

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.1. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- **APC Perú – EEUU:** Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América.
- **Comisión:** Comisión de Represión de la Competencia Desleal (denominación actual) o la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (denominación según el Decreto Legislativo) del Indecopi.
- **Decreto Ley N° 25868:** Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.
- **Decreto Ley N° 26122:** Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
- **Decreto Legislativo N° 691:** Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.
- **Decreto Legislativo N° 807:** Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.
- **Indecopi:** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- **Ley:** Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- **Osiptel:** Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.
- **Decreto Legislativo:** Decreto Legislativo de Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- **Reglamento:** Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 077-2005-PCM.
- **Tribunal:** Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

I.2. INTRODUCCIÓN

La estructura del mercado mundial ha cambiado significativamente en las últimas décadas debido a la globalización y a la liberalización de las economías, así como al intenso avance de la tecnología, principalmente en sectores como transporte, energía, información y telecomunicaciones. Estos procesos han transformado el funcionamiento de los mercados al reducir notablemente los costos de transacción, facilitar las comunicaciones e incidir favorablemente en el aumento de las transacciones y la mayor velocidad con que éstas se realizan.

La liberalización de los mercados provoca un incremento sustancial del comercio a escala mundial; situación que no ha excluido a los países de la región, los que también han participado de la creciente integración de mercados.¹ Adicionalmente, como consecuencia del cambio en la configuración

¹ Según datos de la UNCTAD, US\$ 11,9 billones se comercializaron en todo el mundo durante el año 2006, 87% más que en el año 2000, 125% más que en 1996 y 252% más que en 1990. Sudamérica comercializó el equivalente al 3,3% del total mundial (US\$ 390 mil millones) en el 2006, monto que refleja un incremento del 130% respecto de 2000, 175% respecto de 1996 y 345% respecto de 1990.

Fuente: UNCTAD. Handbook of Statistics 2007.

Disponible en: <http://stats.unctad.org/Handbook/ReportFolders/ReportFolders.aspx> (visitada el 1 de abril de 2008).

de las condiciones económicas, los flujos de inversión directa extranjera han experimentado un aumento significativo.²

Los beneficios de la participación de los países en los mercados ampliados son significativos. Para los consumidores representa la oportunidad de acceder a una mayor cantidad de bienes y servicios que pueden ser abastecidos en mejores condiciones de precios y calidad, tanto de origen nacional como extranjero. Para los productores significa la oportunidad de acceder a un mayor número de clientes (mercados más grandes), alcanzar escalas más eficientes de producción y aprovechar ventajas competitivas, entre otras. Los beneficios se traducen en mayor crecimiento y, por tanto, en mayores niveles de ingresos, empleo, recaudación tributaria, etc.

El APC Perú - EEUU y el resto de acuerdos comerciales que el Perú tiene la expectativa de suscribir o ha suscrito,³ conllevan un gran potencial en cuanto a su impacto positivo sobre los ciudadanos y la sociedad en su conjunto. De allí que es compromiso del Estado Peruano tomar las acciones pertinentes para garantizar que los consumidores y empresas nacionales se beneficien de la aplicación de tales acuerdos comerciales:

En este sentido, mediante Ley N° 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del APC Perú - EEUU y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, sobre facilitación del comercio y mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado.

Con la finalidad de lograr los objetivos de mejorar la competitividad económica y asegurar un impacto positivo del APC Perú - EEUU sobre el bienestar social, y en el contexto de procurar una "mejora del marco regulatorio", se propone la presente norma. Las disposiciones que éste contiene permiten, como se verá en detalle, una significativa mejora en el marco regulatorio que asegure que el proceso competitivo se desarrolle sobre la base de la eficiencia. Ello permite garantizar la institucionalidad de la economía de mercado y estimular el impulso de la competitividad, lo que permitirá que el país y la sociedad en su conjunto aprovechen de mejor forma el APC Perú - EEUU.

Debe considerarse que, a través del proceso competitivo los agentes económicos pugnan por abastecer los mercados de productos y servicios en una adecuada relación calidad - precio y realizan inversiones en investigación y desarrollo que les permiten proveer de nuevos y mejores productos a sus clientes. Este efecto positivo trata de ser protegido por los Estados mediante la implementación de sanciones sobre los actos que se apartan de la buena fe

² En el Perú, el monto de inversión directa extranjera (tanto de entrada como de salida) alcanzó un total de US\$ 19,4 mil millones en 2006, más de 13 veces lo transado en 1990, lo que representa un incremento de 188% y 75% respecto de los montos registrados en 1996 y 2000, respectivamente, y el cual además ha venido creciendo a una tasa anual promedio de 18% desde el 2000.
Fuente: UNCTAD. Op. Cit.

³ Con Canadá, Singapur, Tailandia, Corea del Sur, México, Unión Europea y China, entre otros.

empresarial que debe orientar la competencia por eficiencia en una economía social de mercado.

Adicionalmente, ante un escenario de globalización e integración de mercados, las políticas de competencia cobran mayor necesidad y relevancia. Con la ampliación de mercados, las disposiciones dirigidas a disuadir y sancionar la competencia desleal, así como las instituciones que velan por su fiscalización deben evolucionar y adaptarse a las nuevas situaciones, donde los desafíos son mayores a fin de cumplir con su principal objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En efecto, en un escenario de mercados ampliados se espera que interactúen un mayor número de agentes económicos y que se generen nuevos mercados y nuevos escenarios competitivos. En este sentido, la intensa pugna por la preferencia de los consumidores podría llevar a los agentes del mercado a realizar actos que capten su preferencia por medios ilícitos, tales como conductas capaces de engañar, generar confusión, explotar indebidamente la reputación de otro concurrente en el mercado o desacreditar a un competidor. La posibilidad de ocurrencia de tales actos desleales también tiene un impacto sobre la competitividad del país, puesto que mediante dichos actos se podría impedir, por ejemplo, el acceso de nuestros productores a insumos con precios y calidades que sean resultado de un proceso competitivo por eficiencia.

