



Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso

Unfair competition general clause in Peru: The good, the bad and the ugly

Gustavo M. Rodríguez García*

Resumen:

En el presente artículo, el autor analiza a la cláusula general prohibitiva y su función en la represión de la competencia desleal, sirviendo como estabilizadora de la norma. Por otro lado, critica la aprobación del precedente Caballero Bustamante, pues abrió lugar a la discrecionalidad con respecto a la norma.

Abstract:

In this article, the author analyzes the prohibitive general clause and its role in the repression of unfair competition, serving as a stabilizer of the norm. On the other hand, it criticizes the approval of the precedent Caballero Bustamante because it opened the way to discretion with respect to the norm.

Palabras clave:

Competencia Desleal – Precedentes – Cláusula general – Interpretación

Keywords:

Unfair Competition – Precedents – General Clause – Interpretation

Sumario:

1. Introducción – 2. La historia y naturaleza de la cláusula general represora de la competencia desleal – 3. Lo malo: el Precedente Caballero Bustamante – 4. Lo espantoso: el fantasma de la cláusula general como único tipo represor – 5. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal en el Perú – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por la Universidad Austral de Argentina. Fue Summer Scholar en el 2014 por The Coase-Sandor Institute for Law and Economics de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Es Socio Fundador de Rodríguez García consultoría especializada, presidente de la Comisión Permanente de Ética No. 2 del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria y profesor en varias universidades. Contacto: gmrodriguez@gfu.pe

1. Introducción

La cláusula general prohibitiva en la disciplina de la represión de la competencia desleal desempeña una función de capital importancia, fundamentalmente, porque permite la aplicabilidad de la normativa represora de la competencia desleal en el tiempo. En otras palabras, la cláusula general prohibitiva desempeña una función estabilizadora de la normativa permitiendo que la evolución de las prácticas concurrenciales no demande una también constante, además de costosa e impracticable, evolución del texto normativo.

No obstante su importancia, el Perú ha sido testigo de ciertas idas y venidas en torno a la interpretación de la cláusula general, en particular, como consecuencia de la aprobación en el año 2004 de un precedente de observancia obligatoria (en adelante, simplemente lo denominaremos “Precedente Caballero Bustamante”) que, lo diremos sin tapujo alguno, desnaturalizó completamente la incontrovertible naturaleza residual de dicha cláusula y abrió espacio a una posible aplicación discrecional de la normativa.

Seguiremos pronunciándonos sin tapujo: el precedente Caballero Bustamante nunca debió nacer y si bien, en la práctica, estimamos que su defunción ya se ha producido, no nos deja de inquietar la ausencia de una partida de defunción que entierre bien y para siempre a ese muerto. El presente trabajo se ocupa de la evolución e involución de la cláusula general represora de la competencia desleal. La historia, como no podría ser de otra manera, debe empezar por el comienzo: con el nacimiento de la idea de una cláusula general represora de la competencia desleal.

2. La historia y naturaleza de la cláusula general represora de la competencia desleal

Al estudiar un curso de represión de la competencia desleal, se suele dividir el proceso evolutivo de la disciplina en tres etapas diferenciadas que, en buena cuenta, expresan modelos diferentes sobre la forma de abordar la competencia desleal. Quizás sea el célebre trabajo de Aurelio Menéndez la referencia obligada en este punto.¹ Como el propio Menéndez adelantaba ya en 1988 en su importante libro, la comprensión de cada una de las etapas permite identificar determinados problemas contemporáneos. Tales problemas, en buena medida, responden a la construcción de una disciplina a partir, muchas veces, de fragmentos regulatorios de etapas distintas.

El surgimiento de la cláusula general se produce en la denominada etapa profesional de la disciplina de la represión de la competencia desleal. Durante esta etapa, el foco de atención estaba puesto en la salvaguarda de los intereses de los empresarios competidores (intereses profesionales o corporativistas). La autonomía plena de la disciplina, distinguiéndose de las reglas tutelares de derechos de exclusiva por vía fundamentalmente penal –como ocurría en la etapa paleoliberal previa²– responde, hay que admitirlo, a una fuerte presión del empresariado que reclamaba tutela ante prácticas perjudiciales que no encontraban sanción.

