



La noción restringida de la competencia prohibida: Apuntes sobre el INDECOPI y la informalidad desleal

LUIS DIEZ CANSECO NÚÑEZ - ANTONIO MUÑOZ DE CÁRDENAS

Sumario: I. Introducción. II. Los precedentes de observancia obligatoria referidos a la competencia prohibida. 2.1 El caso del «gasocentro»: la noción amplia. 2.2 El caso de la empresa de transporte: la noción restringida. III. Una excentricidad jurisprudencial en torno al concepto de competencia desleal. IV. El INDECOPI y la informalidad desleal. 4.1 El ámbito de aplicación de la LCD y la informalidad como supuesto no incluido en la noción restringida de competencia prohibida. 4.2 La relevancia económica de la noción restringida de competencia prohibida. V. Precisiones sobre la actividad concurrencial constitutiva de competencia prohibida. VI. Los actos desleales en la modalidad de violación de normas. 6.1 Sobre la deslealtad de la informalidad y los ilícitos concurrenciales por violación de normas. 6.2 Sobre la determinación de los ilícitos concurrenciales por violación de normas. VII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez que se aproxima una festividad, como es el caso de la Semana Santa, las Fiestas Patrias, la Navidad o el Año Nuevo, un número importante de peruanos viaja dentro del país. La razón resulta obvia: marginar los cotidianos y visitar a la familia, los amigos o, simplemente, ir a una ciudad que les gusta o que no conocen. Esta circunstancia se proyecta a niveles de paroxismo en períodos electorales cuando no sólo uno quiere sino que debe viajar a fin de cumplir con la obligación de votar.

Ya sea porque quieren pasarla bien o porque están compelidos a votar; un número importante de peruanos se traslada por vía terrestre y, especialmente acuden a lugares que fungan de terminales terrestres para conseguir un espacio en los autobuses cuando no cuentan con recursos suficientes para adquirir pasajes en empresas de transporte «formales».

En esos «terminales terrestres» los posibles pasajeros son testigos y partícipes obligados de una peculiar respuesta al incremento de la demanda pasajes que se produce durante esas fechas: la aparición de buses cuyos titulares, aprovechando de una circunstancia excepcional que se ve potenciada por la desesperación, pretenden obtener la preferencia de los consumidores sobre la base de factores que, tal vez, no se condicen con la pauta de conducta que deben observar los empresarios en una economía social de mercado.

Así por ejemplo, emplean en el exterior de sus unidades de transporte cierta combinación de colores y signos distintivos que son susceptibles de inducir a los consumidores a error sobre el origen empresarial del servicio que se les ofrece. Del mismo modo pueden ofrecer inexistentes condiciones de comodidad tales como asientos de «bus-cama», atención de «terramozas», servicios higiénicos a bordo, etc. Obviamente el entorno del contrato de transporte resulta diferente puesto que el precio es superior al de los días «normales», incluso a los que aparecen en las tarifas publicadas en los terminales «formales» en el Cercado de Lima. En estos casos resulta más que probable que los oferentes brinden sus servicios sin contar con la autorización que, para el efecto, establece la legislación vigente en materia de transporte interprovincial. Son, entonces, clásicos casos de lo que se conoce como «buses piratas».

La prensa sistemáticamente cubre estos hechos que, si bien no constituyen una novedad, resultan reveladores de lo peruano: la informalidad. En efecto, se apreciará a señoras protestando y, más que seguro, llorando puesto que no podrán visitar a su madre enferma o hijos. Se verán a jóvenes que demandan que el Presidente de la República resuelva el problema puesto que tienen que ir a votar para evitar la multa. En paralelo la policía trata poner en orden al gentío cada vez más vociferante gentío y los funcionarios públicos competentes guardarán silencio sepulcral.

¿Cabe duda de que estamos ante actos de competencia desleal? ¿Existe una distorsión en el proceso de competencia? ¿Se está frente a un sistema que impulsa la informalidad perversamente? ¿Se puede decir que los consumidores son engañados? ¿Hay alguien que niegue que se produce un acto de confusión? ¿Qué diría al respecto el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual?

Con la expedición de la Resolución N° 053-96-TRI-SDC¹ del 18 de Setiembre de 1996, pareció quedar resuelta definitivamente una cuestión de no poca relevancia práctica y que precisamente está referida a nuestro ejemplo: el ámbito de aplicación de la normativa represora de la competencia desleal. En dicho pronunciamiento, que constituyó un Precedente de Observancia Obligatoria², se aclaró que el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) no era competente para conocer aquellos casos en que la conducta competitiva denunciada, presuntamente desleal, estaba constituida por una actividad económica informal o, más aún, por una actividad cuya ilicitud se derivaba de su sola realización.

1 Emitida en el Expediente N° 061-95-CPCD, seguido por Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L. contra Llama Gas S.A..

2 *Decreto Legislativo N° 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI*. Título VII. Publicación de Jurisprudencia administrativa.

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

En efecto, en un momento en el que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante la Sala) se identificaba con una corriente ideológica que afirmaba que la intervención del Estado en la economía debía ser mínima, incluso cuando se tratara de corregir las distorsiones que los empresarios introdujeran en el mercado, se estableció lo siguiente:

«No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes.»

En otras palabras, no importaba que el acto distorsionara el mercado o que se produjera un engaño. Tenías que analizarse, como dato previo si la actividad era o no formal. Si lo era, la ley se aplicaba. Si no lo era, el Decreto Legislativo N° 26122 no se aplicaba. En ese contexto, como resulta obvio, el INDECOPI hubiera dicho que nuestro ejemplo no es un supuesto de Competencia Desleal. Ello se debe a que los denominados «*buses piratas*» son informales por definición.

Ocho años después de la expedición de la resolución aludida, el 22 de Setiembre de 2004, la Sala³ varió su aproximación en relación con el tema del ámbito de aplicación de la normativa represora de la competencia desleal. En efecto, mediante la Resolución N° 0493-2004/TDC⁴, se estableció un nuevo Precedente de Observancia Obligatoria que contiene un criterio parcialmente distinto al propuesto inicialmente por el INDECOPI. Este, si bien significa una mayor intervención del Estado, resultaría más coherente con una realidad como la peruana en la que es especialmente importante desincentivar la competencia informal, puesto que perjudica seriamente a quienes realizan actividades económicas habiendo cumplido con todo lo necesario para ser considerados como «formales». Más aún, si se considera que la informalidad allana el camino para competir sin sustentarse en la eficiencia de las prestaciones propias y en el respectivo esfuerzo empresarial o, lo que es lo mismo, en el principio de rendimiento o de competencia por eficiencia.

En esta segunda ocasión, la Sala resolvió lo siguiente:

El Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

3 Esta Sala, valga la aclaración, no está conformada por aquellos funcionarios que emitieron la Resolución N° 053-96-TRI-SDC antes mencionada.

4 Emitida en el Expediente N° 024-2004/CCD, seguido por Turismo Civa S.A.C. contra Expreso Cial S.A.C..

«(...)

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

3. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, (...)»

Como se podrá concluir de su lectura, según dicho precedente, el INDECOPI ahora sí resulta competente para conocer el caso planteado en nuestro ejemplo y sancionar a los responsables de nuestra hipotética infracción sobre la base de las disposiciones jurídicas que reprimen la Competencia Desleal.

Dado el importante cambio de perspectiva que hemos resumido, a continuación proponemos una crítica constructiva acerca de los alcances del nuevo y vigente Precedente de Observancia Obligatoria referido al concepto de Competencia Prohibida aprobado mediante la Resolución N° 0493-2004/TDC y modificado por la Resolución N° 0566-2005/TDC⁵; el mismo que, sin duda, viene generando nuevamente la habitual polarización de los comentarios académicos a la que, por cierto, estamos acostumbrados en relación con los temas de competencia del INDECOPI.

Para nuestro cometido, en un primer momento, se recordarán los casos en los que se emitieron cada uno de los Precedentes de Observancia Obligatoria a los cuales se ha hecho referencia para, posteriormente, resaltar los aciertos, desaciertos y omisiones del criterio vigente.

En particular, se analizan: (i) el ensayo de la Sala para definir la Competencia Desleal; y, (ii) la relevancia teórica y económica que se deriva de considerar que las actividades informales no constituyen Competencia Prohibida sino conductas sujetas al Decreto Ley N° 26122 (en adelante la Ley de Competencia Desleal o, indistintamente, la LCD).

Seguidamente se plantean algunas consideraciones sobre las actividades económicas constitutivas de Competencia Prohibida, pues su adecuada precisión evitará que se vuelva a excluir del ámbito de aplicación del referido cuerpo normativo a conductas a las que él es del todo aplicable.

Por último se concluye este trabajo con una necesaria reflexión sobre dos temas mencionados en el nuevo precedente: (i) los ilícitos concurrenciales por violación de normas; y, (ii) la evaluación de dichos ilícitos y, en particular, las características que debe

5 El 18 de Mayo de 2005, como se verá en este trabajo, la Sala modificó los criterios contenidos en la Resolución N° 0493-2004/TDC en aspectos de índole procesal, aunque manteniendo lo sustantivo de ellos.

presentar aquella decisión previa, sobre la infracción legal respectiva, que necesita la agencia de competencia para la determinación de ellos.

II. LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA REFERIDOS A LA COMPETENCIA PROHIBIDA.

2.1 El caso del «gasocentro»: la noción amplia.

El 26 de Mayo de 1995, Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L. denunció a Llama Gas S.A. por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 9 y 17 de la LCD. Esencialmente, la denunciante indicó que Llama Gas S.A., que sólo contaba con autorización del Ministerio de Energía y Minas para funcionar como planta envasadora de gas licuado de petróleo, ofrecía este producto, como «gasocentro», a vehículos automotores; poniéndolo a disposición del público en condiciones inseguras, en cantidades no verificables para el consumidor y bajo circunstancias ilícitamente ventajosas que le permitían fijar un precio menor al de sus competidores.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante la Comisión) y, a su turno, la Sala coincidieron en declarar improcedente la denuncia. Al margen de mínimos matices que diferencian ambas resoluciones, resulta relevante mencionar que en la Resolución N° 053-96-TRI-SDC de la Sala, se estableció un criterio que delimitó la competencia del INDECOPI en lo atinente a la represión de la deslealtad concurrencial; restringiéndola a aquellos casos en los que la conducta competitiva denunciada era realizada por agentes que, formalmente, se encontraban en el mercado.

En la resolución en cuestión, la Sala precisó que el fenómeno de la competencia ilícita se manifiesta de tres (3) maneras: (i) violación de derechos de propiedad industrial, (ii) competencia prohibida y (iii) competencia desleal; quedando bajo el ámbito de aplicación de la LCD, según se señaló, sólo el último de los indicados.

A decir de la Sala:

«(...) la competencia ilícita por violación de los derechos de propiedad industrial se configura cuando se vulnera esta forma de propiedad, supuesto en el que los órganos competentes para actuar son la Oficina de Signos Distintivos o la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según el caso, tal como lo establece la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial.

(...) como (...) manifestación de la competencia ilícita, (también) tenemos lo que la doctrina llama la competencia prohibida. Se trata de aquella situación en la que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la competencia. En estos casos no se podrá ejercer lícitamente determinada actividad económica, la cual se encuentra vedada jurídicamente.