Otro aspecto asociado al nuevo contexto de mercados ampliados tiene que ver con el incremento de los costos de supervisión, lo cual dificulta la labor de las autoridades de competencia respecto de actos de competencia desleal con efectos en diversos países. En términos económicos, los mercados ya no se limitan a los ámbitos territoriales, ni se restringen a una zona geográfica delimitada, sino que se definen por el ámbito en el cual se realizan las transacciones. Los mercados no están aislados sino que se integran e interrelacionan dentro de un sistema económico ampliado.

Así, los efectos de un mal funcionamiento en un mercado pueden tener serios impactos sobre otros, inclusive sobre el bienestar de las sociedades que participan directa o indirectamente de las transacciones realizadas en los mismos. De ahí la importancia de contar con una legislación que asegure el buen funcionamiento de los mercados, protegiendo a la sociedad de los efectos de conductas desleales, ya sea que éstas se realicen por agentes económicos ubicados dentro o fuera del territorio nacional. Este aspecto explica los esfuerzos de las autoridades de competencia por armonizar legislaciones, cooperar entre ellas (en temas de investigación o intercambio de información) e inclusive, en última instancia, contar con autoridades de competencia supranacionales.

Dada la dimensión internacional de los mercados y la economía en general, en un contexto de acuerdos comerciales suscritos (y por suscribir) por parte del Perú, se hace aún más necesario promover y asegurar la competencia para garantizar el buen funcionamiento de los mercados. Ello favorecerá considerablemente la competitividad del país, la eficiencia económica y el bienestar de la sociedad. Para cumplir con dicha tarea y aprovechar al máximo los beneficios de los acuerdos comerciales, el fortalecimiento institucional y la mejora del marco legal son pasos importantes que nuestro país debe tomar.

En el Perú se encuentran vigentes el Decreto Legislativo N° 691 (1991) y el Decreto Ley N° 26122 (1992). De acuerdo con la experiencia adquirida en su aplicación y con base en las nuevas necesidades surgidas con relación a la ampliación de mercados producto del APC Perú - EEUU y del resto de acuerdos comerciales suscritos o por suscribir, el presente Decreto Legislativo contiene una serie de mejoras, en procura una solución de conflictos oportuna, predecible y confiable que estimule la competencia por eficiencia en nuestro país.

En este sentido, el Decreto Legislativo: (i) precisa la finalidad de la Ley en consonancia con el objetivo previsto en el acuerdo de promoción comercial antes mencionado; (ii) clarifica su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); (iii) destaca el principio de primacía de la realidad; (iv) establece conceptos claros y criterios de análisis que generan mayor predictibilidad en su aplicación al definir las conductas consideradas como desleales, incluso si han sido realizadas a través de publicidad comercial; (v) redefine y mejora sustancialmente el procedimiento administrativo, el tratamiento de las medidas cautelares y la diferenciación entre el rol instructor y el rol resolutorio de la autoridad; y, (vi) dota de mayor capacidad disuasiva al esquema de sanciones, mejorando los criterios para establecerlas, incrementando el tope para casos de infracciones muy graves y desarrollando la facultad de la autoridad de competencia para dictar medidas correctivas; entre otras mejoras.

Siendo así, el Decreto Legislativo perfeccionará sustancialmente la labor destinada a velar por la fiscalización de la competencia desleal en el Perú, lo que, a su vez, mejorará la competitividad del país y establecerá un ambiente apropiado para las inversiones y el proceso competitivo por eficiencia, en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Asimismo, debe considerarse que, para la elaboración del Decreto Legislativo, el Indecopi desarrolló un proceso de preparación, publicación y recepción de comentarios de la sociedad civil, especialistas en la materia e instituciones interesadas. Estas labores se iniciaron en febrero de 2008, con la conformación de un grupo especial de trabajo integrado por funcionarios del Indecopi y del Osiptel. Dicho grupo propuso la primera formulación del Decreto Legislativo que fue publicada en el portal del sitio *web* del Indecopi desde el 5 hasta el 25 de marzo de 2008, invitando a emitir opiniones, sugerencias, críticas y comentarios a la ciudadanía en general.

Este proceso permitió al Indecopi recibir comentarios por escrito de gremios empresariales, académicos y especialistas en la materia, estudios de abogados nacionales y extranjeros, agentes económicos participantes de procedimientos en materia de represión de la competencia desleal y ex funcionarios de la institución. Dichos comentarios fueron expuestos en sendas reuniones en las que se contó con la presencia de la mayoría de comentaristas del Decreto Legislativo. A partir de estos comentarios, se procedió a elaborar una segunda formulación de dicho documento en la cual se incorporaron sugerencias que permitieron una mejora en su contenido. En este sentido, se perfeccionaron algunas disposiciones y se eliminaron aquéllas sobre las que hubo consenso de suprimir.

Como consecuencia de este proceso de transparencia y de debate abierto, el grupo especial de trabajo, luego de sucesivas reuniones, concluyó sus trabajos

y aprobó la formulación definitiva del Decreto Legislativo con fecha 9 de mayo de 2008, sometiéndola a consideración de la Alta Dirección del Indecopi.

