteadas ante el Indecopi por las presuntas vulneraciones a la LRCD: únicamente serán analizadas las controversias en las que existe una pretensión, directa o indirecta, de mejora en la situación competitiva del sujeto que realiza la conducta denunciada.

Indecopi lo ha precisado con acierto en los siguientes términos:“(u)n comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que lo realiza. Ello se produce ya sea incentivando directamente la contratación de sus propios bienes o servicios (efecto concurrencial directo) o promoviendo la posición de un tercero, en tanto la mejora de dicha posición le representa indirectamente un beneficio, al mantener con ese tercero una relación o vínculo de cualquier índole que le pueda generar una ventaja económica (efecto concurrencial indirecto)”.¹²

La ventaja en términos de mejora de la posición económica no tiene que haberse producido necesariamente. En otros términos, basta con que la ventaja sea potencial para que permita que la conducta desplegada se encuadre dentro del ámbito de aplicación objetivo de la LRCD. Ahora bien, esto de ningún modo puede ser interpretado como la exigencia de una relación de competencia entre los agentes de mercado en disputa. Los actos que se cuestionan deben tener naturaleza concurrencial y debe existir la potencialidad de conferir una ventaja competitiva a quien realiza la conducta sin perjuicio de que este sujeto sea competidor o no del afectado. Esa ventaja se refiere al beneficio económico derivado de la conducta por parte de quienes despliegan una conducta como concurrentes en el mercado.

Es necesario tener especial cuidado con la interpretación que se hace respecto del ámbito de aplicación objetivo. La Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha referido, por ejemplo, que “el elemento central que distingue a un acto con finalidad concurrencial es que sea idóneo para modificar la conducta de los consumidores y desviar la preferencia de estos, es decir, que sea apto para atraer la preferencia de los

¹² Resolución 773-2013/SDC-INDECOPI

usuarios a favor del sujeto que lo realiza”.¹³ La referencia a la idoneidad para modificar la conducta de los consumidores es correcta; sin embargo, la precisión que se hace a continuación es problemática. Así, la mención *apto para atraer la preferencia de los usuarios a favor del sujeto que lo realiza*, luego de mencionar la desviación de la preferencia de los consumidores respecto de la oferta del agente afectado, podría ser entendida como una exigencia de que, necesariamente, el perjuicio del afectado (desviación de su clientela) debe ser el beneficio de la parte imputada (es decir, lo que resulta a favor de quien realiza la conducta). A fin de evitar confusiones, reiteramos enfáticamente que la aplicación de la LRCD no requiere ni puede requerir la existencia de una relación de competencia.

• Respetto del ámbito de aplicación subjetivo de la LRCD

El artículo 3.1 de la LRCD establece que “...se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores” (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, los sujetos susceptibles de intervenir en calidad de imputados en el procedimiento administrativo sancionador por presuntas prácticas de competencia desleal necesariamente tienen que realizar actividades económicas en el mercado, ya sea como ofertantes o demandantes de bienes o servicios. La mención a los demandantes de productos o servicios es especialmente importante para dejar en claro, nuevamente, que cualquier agente económico (proveedor o consumidor) puede ser comprendido en un procedimiento de esta naturaleza en tanto sus acciones tengan un efecto o finalidad concurrencial.

Asimismo, la propia LRCD establece en su artículo 3.2 que “las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, por encargo de estas, les generan con sus actos responsabilidad sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil”.

Interpretando los alcances de esta disposición, Indecopi ha referido que “el artículo 3 mencionado establece en su primer numeral que los únicos agentes que pueden ser pasibles de responsabilidad administrativa son aquellos que directamente realizan actividad económica en el mercado, sea como ofertantes o demandantes de bienes o servicios. En ese contexto, como señala el mismo dispositivo en su siguiente numeral,

¹³ Resolución 773-2013/SDC-INDECOPI

cuando se constate que los hechos imputados involucran a una persona natural que ha actuado en nombre o bajo el encargo de una organización, en ese caso dicho comportamiento le generará responsabilidad administrativa al ente que representa, pues es este el que realiza la actividad económica y no la persona natural, quien no pretende posicionar sus propios productos y no puede tener responsabilidad individual al actuar solo como ejecutor de una conducta dispuesta por la organización”.¹⁴

