

# Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044

Christian Guzmán Napuri\*

## SUMILLA

El autor plasma diversas características y manifestaciones de la Competencia Desleal en el marco del Decreto Legislativo N° 1044, desarrollando conceptos y criterios que resultan ser útiles tales como el Concepto de Competencia Desleal, las cláusulas generales, libertad de expresión empresarial y sus límites, la naturaleza de la responsabilidad y su ámbito de aplicación y la aplicación territorial. Con la misma destreza y claridad desarrolla los tres Modelos de la represión de la Competencia Desleal conocidos como Paleoliberal, el Modelo Profesional o Empresarial y el Modelo Social. Teniendo como referencia los diversos actos que constituyen Competencia Desleal: Los actos de engaño, actos de confusión, actos de explotación indebida de la reputación ajena, entre otros. Para terminar realiza un análisis de la Perspectiva Penal en Competencia Desleal haciendo un análisis crítico de la derogación que la norma referida hace sobre tipos penales.

## 1. Introducción

La norma que regula actualmente el Derecho de la Competencia en el nivel de la represión de la Competencia Desleal es el Decreto Legislativo N° 1044, que a su vez deroga el Decreto Ley N° 26122, así como el Decreto Legislativo N° 691, normas que trataban el tema desde ópticas distintas, haciéndose necesaria su integración. La norma citada fue emitida también en aplicación de la Ley N° 29157, la misma que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de Norteamérica.

De hecho, la parte considerativa de la citada norma precisa su finalidad en consonancia con el objetivo previsto en el acuerdo de promoción comercial

antes mencionado; clarificando su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial), al cual aludiremos más adelante; así como destacando el principio de Primacía de la Realidad, el mismo que permite preferir lo que se persigue o implementa en la práctica a lo establecido en el acto jurídico que es celebrado por el competidor que incurre en la conducta prohibida<sup>1</sup>.

Asimismo, la propia norma establece la necesidad de establecer conceptos claros y criterios de análisis que generen mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas como desleales, incluso si han sido realizadas a través de publicidad comercial, consolidando las normas existentes sobre la materia; entre otras consideraciones más bien adjetivas, relativas al procedimiento administrativo tramitado por las autoridades administrativas pertinentes.

\* Abogado consultor especialista en Derecho Público. Socio Fundador de Guzmán, Flores, Ñaupari y Buezo de Manzanedo, Abogados. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la citada universidad, en las áreas de derecho constitucional y de derecho administrativo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad ESAN y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Árbitro en materia de derecho público y de contratación pública.

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 1044:

Artículo 5°.- Primacía de la realidad.-

*La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*

## 2. Concepto. Competencia Desleal

El Derecho de la Competencia en general es un mecanismo de intervención administrativa en la economía que se encarga de asegurar el cumplimiento de ciertos principios inherentes a la libre y leal competencia, elemento fundamental de la economía de mercado, institución protegida por nuestras normas legales, en especial la norma constitucional<sup>2</sup>.

Lo que ocurre es que, sin libre y leal Competencia, el mercado deja de convertirse en el mecanismo que asigna los recursos de manera más eficiente, criterio básico de la economía social de mercado consagrada constitucionalmente en nuestro régimen económico. Por ello es el Estado, a través de la Agencia de Competencia, se convierte en el garante de la competencia en el mercado. De hecho, paulatinamente el Derecho de la Competencia debe convertirse en un sustituto eficiente de otros mecanismos de intervención estatal, en particular, de la Regulación Económica.

Dicha actuación, sin embargo, posee ciertos límites. En primer lugar, el Derecho de la Competencia opera de manera posterior (*ex post*) a la generación de las conductas punibles, constituyendo ello la principal diferencia con la regulación económica, que opera de manera previa, posterior e incluso simultánea. En el Perú prácticamente no existe control de concentraciones empresariales o control de estructuras, salvo en el mercado eléctrico.

Asimismo, el Derecho de la Competencia es en general plano, operando con la misma intensidad en todos los mercados en los cuales actúa. A ello debemos agregar que el Derecho de la Competencia se limita a la Agencia de Competencia (en nuestro caso, INDECOPI) con excepción del mercado de telecomunicaciones, en el cual la competencia corresponde al regulador.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho de la Competencia encontramos dos espacios de

regulación<sup>3</sup>. Por un lado, tenemos la represión de conductas anticompetitivas, que se dirige a conjurar conductas que limitan o restringen la libre competencia por parte de los agentes económicos. Por otro lado, tenemos la represión de la Competencia Desleal la misma que se dirige a todo acto o conducta de Competencia Desleal que tenga por efecto, sea el mismo real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

### 2.1 La Cláusula General

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el artículo 6° de la norma, un acto de Competencia Desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. Lo complicado de esta definición es que puede llevarnos a un razonamiento circular, pues nos obliga a determinar qué se entiende por buena fe empresarial. Este es un concepto incompleto, porque no incorpora la Competencia Desleal generada por entidades no empresariales. Asimismo, es un concepto más bien instrumental, que debe ser llenado de contenido por la Ley.