I.3. DIAGNÓSTICO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 691 Y DEL DECRETO LEY N° 26122

Luego de más de quince años de aplicación del Decreto Legislativo N° 691 y del Decreto Ley N° 26122, el diagnóstico que se presenta evidencia la necesidad de unificar dichos cuerpos legales a fin de evitar la falta de claridad del actual régimen dual y mejorar el contenido de sus disposiciones, producto de la experiencia de su aplicación en estos años.

En consecuencia, es imprescindible que se estandaricen y simplifiquen las condiciones de ilicitud de las conductas analizadas a la luz de dichos cuerpos legales, estableciendo disposiciones precisas y previsibles que permitan disuadir y evitar la realización de actos de competencia desleal.

Asimismo, se debe considerar que dichos cuerpos legales presentan una serie de deficiencias y vacíos, requiriéndose por ello una reforma integral. A continuación detallamos algunos de estos.

1. Principales falencias de la legislación que precede al Decreto Legislativo

Actos de comparación

El Tribunal del Indecopi ha establecido como precedente de observancia obligatoria que "[l]a publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria."⁴

El modelo social de represión de competencia desleal implica que "[l]a normativa represora de la competencia desleal deja de ser un ordenamiento primariamente concebido para la protección de una empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresivamente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado."⁵

Lo anterior evidencia la imperiosa necesidad de superar la fórmula legal establecida por el actual artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 que establece únicamente que "[e]s lícito hacer comparaciones expresas de productos,

⁴ Ver: Resolución N° 0547-2003/TDC-INDECOPI emitida en el procedimiento tramitado bajo expediente N° 051-2002/CCD en denuncia presentada por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

⁵ MENÉNDEZ, Aurelio. La Competencia Desleal. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988, p.28-29.

siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores". Es necesario que se consagre legislativamente lo establecido por el referido precedente de observancia obligatoria para evitar incertidumbre en el mercado e indicar con claridad a nivel legal que la comparación con los competidores, incluida la que se realiza en publicidad, exige como condición de licitud que ésta sea de carácter objetivo.

En ese sentido, es necesario que, en clave del principio de legalidad administrativo, quede claramente establecido que la comparación debe ser realizada contrastando productos para mostrarle al consumidor información susceptible de comprobación. Por ello, el Decreto Legislativo propone mejorar y sistematizar la regulación actual con el establecimiento de estándares de objetividad en un contexto comparativo.

Actos de denigración

Tanto el Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Ley N° 26122 contienen disposiciones referidas a los actos de denigración. Solamente en el caso del Decreto Ley N° 26122 se establece que, no obstante que determinada afirmación sea capaz de menoscabar el crédito de un concurrente en el mercado, excepcionalmente, la misma no será considerada desleal si dicha afirmación es exacta, verdadera y pertinente.

Al respecto, en procura de atenuar la incertidumbre que provoca un régimen dual, el Tribunal del Indecopi ha señalado mediante un precedente de observancia obligatoria que "[l]a prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal." Por ello, dicho órgano resolutorio estableció que "[l]as condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la "excepción de veracidad". En aplicación de dicha "excepción de veracidad", un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente."

Lo anterior evidencia la necesidad de eliminar la dualidad existente, con el fin de que quede establecido claramente que la excepción de veracidad es aplicable a los actos de denigración, sea que se produzcan o no en el ámbito publicitario, evitando que sean considerados ilícitos pese a que contribuyen con la transparencia del mercado, dotando de mayor información al consumidor.

Actos de confusión y actos de explotación de la reputación ajena

Actualmente, conforme al Decreto Ley N° 26122, en la aplicación de sanciones por la realización de conductas bajo estas modalidades, cuando se acredita la realización de un acto de confusión, la autoridad considera que también se acredita la existencia de un acto de explotación indebida de la reputación ajena. Ello, en tanto que, conforme al texto de la ley vigente, este último acto es una conducta genérica en la que siempre encajan los denominados actos de confusión.

En este contexto, se genera permanentemente, conforme a las disposiciones establecidas por la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, un concurso ideal de infracciones que obliga a la autoridad a una evaluación complementaria para determinar cuál de ambos supuestos resulta de mayor gravedad, a efectos de sancionar la conducta considerada más grave, aún cuando ambas comparten la misma naturaleza.

Para evitar esta regulación que únicamente produce duplicidad de trabajo y de acusaciones entre los agentes del mercado, en el Decreto Legislativo se deja claramente establecido que la confusión se produce cuando el error se refiere a la procedencia empresarial de los bienes o servicios en cuestión; mientras que un acto que explota indebidamente la reputación ajena implica el aprovechamiento del prestigio comercial de otro concurrente sin que exista confusión. Esta formulación permite aumentar la claridad en la regulación de conductas prohibidas, evitando la duplicación de actividad resolutive.

Actos publicitarios contrarios al principio de adecuación social

Actualmente, existen ciertas disposiciones del Decreto Legislativo N° 691, entre las que se cuentan los artículos 3 y 10 que sancionan conductas realizadas a través de publicidad bajo categorías legales que podrían ser consideradas subjetivas o indeterminadas, al grado de producir incertidumbre, tales como aquellas que no respeten "la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores" o que insinúen "sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido".

En consecuencia, se propone, en atención a evitar restricciones a la libertad de expresión comercial, eliminar toda posibilidad de aplicar criterios de evaluación subjetivos en el enjuiciamiento de las conductas investigadas.