Como puede apreciarse, la LRCD no permite sancionar a una persona natural cuando actúa en representación de una organización y no en su calidad de agente concurrente en el mercado (de forma independiente). La limitación de responsabilidad es económicamente eficiente porque permite preservar los incentivos para competir en cabeza de los administradores y gestores de una empresa. La regla opuesta —hacer extensiva la responsabilidad— podría reducir el nivel de agresividad en el proceso competitivo que, más allá de los intereses de los competidores, como ya hemos señalado, beneficia al consumidor.

En ese orden de ideas, discrepamos de la tesis adoptada por la Sala en la Resolución 605-2014/SDC-INDECOPI en la cual, al amparo del principio de primacía de la realidad, se dispuso que la primera instancia incorpore como co-denunciado a una persona natural bajo el argumento de que “(...) existen ciertos supuestos en los que el actuar desleal de una empresa que sí concurre en el mercado se materializa a través de la actuación de un tercero que no concurre, pero que actúa en beneficio o interés de otro que sí”. Considerando que, en ese caso, ese tercero era el gerente general de la empresa imputada, resulta evidente que el criterio expresa una aplicación intrascendente del principio de primacía de la realidad dado que, si en efecto la conducta de la persona natural se hacía en interés de la empresa, sería la empresa la responsable y no la persona natural conforme a la regla establecida en la normativa.

• Respecto del ámbito de aplicación territorial de la LRCD

El artículo 4 de la LRCD señala que “es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero”. Dicha disposición no hace otra cosa que consagrar la teoría de los efectos en nuestra legislación nacional sobre represión de la competencia desleal. De esta forma, lo que determina la aplicación de la LRCD es la susceptibilidad de producir efectos en el Perú sin perjuicio de que la actividad que originó tal efecto real o potencial se haya desplegado en el extranjero.

La jurisprudencia del Indecopi ha expresado los alcances de esta cuestión señalando que “el citado artículo 4 recoge la denominada «Teoría de los Efectos» con la finalidad

¹⁴ Resolución 3542-2012/SDC-INDECOPI

de determinar el ámbito de aplicación de Ley ante la presunta comisión de actos de competencia desleal. Según esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas desleales que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos y en atención a la dinámica de las relaciones comerciales, no se circunscribe a un solo ámbito territorial”.¹⁵

La regla establecida es adecuada, dado que lo que resulta susceptible de sanción es precisamente la generación —real o potencial— de la desviación de las preferencias de los consumidores mediante una forma de competencia desleal. La dificultad que plantea esta regla es que, aunque la LRCD pueda tener un contenido adecuado y preciso, debe recordarse que bajo la aplicación del principio de legalidad allí regulado, constituirán violaciones a la LRCD la inobservancia de cualquier otra norma imperativa del ordenamiento jurídico aplicable a la actividad publicitaria.

En tal sentido, aunque la aplicación de la teoría de los efectos sea conveniente en lo referido a la LRCD, puede no serlo en cuanto al contenido de otras disposiciones cuya violación importa —por aplicación del principio de legalidad— una trasgresión de la propia LRCD. Así, imagínese que se aprueba una ley que limita la posibilidad de hacer publicidad respecto de un determinado producto (por ejemplo, cigarrillos). Ahora bien, un mensaje publicitario puede plasmarse en medios diversos, por ejemplo, a través de *product placement* en una serie de televisión. ¿La prohibición legal de hacer publicidad sobre cigarrillos significa que ninguna serie de televisión —producida, incluso, en el extranjero— podría contener un mensaje publicitario sobre cigarrillos vía *product placement* en tanto esa serie pueda ser visualizada en el mercado peruano?

Si la respuesta es afirmativa —y la aplicación general de la LRCD sugiere que es así—, la aplicación de la teoría de los efectos podría importar hacer extensible la legislación peruana en supuestos en los que podría seriamente limitarse derechos fundamentales como el de la libertad de expresión y constituirse, incluso, en una barrera de acceso al mercado peruano de dudosa compatibilidad, en algunos casos, con obligaciones internacionales referidas a la dinamización del comercio internacional de bienes y servicios (como la publicidad).