Lo que ocurre es que podríamos decir que la buena fe competencial, que es un concepto que abarca mejor a lo que nos referimos, implica la realización de actividades en el mercado cumpliendo determinados principios que se consideran indispensables para que la competencia funcione adecuadamente, directamente ligados a su vez con los principios rectores de la actividad económica<sup>4</sup>. El daño concurrencial, es en principio lícito, pero el mismo debe ser resultado del comportamiento eficiente del competidor y no de mecanismos que no son consistentes con dichos principios<sup>5</sup>.

Por otro lado, ya INDECOPI se ha pronunciado respecto a los alcances de la cláusula general<sup>6</sup>, estableciendo que la misma constituye la tipificación de la conducta que constituye infracción administrativa, cumpliendo con el principio de

<sup>2</sup> Constitución de 1993:

Artículo 61°.- Libre competencia

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna Ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

*La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.*

<sup>3</sup> BAYLOS CORROSA, Hermenegildo - **Tratado de Derecho Industrial**. Madrid: Civitas, 1993, p. 284.

<sup>4</sup> KRESALJA R., Baldo - **"Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal"**. En: *Revista Derecho* N° 47. Lima: PUCP, 1993, pp. 22-23.

<sup>5</sup> BAYLOS CORROSA, Hermenegildo - *Op. cit.*, p. 257.

<sup>6</sup> Res. N.° 0455-2004/TDC-INDECOPI.

tipicidad consagrado por la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>7</sup>, siendo que la enumeración de las conductas que configuran Competencia Desleal es meramente enunciativa y no taxativa.

Esta interpretación, sin embargo, ha generado importante controversia. De hecho, algún sector de la doctrina considera que la misma vulnera el principio de tipicidad, permitiendo que INDECOPI tipifique arbitrariamente. Se señala que la tipicidad en materia sancionadora implica que la Ley haya definido claramente el ámbito de la infracción a fin de conocer la conducta considerada dañosa por el ordenamiento<sup>8</sup>.

### 2.3 Libertad de expresión empresarial

INDECOPI se ha referido de manera reiterada a este concepto. De hecho, el artículo 19° de la norma materia de análisis establece que el desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre Iniciativa Privada que garantiza la Constitución Política del Perú. Por ello, el derecho a la libertad de expresión empresarial constituye en realidad un derecho fundamental, el cual solo puede ser desplazado por otro derecho fundamental, en aplicación del principio de preferencia por los derechos fundamentales.

Por ello, en el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de Competencia Desleal<sup>9</sup>. Ejemplos interesantes son los comerciales de cerveza o de bebidas gaseosas, que recurren muchas veces a la fantasía para llamar la atención de los consumidores respecto al producto que se está publicitando.

#### Los límites

Evidentemente, el ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de Competencia Desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento

del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú<sup>10</sup>.

Los límites a dicho derecho se enfocan entonces en la norma materia de análisis, así como en la normativa sobre protección al consumidor, a la cual vamos a hacer referencia más adelante en el presente trabajo. Ahora bien, como toda limitación a derechos fundamentales es evidente que los supuestos de Competencia Desleal deben interpretarse de manera restrictiva, prefiriendo la libre competencia a limitaciones a la misma que no tengan por finalidad asegurar un adecuado funcionamiento del mercado.

### 2.4 Naturaleza de la responsabilidad en materia de Competencia Desleal

En primer lugar, la responsabilidad proveniente de Competencia Desleal es objetiva, no siendo necesario determinar la existencia de dolo o culpa para que la misma se configure, bastando únicamente con la determinación de la acción del agente<sup>11</sup>, encontrándose en consonancia con el resto de los ordenamientos sancionadores. Asimismo, no es necesario que se acredite la existencia de un daño evidente al mercado, bastando con el efecto potencial del acto de Competencia Desleal<sup>12</sup>. En consecuencia, la responsabilidad en este ámbito es objetiva, dada la necesidad de reprimir la conducta indebida, desincentivando su comisión.

Asimismo, la responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de Competencia Desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos, al anunciante<sup>13</sup>. Es preciso señalar que la norma define como anunciante a toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación

<sup>7</sup> **4. Tipicidad.**- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley permita tipificar por vía reglamentaria.

<sup>8</sup> Sobre el particular: EZCURRA, Huascar y CHAVEZ, Christian - "La Cláusula General Prohibitiva". En: *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: UPC, 2007, p. 77 y ss.

<sup>9</sup> Artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>10</sup> Numeral 19.2 del artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>11</sup> Artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>12</sup> KRESALJA R., Baldo - *Op. cit.*, p. 33.

<sup>13</sup> Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1044.

o prestación constituye el objeto de su actividad; o motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales<sup>14</sup>.

Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de Competencia Desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. La norma establece que esta responsabilidad es independiente de aquella que corresponde al anunciante.

Adicionalmente, la norma prescribe que corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de Competencia Desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad también resulta ser independiente de aquella que corresponde al anunciante.

### 2.5. Ámbito de aplicación subjetivo

La norma debe aplicarse a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, sean estatales o no, con fines de lucro o sin ellos, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado; siendo que en el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores<sup>15</sup>.

Ello muestra una definición más amplia de actor económico en el mercado susceptible de generar Competencia Desleal, puesto que no se restringe a empresas, pudiendo inclusive incluir a entidades públicas. A ello debemos agregar que el artículo 2° de la norma excluye expresamente la habitualidad en la realización de las actividades económicas, exclusión que no se encontraba presente en la norma derogada.

La norma señala además<sup>16</sup> que las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el

párrafo anterior, por encargo de estas, les generan responsabilidad al realizar los actos calificados como Competencia Desleal, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

### 2.6. Ámbito de aplicación territorial

Al igual que ocurre en la norma sobre prácticas anticompetitivas, se establece que la Ley es aplicación sobre cualquier acto de Competencia Desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero<sup>17</sup>. Esto es una novedad en la norma materia de análisis respecto de las normas precedentes y permite sancionar conductas que configuran Competencia Desleal incluso en territorio que no es el nacional, de manera similar a lo prescrito en la norma en materia de prácticas anticompetitivas.

Asimismo, conforme lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria Final, en el marco exclusivo de un acuerdo internacional, y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá investigar, de conformidad con la norma, actos de Competencia Desleal que se hayan desarrollado en el territorio nacional, pero con efectos en uno o más países que forman parte del referido acuerdo.

## 3. Los Modelos de la Competencia Desleal

La represión de la Competencia Desleal nos muestra tres modelos que muestra la evolución de la misma hacia una intervención administrativa mejor enfocada. En primer lugar, se habla del Modelo Paleoliberal, el mismo que se caracteriza por una limitada intervención de la Administración Pública, en la cual únicamente existía del derecho de marcas, así como la responsabilidad civil<sup>18</sup>. Por ello, se considera que el modelo Paleoliberal no mostraba aún verdaderas reglas sobre Competencia Desleal.

Seguidamente, surge el modelo profesional o empresarial, el mismo que ya incorpora supuestos específicos, pero que está enfocado en el daño al proveedor contra el cual se dirige la afectación

<sup>14</sup> Artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>15</sup> Numeral 3.1. del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>16</sup> Numeral 3.2. del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>17</sup> Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>18</sup> SAINZ DE AJA, Borja - "El Derecho de la Competencia Desleal". En: *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: UPC, 2007, p. 25 y ss.

a la buena fe competencial. Este modelo era el que resultaba de aplicación en nuestras normas previas en materia de Competencia Desleal; y que es incompleto puesto que no analiza la perspectiva del mercado en su conjunto. El modelo profesional impide que cualquier persona pueda denunciar un acto de Competencia Desleal, y a la vez, impide enfocar la represión de la misma en entes que no sean empresas.

Finalmente, tenemos el modelo social o institucional, el mismo que, a diferencia del modelo profesional, se enfoca en el mercado en su conjunto, incluyendo por ejemplo a los consumidores, teniendo un fuerte componente de interés general<sup>19</sup>; lo cual ha permitido autorizar comportamientos que antes se encontraban prohibidos, y a su vez, incorporar nuevos supuestos de comportamientos que vulneran la buena fe competencial.

Por otro lado, el modelo social permite imputar Competencia Desleal a entes que no son empresas privadas, como a las empresas estatales, e incluso, a entes que no desempeñan actividad empresarial, como podrían ser entidades del Estado; no siendo necesario que exista una relación directa entre competidores para poder imputar la comisión de actos desleales<sup>20</sup>, teniendo en cuenta que una

denuncia puede ser presentada por cualquier persona, conforme lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>21</sup>.

Resulta evidente que la norma vigente se encuentra enfocada a este modelo, no obstante que algunas veces decisiones de INDECOPI parecieran tributarias del modelo precedente. Dicho enfoque se muestra no solo por su ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, sino también por su legitimidad activa amplia<sup>22</sup>; e incluso por el hecho de que es posible seguir el procedimiento en contra de una empresa pública que viole el principio de subsidiaridad consagrado en el artículo 60° de la Constitución<sup>23</sup>, como veremos más adelante.

#### 4. Los Diversos Actos que constituyen Competencia Desleal

La norma, en aplicación del principio de tipicidad consignado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, requiere enumerar aquellas conductas que deben ser consideradas como constituyentes de Competencia Desleal; debiéndose explicitar sus alcances. Asimismo, si bien la mayoría de ellas son equivalentes a las contenidas en la norma derogada, existen algunas reformas que es preciso relevar adecuadamente.