El mundo cambiante generaba espacios para prácticas deshonestas que quedaban impunes ante la ciertamente rígida tutela de los derechos de exclusiva. Dos intereses fundamentales confluyen: (i) de un lado, el reclamo empresarial por tutela frente a conductas no antes vistas; y, (ii) de otro lado, la necesidad de una nueva estrategia represora que tenga una vocación extensiva. Es precisamente la confluencia de estos intereses la que da lugar al surgimiento de la cláusula general: una técnica con vocación para salvaguardar al empresariado de cualquier conducta deshonestas *conocida o por conocerse*.

Es que una técnica basada en la codificación de tipos represores específicos exclusivamente no podía responder a la necesidad de una salvaguarda dinámica de los intereses empresariales. Por eso, aunque ya con un foco de atención distinto, las legislaciones de represión de la competencia desleal suelen combinar cualquier referencia a modalidades concretas de competencia desleal con la cláusula general represora. De un lado, las modalidades desarrollan aquellas conductas que la práctica ha revelado de manera permanente permitiendo al juzgador tener una norma de aplicación clara (reduciéndose el costo de la interpretación) y, de otro lado, la cláusula general permite el tratamiento de:“(…) los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos”³

1 Aurelio Menéndez, *La Competencia Desleal* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998).

2 Nos parece dudoso que la denominada etapa paleoliberal haya sido realmente una etapa propia de la disciplina de la competencia desleal. En todo caso, el contexto característico de dicha etapa resulta necesario, creemos, para comprender las necesidades que permitieron el surgimiento de la disciplina de la represión de la competencia desleal en el modelo profesional.

3 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, «Cláusula general», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2011), 97.

La cláusula general puede ser concebida, entonces, como una “formulación genérica de lo que se entiende que constituye un comportamiento ilícito”;⁴ orientada a permitir la adaptación de la normativa represora a las circunstancias cambiantes, sin la necesidad de un cambio legal actuando, de esta forma, como una *válvula de autorregulación del sistema*⁵. La cláusula general, como se aprecia, ciertamente representa un tipo autónomo que, como tal, puede en sí mismo sustentar la persecución de una conducta desleal. Sin embargo, en presencia de una regla ya desarrollada carece de sentido apelar a una cláusula que, por su naturaleza, demanda una actividad interpretativa. Los supuestos concretos de deslealtad están expuestos para “ahorrar al operador jurídico una labor deductiva a partir de la cláusula general”.⁶ Tener supuestos concretos y aplicar la cláusula general, en simultáneo, más allá de los peligros que discutiremos más adelante, representa un desperdicio de recursos inaceptable.

Stucchi, en nuestro medio, ha señalado, refiriéndose a la técnica de tipificación combinada (es decir, a la presencia conjunta de una cláusula general con supuestos específicos de deslealtad en la normativa) que: “(...) queda claro que la cláusula general es el tipo sancionador, mientras que las conductas enunciadas alimentan su aplicación. La existencia y aplicación de la cláusula general revela que, lejos de ser la prohibición subsidiaria que se aplica únicamente a conductas no enunciadas –en una tipificación simple–, se aplica plenamente a las conductas enunciadas (...) informando íntegramente su tipicidad y determinando su condición de conductas ilícitas”⁷.

Resulta incontrovertible que la cláusula general permite de manera acabada la persecución de comportamientos desleales no siendo necesaria la referencia a algún supuesto que pueda resultar específicamente desarrollado en la normativa. Resulta claro también que los supuestos que puedan ser específicamente delineados calzarían, en cuanto a su contenido, dentro de los contornos represores de la cláusula general. Debemos tener cuidado, sin embargo, de no apurar el paso y señalar que la aplicación de la cláusula general se ve “alimentada” por las conductas enunciadas. La cláusula general no necesita de “alimento” alguno dado que se trata de una norma represora acabada y autónoma. No estamos frente a un principio que requiera concreción adicional.

En lo referido a los supuestos específicos, aunque su contenido, como hemos dicho, pueda sustantivamente estar cubierto por la cláusula general, tampoco estamos frente a disposiciones que requieran concreción adicional por parte de la cláusula general. Al contrario, los supuestos específicos revelan precisamente una concreción particular que hace innecesaria la aplicación de la regla represora general. No negamos –insistimos– que la conducta reprimida por un supuesto específico lo hubiera sido en virtud de la cláusula general y que, de hecho, el contenido de los supuestos específicos calce dentro del ámbito sustantivo de tal cláusula; sin embargo, ello no significa que exista un tipo sancionador único, como parece sugerir Stucchi, que requiera de una “alimentación” por parte de los supuestos específicos o que deba “alimentar” ésta a ellos.