Cuando la actividad económica queda absolutamente prohibida, estamos ante lo que se conoce más propiamente como la competencia prohibida absoluta, en la que habrá algunos titulares especialmente autorizados con el derecho de ofrecer los

bienes y servicios de que se trate, cerrándose jurídicamente el acceso a otros agentes económicos, o la imposibilidad total de que alguien ejerza la actividad.

De manera similar, existen situaciones en las cuales el legislador ha dispuesto el cumplimiento de ciertos requisitos como presupuestos para la actuación de los agentes económicos en determinadas áreas del mercado, en cuyo caso el interesado estará impedido de realizar tal actividad. (...) Se trata de lo que se ha denominado competencia prohibida relativa. En estos casos existe una prohibición legal de competir que, a diferencia del caso de la competencia prohibida absoluta, puede ser superada mediante el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos normalmente ex-ante, es decir, con anterioridad al desarrollo de la actividad, por la administración.

El rol de las normas de competencia desleal es diferente al que tienen las distintas normas que pueden establecer prohibiciones absolutas o relativas de entrada al mercado. (...) El fin perseguido por la sanción de un acto de competencia desleal es corregir una deformación de la competencia, mientras que en el caso de la competencia prohibida es la no competencia mientras no se cumpla con los requisitos establecidos ex-ante.

Bajo este esquema la competencia desleal se presenta entre agentes que, autorizados o no prohibidos de competir, compiten sin respetar las reglas de lealtad impuestas por la buena fe. Pero en el caso de la competencia prohibida debe recurrirse a otros medios para impedir que se siga compitiendo (o para que se obtengan las autorizaciones para hacerlo), pues estas normas pueden obedecer a un sinnúmero de fines por objetivos diferentes a los que conciernen a la competencia leal (razones sanitarias, de seguridad, etcétera)» (sólo el agregado es nuestro)

No es difícil comprender por qué, dado este marco conceptual, fuera declarada improcedente la denuncia presentada por Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L. contra de Llama Gas S.A. En efecto, habiendo quedado acreditado que, por motivos de seguridad, la denunciada no contaba con la autorización que exigía la legislación vigente para ofrecer gas licuado de petróleo a vehículos automotores,⁶ se trataba de un supuesto de Competencia Prohibida *relativa* cuyo conocimiento y sanción no correspondía a la Comisión ni a la Sala. En efecto, a pesar que Llama Gas concurría en el mercado, detraía clientes a la Empresa Multinacional de Hidrocarburos y distorsionaba el proceso competitivo; debido a que la denunciada no contaba con una autorización del Ministerio de Energía y Minas, la actuación de Llama Gas quedaba marginada de la aplicación de la LCD. En otras pala-

6 Tómese en cuenta que la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento de Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, señalaba que «Mientras se establezca la normatividad correspondiente, la Dirección General de Hidrocarburos podrá autorizar en forma transitoria la instalación experimental de gasocentros, siempre y cuando se cumplan los estándares internacionales de seguridad y preservación ambiental».

bras, la forma o el procedimiento administrativo de autorización para llevar a cabo una actividad económica resultan, para los efectos de la aplicación de la normativa sobre represión de la competencia desleal, mucho más importantes que la actuación en el mercado o el efecto que pudiera tener.

Como colofón, la Sala estableció que la Resolución N° 053-96-TRI-SDC constituía Precedente de Observancia Obligatoria (en adelante «el precedente LLAMA GAS») en aplicación del siguiente principio:

«No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes.»

Dejando de lado que la segunda oración del referido precedente contenía, impropia-mente, un pronunciamiento acerca de una cuestión de carácter procedimental,⁷ no puede omitirse que el criterio establecido en él fue aplicado uniformemente durante los siguientes ocho años.⁸

7 Adviértase que, conforme ha sido expresamente destacado en la Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI del 3 de Octubre de 2003, estos instrumentos hermenéuticos están, por su propia naturaleza, reservados para aclarar de modo general el sentido de la legislación sustantiva y no de la procedimiento.

8 Ver, entre otras, las siguientes resoluciones; en las cuales la Comisión y, en su caso, la Sala han analizado los supuestos sometidos a su consideración, a la luz del precedente LLAMA GAS, para determinar si constituían Competencia Prohibida o no lo eran:

- a) Resoluciones N° 017-1997/CCD-INDECOPI y N° 214-1997/TDC-INDECOPI emitidas en el Expediente N° 138-1996/CCD seguido por Casana & Quiroz S.C.R.L. en contra de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado y Ganadera La Joya S.A.;
- b) Resolución N° 287-1997/TDC-INDECOPI emitida en el Expediente N° 086-1996/CCD seguido por Destilería Peruana S.A. en contra de Agroindustria San Pablo E.I.R.L.;
- c) Resolución N° 009-1998/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 063-97/CCD seguido por Empresa de Transportes y Servicios Estrella S.A. en contra de los señores Rogelio Bazán Goycochea, Félix Camasca Chumpitaz y Lorenzo Cañari Mezares;
- d) Resolución N° 020-1998/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 117-1997/CCD seguido por Compañía Peruana de Gas S.A. en contra de Sipán Gas E.I.R.L.;
- e) Resolución N° 052-1999/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 003-1998/CCD seguido por Semillas del Sur E.I.R.L. en contra de Compañía Arrocera del Sur S.A.;
- f) Resoluciones N° 014-1999/CCD-INDECOPI y N° 156-1999/TDC-INDECOPI emitidas en el Expediente N° 077-1998/CCD seguido de oficio en contra del señor Eduardo Burgos Revollo;
- g) Resolución N° 031-2000/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 124-1999/CCD seguido por Envasadora Uli Rod Lima S.A. en contra de Inversiones Perú Gas S.A.;
- h) Resolución N° 049-2000/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 025-2000/CCD seguido por Digransa E.I.R.L. en contra de Comercial Valentín S.A.;

Sin embargo, esta circunstancia ha cambiado radicalmente.

2.2 El caso de la empresa de transporte: la noción restringida.

El 17 de Febrero de 2004, Turismo Civa S.A.C. denunció a Expreso Cial S.A.C. por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 9 y 14 de la LCD. Según uno de los extremos denunciados, Expreso Cial S.A.C. brindaba el servicio de transporte hacia diversas ciudades del país sin contar con la concesión de las rutas respectivas y poseía un establecimiento respecto del cual no tenía permiso de construcción.

Este caso, como muchos otros anteriores, se encuadraba dentro de lo que se había denominado competencia prohibida relativa; razón por la cual, siguiendo con el criterio establecido en el precedente LLAMA GAS, la Comisión declaró improcedente el extremo de la denuncia que es materia de comentario. La apelación de Turismo Civa S.A.C. fue inmediata.

En el pronunciamiento de la Sala, contenido en la Resolución N° 0493-2004/TDC del 22 de Setiembre de 2004, se hizo preciso analizar si la conducta denunciada se hallaba dentro del ámbito de aplicación de las normas que reprimen la competencia desleal y por ello se recurrió al precedente LLAMA GAS.

La Sala, con una conformación distinta de la que aprobó el precedente del «gaseocentro», coincidió con la precisión efectuada en éste en torno a que la Competencia Desleal y la Competencia Prohibida son dos especies integran un género conocido como Competencia Ilícita; y que las conductas que constituyen la segunda de dichas especies quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCD por lo dispuesto en el artículo 3 de este cuerpo normativo⁹. Asimismo, en opinión de la Sala, existe plena

-
- i) Resolución N° 105-2001/TDC-INDECOPI emitida en el Expediente N° 083-2000/CCD seguido por Impor S.A. en contra de Distribuidora Vanessa E.I.R.L. y otros;
 - j) Resolución N° 077-2001/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 043-2001/CCD seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas en contra de Compañía Envasadora Exacto Gas E.I.R.L.;
 - k) Resolución N° 106-2002/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 056-2002/CCD seguido por Destilerías Unidas S.A. en contra de Demerara Distillers Latin America S.A.C.;
 - l) Resolución N° 067-2002/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 018-2002/CCD seguido por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo en contra de la Universidad Privada San Pedro de Chimbote;
 - m) Resolución N° 031-2003/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 059-2002/CCD seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas en contra de Envasadora Misti Gas S.A.C., Alejandro Dueñas Serna, Hugo Barrantes Aguirre y Clemente León Ore; y,
 - n) Resolución N° 007-2003/CCD-INDECOPI emitida en el Expediente N° 020-2003/CCD seguido por Dsm Bakery Ingredients Perú S.A.C. en contra de Panificadora de los Andes SAC., Química Industrial J. Montes S.A. y Química Alimentaria S.A.C..

9 Ley de Competencia Desleal

correspondencia entre el concepto de Competencia Prohibida absoluta empleado en el precedente en cuestión y la noción de Competencia Prohibida que ella misma sostiene. Sin embargo, a criterio de la Sala, el concepto de Competencia Prohibida relativa al que se ha hecho referencia anteriormente no se condice con su noción de Competencia Prohibida.

Sobre el particular, la Sala señaló lo siguiente:

«(...) la noción de ‘competencia prohibida relativa’ no corresponde al concepto general de competencia prohibida puesto que, la acción de concurrir al mercado dejaría de ser ilícita al obtenerse las autorizaciones correspondientes, es decir, la misma conducta calificaría en un primer momento como competencia prohibida y, en un segundo momento, como competencia permitida, siendo la autorización estatal el elemento determinante de esa variación en la naturaleza de la conducta. Esto significa, de acuerdo a dicha interpretación, que la concurrencia en el mercado para realizar actividades económicas se encuentra inicialmente prohibida, pudiendo levantarse dicha prohibición con una autorización del Estado. Esta conclusión no es correcta pues contraviene el derecho a la libre iniciativa privada reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú.

(...) La libre iniciativa privada, reconocida por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú y cuyo desarrollo legislativo se encuentra en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 757, consiste en el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia dentro del marco legal vigente. Esto significa que la concurrencia en el mercado para la realización de actividades económicas se encuentra inicialmente permitida, sujeta únicamente a ciertos requisitos legales, los cuales, de ninguna manera pueden suponer la privación de contenido del derecho a la libre iniciativa privada. Es decir, las autorizaciones brindadas por el Estado no levantan una prohibición inicial a la concurrencia en el mercado sino que, respetando el derecho a la libre iniciativa privada reconocido constitucionalmente, canalizan su ejercicio ordenado dentro del marco legal vigente.

(...) En vista de lo anteriormente expuesto, esta Sala considera necesario corresponde (sic) apartarse de la clasificación de la competencia prohibida en absoluta y relativa (...) (y aclarar) que la competencia prohibida únicamente se configura en aquellos casos donde la ilicitud se encuentra en el solo hecho de concurrir al mer-

Artículo 3.- **Esta ley se aplica exclusivamente a los actos de competencia desleal** que se realicen en el territorio nacional o en las importaciones de los bienes al país.

No es de aplicación esta norma a los actos comprendidos en el ámbito del Decreto Supremo N° 133-91-EF, sus disposiciones modificatorias, ampliatorias y conexas. (el resaltado es nuestro)

cado, es decir, cuando excepcionalmente el ejercicio de la iniciativa privada se encuentra vedado por el ordenamiento» (el agregado es nuestro).