<sup>19</sup> INDECOPI - Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. Lima: INDECOPI, 2001, p. 9

<sup>20</sup> Sobre el particular: ESPINOZA, Karina - "El acto de confusión como acto de Competencia Desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 5. Lima: INDECOPI, 2007, p. 123.

<sup>21</sup> Ley N° 27444:

Artículo 105°.- Derecho a formular denuncias

105.1 *Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.*

105.2 *La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.*

105.3 *Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.*

<sup>22</sup> Decreto Legislativo N° 1044:

Artículo 28°.- Formas de iniciación del procedimiento.-

28.1.- *El Procedimiento Sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.*

28.2.- *En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.*

28.3.- *El Procedimiento Sancionador podrá ser iniciado cuando el acto denunciado se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.*

<sup>23</sup> Constitución de 1993:

Artículo 60°.- Pluralismo Económico

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Solo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.*

#### 4.1 Actos de Engaño<sup>24</sup>

Típico acto de Competencia Desleal, la norma los define como conductas que generan el efecto de inducir a error a otros agentes en el mercado sobre los diversos atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Ello implica que está prohibido comunicar información que origine en el receptor de la misma una idea del producto o servicio que sea distinta de la que proviene de la realidad concreta<sup>25</sup>.

Un concepto clave de estos actos es la veracidad de la información que se está emitiendo al mercado, que es también de especial importancia para situaciones como la publicidad comparativa. Ello implica que deberá acreditarse la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados, lo cual evidentemente corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

Además, la norma preceptúa que, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. Ello, porque la carga de probar dicha veracidad le corresponde al mismo, dado que se encuentra en mejor capacidad que el afectado por dicho acto de engaño de acreditar la pertinencia del mensaje en cuestión.

#### Publicidad Testimonial

Constituye publicidad testimonial aquella que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o esta sea identificable por su fama o notoriedad pública. Evidentemente, la difusión de publicidad testimonial que no se encuentre sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo constituye actos de engaño<sup>26</sup>.

INDECOPI, mediante el respectivo precedente de observancia obligatoria<sup>27</sup>, se ha pronunciado sobre el particular, señalando en primer lugar que la publicidad testimonial posee tres elementos. En primer lugar, interviene una persona distinta del anunciante. En segundo lugar, dicha persona evidentemente no es un portavoz del anunciante. Y, finalmente, se presenta la opinión de la misma sobre el producto o servicio.

Por otro lado, INDECOPI señala que dicho testimonio debe cumplir con el principio de veracidad. La experiencia debe ser auténtica en su emisión y en su contenido. En su emisión, en efecto, debe ser en primer lugar verdadera, debiendo el testigo haber hecho uso del bien o servicio; y además debe ser reciente, a fin de que el testimonio no haya perdido vigencia, no obstante, haber sido verdadero en su momento.

Por otro lado, el precedente establece que la experiencia del testigo debe ser auténtica en su contenido respecto del bien o servicio. Como resultado, el testimonio debe respetar lo señalado por el testigo sin que se haya alterado su sentido, ni se emplee lo señalado por el de manera ambigua o equívoca, puesto que en caso contrario se estaría induciendo a error a los consumidores.

#### 4.2 Actos de Confusión<sup>28</sup>

Otra modalidad de actos de Competencia Desleal que resulta ser muy común dentro de la legislación y la doctrina, y que al igual que los actos de engaño afectan el funcionamiento del mercado en el plano de la información que se proporciona, la constituye los actos de confusión. Según la norma estos consisten en actos que tengan como efecto inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto del que realmente les corresponde.

Esta definición es más clara que la que se encontraba contenida en el artículo 8° de la norma derogada, puesto que define cuáles son los alcances de la confusión en sí misma, que implica el error respecto a la procedencia de

<sup>24</sup> Artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>25</sup> STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino - "El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias". En: *Ius et Veritas* N° 31. Lima: ius et veritas, 2005, p. 48.

<sup>26</sup> Numeral 8.2 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>27</sup> Resolución N° 1566-2006/TDC-INDECOPI.

<sup>28</sup> Artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1044.

lo realizado por el proveedor, que se imputa de manera distinta de lo que corresponde a la realidad; permitiendo además diferenciarla de la explotación indebida de la reputación ajena. Es evidente que en estos actos el concepto de veracidad de la información en el mercado cumple un rol fundamental, diferente del rol que cumple en el ámbito de la protección al consumidor, ya que en este caso los actos de confusión afectan al mercado en su conjunto.

INDECOPI ha establecido, a través de un precedente de observancia obligatoria<sup>29</sup>, que esta confusión puede ser directa, indirecta o en la modalidad de riesgo de asociación. La primera implica que los bienes, servicios o establecimientos de un competidor en el mercado es lo mismo que lo que produce otro competidor. La segunda implica que los consumidores supongan que dichos bienes, servicios o establecimientos son distintos, pero pertenecen al mismo competidor. Finalmente, la confusión en la modalidad de riesgo de asociación ocurre cuando, no obstante, constituir distintos competidores, el consumidor supone que los mismos se encuentran vinculados.