Por las razones expuestas e insistiendo en que la regla adoptada por la LRCD parece, en principio, correcta, impone en el legislador la obligación de hacer expresa su decisión de limitar la aplicación de la teoría de los efectos, cuando así sea conveniente, en las disposiciones normativas que tengan incidencia en la actividad publicitaria que puedan ser aprobadas y quedar, por tanto, comprendidas dentro de la esfera de actuación del Indecopi por aplicación del principio de legalidad contenido en la LRCD.

¹⁵ Resolución 190-2013/SDC-INDECOPI

IV. LA CLÁUSULA GENERAL DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

El artículo 6 de la LRCD establece la cláusula general de represión de la competencia desleal. En el primer párrafo del citado artículo, se estipula que “están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten”. La mención “cualquiera sea la forma y cualquiera sea el medio” es reveladora del propósito de la cláusula general: ser una disposición que, teniendo carácter sustantivo, permita preservar la aplicación de la normativa a supuestos que, siendo reprochables, no fueron regulados expresamente sea por consideraciones ponderadas en el proceso de redacción de la norma o porque las circunstancias siempre cambiantes del mercado no hicieron prever el surgimiento de la conducta o estrategia cuestionada al momento de la redacción de la norma.

En tal línea de pensamiento, Massaguer sostiene que estamos frente a una válvula de autorregulación del sistema ya que asegura su adaptación a las circunstancias cambiantes permitiendo especialmente el control de comportamientos extravagantes sin la necesidad de esperar una modificación legal.¹⁶ Esta naturaleza, no obstante, no afecta el ya mencionado carácter de norma sustantiva de la cláusula general. Estamos frente a una norma con una función reguladora propia que viabiliza la generación de reglas concretas mediante la jurisprudencia. Desde ese punto de vista, estamos frente a una norma de delegación.

El acto de competencia desleal queda definido entonces como “aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”. La mención a lo “objetivamente contrario” es vital para poner de manifiesto que no estamos frente a deslealtades determinadas por la intención (dolo) o la negligencia (culpa).

Ahora bien, la cláusula general tiene, por su propia misión orientada a permitir la represión de lo no regulado pero desleal, la característica esencial de ser una norma de aplicación residual. Eso quiere decir que solo cuando una conducta no responda al contenido expresamente regulado en la LRCD podrá hallar la posibilidad de reproche en la aplicación de la cláusula general.

Este dato, que debería ser obvio, merece un desarrollo adicional a la luz de la experiencia jurisprudencial peruana. En el 2004, la entonces Sala de Defensa de la Competencia resolvió que la cláusula general “es la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal. El Capítulo II del Título II de la Ley sobre

¹⁶ Massaguer (2002).

Represión de la Competencia Desleal, de otro lado, no contiene una relación de tipos sino únicamente un listado enunciativo de aquellas conductas desleales más comunes —sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas por el artículo 6 de la Ley—, con la finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados”.¹⁷

Así, la cláusula general pasó de ser una norma de aplicación residual a ser el único tipo represor de la competencia desleal, convirtiendo a las restantes disposiciones de la normativa hoy derogada en una suerte de ejercicio pedagógico. Semejante acontecimiento en la jurisprudencia peruana, a nuestro juicio, era gravísimo en términos de seguridad jurídica porque representaba la consagración jurisprudencial de una regla que atribuía discrecionalidad absoluta para determinar qué era desleal y qué no lo era. En sentido similar, se ha señalado que ese criterio “ha terminado por reducir a la nada los tipos específicos de la ley y los ha convertido en simples ejemplos de actos de competencia desleal que la autoridad puede o no considerar al evaluar si un determinado acto constituye o no un acto de competencia desleal”.¹⁸

Con posterioridad, bajo Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha señalado que “la cláusula general debe reservar su uso solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley. Contrariamente, esto es, ante la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con alguna de las conductas enunciadas en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la imputación solo es viable bajo esa modalidad específica, en aplicación del principio constitucional y legal de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que guía la actividad de la autoridad administrativa” (el subrayado es nuestro).