En buena cuenta, bajo este marco conceptual, el INDECOPI está (y, claro, siempre estuvo) habilitado para investigar aquellos casos en los que la conducta competitiva denunciada constituye una actividad económica informal y, de ser el caso, sancionarlos.

Como resulta obvio, la Sala revocó la decisión de la Comisión en el extremo que declaró improcedente la denuncia presentada por Turismo Civa S.A.C. y ordenó que fuera admitida a trámite; tomando en cuenta que la conducta denunciada consistía en actividades económicas cuyo ejercicio por parte de Expreso Cial S.A.C. no está prohibido sino regulado¹⁰, aunque esta empresa las hubiera desarrollado sin haber obtenido la autorización que la Ley exige para el efecto.

Como no podía ser de otro modo, la Sala marginó la aproximación conceptual referida a lo que se venía denominando Competencia Prohibida relativa y estableció que la Resolución N° 0493-2004/TDC constituía Precedente de Observancia Obligatoria (en adelante el precedente CIVA) en aplicación del siguiente principio:

«1. La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada.

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

3. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente.

4. La configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada.»

10 En dicho caso, como hemos señalado, la actividad económica involucrada era la prestación del servicio de transporte (sin contar con la concesión de las rutas respectivas).

Este es, en consecuencia, el criterio con el que debe actuar el INDECOPI a partir de ese momento.¹¹

Como se puede apreciar, la posición del INDECOPI ha variado de un extremo en el que sólo se permitía intervenir en aquellos casos en los que la empresa denunciada realizaba actividades no prohibidas cumpliendo con las formalidades que la Ley impusiera según fuera el caso, a otro, en el que se podrá sancionar inclusive a sujetos que, en el ejercicio de actividades no prohibidas, se hallen al margen del cumplimiento de tales formalidades.

¿Esto significa que el INDECOPI ha decidido enfrentar a la deslealtad producto de la informalidad, que tan impunemente podía infligir daños concurrenciales ilícitos a los empresarios formales? El apartado IV de este trabajo pretende analizar la relevancia del reacomodo de la postura del INDECOPI. Previamente, en el siguiente apartado, queremos llamar la atención sobre algunas ideas relativas a la competencia desleal que destacada el precedente CIVA.

III. UNA EXCENRICIDAD JURISPRUDENCIAL EN TORNO AL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL.

Existe un claro consenso que ha desplegado la doctrina y que ha reflejado la legislación comparada en torno a que el desarrollo económico requiere, entre otros factores, que las conductas concurrenciales se ajusten a la buena fe comercial. En el marco del denominado «modelo social de represión de la Competencia Desleal», debe entenderse como una pauta de conducta objetiva exigible a todo empresario para que enmarque sus actividades competitivas o concurrenciales dentro del orden público económico.¹²

Pese a la apuntada unanimidad, en la actualidad resulta evidente la dificultad que existe para aprehender una definición acabada de la buena fe comercial dado que ella, por su propia naturaleza, resulta ser relativa a lo que en determinado espacio, momento y mercado se considere acorde al orden público económico imperante.¹³ Ello es particu-

11 Como se dijo anteriormente, mediante la Resolución N° 0566-2005/TDC del 18 de Mayo de 2005, se introdujo en este criterio, a modo de modificación, un matiz de orden procesal. En consecuencia, el precedente vigente en materia de Competencia Prohibida se obtiene de una lectura concordada del precedente CIVA y del precedente aprobado por la referida resolución.

12 Cabe recordar que en el marco de dicho modelo de represión de la competencia desleal, no sólo se tutela el interés privado de los competidores sino, principalmente, el interés colectivo de los consumidores (por el papel protagónico que desempeñan para el correcto funcionamiento del mecanismo de coordinación de precios) y el interés público en el correcto y no falseado desenvolvimiento del mercado (puesto que así se procura la maximización del bienestar social). Esta lógica es la que fundamenta que se tolere el daño concurrencial que un empresario pudiera ocasionar a sus competidores, al luchar por la preferencia del público, siempre y cuando se satisfagan los intereses superiores mencionados recientemente. Ver, sobre el particular, los siguientes trabajos: MENENDEZ, Aurelio. *La Competencia Desleal*. Madrid, España. Civitas, 1988; y, MOLINA, Concepción. *Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia*. Madrid, España. Montecorvo, 1993. REIMER, Dietrich. *La Répression de la Concurrence Déloyale en Allemagne*. París, Francia. Economica, 1978.

13 REIMER, Op.Cit. Págs. 116-135 en relación con el Artículo 1 de la Ley Contra la Competencia Desleal de Alemania de 7 de junio de 1909, RGBI, (vigente con modificaciones), la misma que es con-

larmente cierto cuando este último depende de lo que la sensibilidad social juzga acorde y funcional con el modelo económico constitucionalizado. Consecuentemente, resulta también difícil señalar, teóricamente y con detalle, cuándo una conducta concurrencial es desleal.¹⁴

En efecto, esta dificultad fue puesta de relieve hace casi un siglo, cuando en los Estados Unidos se estaba debatiendo la adopción de la «Federal Commission Act» o Ley de la Comisión Federal de Comercio que es en ese país la institución encargada de velar por los actos de engaño en materia publicitaria, la protección el consumidor y, conjuntamente con el Departamento de Justicia, por la normativa de la libre competencia o «antitrust». La historia legislativa de la Sección 5, la misma que de manera concisa prohíbe las «los actos o prácticas desleales en o que afecten el comercio», pone de relieve la dificultad para llegar a una definición sobre lo que constituye la deslealtad. En el marco del debate legislativo se señaló acertadamente:

*«It is impossible to frame definitions which embrace all unfair practices. There is no limit to human inventiveness in this field Even is all known unfair practices were to be specifically defined and prohibited, it would be at once necessary to begin over again. Of Congress were to adopt the method of definition it would undertake an endless task. It is also practically impossible to define unfair practices so that the definition would fit business of every sort in every part of the country. Whether competition is unfair or not generally depends upon de surrounding circumstances of the particular cases. What is harmful under certain circumstances may be beneficial under different circumstances.»*¹⁵

Lo expuesto en el debate legislativo en los Estados Unidos de América es demostrativo de la realidad de la disciplina, cual es, que resulta imposible definir de manera inequívoca sus contornos y menos brindar un listado que comprenda todos los supuestos de

siderada como la génesis de esta disciplina jurídica. La norma señala: « Quien cometa, en el ejercicio del comercio para fines de competencia, actos contrarios a las prácticas honestas, puede ser objeto de mandato de cesación por dichos actos o los por daños y perjuicios. ». Este precepto tiene como antecedente al texto similar contenido en el Artículo 1 de la Ley de 27 de mayo de 1896 sobre Represión de la Competencia Desleal.

- 14 Sin embargo, no puede negarse que en muchos casos, al encontrarnos en la práctica frente a un acto de competencia desleal, resultará indiscutible su ilegalidad, incluso para quienes estén poco entrenados en la temática del Derecho de la Competencia.
- 15 House of Representatives Report N° 1142, 63d Congress, 2d. Session 19 (1914). Como consecuencia de infructuoso debate en la Cámara de Representantes en torno a tratar de brindar una definición o enumerar los actos de competencia desleal, el Senado Congreso tomó la decisión de mencionar el concepto pero no definirlo. Por ello pasa a constituir una Cláusula General. Ver: Senate Report N° 597, 63d Congress, 2d. Session 13 (1914). Para un recuento sobre los orígenes y significado de la Sección 5 de la Federal Comisión Act ver: AVERITT, Neal W. *The Meaning of «Unfair Acts or Practices» in the Section 5 of the Federal Trade Commission Act.* 70 *The Georgetown Law Journal* 225 (1981).

deslealtad. Ello ha sido reconocido unánimemente por la legislación y doctrina internacionales a tal punto que todas las normas referidas a la competencia desleal cuentan con una cláusula general.

Por este motivo y alineándose con la legislación comparada contemporánea, el Perú ha optado por emplear una Cláusula General para tipificar la ilegalidad de los actos de competencia desleal. En ella se recurre a conceptos jurídicos indeterminados¹⁶ que deberán ser completados por el operador del Derecho al momento de aplicar la LCD a un caso concreto.¹⁷

Así, el artículo 6 del cuerpo normativo en cuestión sanciona la ilicitud de la Competencia Desleal en los términos que se aprecian a continuación:

16 Recordemos que, como señala GONZALEZ-TREVIANO, «(...) *los conceptos plasmados en las leyes pueden ser determinados o indeterminados. En los primeros, el ámbito de realidad se delimita de una manera precisa e inequívoca; en los segundos, en cambio, esto no acontece de esta forma. Pero a pesar de que en los denominados conceptos jurídicos indeterminados los límites de la esfera de la realidad no aparecen bien puntualizados en su enunciado, es claro que buscan definir, en todo caso, un supuesto concreto. Como se ha dicho, 'la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación'*». Ver GONZALEZ-TREVIANO, Pedro. *Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la Constitución de 1978*. En: Estudios de Derecho Público Económico. Madrid, España. Civitas, 2003. Págs. 205 a 207.

17 Sólo en un segundo momento la LCD desarrolla, a modo de ejemplos, la descripción de una serie de modalidades específicas y usuales que, por contrariar la cláusula general, constituyen actos de competencia desleal. En efecto, mientras el artículo 6 de la LCD, ubicado en el Capítulo I del Título II de la misma, contiene dicha cláusula general, entre los artículos 8 al 19 del citado cuerpo normativo, ubicados en el Capítulo II del Título II de aquel, se desarrollan conductas que, por sus características y reiterancia en el mercado, merecen una mención especial.

Por lo demás, es interesante el hecho de que en el Capítulo II del Título II de la LCD existe una disposición, contenida en el artículo 7, que se refiere a aquello que el uso jurisprudencial y cierto sector de la doctrina nacional ha venido denominando ilícitos concurrenciales en la modalidad de *actos análogos*. Ver, por ejemplo, KRESALJA, Baldo. *Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal*. En: Derecho N° 47 (Publicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú), Lima, 1993, págs. 13-86. Del mismo autor: *Lo que a mí me está permitido hacer tampoco debe permitirse a ti*. 50 Themis, Revista de Derecho, Lima, 2005. Págs. 7 y siguientes.

El planteamiento que recoge dicho autor se ilustra en diversas resoluciones del INDECOPI; entre las cuales se encuentra, por ejemplo, la Resolución N° 0245-1999/TDC-INDECOPI (emitida en el Expediente 045-1998/CCD, seguido por Panini S.P.A. y otros contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. y otros). En dicha oportunidad, a modo de Precedente de Observancia Obligatoria, se estableció lo siguiente:

«(...) *La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del artículo 7 del Decreto Ley N° 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazados deberán acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate*» (el subrayado es nuestro)

Una acabada crítica acerca de la supuesta existencia de ilícitos concurrenciales en la modalidad de *actos análogos* escapa a las dimensiones de esta intervención; sin embargo, cumplimos con efec-

«Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas» (el subrayado es nuestro).

Mayores desarrollos teóricos sobre qué debe entenderse por Competencia Desleal, dada la reconocida relatividad de este concepto, resultan inútiles desde el punto de vista práctico. Una revisión, por parte del lector, de cualquier material contemporáneo en relación con este tema confirmará esta precisión.¹⁸

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la Sala se ha permitido «aclarar», en el numeral 1 del precedente CIVA, tanto la función de las normas que reprimen la competencia desleal como el concepto de lealtad aplicable en el marco de tales normas.