En sentido similar a nuestro comentario, el profesor Gómez Segade afirma que la cláusula general: “(...) es un precepto dotado de sustantividad frente a los preceptos que regulan los tipos especiales, por eso no cabe una protección cumulativa. Entre los tipos específicos y la cláusula general existe total autonomía, aunque se produzca cierta interacción entre ambos (...)”⁸.

De esta forma, cuando resulte aplicable un supuesto especialmente contenido en la ley, será éste la base para la tipificación de la práctica como desleal y no la cláusula general. Así lo impone, a nuestro juicio, la eficiencia y la lógica.

3. Lo malo: el Precedente Caballero Bustamante

La línea jurisprudencial del Indecopi, en sus orígenes, fue clara y ajustada al planteamiento que aquí hemos defendido como correcto. Por ejemplo, en la Resolución No. 136-98/TDC-INDECOPI del 20 de mayo de 1998, se expresó que: “[...]a Sala considera que (la cláusula general) de la Ley sobre Represión de la Competencia

4 Juan Sánchez-Calero, «La ampliación del concepto de competencia desleal», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Ángel García Vidal y José Antonio Gómez Segade (Madrid: Marcial Pons, 2010), 397.

5 José Massaguer, «La cláusula general de prohibición de la competencia desleal», *Advocatus* N° 7 (2002).

6 Borja Sainz De Aja, «El derecho de la competencia desleal», en *El derecho de la competencia desleal*, ed. Enrique Pasquel, Carlos Patrón y Gabriela Pérez Costa (Lima: UPC, 2007), 48.

7 Pierino Stucchi, «La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados», *Themis* N° 59 (2007): 293.

8 José Antonio Gómez Segade, «La nueva cláusula general en la LCD», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, ed. Ángel García Vidal y José Antonio Gómez Segade (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010), 338.

Desleal (resulta aplicable) a aquellos supuestos que no se hallaran ya previstos en artículos específicos de la Ley”⁹

Los profesores Bullard y Patrón, quienes citan ese pronunciamiento en un conocido trabajo,¹⁰ comentan al respecto que debe recurrirse a la cláusula general cuando no existe un tipo especial aplicable.

Este criterio –que estimamos como “bueno”- cambió en el año 2004 cuando la entonces Sala de Defensa de la Competencia, con una conformación distinta, aprobó el Precedente Caballero Bustamante. El primer numeral del citado precedente señala, aludiendo a la anterior norma de represión de la competencia desleal, que: “[l]a cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal”.

Así, la cláusula general –que indudablemente siempre tuvo la autonomía para operar como tipo infractor- se convirtió en la “única” disposición que contenía una prohibición y mandato de sanción. Como es evidente, la pregunta lógica ante dicha declaración sería: ¿entonces, cuál es la función de los supuestos enunciados en la normativa? El segundo numeral del precedente nos responde afirmando que: “[l]as disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados”.

Entre los artículos 8° al 19° del derogado Decreto Ley N° 26122 se contenían diversos supuestos específicos de competencia desleal que, a la luz del Precedente, eran una “orientación” para la Administración y los administrados. En otras palabras, la anterior normativa de represión de la competencia desleal estaba compuesta por un tipo infractor y doce ejemplos de lo que podía reprimirse en virtud de la cláusula general. Naturalmente, esos doce ejemplos eran simplemente una suerte de ejercicio pedagógico porque no prohibían ni sancionaban nada en sí mismos.

En primer término, la anterior normativa contenía supuestos tan variados que iban desde los actos de engaño hasta la innecesaria referencia a la copia o reproducción no autorizada de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual. En otras palabras, si la finalidad era orientativa, se trataba de una tarea condenada al fracaso. En segundo término, las disposiciones específicas se caracterizaban por una redacción que iniciaba con la frase “se considera desleal” para proceder al detalle de la conducta en cuestión y el artículo 24° estipulaba que: “[e]l incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan”.

¿A qué normas se refería la normativa si la única norma represora era el tipo único (la cláusula general)?