#### 4.3 Actos de explotación indebida de la Reputación Ajena<sup>30</sup>

Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

Asimismo, a diferencia de los dos casos que veremos seguidamente, el aprovechamiento de la reputación ajena no implica propiamente afectar la posición del competidor en el mercado, sino más bien haber identificado lo favorable de la misma para emplearla en provecho del proveedor que genera el acto de Competencia Desleal. Lejos de perjudicar al proveedor del cual el actor se aprovecha, el mismo perjudica al mercado en su conjunto, dirigiendo indebidamente la decisión de los consumidores.

Finalmente, los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante

la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual, como por ejemplo el empleo indebido de marcas, o de patentes. En dicha situación la competencia corresponde a la Comisión de Propiedad Intelectual que corresponda y solo si la denuncia de parte fuera presentada por el titular del derecho o por quien este hubiera facultado para ello, según la norma que resulte aplicable<sup>31</sup>.

#### El Derecho a Imitar

Es claro que dicho aprovechamiento debe ser indebido, vale decir, no permitido por la norma legal. Un elemento clave en este ámbito es la posibilidad de imitar lícitamente iniciativas empresariales, como parte de la libre iniciativa privada, la misma que se encontraba consignada en el artículo 4° de la norma derogada<sup>32</sup>, pero que no encontramos en el Decreto Legislativo N° 1044. Sin embargo, ello no implicaría que dicho derecho ya no exista, situación en la cual debe efectuarse un análisis respecto al daño potencial que pueda generar dicha imitación.

Ahora bien, INDECOPI ha establecido, a través del precedente de observancia obligatoria citado en el acápite anterior, que este derecho está sometido a un conjunto de parámetros. Una primera limitación, bastante obvia, es la referida al respeto de la propiedad intelectual, situación en la cual la imitación es siempre ilícita. Un segundo parámetro se encuentra referido al deber de diferenciación, por el cual los concurrentes no pueden generar confusión, impedir que el imitado pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado o generar explotación indebida de la reputación ajena.

#### 4.4. Actos de Denigración<sup>33</sup>

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. La norma distingue en este caso los actos de denigración de la comparación y equiparación, no obstante que la publicidad comparativa en general podría incorporar denigración a los competidores.

<sup>29</sup> Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI.

<sup>30</sup> Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>31</sup> Quinta disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>32</sup> KRESALJA R., Baldo - *Op. cit.*, p. 39.

<sup>33</sup> Artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044.

En este ámbito nuevamente cobra importancia la veracidad, en este caso, como mecanismo que exime de la responsabilidad proveniente del acto de denigración; ya que en este caso el competidor está beneficiando al mercado, al proporcionar información veraz respecto de la falta de idoneidad del proveedor afectado. En consecuencia, dichos actos son lícitos si constituyen información verdadera, exacta, pertinente en la forma -evitando la ironía o el sarcasmo, entre otros- y evitando referencias a circunstancias personales que no transmiten información pertinente.

#### 4.5. Actos de comparación y equiparación indebida. El caso de la Publicidad Comparativa<sup>34</sup>

Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. La norma preceptúa que, para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

#### La Publicidad Comparativa

Originalmente, la publicidad comparativa se encontraba proscrita en el Perú de manera expresa. Luego, a partir del Decreto Supremo N.º 026-90-ICTI/IND y en especial, el Decreto Legislativo N.º 691, se consideró que la misma era lícita, siempre que no se denigre a los competidores ni se confunda a los consumidores<sup>35</sup>; estableciéndose además que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, dando una apreciación en conjunto de los productos comparados.

Lo que ocurre es que la publicidad comparativa resulta necesaria, al brindar información al mercado respecto de productos y servicios ofertados en el mercado en relación con otros,

favoreciendo la competencia<sup>36</sup>. La publicidad comparativa entonces permite reducir costos de transacción en el mercado al permitir información fluida. Sin embargo, ello impide que la misma sea sometida a determinadas reglas a fin de que no genere el efecto contrario al que se pretende, vale decir, perjudicar la competencia en el mercado.

Ahora bien, es a partir de esta norma que el Tribunal de INDECOPI emitió el precedente contenido en la Resolución N.º 168-97-TDC<sup>37</sup>, el mismo que estableció de manera discutible que no constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. El Tribunal señaló que estos anuncios constituyen publicidad comercial común y se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N.º 691. Aquí el Tribunal confundió la ilicitud de la publicidad comparativa con la falta de verificación de la misma, debiendo en realidad haber determinado que la falta de objetividad de lo anunciado constituía un acto de Competencia Desleal<sup>38</sup>.

Posteriormente, la Ley N.º 27311 reformula el precepto contenido en la norma antes citada, estableciendo como parámetros de la publicidad comparativa únicamente el engaño a los consumidores y la denigración a los competidores, eliminando el requisito de especificidad, veracidad y objetividad contenidos en la redacción inicial de la norma<sup>39</sup>.