Consideramos que dicha pretensión es ociosa pues apunta a definir aquello que es prácticamente indefinible pero, principalmente, creemos que la propuesta presentada por la Sala, además de pecar de presunción académica, exhibe un aporte nulo.

En efecto, la Sala ha elevado al rango de Precedente de Observancia Obligatoria el principio, que ya había mencionado anteriormente en la Resolución N° 0547-2003/TDC del 10 de Diciembre de 2003, según el cual:

«La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la

tuar una escueta puntualización para que el lector pueda adoptar sus propios juicios en punto a este tema.

Nótese que la primera parte del artículo 7 de la LCD [que señala que *«Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena (...)*»] constituye un incompleto listado, meramente nominativo, de algunos de los ilícitos concurrenciales cuyas características son, posteriormente, desarrolladas entre los artículos 8 al 19. Por su lado, la segunda parte del referido artículo [que señala que es desleal *«(...) en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo»*] tiene por única finalidad resaltar la existencia de actos de competencia desleal que no constituyen alguna de las modalidades que se ejemplifican en el aludido Capítulo II.

Bajo nuestra interpretación, el mencionado artículo 7 no tipifica ni describe modalidad alguna de acto de competencia desleal y, por ende, no puede constituir fundamento jurídico para imponer sanciones a los agentes económicos; debiendo descartarse la interpretación propuesta por un sector de la doctrina nacional y recogida anteriormente por el INDECOPI, según la cual dicha norma legal constituye una segunda cláusula general cuya supuesta finalidad sería sancionar actos desleales que no correspondan estrictamente a las modalidades desarrolladas en la LCD pero que son análogos a ellos. Sólo resta decir que dichos actos desleales, más bien, deberán ser sancionados por infringir la cláusula general contenida en el artículo 6 de la LCD.

18 Ver, por ejemplo, los trabajos mencionados en la nota 16.

*conurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada».*¹⁹

Como puede verse, el primer párrafo parece decir tautológicamente algo así como «el objetivo de la Ley de Competencia Desleal consiste en cautelar la Competencia Leal», mientras que el segundo párrafo se asemeja, insulsamente, a la frase «La noción de lealtad establece el límite entre lo leal y lo desleal». Creo que resulta apropiado eximirse de mayores comentarios sobre este exceso de retórica e la Sala.

IV. EL INDECOPI Y LA INFORMALIDAD DESLEAL.

4.1 El ámbito de aplicación de la LCD y la informalidad como supuesto no incluido en la noción restringida de Competencia Prohibida.

En el artículo 2 de la LCD se señala que ella es de aplicación «(...) a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, sociedades de hecho, gremios o cualquier otra *que realice actividades económicas*».²⁰

Dicha norma podría admitir interpretaciones muy disímiles. Desde una que restringe la aplicación de la LCD a aquellos supuestos en los que las actividades económicas no están prohibidas y que además son desarrolladas con la debida formalización; hasta la que incluso extiende su uso a los supuestos en los que se realizan «actividades comerciales» proscritas por el ordenamiento jurídico (que, evidentemente, en ningún caso podrían ser materia de formalización) como es el caso, por ejemplo, del contrabando. Como en todo, el punto medio es el adecuado: la LCD se aplica a las actividades económicas que no estén prohibidas, sin que importe que el desarrollo de las mismas se lleve a cabo sin la debida formalización.

En efecto, el artículo 2 de la LCD debe leerse a la luz del artículo 3 del referido cuerpo normativo²¹; el mismo que establece que dicho supuesto se aplica (únicamente) a los actos desleales (es decir, a los actos concurrenciales cuya ilicitud se deriva de

19 En la parte considerativa de la Resolución N° 0547-2003/TDC (como consecuencia de la cual, valga la aclaración, se aprobó el vigente Precedente de Observancia Obligatoria sobre publicidad comparativa) se menciona que «*El principio de lealtad tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que las actividades económicas se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El 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.*».

Nótese la extrema semejanza entre este desarrollo teórico y la declaración contenida en el primer numeral del precedente CIVA.

20 El subrayado es nuestro.

21 Ver nota 9.

su inadecuación a la buena fe comercial y no de su sola realización como actividad económica). Esta precisión resulta importante porque resalta la exclusión de dicho ámbito de aplicación a ciertas conductas también antijurídicas que podrían ser consideradas, en un sentido muy amplio, actividades de comercio²² o transacciones y que, siguiendo a la doctrina, se pueden catalogar como Competencia Prohibida.²³

En ese mismo orden de ideas debe recordarse lo señalado pacíficamente por la doctrina comparada en cuanto a que no es Competencia Desleal aquello que se denomina Competencia Prohibida. En efecto, pese a ser ambas dos especies que forman parte del género conocido como Competencia Ilícita; las conductas antijurídicas que constituyen la segunda de dichas especies quedan excluidas del ámbito de aplicación de la normativa represora de la competencia desleal.²⁴ Esto es así puesto que la Competencia Desleal supone la realización de una actividad económica permitida (y, por tanto, lícita) que no se adecua a la buena fe comercial. En cambio, la Competencia Prohibida está representada por actividades económicas cuya sola realización en el mercado resulta negada por el ordenamiento jurídico (y, por tanto, ilícita en sí misma) al margen de su adecuación a la buena fe comercial.

Empero, para una cabal comprensión de lo dicho hace falta poner énfasis en el lugar que corresponde.

Coincidiendo con lo precisado en el numeral 2 del precedente CIVA, debe reconocerse que, siendo la Competencia Prohibida una excepción al derecho constitucional a la libre iniciativa privada, su también excepcional configuración requiere la verificación del hecho de que «(...) *la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada* y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial».²⁵

Por tal razón, no resultaría adecuado incluir dentro de los alcances del concepto de Competencia Prohibida a aquellos supuestos en los que la conducta competitiva, presun-

22 Ejemplos de esas otras conductas antijurídicas, que podrían parecer actividades de comercio en un sentido muy amplio, son los siguientes: la comercialización de órganos humanos o de armas de guerra, la trata de seres humanos y la producción y comercialización de alucinógenos.

23 Así las cosas, puede decirse que la determinación del ámbito de aplicación de la LCD hace necesario que se recurra a una conceptualización del mismo por negación más que a una definición positiva de la Competencia Desleal.

24 Tal como reconoce la actual Sala, estas especies han sido adecuada y extensamente tratadas por el INDECOPI. Por dicha razón, nos acogemos a las reflexiones que, sobre el particular, ha establecido anteriormente tal institución; las mismas que el lector puede revisar en el apartado II de este trabajo.

Por lo demás, no debe olvidarse que los supuestos de Competencia Prohibida sí resultan sancionables; en una sede que no es el INDECOPI, claro está, y no por la infracción de la LCD sino, precisamente, de las normas que prohíben a los particulares la realización de la actividad económica de la que se trata.

25 El subrayado es nuestro.

tamente desleal, constituye una actividad económica informal, pues ese tipo de conducta, efectivamente, no supone una actividad concurrencial negada a los particulares e ilícita en sí misma sino la infracción de los canales de ordenación legal de la misma; resultando acertado, por tanto, que dichos supuestos sean admitidos dentro del ámbito de aplicación de la LCD.

Por último, parece incontrovertible que el precedente LLAMA GAS, pese a basarse en doctrina española para interpretar los alcances de nuestra LCD (por cierto, de innegable inspiración ibérica),²⁶ omitió inexplicablemente cualquier reflexión sobre el hecho de que los supuestos que corresponden a la denominada Competencia Prohibida relativa, desde hacía tiempo, eran considerados implícitamente como actividades concurrenciales sujetas a la aplicación de la normativa represora de la competencia desleal, precisamente, por el ordenamiento jurídico español.²⁷

Como se señaló anteriormente la LCD tiene relevancia para las actividades económicas que no estén prohibidas sin que importe que el desarrollo de las mismas se lleve a

26 La referida resolución se sustenta en el desarrollo teórico que BAYLOS hace de la Competencia Desleal y de la Competencia Prohibida con la intención de excluir a esta última del ámbito de aplicación de la normativa represora de la deslealtad concurrencial. Sin embargo, resulta curioso advertir que dicho autor no sólo no efectúa una distinción entre Competencia Prohibida *absoluta* y Competencia Prohibida *relativa* sino que, además, deja entrever su discrepancia con quienes postulan la inclusión dentro del concepto de Competencia Prohibida de aquellos supuestos en los que la actividad concurrencial se realiza sin cumplir con los requisitos que la Ley exige según el caso. En efecto, BAYLOS señala lo siguiente: «Para que la competencia sea ilícita, como contraria a una prohibición legal, debe existir previamente un precepto expreso que establezca dicha prohibición. En lo no prohibido expresamente, la competencia es lícita y permisible». Y, a pie de página, detalla que: «ROUBIER (...) comprende en la competencia prohibida por ley la que se desarrolla sin el cumplimiento de los requisitos que la Administración exige para el ejercicio de una determinada actividad o profesión (...). En nuestra opinión, tales requisitos pertenecen más bien a la disciplina de acceso al mercado (...)». (el subrayado es nuestro)

Ver BAYLOS, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, España. Civitas, 1978. Págs. 309 y siguientes.

27 Sin embargo, debe señalarse que diversas cuestiones de política legislativa llevan al ordenamiento jurídico español a prever la inclusión en el ámbito de aplicación de su Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal, a aquellos supuestos en los que la actividad concurrencial se realiza sin cumplir con los requisitos exigidos por la Ley, con la finalidad de sancionarlos *per se* y no esperar a que el riesgo de daño concurrencial ilícito se materialice.

En efecto, en el segundo numeral del artículo 15 del referido cuerpo normativo se señala claramente que «Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». (el subrayado es nuestro) La Jurisprudencia y doctrina española entiende por «regulación de la actividad concurrencial» a las disposiciones que regulan la ordenación del mercado interno, como son las referidas a ventas con prima o regalo, horarios de atención al cliente, las que regulan la normativa de libre competencia, las referidas a la actividad profesional, entre otros. Existe amplia jurisprudencia referida en: BARANONA VILAR, Silvia. *Competencia Desleal (Doctrina y Jurisprudencia)*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999. Cabe indicar que la normativa española resulta ser la primera en el mundo que incluye un supuesto de esta naturaleza. En efecto, un repaso de Derecho Comparado pone

cabo sin la debida formalización. En cuanto a este punto resulta teóricamente acertado lo señalado en el precedente CIVA. Pero, además, es útil para el mercado tal como se verá a continuación.

4.2 La relevancia económica de la noción restringida de Competencia Prohibida.

Recordemos, de inicio, que en el precedente LLAMA GAS, adoptando una interpretación carente de sentido común, se estableció que el INDECOPI debía declararse no competente para conocer aquellas denuncias en las que el agente a investigar, resolviendo quedarse al margen de la formalidad, había optado por competir en el mercado con otros empresarios sin obtener para ello, previamente, las autorizaciones estatales a que hubiera lugar según las disposiciones legales. Es decir, se llegó a excluir del ámbito de aplicación de la LCD a lo que, en cuanto al desarrollo de actividades económicas en el Perú, constituye la regla (el mercado informal) para mantener competencia únicamente respecto de la excepción (el mercado formal).²⁸ En otras palabras, el ámbito aplicación real se circunscribió a una parte minoritaria del mercado peruano.