En fin, el Precedente Caballero Bustamante desnaturalizó, a nuestro juicio, el procedimiento natural de aplicación de la cláusula general e introdujo incertidumbre respecto de las conductas que podían ser estimadas desleales. El principal peligro, como han señalado otros autores oportunamente¹¹, es que Indecopi dejó de ser un árbitro que aplica las reglas que se le han encomendado y se convierte en el hacedor de tales reglas. Ello es así porque el Precedente Caballero Bustamante, al ver en la cláusula general al único tipo infractor, habilitaría al Indecopi a sancionar una conducta que estime desleal sin importar los alcances de los “ejemplos” de la normativa.

Los supuestos moldeados por el legislador, entonces, pasan a ser referencias de aplicación no obligatorias para la autoridad, dado que su única norma base para imputar, perseguir y sancionar resulta ser la cláusula general (por su naturaleza, una disposición que hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados que deben ser delineados, precisamente, por la propia autoridad de aplicación). De esta forma, se agravia la predictibilidad y seguridad jurídica de modo que la autoridad puede encontrar licencia para sancionar o habilitar, básicamente, aquello que desee.

9 Procedimiento *Cristal Vladich S.C.R.L. contra Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Backus & Johnston S.A.*

10 Alfredo Bullard y Carlos Patrón, «El otro poder electoral. Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal», *Themis* N° 39 (1999): 442.

11 Huáscar Ezcurra y Christian Chávez, «La cláusula general prohibitiva», en *El derecho de la competencia desleal*, ed. Enrique Pasquel, Carlos Patrón y Gabriela Pérez Costa (Lima: UPC, 2007).

4. Lo espantoso: el fantasma de la cláusula general como único tipo represor

Varios años transcurrieron sin que hubiera evidencia de la intención de apartarse del Precedente Caballero Bustamante, hasta que en el año 2012 se emitió un pronunciamiento de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia que hizo que muchos pensáramos que había llegado el momento de celebrar su pase a mejor vida. En efecto, como ya se ha señalado antes, el aludido precedente estableció: (i) que la cláusula general era la única disposición que contenía una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal; y, (ii) que los supuestos específicamente contenidos en la ley tenían como finalidad única dar una “orientación meramente enunciativa”. Así, los supuestos específicos no eran tipos represores sino que el tipo represor único era la cláusula general.

En el caso Cemex,¹² Indecopi –aplicando la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal– sostuvo en dos pasajes, lo siguiente: “(...) es preciso señalar que, como reconoce la doctrina mayoritaria, la cláusula general es una figura típica **de aplicación residual**. Es decir, se debe utilizar **solo de manera supletoria**, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en el capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal” (Destacados nuestros).

Luego, la Sala agrega: “(...) la cláusula general **debe reservar su uso** solo a aquel escenario en que la conducta denunciada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la ley. Contrariamente, esto es, ante la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con alguna de las conductas enunciadas en el Capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, **la imputación sólo es viable bajo esa modalidad específica**, en aplicación del principio constitucional y legal de tipicidad y el deber de encausamiento de oficio que guía la actividad de la autoridad administrativa” (Destacados nuestros).

Una revisión elemental de lo señalado por la Sala en este caso permite concluir que se trata de un criterio distinto al contenido en el Precedente Caballero Bustamante. De hecho, podríamos afirmar que lo que Indecopi sostiene en el caso Cemex es prácticamente lo opuesto a lo señalado en el Precedente Caballero Bustamante. En el precedente, se dice claramente que la cláusula general es el tipo represor único y en el fallo Cemex se dice que si la conducta enjuiciada se corresponde con un supuesto específico –ese que según el Precedente Caballero Bustamante sería simplemente “orientativo”– solo se puede imputar en virtud a dicho supuesto. Los supuestos expresamente contenidos en la Ley, entonces, ya no son simples ejercicios pedagógicos sino que vuelven a ser tipos que permiten sustentar una imputación de cargos sin referencia a la cláusula general.