Sin embargo, posteriormente la interpretación del Tribunal de INDECOPI da un vuelco con un nuevo precedente, que es el contenido en la Resolución N.º 0547-2004/TDC-INDECOPI, en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. En el referido precedente el Tribunal estableció que la publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de Competencia Desleal.

<sup>34</sup> Artículo 12º del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>35</sup> Artículo 8º del Decreto Legislativo N° 691.

<sup>36</sup> KRESALJA R., Baldo - *Op. cit.*, p. 44.

<sup>37</sup> Procter & Gamble del Perú S.A, denunció a Productos Sanitarios Sancela del Perú S.A. en relación con un anuncio televisivo en el cual se comparaba la marca de toalla higiénica de la segunda con las toallas que poseían características propias de la fabricada por la denunciante. Es preciso señalar que dicha resolución fue declarada nula por el Poder Judicial, lo cual a su vez anula el precedente.

<sup>38</sup> Sobre el particular: NODA YAMADA, Carlos Ramón - "Libertad de expresión, competencia y publicidad". En: *Ius et Veritas* N° 27. Lima: Ius et veritas, 2003, p. 308-309.

<sup>39</sup> BENAVIDES TORRES, Eduardo y LORCA VISCONTI, Sandra - "Publicidad comparativa: ¿depende del cristal con que se mira?". En: *Derecho & sociedad* N° 24. Lima: D & S, 2005, p. 166.

Ahora bien, ello sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena. El efecto más importante de este precedente estriba entonces en la clara distinción entre publicidad comparativa lícita y publicidad comparativa ilícita, dejando claro que nos encontramos ante la segunda cuando el anunciante emplea afirmaciones de carácter subjetivo, sin que necesariamente se esté denigrando al competidor.

Como resultado de la actual interpretación de lo que debe ser considerado publicidad comparativa lícita, la norma preceptúa, de manera equivalente a lo consignado por la norma en materia de actos de denigración, que se entiende que estos actos son lícitos si constituyen información verdadera, exacta, pertinente en la forma -evitando la ironía o el sarcasmo, entre otros- y evitando referencias a circunstancias personales (como la nacionalidad, las creencias) que no transmiten información pertinente.

Este precedente también ha generado no pocas controversias. De hecho, se ha señalado que vulnera la libertad de expresión impidiendo efectuar afirmaciones subjetivas, incorporando además a través del precedente un requisito eliminado como resultado de la reforma de la norma derogada<sup>40</sup>. Sin embargo, la redacción de la norma vigente es consistente con el precedente que venimos analizando, no obstante, lo restrictivo que se muestra frente a la libertad de expresión.

#### 4.6. Actos de Violación de Secretos Empresariales<sup>41</sup>

Estos actos consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial; divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente; o adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento del deber de reserva o a través

de otro procedimiento análogo. Dichos secretos empresariales son distintos de los secretos industriales, los mismos que son protegidos más bien por las normas de propiedad industrial<sup>42</sup>.

Aquí tenemos dos conductas distintas, la primera, la que se encuentra dirigida a emplear secretos empresariales que el infractor posee, bajo cargo de guardar reserva de ellos. La segunda, la adquisición de dichos secretos a través de mecanismos ilegítimos, los cuales se manifiestan en una cláusula abierta y pueden incluir mecanismos de espionaje, pero también otras formas de acceso a dichos secretos, de manera más amplia que la consignada en la norma derogada.

#### 4.7. Actos de Violación de Normas<sup>43</sup>

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. La norma establece que, a fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida por medio de la infracción de normas.

Un buen ejemplo de estos actos es la evasión tributaria o la violación de normas laborales como por ejemplo el pago de beneficios sociales, puesto que las mismas permiten reducir costos y tener mayor presencia en el mercado frente a aquellos competidores que sí cumplen con dichas normas.

La norma establece que, a fin de determinar la infracción de la norma se requiere la existencia de una decisión firme que establezca la misma; o bien la ausencia del título que habilite la realización de la respectiva actividad empresarial. Este último caso constituye un supuesto de competencia prohibida<sup>44</sup>, la cual no se había considerado inicialmente como una actuación susceptible de ser reprimida a través de las normas de Competencia Desleal<sup>45</sup>, situación que evidentemente ha cambiado con la actual normativa. Esto se encontraba corroborado por un precedente de observancia obligatoria del Tribunal de INDECOPI<sup>46</sup>, el mismo que establecía

<sup>40</sup> Sobre el particular: DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique - "Actos Parasitarios". En: *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: UPC, 2007, p. 171.

<sup>41</sup> Artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>42</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y PATRÓN SALINAS, Carlos A. - "El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal". En: *Themis* N° 39. Lima: Themis, 1999, p. 446.