Por tanto no está exenta de cuestionamiento la anterior política del INDECOPI pues suponía un Estado que intervenía mínimamente en la economía, incluso cuando se trataba de corregir las distorsiones que los empresarios introdujeran en ella, pero de modo tan

de relieve esta circunstancia en lo que respecta a las leyes sobre la represión de la competencia desleal promulgadas con anterioridad a la normativa de España. SANCHEZ SOLE, Sergio. *La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª de 21 de marzo de 1994)*. Revista General de Derecho. Números 604-605, Enero-Febrero 1995. Valencia, España. Págs. 791 y siguientes. A esta clase de comportamientos desleales también se les denomina como actos de externa del propio sistema de competencia puesto que distorsiona el proceso competitivo con independencia de la forma cómo se llevan a cabo. Los actos de ilicitud interna serían los actos de competencia desleal en sentido estricto. VIRGOS SORIANO, Manuel. *El comercio internacionales el nuevo derecho español de la competencia desleal*. Civitas, 1993. Madrid, España, Págs. 118 y siguientes.

- 28 Queremos dejar constancia de que no ignoramos algunos comentarios académicos efectuados en el sentido de que el precedente LLAMA GAS estaba destinado a excluir del ámbito de aplicación de la LCD solamente a aquellos supuestos en los que la actividad concurrencial, realizada sin cumplir con los requisitos exigidos por la Ley, era denunciada por constituir actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (que está descrita en el artículo 17 de dicho cuerpo normativo) y, en ese sentido, que no se pretendió dejar sin sanción a los ilícitos concurrenciales derivados de actividades económicas informales.

Una interpretación en los términos propuestos, además de representar una lectura extremadamente alambicada del referido precedente (o, peor aún, contraria a lo señalado expresamente en él), resulta ilógica pues el objeto materia de discusión no era otro sino el propio ámbito de aplicación de la LCD. Acoger dicha interpretación, entonces, llevaría a sostener la extravagancia de que dicho ámbito de aplicación es de un modo (para dejar de sancionar a los informales por actos desleales en la modalidad de violación de normas, porque la actividad económica que desarrollan, supuestamente, constituye Competencia Prohibida y, así, una actividad ilícita en sí misma) y, simultáneamente, de otro (para considerar a los informales sancionables por otras conductas concurrenciales que, precisamente, presuponen la realización de la misma actividad económica presuntamente constitutiva de Competencia Prohibida).

abstencionista que cerraba los ojos a la realidad y admitía pasivamente la posibilidad de dejar sin sanción a la informalidad desleal, a la que también estaba llamado a combatir.²⁹

No es inútil resaltar que los empresarios informales, de hecho, desarrollan conductas concurrenciales con la misma racionalidad maximizadora de beneficios que se presenta en todo proveedor de productos o servicios y con la misma finalidad de aumentar su clientela (o, al menos, de consolidarla) a través del ofrecimiento de prestaciones destinadas a satisfacer las expectativas de los consumidores y desviar la preferencia de éstos hacia sus organizaciones empresariales. Un proceso competitivo *sui generis* en el que intervienen empresarios informales al lado de los formales, tal como ocurre cuando la competencia se da sólo entre estos últimos, también está sujeto a la eventualidad de que el daño concurrencial ocasionado a un competidor se haya producido como consecuencia de la utilización de mecanismos reñidos con la buena fe comercial. Sin embargo, bajo la óptica que afortunadamente ha sido dejada de lado, el INDECOPI debía abstenerse de investigar y sancionar tales prácticas, aunque fuera obvio que resultaban contrarias al orden público económico.

Sin duda una conducta estatal permisiva como la descrita terminaba por constituir una licencia o incentivo para que algunos empresarios estuvieran en posibilidad de evadir la LCD, cuando les fuera útil, mediante el sencillo expediente de mantenerse en la informalidad. Esto resulta en una posibilidad bastante cercana a la realidad que, por sus consecuencias, devienen en perversas económicamente.

Las consecuencias últimas de una política como la adoptada por la anterior Sala no son difíciles de describir. El medio que les restaba a los empresarios perjudicados para hacer valer sus derechos era el recurrir, por ejemplo, a la Policía Nacional, a la Fiscalía o a las autoridades encargadas del control del acceso al desarrollo de la actividad económica ejercida informalmente. Sobra indicar que, al margen de los problemas de celeridad y eficacia que presenta en muchos casos la intervención de las indicadas autoridades, las sanciones que se hubieran hecho efectivas, en todo caso, tendrían que haberse sustentado en la sola ilegitimidad de la participación en el mercado de los agentes denunciados.

29 Debemos resaltar, con riesgo de ser reiterativos, que sólo criticamos el indebido abstencionismo frente a lo que se había denominado Competencia Prohibida *relativa*.

Es claro que en el caso de los así llamados supuestos de Competencia Prohibida *absoluta* (*rectius*, Competencia Prohibida) no se justifica la intervención del INDECOPI, pues en torno a ellos no sólo no pueden existir competidores legitimados para exigirle una tutela (sea porque, al estar la actividad vedada jurídicamente a todos, no existen agentes habilitados a ofertar o porque, respecto de los únicos que sí estuvieran habilitados a ello, el perjuicio generado por un competidor ilegítimo debería ser sancionado por las autoridades sectoriales competentes al derivarse de una actividad que, al margen de su lealtad, es en sí misma ilícita) sino tampoco consumidores lesionados que requieran válidamente protección (dado que las transacciones que éstos pudieran realizar con un competidor ilegítimo tendrían por objeto, en principio, prestaciones fuera del comercio); no constituyendo estos supuestos excepcionales, como correctamente se señaló en el precedente LLAMA GAS y se reafirma en el precedente CIVA, conductas que estén bajo el ámbito de aplicación de las normas que reprimen la deslealtad mercantil.

Dichas sanciones nunca se hubieran podido sustentar en la vulneración del orden público económico que hubieran ocasionado y mucho menos habrían estado destinadas a la reposición de éste al estado anterior a su vulneración; aspectos que, casualmente, constituyen lo más necesario de atender frente a la informalidad desleal.

Sin duda, estas deficiencias no podían sino agravar el perjuicio de las actividades informales en contra de aquellos agentes económicos que concurren en el mercado legítimamente; perjuicio que, desde ya, no encontraba reparo por la autoridad de competencia.

A nuestro juicio la nueva regla propuesta en el precedente CIVA es correcta jurídicamente y, más importante aún, incentivará el incremento de la competitividad de la oferta en el mercado. Una vez transmitido el mensaje de que la informalidad desleal no dejará de ser sancionada, los empresarios apegados a la Ley, con la total seguridad de que serán los únicos que aprovecharán el producto de la eficiencia (productiva, innovativa y asignativa) de sus propias prestaciones, contarán con mayores incentivos para orientar recursos al desarrollo de las mismas. Por otra parte, los empresarios informales advertirán que tal condición, por lo menos, no resulta más una ventaja para incurrir impunemente en actos desleales. Creemos que, de este modo, se logrará un nivel mayor de dinamismo en la actividad económica y de transparencia del mercado; lo cual puede traer consigo, a su vez, mayores inversiones, innovación tecnológica, el incremento de la diversidad de productos y servicios y, en general, desarrollo para el país.

En resumen, manejar una noción restringida de Competencia Prohibida es relevante desde el punto de vista económico al omitir excesivas consideraciones formales y atender a la realidad; aquella en la que diversas empresas que no cumplen con las formalidades exigidas por el ordenamiento legal para concurrir al mercado terminan realizando funciones económicas idénticas a las que les corresponden a los empresarios formales y, posiblemente cometiendo el mismo tipo de ilícitos concurrenciales en que éstos pueden incurrir.

Esperamos que, pese al incremento de la actividad administrativa que venga conllevando la puesta en práctica del precedente CIVA, el balance sea positivo en consideración al aumento sustantivo del bienestar social que se puede derivar de enfrentar la deslealtad en que, impunemente, venían incurriendo los empresarios informales, que dominan parte importante del mercado peruano. Seguramente, muchas más denuncias sobre esta materia estarán teniendo lugar pero, a la postre, contaremos con un mercado más ordenado en el que la informalidad dejará de constituir una ventaja para la comisión de actos desleales y donde el artículo 20 de la LCD, que establece que cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto desleal puede iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado, será más que una declaración de buenas intenciones.

V. PRECISIONES SOBRE LA ACTIVIDAD CONCURRENCIAL CONSTITUTIVA DE COMPETENCIA PROHIBIDA.

Nos parece importante llamar la atención sobre el hecho que en el precedente de CIVA no se ha precisado qué debe entenderse por actividad concurrencial cuando se trate de determinar aquello que constituye Competencia Prohibida.

En efecto, se omitió la precisión de que existe una diferenciación entre las actividades mercantiles ilícitas y las modalidades ilícitas de otras actividades mercantiles que, en general, constituyen competencia permitida. Esto, que parece un juego de palabras, posee especial trascendencia pues la noción de Competencia Prohibida que la autoridad de competencia debe manejar tiene que corresponder sólo al primer supuesto y no al segundo. Para ello baste un ejemplo.

Imaginemos el supuesto de la comercialización de muestras médicas de medicamentos (las mismas que, incluso, podrían llegar a ser presentadas ante el público como si no lo fueran). A primera vista, podríamos considerar que se está frente a un supuesto de Competencia Prohibida pues se trata de una conducta ilícita³⁰. Empero, esta conclusión es errada en realidad. No es la comercialización de muestras médicas de medicamentos lo que deba considerarse como actividad concurrencial para determinar si se trata de un caso de Competencia Prohibida, sino la comercialización de productos farmacéuticos, que en general constituye competencia permitida. En este caso, la comercialización de muestras médicas de medicamentos es sólo una modalidad ilícita de una actividad mercantil permitida y sujeta al ámbito de aplicación de la LCD.³¹

Inquieta que se mantenga silencio sobre la diferenciación apuntada pues puede permitir al INDECOPI un margen de discrecionalidad inapropiado y, nuevamente, una política que deje fuera del ámbito de aplicación de la LCD a supuestos en los que ésta es del todo aplicable.

VI. LOS ACTOS DESLEALES EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS.

6.1 Sobre la deslealtad de la informalidad y los ilícitos concurrenciales por violación de normas.

Una vez aclarado que, tal como lo establece el precedente CIVA, la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye Competencia

30 Sobre el particular, conforme a lo señalado por la Comisión en la Resolución N° 110-2003/CCD-INDECOPI del 20 de Octubre de 2003, debe considerarse lo siguiente:

- a) El segundo párrafo de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 010-97-SA, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, señala que el rotulado de las muestras médicas de los productos farmacéuticos, galénicos y naturales debe consignar una impresión que indique, en caracteres resaltantes, que se trata de una muestra médica y que está prohibida su venta;
- b) En la Resolución Ministerial N° 548-99-SA-DM se establecen sanciones por no consignar en el rotulado de las muestras médicas el número de Registro Sanitario, su condición de muestra médica y que está prohibida su venta; y,
- c) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, está prohibida la fabricación, importación, tenencia, distribución y transferencia a cualquier título, de productos farmacéuticos y demás que señale el reglamento, contaminados, adulterados, falsificados, alterados y expirados.