Pues bien, cuando algunos nos disponíamos a celebrar, la empresa Cemex presentó un pedido de aclaración en donde expresamente se requirió, entre otras cosas, que se precise si Indecopi había cambiado el criterio del Precedente Caballero Bustamante. Francamente, poco o nada había que aclarar: el precedente contenía la regla opuesta a lo señalado en el fallo Cemex (afortunadamente). Sin embargo, nada pudo prepararnos para lo que iba a acontecer enseguida.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi –y, *debemos decir, con cierta ironía, al declararse “no ha lugar”* el pedido de aclaración– sostuvo que: “(...) corresponde señalar que la Resolución 3156-2012/SDC-INDECOPI explica en términos generales y suficientemente lo que regula la cláusula general, efectuando una **explicación clara que no se aparta del criterio establecido en el precedente de observancia obligatoria** aprobado mediante Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI”¹³ (Destacado nuestro).

¿Cómo podría el fallo Cemex no apartarse del criterio del Precedente Caballero Bustamante? Como tratando de adelantarse a esta pregunta obvia, la Sala ensaya imaginativamente esta respuesta:

“(...) como se señaló en la propia resolución cuya aclaración se solicita, todos los actos regulados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal son contrarios a la buena fe empresarial de la cláusula general. Sin embargo, cuando la cláusula general regulada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal pretenda ser aplicada de manera individual y autónoma sin invocar alguna de las modalidades comunes recogidas en el listado enunciativo del Capítulo II (uso “residual”), como invocó Cemex en su denuncia, su utilización debe reservarse solo a aquel escenario en que la conducta imputada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal”.

Lo cierto es, como seguramente ya detectó el lector, que la Sala no se está pronunciando sobre lo que se le ha pedido que aclare. La Sala sostiene que todos los actos regulados en la Ley de Represión de la

12 Resolución No. 3156-2012/SC1-INDECOPI del 19 de noviembre de 2012. *Cemex Perú S.A. contra Justino Atencio Gutierrez*.

13 Resolución No. 0281-2013/SDC-INDECOPI del 18 de febrero de 2013.

Competencia Desleal son contrarios a la buena fe a la que se refiere la cláusula general. Sobre ello, dos comentarios nuestros: (i) es correcto; y, (ii) ¿a quién le importa? Jamás estuvo en discusión ese asunto sino el hecho que la cláusula general fuera el único tipo represor o no. Precisamente, luego de señalarse ello, la Sala insiste en que la cláusula general: “debe reservarse solo a aquel escenario en que la conducta imputada tenga características propias y atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal”. Es, entonces, más evidente el cambio de criterio: los supuestos específicamente establecidos en la ley, ya no contienen meras orientaciones, sino que se trata de “figuras infractoras”.

Como puede apreciarse, la Sala emite un pronunciamiento en el que resuelve declarar “no ha lugar” al pedido de aclaración y, desestimándolo, “aclara” que el fallo Cemex es compatible con el Precedente Caballero Bustamante, lo cual, en términos prácticos, equivale a declarar la compatibilidad del agua con el aceite. Este espantoso ejercicio resolutivo no puede causar otra cosa que perplejidad absoluta.

Poco más de un año después de la penosa “aclaración” aludida, la Sala tuvo oportunidad de conocer un caso en donde se discutían varias infracciones presuntas y, entre ellas, la contravención de la cláusula general. En dicho fallo, la Sala refirió:

“De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la lista enunciativa de actos de competencia desleal permite de manera complementaria tener una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal. En ese contexto, el legislador estimó que la cláusula general, cuando se invoca autónomamente como sucede en el presente caso, cumple un papel residual que permite la incorporación de cualquier otra conducta que revista las características de un acto de competencia desleal y no se encuentre en el catálogo enunciativo”¹⁴

En otras palabras, después de un año, la Sala –esta vez con exposición de motivos en mano– vuelve a poner en evidencia el inexcusable error de la aclaración que aclara nada y, consecuentemente, la absoluta incompatibilidad del Precedente Caballero Bustamante y el fallo Cemex. La situación actual, entendemos, es la siguiente: *el Precedente Caballero Bustamante está muerto, pero no debemos decirlo.*

5. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal en el Perú

La cláusula general está establecida en el artículo 6.2º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Luego de que en el numeral precedente se precisara que los actos de competencia desleal están prohibidos y se sancionan cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, la normativa prescribe: “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”.

Analicemos brevemente el contenido de la cláusula general peruana.

5.1. “Es aquél”

La referencia a la frase “*es aquél*” aludiéndose, tautológicamente por cierto, al acto de competencia desleal que pretende ser definido, pone en evidencia las dificultades que conlleva la precisión del concepto de competencia desleal.¹⁵ Estas dificultades han sido evidentes a lo largo de la experiencia jurisprudencial del Indecopi.