Tipos sancionadores obsoletos

Tanto el Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Ley N° 26122 contienen disposiciones que no son aplicadas ni invocadas en la realidad por su determinación confusa e inútil. Por ello, se eliminan los actos análogos, de imitación sistemática y discriminación, supuestos ejemplificados en los artículos 7, 13 y 18, respectivamente del Decreto Ley N° 26122, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas.

Existencia de errores conceptuales

Tanto el Decreto Legislativo N° 691 como el Decreto Ley N° 26122 contienen disposiciones que hacen referencia a la defensa de la "libre competencia". En el caso del Decreto Ley N° 26122, el artículo 1 establece que dicho cuerpo legal tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la *libre competencia* en actividades económicas. Por su parte, el Decreto Legislativo N° 691 establece que todo anuncio debe respetar la *libre competencia* mercantil.

Debe considerarse que estos cuerpos legales en su momento fueron pioneros e innovadores en la región, lo cual permite reconocer su valor y utilidad al momento de su entrada en vigencia. Sin embargo, se constata que existe una confusión entre el aseguramiento de la libre competencia y la represión de la

competencia desleal que puede generar impresiones erradas sobre las funciones de los diferentes cuerpos normativos y autoridades competentes en cada materia. El Decreto Legislativo pretende, por lo anterior, dejar claramente establecido que su objetivo es reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, eliminando la confusión señalada.

De otro lado, en el Decreto Legislativo, como se mencionó anteriormente, se consagra el modelo social de competencia desleal, eliminándose toda referencia a otros modelos que consideraban al competidor como el principal agente merecedor de tutela en el mercado.

Garantías para la actividad publicitaria

En el Decreto Legislativo se deja claramente establecido que el derecho de libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

A ello debe agregarse que se reconocen en el Decreto Legislativo las licencias publicitarias tales como el uso del humor, la fantasía y la exageración siempre que tales recursos no configuren actos de competencia desleal, lo cual significa una mejora significativa en las garantías para la libertad y creatividad publicitarias, consagradas por ley.

2. Vacíos del Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Ley N° 26122

A continuación listamos una serie de materias que no están mencionadas en el Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Ley N° 26122, cuya presencia coadyuvaría de mejor forma a las labores de la Secretaría Técnica, la Comisión y el Tribunal:

- Principio de primacía de la realidad: A diferencia de otros ámbitos del ordenamiento jurídico peruano como el laboral, no hay mención alguna a dicho principio.
- Reconocimiento expreso de la teoría de los efectos: De muchísima utilidad cuando se trata de actos de competencia desleal, en la medida que la territorialidad se ve superada por los efectos que generan las conductas más allá de dónde son ejecutadas inicialmente o del lugar de domicilio del agente infractor.
- Información confidencial: La actual regulación se encuentra en la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi (2008), pero se carece de un referente de naturaleza legal al respecto.
- Medidas correctivas: A pesar de su importancia en los procedimientos de esta naturaleza y de haber sido ya reconocidas por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC.

Como puede apreciarse, la naturaleza, cantidad de falencias y vacíos del Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Ley N° 26122 no permite que éstas sean solucionadas con correcciones específicas a la norma vigente, sino que es necesaria una reforma integral. Por ello, se propone una ley integral sobre la represión de la competencia desleal, consagrando un modelo social de competencia donde el principal objeto de protección sea el orden económico que debe manejarse bajo parámetros de eficiencia y no de actuaciones desleales, en beneficio de la sociedad en su conjunto.

I.4. EL CONTENIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO

1. Disposiciones generales

Finalidad

Uno de los artículos más importantes del Decreto Legislativo es el referido a su finalidad, dado que define el objetivo perseguido en la aplicación de todo el marco normativo desarrollado en ésta y guiará a la autoridad de competencia en su labor de resolución de controversias derivadas de infracciones a la norma.

De acuerdo artículo 1 del Decreto Legislativo, la finalidad de la Ley de Represión de la Competencia Desleal es reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En este punto, cabe resaltar el concepto de "proceso competitivo" como bien jurídico tutelado por la ley. Y es que la protección de este proceso tiene como correlato la procura de eficiencia económica en el mercado y de bienestar para los consumidores.

Conforme a lo señalado precedentemente, la protección del "proceso competitivo" implica la tutela de todos los agentes que intervienen el mercado: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz romano germánica⁶ e implica la protección, no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico.

De otro lado, se delimita de manera clara y precisa la finalidad de la Ley, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto Ley N° 26122, que indicaba que el objeto de dicho cuerpo legal era "evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas". Cabe señalar, que como consecuencia de dicha inexactitud, se mantenía latente la posibilidad de confusiones sobre las finalidades de las leyes sobre represión de la competencia desleal y defensa de la libre competencia, lo que se evita con este dispositivo.

⁶ A continuación, se muestra la materialización del modelo social de represión de la competencia desleal en la legislación española:
Ley 3/1991 de Competencia Desleal
Artículo 1. Finalidad.
La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal.
(El subrayado es añadido).

Ámbito de aplicación objetivo

A diferencia del artículo 3 del Decreto Ley N° 26122, se delimita la aplicación de la Ley a aquellos actos que tengan por efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado. De esta forma, se precisa que los actos que se encuentran regulados por la Ley son los que tienen una naturaleza meramente concurrencial, no siendo aplicable a conductas que, aunque tengan repercusiones sobre los agentes económicos que concurren en el mercado, posean otro tipo de naturaleza.