<sup>43</sup> Artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>44</sup> Sobre el particular: KRESALJA R., Baldo - *Op. cit.*, p. 21.

<sup>45</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y PATRÓN SALINAS, Carlos A. - *Op. cit.*, pp. 448-449.

<sup>46</sup> Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI.

que la competencia prohibida era una situación excepcional que no se encontraba dentro de la norma sin que se verifique si la conducta se encontraba sujeta a la buena fe comercial.

### Competencia Desleal y Principio de Subsidiaridad Estatal

Otra importante novedad de la norma, en el marco del principio de subsidiaridad empresarial, es la definición como acto de Competencia Desleal en la modalidad de violación de normas de la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución, al cual nos hemos referido anteriormente de este trabajo.

Este precepto permite a INDECOPI controlar la actividad empresarial del Estado, impidiendo que la misma vulnere la libre competencia. Es evidente que en este caso no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha actividad empresarial, puesto que se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiaridad constituiría Competencia Desleal.

### El precedente del Tribunal de INDECOPI

Para comprender el principio de subsidiaridad es necesario analizar el precedente recaído en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, la misma que define cómo se interpreta lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044, en tanto control de la actividad empresarial del Estado; considerándola un caso de Competencia Desleal en tanto actos de violación de normas, situación en la cual evidentemente dichas empresas gozan de una ventaja indebida en el mercado, como ya lo hemos señalado.

De hecho, en el precedente que es materia de estudio, la Sala de Defensa de la Competencia señala que el principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. Con ello, el precedente deja en claro que nos encontramos ante un mecanismo de intervención en la economía que debe estar sometido a evidentes parámetros a fin de que el mismo no perjudique al mercado.

Asimismo, el precedente establece que la limitación establecida en la Constitución se aplica a toda

actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. Con lo cual, conforme al precedente, el principio de subsidiaridad no es aplicable únicamente a empresas estatales, como ha ocurrido en el caso que generó el precedente que estamos estudiando, en el cual quien vulnera el principio antes señalado es una universidad pública y no una empresa.

Además, el precedente establece que no constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales. En el primer caso nos encontramos ante una relación propiamente de derecho público, que no es la naturaleza de la relación entre consumidor y proveedor. En el segundo caso, no es de aplicación el principio de subsidiaridad puesto que, no existe competencia alguna con la actividad privada, ya que constituyen actividades destinadas a corregir desigualdades.

En cuanto a los parámetros de la actividad empresarial del Estado, el precedente materia de análisis establece que, para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una Ley expresa aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, señala el precedente, la Ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación. Este criterio de la Sala es de particular importancia para determinar que efectivamente la Universidad se encontraba violando el principio de subsidiaridad.

### 4.8. Actos de Sabotaje Empresarial<sup>47</sup>

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o a

<sup>47</sup> Artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1044.

través de una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otros agentes económicos, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial, constituyendo daño concurrencial lícito, puesto que es perfectamente posible que un empleado, por ejemplo, cambie de puesto de trabajo en caso se le ofrezca condiciones más atractivas<sup>48</sup>. Una interpretación contraria podría afectar derechos fundamentales como la libertad de trabajo o las libertades contractuales.

#### 4.9. Actos de Competencia Desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

La publicidad se encuentra regulada por normas específicas. De hecho, las normas sobre publicidad conformaban una norma específica, que era el Decreto Legislativo N° 691, cuando en realidad las infracciones a dichas normas constituyen actos de Competencia Desleal. Una de las novedades del decreto legislativo que venimos comentando es precisamente haber unificado el tratamiento contenido en los dispositivos legales existentes sobre la materia, a fin de generar un tratamiento coherente. Ahora bien, la publicidad es de particular importancia en el mercado, pues permite transmitir información de los proveedores a los consumidores, reduciendo costos de transacción<sup>49</sup>.

En este orden de ideas, la norma se refiere en primer término al principio de autenticidad<sup>50</sup>, estableciendo que constituye Competencia Desleal impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. Asimismo, constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publiportaje o un anuncio contratado.

Por otro lado, la publicidad debe respetar el principio de legalidad<sup>51</sup>, lo cual implica que no debe violentar normas que la regulen. La norma

alude, de manera enunciativa, a la omisión de la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados; a la omisión de la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado; así como la omisión del equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando este es anunciado.

Asimismo, se incluye la omisión en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, de la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable; así como la omisión en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, de la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables.

Finalmente, se considera vulneración a dicho principio el omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; así como omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido, la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

#### El Principio de Adecuación Social y sus alcances

Asimismo, la norma alude un nuevo Principio que es el Principio de Adecuación Social<sup>52</sup>, el mismo que, en primer lugar, prohíbe inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Dicho precepto se encontraba consignado en el artículo 3° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 691.

<sup>48</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y PATRÓN SALINAS, Carlos A. - *Op. cit.*, p. 447.