En el conocido fallo Coca Cola-Perú Cola, en el que se estableció con carácter de precedente de observancia obligatoria que la publicidad comparativa perdía su carácter informativo –*por tanto era ilícita*– cuando se empleaban opiniones o afirmaciones no comprobables, se dijo también que:

“[e]l 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”¹⁶ En otras palabras, el principio de lealtad tiene como objetivo que la competencia sea leal y todo aquello que no sea leal, será desleal. ¿Entendió? Como puede advertirse, lo señalado por la Sala no precisa absolutamente nada y, por

14 Resolución No. 434-2014/SDC-INDECOPI del 28 de marzo de 2014. Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Arzobispo Loayza S.A.C. contra Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Daniel Alcides Carrión S.A.C.

15 Jorge Otamendi, «La competencia desleal», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, N° 2 (1998).

16 Resolución No. 547-2003/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2003. *The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.*

ello, con justa razón, cierta doctrina¹⁷ ha calificado este pasaje de “presunción académica”, “aporte nulo” e, incluso, “exceso de retórica”.

5.2. “Objetivamente contrario”

Esta mención es importante porque pone de manifiesto que la realización de una conducta desleal no depende del ánimo o la intencionalidad del sujeto que desarrolla dicha conducta sino que se sostiene en la simple contravención a la regla de buena fe aludida en la propia ley. Solo importa el resultado efectivo o potencialmente dañoso que no se apoye en la propia eficiencia. Todo daño que pueda producirse en atención a un comportamiento eficiente para la sociedad en su conjunto, será aceptado (principio de licitud del daño concurrencial) pese a que el agente económico dañado se sienta afectado por la práctica.

Se sigue, entonces, que ni la ignorancia ni el error excusan a un agente económico del deber legalmente impuesto de conducirse lealmente en el mercado. Decimos “de conducirse” y no “de competir”, para dejar en claro que un acto de competencia desleal puede ser perpetrado en perjuicio de quien no compite con el realizador de tal acto. De hecho, en puridad, la afectación recae sobre el proceso competitivo en sí mismo que se ve distorsionado por una práctica desleal de modo que la acción de competencia desleal no es un instrumento para la tutela de intereses subjetivos (aunque tales intereses puedan verse salvaguardados al mismo tiempo que se tutela el correcto desenvolvimiento del mercado).

La regla que pregona que los logros o fracasos que uno obtiene en el mercado deben responder a la eficiencia o ineficiencia propias se eleva a una regla de conducta cuya trasgresión no depende de un hecho psicológico (la creencia de que uno se comporta adecuadamente), sino de la simple realidad: el apartamiento de la regla de conducta. Resulta ilustrativo que en la Exposición de Motivos de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, se haya señalado que:“(…) por buena fe empresarial se entiende el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos”.¹⁸

En suma, la palabra “objetivamente” viene a revelar que no es la motivación del sujeto acusado sino la vulneración a la confianza o expectativa que todos los agentes económicos se presume tienen respecto de la *actuación correcta* en el mercado, lo que realmente importa como gatillador de la persecución legal a ciertas conductas.

5.3. “Buena fe empresarial”

La palabra “empresarial” merece cuidado porque podría insinuar el retorno a una concepción corporativista de la competencia desleal, esto es, podría sostenerse que las conductas desleales perpetradas en el mercado por quienes no son empresas, no se encuentran cubiertas por la cláusula general.¹⁹ Nosotros preferimos la mención “buena fe concurrencial”. Ahora bien, con respecto al contenido de esta frase, nos remitimos a lo expuesto previamente y, en particular, a la cita de la Exposición de Motivos de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones, la cual consideramos particularmente relevante.

Pese a nuestra preferencia por la frase “buena fe concurrencial”, aceptamos que hablar de buena fe empresarial resulta más adecuado que otras fórmulas tales como “buena fe comercial o industrial” que, sin duda, tienen mejor encuadramiento en un modelo corporativista. Es evidente que la referencia a la buena fe, en cualquier escenario, constituye una remisión a un concepto jurídico indeterminado que tiene por finalidad abarcar todos los posibles supuestos de deslealtad. En el intento de ser abarcativo, naturalmente, surge la necesidad de delimitar adecuadamente las fronteras de dicho concepto.