31 Debemos resaltar que no estamos proponiendo una inmediata sanción de la conducta objeto del ejemplo por parte del INDECOPI sino sólo que está sujeta al ámbito de aplicación de la LCD y que

Prohibida, puede afirmarse categóricamente que el INDECOPI está en posibilidad de sancionar la posible incompatibilidad entre dicha concurrencia y la pauta de conducta que impone la buena fe comercial. Queremos señalar que no resulta irrelevante el relieve agregado en que tal incompatibilidad es ocasional.

Al margen de la ilicitud que importe una actividad concurrencial desarrollada sin las autorizaciones correspondientes, que merece ser sancionada por las autoridades sectoriales competentes para el control del acceso al desarrollo de la misma, debe resaltarse que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la deslealtad de dicha actividad no surge espontánea y automáticamente. Es claro que tal actividad concurrencial sólo merecerá el calificativo de desleal si, independientemente de la inicial ilicitud que suponga, no se condice con la pauta de conducta que impone la buena fe comercial.

Sin embargo, la resolución en la que se aprobó el precedente CIVA ofrece una redacción con consecuencias dispares a esta conclusión. En la parte considerativa de la misma, la Sala señala lo siguiente:

«La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones correspondientes no constituye competencia prohibida, sino competencia desleal en la modalidad de violación de normas (interpretétese, a falta de salvedades, que la deslealtad ocurre en estos casos con carácter necesario y solamente en esa modalidad), pues la ilicitud (entiéndase, por lógica, que ilicitud equivale, en este caso, a deslealtad) no se encuentra en el solo hecho de participar en el mercado sino en la ventaja competitiva (análizese que la magnitud de esta ventaja parece no importar) derivada de no sujetarse al marco legal vigente para ejercer el derecho a la libre iniciativa privada (nótese la ausencia de condicionalidad en el verbo ‘derivar’, lo que denota que la ventaja competitiva surge, siempre, luego de la infracción legal)» (el subrayado es nuestro).

Conforme a la cita previa, la Sala parece considerar, sin razón, que hay una identidad incondicional y forzosa entre la concurrencia en el mercado sin autorizaciones legales y un acto de competencia desleal (puntualmente, uno realizado bajo la modalidad de violación de normas). Es más, sin propiedad, la Sala explica esta identidad por el supuesto surgimiento espontáneo y automático de una ventaja competitiva (acaso no significativa), a favor del agente económico presuntamente desleal, derivada de no sujetarse al marco legal vigente.

Lo primero que debe tenerse presente, al respecto, es que el desarrollo de una actividad concurrencial sin las autorizaciones correspondientes, al margen de la ilicitud que importe frente a las autoridades sectoriales competentes, no sólo no constituye Competencia Prohibida sino que tampoco constituye Competencia Desleal automáticamente. Se trata de una actividad concurrencial más. Específicamente una que, como todos los demás supuestos de competencia permitida, debe ser valorada en función de la pauta de conducta

la misma debe ser valorada en función de la pauta de conducta que impone la buena fe comercial, a fin de determinar si es desleal. Claro está, aquella inmediata sanción le corresponde a la DIGEMID.

que impone la buena fe comercial a fin de determinar si es o no desleal.³² Es cierto que puede darse el caso que el ejercicio de dicho tipo de actividad concurrencial podría contrariar la pauta de conducta en cuestión; pero esta posible contravención, por supuesto, no es, en nuestro ordenamiento jurídico, un efecto necesario del desarrollo de tal tipo de actividad.

Por otra parte, si lo que se decide investigar en estos casos es la presunta comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (aunque también podría investigarse si determinada actividad informal constituye un ilícito concurrencial bajo cualquier otro tipo de modalidad, pese a que la Sala ha guardado un preocupante silencio sobre esta posibilidad), no puede olvidarse que el artículo 17 de la LCD establece lo siguiente:

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

A falta de excepciones previstas por el Legislador, esto quiere decir que, incluso cuando se investigue una actividad concurrencial desarrollada sin autorización, deberá verificarse que la infracción de la norma legal (que impone la necesidad de contar con dicha autorización) haya generado, a favor del empresario informal, una ventaja competitiva de no ordinarias características: la ventaja de la cual el empresario informal se venga valiéndose indebidamente en el mercado debe tener carácter significativo. Estos, como se podrá advertir constituyen requisitos ineludibles para la configuración de la modalidad de ilícito concurrencial a la que nos referimos.

Desde ya cuestionamos que, como sugeriría implícitamente la Sala, el hecho de no sujetarse al marco legal vigente siempre genere una ventaja competitiva para la posición concurrencial del empresario informal, aunque aceptamos que dicha circunstancia pueda ser la regla y no la excepción. Sin embargo, esta vez sin concesiones, objetamos que la Sala haya omitido puntualizar que, para suponer una deslealtad, dicha conducta requiere necesariamente que la ventaja competitiva obtenida tenga carácter significativo. Esta omisión sólo puede tener una interpretación: pese a la virtual vulneración del Principio de *Non bis in idem*, previsto en el numeral 10 del artículo 230 de la Ley N° 27444,³³ Ley del Procedi-

32 Una interpretación distinta, como la propuesta por la Sala, requeriría necesariamente un precepto legal como el contenido en el segundo numeral del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal. Ver, sobre el particular, la nota 27. Sobre un desarrollo doctrinal en relación con este supuesto ver: SANCHEZ SOLE, Sergio. Op. Cit. Pág. 796: *La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª de 21 de marzo de 1994)*. Revista General de Derecho. Números 604-605, Enero-Febrero 1995. Valencia, España. Págs. 791 y siguientes. En lo que respecta al Perú la doctrina más autorizada está contenida en el muy completo artículo de Baldo Kresalja que trata sobre el mismo tema que el presente. KRESALJA, B., *Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsele a ti*. 50 Themis, Revista de Derecho. 2005. Los autores de la presente contribución coinciden, con pequeños matices de diferencia, con lo señalado por tan distinguido tratadista.

33 Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

miento Administrativo General, la Sala creería que en estos casos la ventaja obtenida por la sola infracción legal siempre debe ser sancionada por tener la entidad suficiente para ser considerada significativa³⁴ y, por tanto, desleal.³⁵ De ser esa la propuesta de la Sala, manifestamos nuestra abierta discrepancia. Aún cuando del hecho de no sujetarse al marco legal vigente se derivara una ventaja competitiva para el empresario informal, no puede postularse como regla que ella siempre tendrá carácter significativo; tal circunstancia es una contingencia cuya verificación dependerá del tipo de actividad económica de la que tratemos y del gran privilegio que la informalidad en ese mercado ofrezca.

Con todo, nos vemos obligados a llamar la atención sobre una peculiaridad de la resolución que venimos comentando. La redacción del numeral 3 del precedente aprobado por la parte resolutive de dicho acto administrativo no concuerda, ni textual ni lógicamente, con el razonamiento expresado a lo largo de todos sus Considerandos, que son los que venimos analizando; pese a que, sin duda, en tal numeral debería haberse reflejado lo dicho en tales fundamentos.

Esta (accidental) discrepancia resulta (afortunadamente) en un texto, contenido solamente en la parte resolutive a la que hemos hecho referencia, que es un poco más apropiado desde el punto de vista teórico: allí la Sala condiciona la verificación de un acto de competencia desleal, derivado del desarrollo de una actividad concurrencial sin las autorizaciones correspondientes, a la adquisición, por parte del empresario informal, de una ventaja competitiva que, por las contingencias del caso concreto y no por sí misma, presente carácter significativo.³⁶ Sin embargo, se replica el error de suponer que, de ocu-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. *Non bis in idem.*- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

- 34 Decimos que, en este supuesto, ocurriría una virtual vulneración del Principio de Non bis in idem pues, de considerarse que la sola concurrencia desarrollada sin las autorizaciones correspondientes es *per se* desleal, la autoridad de competencia tendría que imponer al *mismo competidor* informal una sanción adicional por los *mismos hechos*, cuya ilicitud sería determinada y sancionada por la autoridad sectorial competente, y *sin mayores fundamentos reales que los que determinan esta última sanción*.
- 35 Una segunda interpretación, que optamos por no atribuir a la Sala, es que habría preferido prescindir de la evaluación de la magnitud de la referida ventaja para sancionarla sin mayor análisis; acaso suponiendo la inaplicación del requisito referido al carácter significativo de esa ventaja competitiva.

Ver, sobre una muy interesante exposición de la justificación de la inaplicación administrativa de normas legales, DOMENECH, Gabriel. *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*. En: Revista de Administración Pública N° 155. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 2001. Págs. 59 a 106.

- 36 El texto del numeral 3 del precedente CIVA, contenido en la parte resolutive de la Resolución N° 0493-2004/TDC, es el siguiente:

rrir un ilícito concurrencial, siempre se tratará de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas;³⁷ cuando es claro que, por ejemplo, un empresario informal puede también desarrollar conductas competitivas ilícitas basadas en la confusión, el engaño, la denigración, la imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos y la inducción a la infracción contractual.

De omitirse una necesaria rectificación o aclaración de la Resolución N° 0493-2004/TDC, esperamos que, por lo menos, sea el desarrollo teórico contenido en su parte resolutive y no el propuesto en sus considerandos el que sea tomado en cuenta por el INDECOPI al momento de evaluar los supuestos de informalidad desleal.

6.2 Sobre la determinación de los ilícitos concurrenciales por violación de normas.

La sanción de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conforme al artículo 17 de la LCD citado en el literal anterior, supone una respuesta del ordenamiento jurídico ante la alteración de la igualdad de condiciones en que deben competir los diversos agentes económicos, a través de medios que son reprochables en una economía de mercado. Estamos, como es evidente, ante una conducta antijurídica en la medida de que el infractor de una norma legal obtenga, por ello, una ventaja competitiva, no irrelevante para el Derecho, que no se sustente en la eficiencia de sus propias prestaciones ni en su esfuerzo empresarial y que, por tanto, genere un daño concurrencial ilícito para los competidores.

La doctrina ha sido clara sobre lo indicado anteriormente. Así por ejemplo se señala que:

«se entiende, como «aquellas infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que inicialmente se hallan todos los competidores. Serán así reprochables las infracciones que afecten una igualdad inicial, facilitando al sujeto infractor de una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido, como el resto de los competidores, al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de sus actividad.»³⁸

El carácter no irrelevante y, por el contrario, significativo de la ventaja es el factor que determina la ilicitud de la conducta materia de análisis; pudiendo consistir aquella en el ahorro en costos naturales de una actividad económica o, en general, en el desarrollo privilegiado de ésta, siempre que tales circunstancias representen para el infractor legal un diferencial de competitividad razonablemente determinante de su acceso, permanen-

«La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente» (el subrayado y el resaltado son nuestros)

37 Ver la nota previa.

38 SANCHEZ SOLE, Sergio. Op. Cit. Pág. 796.

cia o triunfo en el mercado y, por ende, signifiquen una ventaja competitiva que esté más allá de lo que hubiera sido razonable esperar de la propia competencia.