A nuestro juicio, se trata de un cambio de criterio —aunque negado por la propia Sala— que daría por superada la tesis que en su momento justificó la aprobación de un precedente de observancia obligatoria. No obstante ello, al pronunciarse sobre un pedido de aclaración respecto de la resolución citada, la Sala consideró que “la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI explica en términos generales y suficientemente lo que regula la cláusula general, efectuando una explicación clara que no se aparta del criterio establecido en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI”¹⁹ (el subrayado es nuestro).

¹⁷ Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI

¹⁸ Ezcurra y Chávez (2007).

¹⁹ Resolución 281-2013/SDC-INDECOPI del 18 de febrero de 2013.

Más allá del tenor de dicho pronunciamiento, lo cierto es que el criterio adoptado por la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI es distinto al expresado en el precedente aludido, donde se sostenía que la normativa contenía un tipo infractor único (la cláusula general) y ejemplos que servirían para ofrecer “una orientación meramente enunciativa”. ¿Cómo podría la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI hacer referencia a “figuras infractoras” y a que la imputación “solo sería viable” bajo una de esas figuras infractoras específicas y al mismo tiempo ser compatible con la tesis de que el único tipo infractor es la cláusula general y los demás supuestos meros ejemplos? O bien se trata de figuras específicas sobre las cuales se puede desarrollar una imputación de cargos, o bien de meros ejemplos con finalidad “meramente enunciativa” sobre los que, evidentemente, no podría sustentarse una imputación autónoma.

Sobre el particular y comentando la legislación española de competencia desleal, Sánchez-Calero refiere que lo que persigue la cláusula general es “prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que (...) no encuentren acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican”²⁰ (el subrayado es nuestro). Tratándose, en suma, de “tipos”, no resulta admisible sostener que el único tipo es la cláusula general y que las restantes disposiciones son ejemplos orientativos para los administrados.

Ahora bien, más allá de esta discrepancia, lo cierto es que al evaluar la aplicación de la cláusula general deberá recordarse que el sistema se orienta a reprimir aquellas conductas que son susceptibles de tener incidencia negativa en el tráfico económico, sin perjuicio de la afectación particular que pueda sufrir un concurrente específico. La imitación de una prestación de un competidor, por ejemplo, tendrá relevancia si es apta para distorsionar la información disponible en el mercado o es susceptible de producir confusión u otra consecuencia indeseada.

Naturalmente, se impone una lectura razonablemente amplia respecto de los alcances de la LRCD en lo referido a este punto y es por eso que se exige “aptitud” o “susceptibilidad” y nunca daño efectivo. La pregunta es, entonces, ¿el acto denunciado es susceptible de afectar el correcto desenvolvimiento del mercado, sea cual sea el sector específico de que se trate? Piense el lector en el aprovechamiento comercial de los atributos de la personalidad (que es un acto de competencia desleal susceptible de sanción en aplicación de la cláusula general y que no limita sus alcances a la imagen o voz del denunciante sino que extiende su protección a cualquier factor que haga identificable al sujeto afectado). Parece que al reprimirse estos actos se tutela un interés privado pero lo cierto es que el sistema de represión de la competencia desleal sanciona la distorsión que se produce, por ejemplo, cuando el público general podría creer que un determinado producto comercial (desde un álbum de figuritas coleccionables hasta

²⁰ Sánchez-Calero (2010).

una obra audiovisual) goza del respaldo o, al menos, de la participación directa del denunciante.

Nótese que aunque la afectación directa al denunciante genera el incentivo particular para denunciar, la autoridad focaliza su análisis en los efectos en el mercado. Es por esto que, como comentábamos previamente, se requiere la exteriorización del acto denunciado, así se trate de la simple amenaza de un acto futuro).