De otro lado, a efectos de armonizar la regulación sobre la actividad competitiva en el mercado, se incluye la unificación del Decreto Ley N° 26122 y el Decreto Legislativo N° 691, con el objetivo de finalizar con la coexistencia de dos dispositivos legales que regulen supuestos de hecho idénticos o similares, con la finalidad de evitar la falta de claridad y confusión que se deriva de un régimen dual, como ya se ha indicado.

En tal sentido, se busca construir una regulación aplicable a la totalidad de actos de concurrencia mercantil, la cual incluirá también aquellos actos que son efectuados en el desarrollo de la actividad publicitaria. Ello, con la finalidad de promover la mejora en la predictibilidad de la actuación de los órganos funcionales competentes de la materia.

Ámbito de aplicación subjetivo

La norma precisa con detalle y exactitud su ámbito de aplicación, incluyendo expresamente que también es aplicable a sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios, o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. Asimismo, el Decreto Legislativo añade que en el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, la Ley se aplica sobre sus gestores.

Como se puede apreciar, mediante la precisión exhaustiva de su ámbito de aplicación, se busca evitar que los agentes del mercado realicen actos contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial, ocultándose bajo cualquier tipo de forma societaria o asociativa.

Finalmente, otra importante novedad en el ámbito de aplicación subjetivo es la contenida en el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Legislativo que señala que las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades son responsables por los actos realizados por personas naturales que actúan por encargo de éstas; de manera similar a la regla de responsabilidad por daño del subordinado prevista en el Código Civil.⁷

Ámbito de aplicación territorial

Al igual que el Decreto Ley N° 26122, se delimita su ámbito de aplicación territorial; sin embargo, logra una mayor precisión debido a que hace explícita

7

Cfr. Artículo N° 1981 del Código Civil.

la posibilidad de investigar y sancionar actos de competencia desleal originados en el extranjero con efectos en nuestro país.

Al respecto, se debe considerar que la aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquélla ha tomado lugar. No obstante ello, en el derecho de la competencia en general, el ámbito de aplicación territorial se define por lo general en función a la denominada "teoría de los efectos", recogida en el artículo 4 del dispositivo. Bajo esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas o desleales que produzcan o puedan producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, con prescindencia del lugar de su realización.

La teoría de los efectos ha sido desarrollada por la jurisprudencia norteamericana en materia de defensa de la competencia, la que ha entendido en materia *antitrust* que las normas se aplican a aquellas conductas anticompetitivas que tengan un efecto directo sobre el comercio de los Estados Unidos de América.⁸ El *test* de los efectos fue recogido expresamente en la legislación norteamericana en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*.⁹

De otro lado, la "teoría de los efectos" también es aplicada en diversas legislaciones de Europa Continental. Así, en España el artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal prescribe que dicho cuerpo legal "será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español".

Finalmente, resulta importante destacar que, mediante la disposición sobre el ámbito territorial de aplicación de la Ley, el Decreto Legislativo busca tutelar adecuadamente el proceso competitivo leal en el mercado nacional, de cara al escenario de competencia que el Perú enfrentará al momento de la implementación del APC Perú – EEUU y en los demás Acuerdos de Promoción Comercial. Ello, en tanto existe la posibilidad de que empresas norteamericanas o de diversas nacionalidades que compitan en el mercado nacional, realicen actos de competencia desleal que tengan efectos en el Perú, pero que hubieran sido originados en terceros países.

Primacía de la realidad

Una importante incorporación es la recogida en el artículo 5 del Decreto Legislativo que consagra la regla de la primacía de la realidad, en virtud de la cual la autoridad de competencia deberá atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, con independencia de las formas que adopten determinados actos jurídicos utilizados por los contratantes.

En efecto, la referida regla ha sido acogida en otras áreas de nuestro ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, donde

⁸ STANGER, Andrew. Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties after *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.*, en: *Bringham Young University Law Review*, Vol. 2003, Iss. 4, Provo, 2003, p. 1458.

⁹ The Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), 15 U.S.C. §6, emitida en 1982.

ante "una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello".¹⁰

En consecuencia, al analizar los distintos mercados y los actos supuestamente competitivos, la agencia de competencia debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos o contratos, en aplicación del principio de verdad material que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa.¹¹

La autoridad de competencia, al analizar las transacciones y actuaciones realizadas por los agentes económicos, deberá dar prioridad en su análisis a los efectos económicos de dichas transacciones y no tanto a las formas jurídicas utilizada por aquéllos, pues éstas pueden pretender ocultar su verdadera naturaleza.

2. De los actos de competencia desleal

2.1. Prohibición general de los actos de competencia desleal

Cláusula general

El Decreto Legislativo desarrolla la denominada "cláusula general" de la competencia desleal, tipificando expresamente como prohibidos y sancionables a los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en la que se manifiesten, incluyendo aquellos efectuados a través del desarrollo de la actividad publicitaria, disponiendo que éstos consisten en comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial.

El Decreto Legislativo mejora la legislación actual del Decreto Ley N° 26122, unificando los actuales artículos 6 y 7 de dicho dispositivo legal, estableciendo que la conducta típica es el acto de competencia desleal, que consiste en una conducta objetivamente contraria a la buena fe.

En efecto, el acto de competencia desleal constituye el tipo exigido por el artículo 230.4 de la Ley N° 27444.¹² Sobre el particular, el principio de tipicidad tiene características especiales cuando se aplica al Derecho Administrativo, puesto que "la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las

¹⁰ NEVES, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pág. 36.

¹¹ Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹² **LEY N° 27444**

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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.