Ahora bien, no puede omitirse que la determinación de los ilícitos concurrenciales por violación de normas supone que se ha verificado lo siguiente:

1. Que, en abstracto, la actividad concurrencial investigada no es un supuesto de Competencia Prohibida; pudiendo tratarse, entonces, de una actividad permitida sin mayores regulaciones o de una actividad cuya realización requiere del cumplimiento de ciertos requisitos legalmente previstos;
2. Que, efectivamente, ha ocurrido la infracción de una norma legal de carácter imperativo; como, por ejemplo, la infracción de una norma que impone la necesidad de contar con una autorización para desarrollar una actividad concurrencial;³⁹
3. Que dicha infracción legal ha generado, a favor del investigado (y no de terceros), alguna ventaja competitiva;⁴⁰
4. Que esa ventaja competitiva tiene carácter significativo; y,
5. Que el investigado se ha valido de dicha ventaja competitiva (o puede aprovecharse efectivamente de ella) en el mercado.⁴¹

39 VIRGOS, citado por OTAMENDI, introduce una interesante discusión acerca de cuál debe ser el país en el que ocurra la infracción legal constitutiva de un ilícito concurrencial por violación de normas y de si dichas normas deben ser, necesariamente, dictadas por el país en el que surte efectos el acto de deslealtad denunciado.

Ver OTAMENDI, Juan José. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España. Aranzadi, 1994. Págs. 239 y siguientes.

40 No puede soslayarse que este requisito no es exclusivo para la configuración del ilícito concurrencial por violación de normas; por el contrario, subyace a la configuración de todas las modalidades de actos de deslealtad.

En efecto, como sugiere ILLESCAS al efectuar un comentario genérico sobre la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal, que resulta perfectamente aplicable a la homóloga peruana, «*La deslealtad, para ser así considerada, debe de alterar el juego de la competencia de prestación y ello sólo tiene lugar si se adquiere por uno de los operadores una ventaja competitiva (actual o potencial) de modo desleal*». (la aclaración es nuestra)

Nótese que, cuando una actividad concurrencial no genera para el agente una ventaja competitiva ni es susceptible de generarla en el futuro, no existe ni existirá una alteración de la igualdad de juego en el mercado. En ese sentido, tampoco existirá ningún agente económico que, al menos potencialmente, pudiera verse afectado por la actividad concurrencial presuntamente desleal y, por tanto, no habrán legitimados para solicitar su investigación y eventual sanción; ello, dado que el artículo 20 de la LCD precisa que es «*(...), cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal (...)* (el único que está legitimado para) *iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado*». (el agregado y el subrayado son nuestros)

Ver ILLESCAS, Rafael. *La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal*. En: BERCOVITZ, Alberto. *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley del 10 de Enero de 1991*. Madrid, España. Boletín Oficial del Estado, 1992. Págs. 108 y 109.

41 Como señala ILLESCAS, es claro que este requisito parece excesivo pues, de un lado, alude a una decisión del infractor de emplear efectivamente la ventaja adquirida y, por otra parte, no contempla

Es claro que la determinación de los requisitos 1, 3, 4 y 5 corresponde al INDECOPI, mientras que la del requisito 2 debe ser efectuada, en un importante número de casos, por la autoridad sectorial competente para la aplicación de la norma supuestamente infringida. Así ha sido entendido siempre por el INDECOPI.⁴² El problema es que, cuando esta institución decidía solicitar un informe a la autoridad competente a fin de resolver la incertidumbre acerca de si había ocurrido una infracción legal (porque, en un caso concreto, la comisión de dicha infracción no era evidente), tal informe era entendido como uno de carácter no vinculante⁴³ y, peor aún, en la mayoría de los casos tal autoridad se pronunciaba sin haber iniciado el procedimiento sancionador respectivo.

De este modo, existía la posibilidad de que se presentarán una serie de anomalías procedimentales indeseables dentro de un Estado de Derecho. De un lado, el INDECOPI podía desconocer los términos del informe remitido, con lo cual se corría el riesgo de emitir un pronunciamiento dispar con el que la autoridad competente emitiera en su propio procedimiento sancionador. Por otra parte, de no haberse iniciado (y concluido) éste, la autoridad sectorial competente remitía informes en términos condicionales y no establecía categóricamente si se había dado la presunta infracción legal investigada, para no incurrir en un adelanto de opinión que conllevara algún tipo de responsabilidad posterior.

Lo señalado en el numeral 4 del precedente CIVA pretendía solucionar las anomalías presentadas en las líneas previas. Así, la Sala señaló lo siguiente:

«La configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia

la posibilidad de que la misma sea empleada en ámbitos distintos del mercado que, del mismo modo, pueden mejorar su posición concurrencial (por ejemplo, efectuar donaciones de los recursos ahorrados por la no observancia del marco legal vigente o emplearlos en demostrar su responsabilidad social corporativa). Con todo, debe resaltarse que el INDECOPI no ha dedicado espacio al análisis de este requisito y, normalmente, no se pronuncia expresamente sobre el mismo en los procedimientos que sigue por la presunta comisión de ilícitos concurrenciales por violación de normas, restándole importancia.

Ver ILLESCAS, Rafael. *Op. cit.*, págs. 115 y 116.

42 Ver, por ejemplo, el análisis efectuado en las resoluciones indicadas en la nota 8.

43 Según lo señalado por la Sala en la Resolución N° 082-1997/TDC, emitida en el Expediente N° 088-1995/CPCD seguido por Compañía Peruana de Gas S.A. en contra de Sursa Gas E.I.R.L.:

«(...) el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI no exige como requisito de admisibilidad ni de procedencia de las denuncias que se tramitan en la Comisión por infracción al artículo 17 del Decreto Ley 26122, ni ningún otro artículo contenido en dicha Ley, el pronunciamiento previo de otra entidad administrativa que sea competente en la materia denunciada. Por el contrario, la Sala es de la opinión que en este tipo de casos, la Comisión debe admitir a trámite las denuncias y, en todo caso, de ser necesario, solicitar a la autoridad competente en la materia una opinión técnica no vinculante a fin de comprobar si efectivamente los hechos materia de denuncia pueden o no constituir una violación al marco legal vigente» (el subrayado es nuestro).

que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada» (*el subrayado es nuestro*).

El 18 de Mayo de 2005, a ocho meses del precedente en cuestión, la Sala emitió la Resolución N° 0566-2005/TDC; aprovechando un caso, referido a una envasadora de gas que venía infringiendo el marco legal que regulaba su actividad, para flexibilizar, acertadamente, su posición inicial y, mediante un Precedente de Observancia Obligatoria complementario al precedente CIVA, mejorar la solución que debía darse a las anomalías procedimentales antes mencionadas.⁴⁴

En aplicación del precedente CIVA, el caso en cuestión no constituía un supuesto de Competencia Prohibida y, por lo tanto, sí era susceptible de ser evaluado a la luz del artículo 17 de la LCD. Para el efecto, entre otros temas, debía verificarse la infracción del marco legal relativo a la actividad de comercialización de gas licuado de petróleo; en particular, conforme al último numeral de dicho precedente, se requería una decisión de la autoridad competente en la materia que determinara la referida infracción.

Sin embargo, la actuación del INDECOPI no fue esa. Coincidiendo con lo expuesto en la primera instancia por la Comisión, la Sala señaló que en el caso materia de análisis no era necesaria la decisión de la mencionada autoridad para resolver adecuadamente si se había verificado un ilícito concurrencial en la modalidad de violación de normas.

Esta posición puede explicarse en términos muy sencillos. La Sala resolvió agregar un nuevo numeral 4 al precedente CIVA y, adicionalmente, modificar el antiguo numeral 4, asignándole como nueva numeración la de numeral 5. En suma, en lo pertinente, dicho precedente quedó redactado de la siguiente forma:

«4. La realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias o, en algunos casos, contratos de autorización entre agentes privados. La omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos, evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas.

44 El 30 de Enero de 2004, Asociación Gas LP Perú denunció a Envasadora Alfa Gas S.A. por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos, entre otros, en el artículo 17 de la LCD. En esta ocasión, Envasadora Alfa Gas S.A., empresa dedicada a envasar y comercializar gas licuado de petróleo, estaba envasando su combustible en cilindros que eran propiedad de otras empresas envasadoras (pintándolos con su color característico y su signo distintivo para su comercialización en el mercado), sin contar con el acuerdo de co-responsabilidad que, para dicho efecto, exige el ordenamiento jurídico.

Al respecto, considérese que, conforme al Decreto Supremo N° 01-94-EM, Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, las empresas envasadoras del referido combustible no pueden usar cilindros en kilogramos que no sean de su propiedad o cilindros en libras que tengan la marca, rótulo o color de otra empresa envasadora, a menos que exista un acuerdo contractual de co-responsabilidad entre las empresas envasadoras involucradas y que el mismo haya sido previamente puesto en conocimiento de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas.

5. Únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada» (el subrayado es nuestro).

Siguiendo tales criterios y dado que en el caso objeto de análisis la envasadora de gas no había sido capaz de acreditar que contaba con ciertos requisitos legales que le imponía el marco legal que regulaba su actividad⁴⁵, no puede extrañarnos que la Sala haya considerado innecesario un pronunciamiento de la autoridad competente en la materia que verificara el incumplimiento de dichos requisitos⁴⁶ y se haya pronunciado sin mayores trámites en este aspecto⁴⁷.

Sobre este particular, el razonamiento de la Sala está orientado por la idea de que la determinación teórica de un acto de Competencia Desleal requiere acudir a las reglas que gobiernan la actividad probatoria en el procedimiento sancionador sobre esta materia. Así, a criterio de la Sala, los principios de Impulso de Oficio y de Verdad Material, que sustentan el procedimiento administrativo, determinan que el INDECOPI deba utilizar todas las medidas probatorias autorizadas por la Ley, tales como requerir de oficio los medios probatorios que estime pertinentes, para el esclarecimiento de los hechos; debiendo considerarse que, de conformidad con el artículo 27 de la LCD, la negativa a entregar la información requerida opera como prueba en contra del requerido.

Por lo demás, la Sala considera que existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas solamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, por lo que únicamente en esos casos se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada. A este respecto, es expresa la intención de la Sala de respetar en esos caso los principios de Legalidad y de Estabilidad de la Competencia que rigen el procedimiento administrativo y que, en conjunto, condicionan que sólo la autoridad legalmente

45 Puntualmente, la denunciada no acreditó que contaba con un acuerdo de co-responsabilidad que le permitiera envasar y comercializar gas licuado de petróleo en cilindros de propiedad de sus competidores.

46 Así, resultó innecesario un pronunciamiento del Ministerio de Energía y Minas que declarara la inexistencia del acuerdo mencionado en la nota precedente y, luego, una infracción del marco legal relativo a la actividad de comercialización de gas licuado de petróleo.

47 Sólo resta indicar que la ulterior verificación de que la infracción denunciada en esa oportunidad había generado una ventaja competitiva ilícita de carácter significativo llevó a la Sala a confirmar la resolución emitida en su momento por la Comisión y, en ese sentido, declarar fundada la denuncia presentada contra Envasadora Alfa Gas S.A. por la comisión de un ilícito concurrencial en la modalidad de violación de normas.

competente debe determinar la existencia de una infracción del marco legal sujeto a su supervisión.⁴⁸

En buena cuenta esto quiere decir que en el análisis de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando se trate del incumplimiento de requisitos legales para la realización de una actividad económica, el INDECOPI no puede desconocer lo resuelto por la autoridad competente, anulándose el riesgo de que esta institución emita un pronunciamiento dispar con el de aquella autoridad; debiendo tener este último, por cierto, carácter definitivo y ser producto del procedimiento sancionador respectivo, con la finalidad de suprimir la extravagancia de que la información remitida por dicha autoridad no sea categórica en cuanto a si se cometió la infracción investigada.⁴⁹ Así, según la Sala, la decisión de la autoridad competente en la materia, que se pronuncie sobre una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada, debe ser previa y firme.