Haciendo referencia a diversas etapas sobre la interpretación de la cláusula general, Concepción Molina²⁰ identifica puntualmente dos: (i) una primera etapa en la que se desarrolló la integración de la cláusula general acudiendo a valores morales o usuales formados en el ámbito civil como consecuencia de entender que el derecho de la competencia desleal tutelaba un bien subjetivo; y, (ii) una segunda etapa en la que los intereses de los consumidores y los de la generalidad, en su conjunto, se incorporan a la esfera de protección haciendo inadecuada una remisión a criterios de moralidad empresarial.

17 Luis Diez Canseco Núñez y Antonio Muñoz De Cárdenas, «La noción restringida de la competencia prohibida: Apuntes sobre el NDECOPI y la informalidad desleal», *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* N° 2 (2005).

18 Resolución No. 014-2014-CD/OSIPTEL.

19 Christian Guzmán Napurí, «Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del decreto legislativo No. 1044» *Revista de Derecho Administrativo* N° 10 (2011).

20 Concepción Molina Blásquez, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, (Madrid: Montecorvo, 2002), 79-83.

En esta segunda etapa, refiere la autora ya citada, se identifican dos tendencias: (a) teorías objetivadoras que pretenden convertir lo que eran juicios éticos en juicios jurídicos; y, (b) teorías funcionales que buscaban que fuera la política económica la que reemplazara la antigua referencia a las buenas costumbres. Lo cierto es que la cláusula general representa la base para perseguir y reprimir la deslealtad pero, al mismo tiempo, representa una delegación a la autoridad competente para que sea ésta la que configure la regla represora de acuerdo al criterio que se estime adecuado.

Es así que el criterio de competencia por eficiencia, ya mencionado varias veces antes, se constituye en la guía que permitirá a la autoridad delimitar los alcances de la cláusula general. Se ha dicho, en ese orden de ideas, que "(...) además de definidora –más allá del grupo de casos que fácticamente contempla (...) hace ilícitas las prácticas concurrenciales contrarias al principio de competencia de prestaciones empresariales económicas y socialmente productivas y eficientes".²¹

Debe quedar claro que la pauta de la competencia por eficiencia descarta cualquier posibilidad de que la normativa sobre represión de la competencia desleal se encuentre inscrita en la tradición "profesional" o "corporativista" en la que el foco de atención era el interés de los grupos empresariales. Se emplee el término "buena fe empresarial" o el de "buena fe concurrencial", que nosotros preferimos, no queda duda que la ley peruana de competencia desleal se inserta en el modelo social de represión de la competencia desleal de modo que pueden existir conductas indeseadas por los empresarios, pero que no resultan ilícitas de acuerdo al estándar de conducta contenido en la cláusula general prohibitiva.

En nuestro país, Kresalja lo ha resumido señalando que:

"(...) el derecho de la competencia desleal no persigue ya más la protección de posiciones jurídicas subjetivas, sino que supone, más bien, establecer deberes de abstención, reglas objetivas de conducta, cuya infracción hace reaccionar al ordenamiento jurídico. De esta manera, se vincula directamente con la conservación del orden económico de mercado, integrándose funcionalmente en un derecho general de la competencia. No se trata de un abuso individual sino, más bien, de un abuso institucional, consistente en la perturbación y falseamiento del orden o sistema económico constitucionalizado; en otros términos, el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico —la competencia—, en el que funcionalmente se integra".²²

6. Conclusiones

La disciplina de la represión de la competencia desleal apareció en el siglo XIX como consecuencia del surgimiento de la libertad de comercio (y de competencia) luego de la Revolución Francesa. Sin embargo, mucho ha variado desde el surgimiento de esta disciplina que, con un alcance ya abandonado, se orientaba a proteger el interés de los competidores frente a ataques desleales de otros concurrentes en el mercado. La jurisprudencia del Indecopi ha reconocido esta orientación diferente declarando que: "la aplicación del Decreto Legislativo 1044 exige que la conducta cuestionada viole un deber general de conducta que perjudique un interés general más allá del propio empresario presuntamente afectado, ya que es un remedio legal de protección del orden público económico antes que una herramienta resarcitoria o de solución de conflictos intersubjetivos".²³ En este artículo hemos analizado la experiencia jurisprudencial peruana en torno a la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal. Esta historia se resume en: (i) un inicio *bueno* al destacarse el carácter residual de la cláusula general, (ii) un pronunciamiento *malo* que desnaturalizó esa esencia residual permitiendo a la autoridad pronunciarse con libertad sobre aquello que se estimara indeseado sin límite alguno más que su lectura particular de lo que había sido entendido como tipo represor único, y, (iii) una aclaración *espantosa* que revela un intento por no aceptar el necesario apartamiento del Precedente Caballero Bustamante.