(...)"

exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar.¹³

Así, en el ámbito administrativo no puede ser elaborado un elenco de conductas infractoras de cláusula cerrada, como sí sucede en el ámbito penal, por lo que la existencia de la tipificación general es suficiente para sancionar un acto que encaja en la descripción general de una conducta prevista por ley como prohibida y sancionable.

En consecuencia, debe considerarse que, en el ordenamiento jurídico peruano de tutela de la leal competencia, aplicable en el marco del procedimiento administrativo sancionador, la cláusula general establecida en el artículo 6 del Decreto Legislativo es el tipo legal que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad. Queda así absolutamente claro que el elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado. La lista enunciativa de actos de competencia desleal permitirá, en complemento, una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.

Condición de ilicitud

El Decreto Legislativo perfecciona y simplifica lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley N° 26122, estableciendo que la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, estableciendo la responsabilidad objetiva de los agentes que infrinjan las disposiciones a la Ley. Por ello, los agentes que cometan actos de competencia desleal, no podrán argumentar válidamente en su defensa el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo, siendo siempre responsables por la realización de sus actos.

Asimismo, el Decreto Legislativo dispone que tampoco resulta necesario acreditar que el acto desleal genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

2.2. Listado enunciativo de actos de competencia desleal

a) Actos que afectan la transparencia en el mercado

Actos de engaño

Los actos de engaño son una manifestación típica de la competencia desleal. Se producen cuando un agente económico trasmite a los consumidores un mensaje erróneo respecto de su actividad empresarial, lo que puede generar que un consumidor prefiera la oferta de dicho agente económico en desmedro de otros. Esta conducta se considera desleal porque tiene un doble efecto

negativo: (i) en el consumidor, quien a raíz del acto de engaño, podría adoptar una decisión de consumo que no resulta adecuada a sus intereses; y, (ii) en los competidores, quienes podrían perder la preferencia de los consumidores que desviaron su elección a favor del agente que realizó la conducta de engaño. A su vez, el engaño tiene el efecto de generar desconfianza en los consumidores respecto de los bienes y servicios que ofrecen los proveedores. Esta discordancia entre las afirmaciones de los agentes económicos y la realidad afecta la transparencia en el mercado.

El primer avance que tiene el Decreto Legislativo es el de unificar en un solo artículo los actos de engaño, que se encontraban contemplados de manera separada en los artículos 4 y 9 del Decreto Legislativo N° 691 y del Decreto Ley N° 26122. De esta forma, se entiende que los actos de engaño se pueden llevar a cabo también, como frecuentemente ocurre, mediante la actividad publicitaria. Esta dualidad actual que debe ser corregida podría, equivocadamente, inspirarse en el sistema español de represión de la competencia desleal, tal como ocurre en nuestro país.¹⁴

El Decreto Legislativo también ejemplifica un supuesto específico de engaño en un contexto publicitario. Así, la Ley señala expresamente que la publicidad testimonial que no se sustente en experiencias auténticas y recientes del presunto testigo será considerada como un acto de engaño. Al respecto, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 691 regula la publicidad testimonial de manera independiente como un fin en sí mismo, lo que es corregido en el

14

Ley 3/1991, de Competencia Desleal española

Artículo 7. Actos de engaño.

Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad española

Artículo 4.

Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

Artículo 5.

Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

- a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
- b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
- c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.
- d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.
- e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
- f) Nocividad o peligrosidad.

2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.

3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización o entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

4. Motivos de la oferta.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

- a) identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
- b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.
- c) Premios o distinciones recibidas.

6. Servicios post-venta.

Decreto Legislativo, ya que la supervisión de la publicidad testimonial resulta relevante en tanto se evite la inducción a error a los consumidores.

De otro lado, el Decreto Legislativo introduce una importante innovación en el tratamiento del engaño, ya que tiene en cuenta que el sistema de represión de la competencia desleal requiere mecanismos procesales rápidos y eficientes que permitan determinar la veracidad de los mensajes de naturaleza comercial, en el momento en que estos fueron puestos a disposición de sus receptores. El Decreto Legislativo, en consecuencia, ha considerado que corresponde a los proveedores de bienes y servicios actuar con la diligencia necesaria para garantizar que los mensajes de naturaleza comercial que difundan en el mercado tengan un sustento probatorio que garantice su veracidad. Como se puede apreciar, la diligencia del emisor se encuentra exigida en la existencia de un adecuado sustento probatorio que sustente la información que se difunde en el mercado.

En tal sentido, el Decreto Legislativo consagra la denominada "prueba de veracidad" o "deber de sustanciación previa" como una herramienta para determinar la veracidad y exactitud de los mensajes materia de análisis en un procedimiento administrativo. Permite a la autoridad requerir los medios probatorios que sustenten los mensajes de naturaleza comercial que se difundan en el mercado, caso contrario devendrían en no veraces y, en consecuencia, engañosos. Como se puede apreciar, dicha figura procesal, en la práctica, constituye una inversión de la carga de la prueba, ya que ni el denunciante, ni la autoridad, tendrán que acreditar que el mensaje cuestionado es engañoso, siendo obligación de su emisor el acreditar la veracidad o exactitud de lo que afirma.

Cabe señalar que la denominada "prueba de veracidad" o "deber de sustanciación previa" se encuentra plasmada, con distintos nombres, en los diversos sistemas de represión de la competencia desleal. Así, la Directiva 84/450/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, del 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, establece lo siguiente en su Artículo 6:

"Los Estados miembros atribuirán a los tribunales o a los órganos administrativos unas competencias que les faculten, cuando exista un procedimiento civil o administrativo a que se refiere el artículo 4:

a) para exigir que el anunciante presente unas pruebas relativas a la exactitud material de los datos materiales contenidos en la publicidad si, habida cuenta de los intereses legítimos del anunciante y de cualquiera otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso;

y,

b) para considerar inexactos los datos materiales si no se presentan las pruebas exigidas de conformidad con el punto a) o si tales pruebas son consideradas insuficientes por el tribunal o el órgano administrativo."