El primer adjetivo no causa mayores problemas; la decisión en cuestión debe ser previa al pronunciamiento de la Comisión sobre la denuncia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, más no a la presen-

48 Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)

Artículo 231.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

- 49 Queda claro, entonces, que el INDECOPI deberá suspender (o, en general, abstenerse de resolver) aquellos procedimientos que siga por la presunta comisión de ilícitos concurrenciales por violación de normas, cuando se trate del incumplimiento de requisitos legales para la realización de una actividad económica, mientras que la autoridad competente no le informe de los alcances de su decisión.

Asimismo, el INDECOPI estará condicionado a declarar infundada una denuncia por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando se trate de los supuestos indicados, en aquellos casos en los que la autoridad competente haya determinado, según su propio procedimiento sancionador, que no ha ocurrido una infracción legal. Por el contrario, sólo en aquellos casos en los que la autoridad competente haya determinado, previo procedimiento sancionador, que ha ocurrido dicha infracción legal, el INDECOPI podrá continuar su análisis para determinar si se ha cometido un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (con la posibilidad de que, posteriormente, se declare infundada la denuncia por no concurrir los demás requisitos requeridos para que se configure dicho ilícito concurrencial).

tación y admisión a trámite de ella.⁵⁰ Sin embargo, no es claro que ha querido decir la Sala con el adjetivo firme.

Según el artículo 212 de la Ley N° 27444,⁵¹ Ley del Procedimiento Administrativo General, un acto administrativo queda firme si el particular, voluntaria o negligentemente, permite que venzan los plazos para interponer los recursos administrativos. Cuando el particular emplea oportunamente todos los recursos que el ordenamiento jurídico le autoriza para cuestionar un acto administrativo y agota la vía respectiva, nunca podrá decirse de éste que ha quedado firme, incluso si luego decide no recurrir a los órganos jurisdiccionales y se conforma con el pronunciamiento de la última instancia administrativa.⁵²

Si la inclusión del adjetivo firme ha tenido por finalidad indicar que el INDECOPI requiere, previamente a su decisión, un pronunciamiento inmodificable de la autoridad legalmente competente (referido a la infracción legal que forma parte de los requisitos para la configuración del ilícito concurrencial por violación de normas) al margen del rango jerárquico de dicha autoridad, es obvio que dicho adjetivo no ha sido empleado por la Sala en un sentido técnico pues él alude, en estricto, sólo a aquellos pronunciamientos inmodificables que no han sido emitidos por la última instancia administrativa.

A mayor abundamiento, no se puede concluir con certeza si, con el lacónico término firme, *la Sala quiso decir que el pronunciamiento debía «ser firme o haber causado estado»*⁵³ (dando a entender que bastaba el pronunciamiento inmodificable de la autoridad administrativa respectiva para entender cumplido el requisito antes mencionado) o *«ser firme, haber causado estado o, de ser el caso, tener la calidad de cosa juzgada»* (dando a entender que, en caso de haber optado las partes por recurrir al órgano jurisdiccional, se requería inclusive un pronunciamiento inmodificable, por las vías ordinarias, en sede judicial).

En todo caso, la interpretación por la que se opte impondrá nuevamente un debate entre aquello que se debe preferir: respectivamente, el Principio de Celeridad que rige la actividad administrativa⁵⁴ o la necesidad de evitar el riesgo de que el INDECOPI emita un pronunciamiento potencialmente contradictorio con lo que, de ser el caso, pudiera deter-

50 Ver, a modo de confirmación teórica de esta conclusión, el primer párrafo de la cita contenida en la nota 40.

51 Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

52 Con mayor razón, no se podrá decir que el acto administrativo ha quedado *firme* si se recurre a los órganos jurisdiccionales para la revisión del mismo.

53 Constitución Política del Perú

Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso- administrativa.

54 Ley del Procedimiento Administrativo General

minar el Poder Judicial (aunque aquel pudiera sí ser consistente con lo que la autoridad administrativa competente determinara en su propio procedimiento sancionador).

Con todo, nos inclinamos por la primera interpretación en pro de *salvaguardar la eficacia de aquellas resoluciones del INDECOPI que determinen y sancionen la competencia desleal*; las cuales, de otro modo, resultarían muy retrasadas y seguramente meramente decorativas, pues no es poco usual que el Poder Judicial se tome términos excesivos para resolver las cuestiones que se someten a su consideración.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Cualquier intento por definir la Competencia Desleal debe ser considerado un desarrollo teórico superfluo, dada la relatividad de este concepto; presentando un aporte nulo, por tanto, el pronunciamiento que la Sala ha efectuado sobre el particular en el precedente CIVA.

Como bien se señala en dicho precedente, no toda actividad comercial está sujeta al ámbito de aplicación de la LCD. Así, pese a constituir Competencia Ilícita, están excluidas de dicho ámbito de aplicación aquellas conductas concurrenciales cuya sola realización en el mercado, como excepción al derecho constitucional a la libre iniciativa privada, se encuentra negada a los particulares: es decir, la Competencia Prohibida.

En este concepto, sin embargo, no están incluidas las actividades económicas informales, toda vez que no implican actividades concurrenciales negadas a los particulares e ilícitas en sí mismas sino la infracción de los canales de ordenación legal de las mismas.

Los efectos para el ordenamiento del mercado peruano, que surgen de reconocer que las actividades económicas informales están incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LCD, no son irrelevantes: se procurará un nivel mayor de dinamismo en la actividad económica y de transparencia del mercado pues los empresarios apegados a la Ley podrán orientar mayores recursos al desarrollo de sus prestaciones con la total seguridad de que el producto de su eficiencia será aprovechado únicamente por ellos y no por terceros que, paradójicamente, podían, bajo la interpretación jurisprudencial ahora descartada, incurrir impunemente en actos desleales.

Con todo, el precedente CIVA ha omitido precisiones necesarias sobre qué debe entenderse por actividad concurrencial cuando se trate de determinar aquello que constituya Competencia Prohibida. Para evitar que se deje fuera del ámbito de aplicación de

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
 - 1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

(...)

la LCD a supuestos en los que ésta es del todo aplicable, debe distinguirse entre las actividades mercantiles ilícitas y las modalidades ilícitas de otras actividades mercantiles que, en general, constituyen competencia permitida; con la finalidad de reservar la noción de Competencia Prohibida sólo al primer supuesto.

El desarrollo de una actividad concurrencial sin las autorizaciones correspondientes, al margen de la ilicitud que importe frente a las autoridades sectoriales competentes, no sólo no constituye Competencia Prohibida sino que tampoco constituye Competencia Desleal automáticamente: se trata de una actividad concurrencial más, una que, como todos los demás supuestos de competencia permitida, debe ser valorada en función de la pauta de conducta que impone la buena fe comercial, a fin de determinar si es desleal.

Aunque la Sala guarde silencio sobre el particular, los ilícitos concurrenciales derivados de una actividad económica informal no se restringen a la modalidad de violación de normas. Por el contrario, un empresario informal puede también desarrollar cualquiera de las conductas competitivas ilícitas descritas en la LCD como modalidades de actos desleales. No obstante, si lo que se investiga es la presunta comisión de un acto de competencia desleal por violación de normas, deben seguirse los criterios aprobados mediante el precedente CIVA y modificados por su precedente complementario.

Así, en general, el INDECOPI merituará por su cuenta si la información presentada por el denunciado acredita que éste ha cumplido con los requisitos legales que le impone el marco legal que regula su actividad. Solamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, por existir incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, el INDECOPI requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada; respetándose, así, los principios de Legalidad y de Estabilidad de la Competencia que rigen el procedimiento administrativo y que, en conjunto, condicionan que sólo la autoridad legalmente competente debe determinar la existencia de una infracción del marco legal sujeto a su supervisión: la decisión de dicha autoridad, según la Sala, debe ser previa y firme en estos casos.

Si bien queda claro que la decisión en cuestión debe ser previa al pronunciamiento de la Comisión sobre la denuncia por violación de normas, no es tan obvio qué ha querido decir la Sala con el adjetivo «firme». El sentido en el que lo ha empleado no es técnico, aunque puede intuirse que tiene por finalidad indicar que la referida decisión debe tener carácter inmodificable. Así las cosas, a favor de salvaguardar la eficacia de las resoluciones del INDECOPI que determinen y sancionen la competencia desleal, parece conveniente entender el término «firme» en el sentido de que basta el pronunciamiento inmodificable de la autoridad administrativa respectiva para entender cumplido el requisito antes mencionado; pues, de entenderse que se requeriría inclusive esperar a que emitan sus pronunciamientos los órganos jurisdiccionales ante los cuales se hubiera cuestionado la decisión administrativa, la resolución del INDECOPI resultaría absolutamente retrasada e ineficaz.

Como reflexión final, queremos recordar que, a la fecha, el INDECOPI viene trabajando un Proyecto de Ley para una nueva LCD; el mismo que, en su última versión,⁵⁵ recoge los criterios contenidos en el precedente CIVA y modificados por su precedente complementario en cuanto a los ilícitos concurrenciales por violación de normas.

No debe dejarse pasar la oportunidad de enmendar en dicho Proyecto de Ley algunas cuestiones, anotadas a lo largo de este trabajo, para que la nueva LCD que llegue a promulgarse guarde una mejor consistencia teórica y práctica. Sin duda, estamos ante una gran oportunidad para mejorar el sistema de represión de la competencia desleal que viene empleándose en nuestro país y que, con todo, ha demostrado ser una herramienta indispensable para garantizar un mercado mejor.

55 Versión a Julio de 2005.

Contrafáctico

«El proceso de la invención tiene por base la imitación: los creadores han tenido su período de imitadores. Imitar a muchos es ya no imitar y, por lo mismo, el que persigue la originalidad, como flor suprema de su esfuerzo, debe comenzar por estudiar a otros, por hacer adaptaciones, por enriquecerse con asimilaciones. Sólo así nace el producto creador».

La universidad de San Marcos y su biblioteca (1904)

FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN

*Law is but let me explain it once more,
Law is The Law.*

*Yet law-abiding scholars write:
Law is neither wrong nor right,
Law is only crimes
Punished by places and by times,
Law is the clothes men wear
Anytime, anywhere,
Law is Good-morning and Good-night.*

*Others say, Law is our Fate;
Others say, Law is our State;
Others say, others say
Law is no more,
Law has gone away.*

Law like love (1940)

W. H. AUDEN

«Yet copyright to catch up is the only way to catch up. Every country that has caught up has done it by copying. Third world countries know that unless they can acquire the necessary knowledge, they will never make it into the first world. They cannot afford to buy what they need even if those who have the knowledge were willing to sell and they are not. So they have to copy».

Needed: A new system of intellectual property rights (1997)

LESTER THUROW