Preocuparse por el correcto funcionamiento del proceso competitivo dista de ser una cuestión menor. Aunque suele ser un asunto frecuentemente ignorado, las políticas de competencia resultan ser de capital importancia en el desarrollo de los países. Existen políticas que mantienen a los países pobres y otras que sacan a los países de la pobreza. Pero, en palabras de Lewis, "la competencia no solo debe ser intensa sino que debe ser justa"²⁴ (leal, diríamos nosotros). Eso es así porque de nada sirve que existan muchos competidores pugnando entre sí cuando uno de ellos actúa con ventaja por prescindir de su propio esfuerzo. Si se admite ello, la falta de un terreno de juego parejo conspirará contra el propio desenvolvimiento de la competencia. Ganarán los más vivos y no los más eficientes.

21 Juan Ignacio Font Galan, *Constitución económica y derecho de la competencia*, (Madrid: Editorial Tecnos, 1987), 315.

22 Baldo Kresalja Rosello, «Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica», *Pensamiento Constitucional*, Año XII, N° 12 (2007).

23 Resolución 1728-2011/SC1-INDECOPI.

24 William W. Lewis, *The power of productivity*, (Chicago: The University of Chicago Press, 2004).

Expresamos nuestro sincero deseo de que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia realice un ejercicio de honestidad jurisprudencial y se aparte de manera expresa del criterio contenido en el Precedente Caballero Bustamante. Este ejercicio es incluso más necesario si tomamos en cuenta que no se trata del simple alejamiento de un criterio desarrollado aisladamente, sino, nada más y nada menos, que de un precedente de observancia obligatoria. Este apartamiento expreso y motivado, además de ser correcto en lo sustantivo, podría aportar claridad a los administrados evitándose agravar la necesaria fundamentación, predictibilidad y certeza que todos esperamos.

7. Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. «Cláusula general». En: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 97. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, 2011.

Bullard, Alfredo y Carlos Patrón. «El otro poder electoral. Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal». *Themis* N° 39 (1999): 442.

Díez Canseco Núñez, Luis y Antonio Muñoz De Cárdenas. «La noción restringida de la competencia prohibida: Apuntes sobre el NDECOPI y la informalidad desleal». En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* No. 2, Lima (2005).

Ezcurra, Huáscar y Christian Chávez. «La cláusula general prohibitiva», En: *El derecho de la competencia desleal*, editado por Enrique Pasquel, Carlos Patrón y Gabriela Pérez Costa. Lima: UPC, 2007.

Font Galan, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

Gómez Segade, José Antonio. «La nueva cláusula general en la LCD». En: *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, editado por Ángel García Vidal y José Antonio Gómez Segade. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.

Guzmán Napurí, Christian. «Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del decreto legislativo No. 1044». *Revista de Derecho administrativo*, n° 10 (2011).

Kresalja Rosello, Baldo. «Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica». *Pensamiento Constitucional*, Año XII, No. 12 (2007).

Lewis, William W. *The power of productivity*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

Massaguer, José. «La cláusula general de prohibición de la competencia desleal». *Advocatus*, No. 7, Lima (2002).

Menéndez, Aurelio. *La Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1988.

Molina Blásquez, Concepción. *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Madrid: Montecorvo, 2002.

Otamendi, Jorge. «La competencia desleal». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, No. 2 (1998).

Sánchez-Calero, Juan. «La ampliación del concepto de competencia desleal». En: *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, editado por Ángel García Vidal y José Antonio Gómez Segade Marcial Pons, 2010, 397.

Sainz De Aja, Borja. «El derecho de la competencia desleal», En: *El derecho de la competencia desleal*, editado por Enrique Pasquel, Carlos Patrón y Gabriela Pérez Costa. Lima: UPC, 2007.

Stucchi, Pierino. «La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados». *Themis* N° 59 (2007).