En esa línea, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, establece lo siguiente en su Artículo 12:

"Tribunales y órganos administrativos: justificación de las afirmaciones

Los Estados miembros atribuirán a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que les faculten, en el caso de los procedimientos civiles o administrativos a los que se refiere el artículo 11:

a) para exigir que el comerciante aporte pruebas de la exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas en la práctica comercial si, habida cuenta de los intereses legítimos del comerciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso;

y,

b) para considerar inexactas las afirmaciones de hecho si no se presentan las pruebas exigidas de conformidad con la letra a) o si tales pruebas son consideradas insuficientes por el tribunal o el órgano administrativo."

Por su parte, la legislación española también consagra actualmente la denominada "prueba de veracidad" en la Ley 1/2000 - Ley de enjuiciamiento Civil, la misma que establece lo siguiente en su Artículo 217:

"217. Carga de la prueba.

(...)

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

(...)"

Conforme se puede apreciar de la legislación comunitaria europea y española,⁶ el concepto de la "prueba de veracidad" o "deber de sustanciación previa" constituye una herramienta para que la autoridad competente determine la veracidad y exactitud de un mensaje, ya sea que hubiera sido emitido en un contexto publicitario o no publicitario, trasladando la carga de la prueba al anunciante, lo que constituye un importante avance de precisión respecto de lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 691.

Actos de confusión

El Decreto Legislativo también recoge los actos de confusión como un supuesto clásico de competencia desleal. El numeral 9.1 del Decreto Legislativo describe la conducta típica consistente en inducir a error a otros agentes en el mercado sobre el verdadero origen empresarial de aquello que compone su actividad empresarial.

La doctrina y la jurisprudencia del Indecopi han reconocido unánimemente dos tipos clásicos de confusión que se encontrarían bajo la aplicación de este acto

ejemplificado: (i) la confusión directa, que se produce cuando un consumidor toma un producto por otro, es decir, no puede distinguir claramente dos bienes o servicios, introducidos en el mercado por distintos agentes económicos; y, (ii) la confusión indirecta, que se genera cuando distinguiendo entre dos productos, pueda pensarse erróneamente que pertenecen a un mismo agente económico.

De otra parte, el Decreto Legislativo incluye expresamente que estos actos de confusión pueden producirse a través de la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual. Los elementos protegidos por los derechos de propiedad intelectual permiten distinguir el origen empresarial de los bienes, servicios o establecimientos de los agentes económicos. De este modo, la utilización indebida por quien no es titular de estos elementos es una conducta frecuentemente realizada por agentes económicos competidores que pretenden confundir a los consumidores respecto del verdadero origen empresarial de sus productos.

b) Actos indebidos vinculados a la reputación de otro agente económico

Actos de explotación indebida de la reputación ajena

De conformidad con la evolución del Derecho de Represión de la Competencia Desleal hacia un modelo social, resulta lícito que los agentes económicos hagan alusión a sus competidores. Ello es una expresión de la intensa competencia que se produce en determinados mercados. Esta alusión a los competidores tiene por objeto valerse, de algún modo, de su reputación comercial. En efecto, los agentes ya posicionados en el mercado y que ostentan cierta reputación empresarial, son objeto de alusiones por parte de sus competidores, quienes tratarán de destacar sus ventajas frente a los primeros, equiparar sus atributos o resaltar los aspectos negativos de la oferta competidora. Sin embargo, esta alusión o aprovechamiento de la reputación ajena se torna en indebida cuando, por ejemplo, se hacen afirmaciones falsas o no autorizadas, las que son capaces de menoscabar o diluir la reputación empresarial de los agentes aludidos en el mercado.

El artículo 10 enuncia de manera general todas aquellas conductas que supongan una explotación indebida de la reputación ajena. El Decreto Ley N° 26122 contemplaba en su artículo 14, una descripción sumamente abierta de la explotación de la reputación ajena. Ello llevó a que la jurisprudencia del Indecopi calificara a los actos de confusión como una subespecie del género "explotación indebida de la reputación ajena". Para evitar esta situación de doble carga de regulación, este Decreto Legislativo precisa que los actos de explotación indebida de la reputación ajena son distintos e independientes a los actos de confusión. En este sentido una conducta que tenga por objeto o efecto inducir a error a los consumidores sobre el origen empresarial de un bien, servicio o establecimiento será sancionada únicamente como un acto de confusión y no como un acto de explotación indebida de la reputación ajena.

Actos de denigración

En este punto, el Decreto Legislativo introduce una clara definición de los actos de denigración, considerando que estos no solamente pueden ser configurados por la difusión de afirmaciones, sino por la realización de cualquier tipo de

conducta que tenga como efecto, real o potencial menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro concurrente o de un conjunto de concurrentes en el mercado.