<sup>49</sup> REBAZA TORRES, Alberto - "¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y de protección al consumidor". En: *Themis* N° 32. Lima: Themis, 1995. p. 30.

<sup>50</sup> Artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>51</sup> Artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044.

<sup>52</sup> Artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1044.

Este ámbito del principio es muy importante para las decisiones de INDECOPI, puesto que ha incluido controversias alrededor de la denominada publicidad sexista, la misma que contendría un mensaje discriminatorio. De hecho existen varios casos muy interesantes sobre el particular, en los cuales el Tribunal de INDECOPI ha resuelto a favor de la libertad de expresión empresarial.

El caso más interesante sobre el particular es el denominado "Tatuaje de Pilsen", directamente relacionado con el uso de la figura femenina en la publicidad comercial, denuncia que fue declarada infundada por el Tribunal considerando que no existía un uso indebido de dicha libertad de expresión empresarial, aun cuando el mensaje podría resultar inapropiado para algunas personas.

Asimismo, el citado principio de adecuación social prohíbe promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto del adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas. Un ejemplo de estos servicios está referido a los salones de masajes o damas de compañía, que se publicitan en todo tipo de medio de comunicación escrito, en particular en los avisos clasificados. La norma entonces impide que dichos avisos se sigan publicando en diarios de circulación general.

## 5. La Perspectiva Penal en materia de Competencia Desleal

La norma deroga los artículos 238°, 239° y 240° del Código Penal, los mismos que contienen delitos económicos cuya penalización en estos momentos carece de sentido; en aplicación del principio de subsidiaridad penal. Este principio, distinto del concepto de subsidiaridad empleado en el derecho público económico, nos dice que el derecho penal es *ultima ratio*, funcionando en aquellas situaciones en las cuales el resto de mecanismos de control social no generan resultados eficientes<sup>53</sup>.

La justificación estriba en el hecho de que el derecho penal genera la mayor afectación posible a los derechos de la persona infractora razón por la cual, a igual eficacia en la tutela del bien jurídico a proteger, debe escogerse aquel mecanismo que vulnere con menor intensidad

dichos derechos, lo cual se relaciona íntimamente con el criterio de necesidad propio del principio de proporcionalidad empleado para determinar la juridicidad de la limitación de derechos.

En este caso, el mecanismo empleado es el procedimiento administrativo sancionador regulado por la norma que venimos analizando. Entonces, el problema se genera en el interior de un principio fundamental en esta materia, que es el *non bis in idem*, que implica la imposibilidad de que alguien sea sancionado dos veces por la misma infracción, existiendo identidad de hecho, sujeto y fundamento. Ante el mismo bien jurídico que justifica la tipificación de la infracción no podría emplearse sanciones administrativas y penales, conforme lo dispuesto por el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

El primero de dichos tipos penales criminaliza a la persona que, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor. El delito se veía agravado cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

Si bien nos encontramos ante actos de engaño, los mismos también podrían constituir infracciones a las normas de protección al consumidor, como veremos más adelante, razón por la cual debe considerarse que existen suficientes mecanismos de control como para mantener este tipo penal; a lo que hay que agregar que la pena a aplicar es diminuta.

Asimismo, el artículo 239° del Código Penal penaliza al que vende bienes o presta servicios cuya calidad o cantidad son diferentes de los ofertados o de los consignados en los rótulos, etiquetas, letreros o listas elaboradas por la propia empresa vendedora o prestadora de servicios; así como al que vende bienes cuya fecha de vencimiento ha caducado. En puridad este es un delito que afectaba derechos de consumidores, cuya sanción corresponde a la norma respectiva.

Finalmente, el artículo 240° penaliza al que, en beneficio propio o de terceros, se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación

<sup>53</sup> Sobre el particular: CASTILLO ALVA, José Luis - Principios de Derecho Penal. Parte General. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 226 y ss.

industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro; o realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos. Ambas conductas típicas constituyen actos de Competencia Desleal, consignados con claridad en la norma que hemos venido analizando.

## 6. A modo de Conclusión

El presente artículo ha tenido por finalidad dar una mirada panorámica a la Competencia Desleal en el Perú, analizando su evolución, sus principales características, así como sus manifestaciones. La justificación es la importancia de la represión de las prácticas desleales a fin de impedir que

las mismas perjudiquen el funcionamiento del mercado, el cual se muestra como el más eficiente para asignar los recursos escasos en la economía.

Sin embargo, este mecanismo de intervención administrativa en la economía debe emplearse con cuidado, a fin de que el mismo no afecte indebidamente a derechos fundamentales como la libertad de empresa o las libertades informativas. De hecho, INDECOPI ha emitido importantes precedentes con los cuales parte de la doctrina peruana no se encuentra de acuerdo y que han generado interesante polémica; en una lógica de un modelo de represión de la competencia social que debe implicar una preocupación por el mercado en su conjunto, vale decir, el llamado modelo social.