Finalmente, es importante señalar que la referencia a una afectación —real o potencial— en el mercado, no puede sostenerse en una visión demasiado restrictiva de la noción de “mercado”. Esta precisión se sustenta en que el enfoque económico en general no queda restringido a los mercados tradicionalmente entendidos.²¹ Así como existe un mercado de lapiceros, se puede afirmar que existe un mercado de ideas y otros bienes intangibles. En consecuencia, el análisis de procedencia de la autoridad, si bien importará determinar si existe al menos una amenaza potencial de deslealtad en el mercado, deberá ceñirse a la evaluación de los presupuestos subjetivos y objetivos (y territoriales, por cierto) de la acción antes que a un juicio respecto del sector o ámbito en el que produciría la afectación real o potencial que activa el pedido de tutela o el inicio de oficio de la acción.

En el marco de una controversia específica, la Sala sostuvo que “se debe precisar que de los términos de la denuncia (...) no resulta posible deducir cómo el presunto menoscabo a su imagen (...) podría devenir en una afectación al proceso competitivo en algún segmento de mercado que exista a la fecha y respecto del cual se pueda evaluar el interés concurrencial de la denunciada”²² (el subrayado es nuestro). Por el contrario, consideramos que la apreciación del posible mercado dañado merece un juicio amplio (favorable a la procedencia de la denuncia) dado que el acto concurrencial podría, precisamente, inhibir o afectar el surgimiento de un mercado en desarrollo, aunque incipiente.

Sánchez-Calero cita la jurisprudencia de las audiencias provinciales en España en las que, con respecto al concepto de mercado pertinente, se sostiene que “debe ser entendido en un sentido amplio, como equivalente al ámbito económico de las relaciones humanas, el ámbito en que se adoptan decisiones económicas, señalando que constituye una actuación en un mercado cualquiera que incida real o potencialmente en las relaciones económicas”²³ (los subrayados son nuestros).

²¹ Becker (1976).

²² Resolución 564-2014/SDC-INDECOPI del 16 de junio de 2014.

²³ Sánchez-Calero (2010).

V. CONCLUSIÓN

El sistema de represión de la competencia desleal pretende la persecución de aquellos actos que, real o potencialmente, pueden producir una afectación indebida en el correcto desenvolvimiento del mercado. El análisis se focaliza, antes que en los resultados producidos (la existencia o no de un daño), en las formas por las que se compete. Es por eso que el empleo de una forma indebida —aunque no produzca daño real en el sujeto denunciante— resulta igualmente sancionable. El sistema se sostiene en la idea de que la actividad desplegada por el agente de mercado debe sustentarse en su propio esfuerzo o en un atributo propio (su propia inversión, su eficiencia, sus activos tangibles o intangibles, entre otros) y no en el aprovechamiento, entendido este de modo general.

En este artículo, hemos comentado los criterios empleados por la autoridad en lo referido a dos aspectos concretos: (i) el ámbito de aplicación de la normativa y (ii) la cláusula general de represión de la competencia desleal. Consideramos que este trabajo puede servir para promover un sano debate respecto de los criterios seguidos por la autoridad al resolver controversias sobre competencia desleal. De modo general, salvo discrepancias específicas en algunas cuestiones aquí discutidas y que, confiamos, serán revisadas oportunamente, la jurisprudencia del Indecopi en materia de competencia desleal merece un juicio francamente positivo.

VI. REFERENCIAS

BECKER, Gary (1976). *The economic approach to human behavior*. Chicago: The University of Chicago Press.

BERCOVITZ, Alberto (2011). *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Navarra: Arazandi / Thomson Reuters.

EZCURRA, H. y CHÁVEZ, C. (2007). *La cláusula general prohibitiva*. En: *El derecho de la competencia desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián. (2004). *Competencia desleal. Actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis - Nexis.

MACKAAY, Ejan (2011). *Good faith in civil law systems – A legal-economic analysis*. En: *Cirano*. N° 74.

MASSAGUER, José (2002). *La cláusula general de prohibición de la competencia desleal*. En: *Advocatus*, N° 7.

MENENDEZ, Aurelio (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

POSNER, Richard (1985). *An economic theory of the criminal law*. En: *Columbia Law Review*, Vol. 85, N° 6.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan (2010). *La ampliación del concepto de competencia desleal*. En: *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo aniversario, Madrid: Editorial Marcial Pons.

STUCCHI, Pierino (2009). *Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva ley de represión de la competencia desleal*. En: *Revista de Derecho – Universidad de Piura*, Vol. 10.