Resulta importante precisar que, conforme a lo señalado en el Decreto Legislativo, para que exista denigración no es necesario que se materialice la merma o menoscabo en la reputación o crédito comercial del afectado, sino que basta que lo manifestado por cualquier vía sea capaz de producir dicho menoscabo.¹⁵

De otro lado, el Decreto Legislativo unifica el tratamiento de la denigración, ya sea que se presente en un contexto publicitario o no publicitario,¹⁶ contemplando la figura de la "excepción de veracidad" como eximente de responsabilidad en la comisión de conductas denigrantes. Es en virtud de esta excepción que un acto que tenga como efecto, real o potencial, menoscabar la imagen de un concurrente en el mercado no será considerado denigrante cuando sea, de manera concurrente, verdadero, exacto y pertinente. En este punto, el Decreto Legislativo introduce una interesante innovación al establecer parámetros claros para la aplicación de la "Excepción de Veracidad", al detallar condiciones de claridad para precisar los supuestos en los que una información puede ser considerada verdadera, exacta y pertinente en la forma y en el fondo.

A su vez, el Decreto Legislativo proscribe la denigración denominada "de tono estrictamente personal", configurada por la referencia denigrante hacia un agente del mercado sobre aspectos referidos a sus condiciones personales y no a su oferta en el mercado. Al respecto, cabe señalar que la denigración "de tono estrictamente personal" genera una grave distorsión en el mercado al aludir negativamente a un agente del mercado, sin brindar información relevante para el proceso de elección de un producto, desviando las preferencias de los consumidores mediante un accionar ajeno a la eficiencia económica.

Actos de comparación y equiparación indebida

El Decreto Legislativo introduce una importante distinción entre los actos de comparación y los actos de equiparación, recogiendo la doctrina jurídica más autorizada sobre la materia. Cabe señalar que dichas prácticas se hacen más evidentes en publicidad mediante la "publicidad comparativa" y "la publicidad adhesiva". Al respecto, el profesor español Anxo Tato Plaza ha señalado que "(...) mientras en la publicidad comparativa se mencionan las diferencias entre las dos mercancías, en la publicidad adhesiva se resaltan las características del propio producto que hacen que éste resulte equiparable al del competidor".¹⁷

Asimismo, el Decreto Legislativo declara como lícita la realización de actos de

¹⁵ El mismo tratamiento es brindado a la denigración por el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de España.

¹⁶ Al respecto, cabe señalar que dicho tratamiento sistemático de la denigración empezó a darse gracias al precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0347-2006/TDC-INDECOPI.

¹⁷ TATO PLAZA, Anxo. "La Publicidad Comparativa". Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 47.

comparación y de actos de equiparación, en concordancia con nuestro actual modelo social de represión de la competencia desleal, estableciendo parámetros precisos para que cumplan con la finalidad de brindar información útil a los consumidores y no perjudiquen injustificadamente a los agentes económicos aludidos, evitando que configuren actos de competencia desleal.

En este punto, a efectos de determinar la licitud de los actos de comparación y equiparación, el Decreto Legislativo se remite a los criterios establecidos para determinar la licitud de los actos que pudieran menoscabar el crédito de algún agente del mercado, consignados en el numeral 11.2. En ese sentido, guardando plena coherencia sistémica, el Decreto Legislativo limita los actos de comparación y equiparación que configuran actos de competencia desleal por las mismas razones que sustentan su prohibición en los actos de denigración en cuanto no sean de contenido veraz, exacto y pertinente, tanto en la forma como en el fondo.

c) Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena

Actos de violación de secretos empresariales

La violación de secretos empresariales constituye un típico supuesto de un acto contrario a la buena fe comercial, ya que busca obtener un beneficio comercial, de un lado, mediante la divulgación o explotación de información considerada como secreto comercial, sin autorización del legítimo titular de dicha información, perjudicando directamente a este último; y, de otro lado, mediante la adquisición de información obtenida por medios desleales, tales como el espionaje, la inducción al deber de reserva y medios análogos.

Cabe señalar que el Decreto Ley N° 26122 ostenta una redacción poco clara que se ha prestado a propuestas de interpretación alejadas de la finalidad de promover la competencia por eficiencia, lo que debe ser evitado y es superado por el Decreto Legislativo al simplificar términos y contar con una redacción más precisa.

Actos de violación de normas

El Decreto Legislativo representa una mejora respecto de la regulación de los actos de violación de normas establecida en el Decreto Ley N° 26122, ya que ordena y precisa los conceptos establecidos en dicho cuerpo legal e introduce los nuevos criterios clarificadores establecidos por el Tribunal en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI.

En tal sentido, el artículo bajo comentario establece una clara definición de la referida modalidad, precisando que la infracción a una norma imperativa del ordenamiento jurídico será considerada desleal, únicamente, cuando ésta genere una ventaja significativa. Para ello, el Decreto Legislativo precisa que a efectos de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Así, con la definición establecida en el Decreto Legislativo, se distingue claramente la naturaleza de la infracción por violación de normas, de las infracciones declaradas por las autoridades sectoriales competentes, evitando

la configuración del *non bis in idem*, ya que las autoridades sectoriales sancionarán la directa infracción a las normas que administran y mediante la declaración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se sancionará únicamente cuando dicha infracción, declarada así por la autoridad competente, haya generado una ventaja competitiva significativa en beneficio del infractor.

De otro lado, el Decreto Legislativo establece claramente que la infracción de normas imperativas quedará acreditada en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

Respecto del primer supuesto, el Decreto Legislativo supera los vacíos del Decreto Ley N° 26122 que el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante la Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI procuró subsanar, al precisar claramente que la determinación de la infracción debe sustentarse en una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión.

Sobre el segundo supuesto, el Decreto Legislativo ha tenido en cuenta que la realización de algunas actividades económicas permitidas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, los mismos que constituyen límites mínimos y necesarios al principio constitucional de "libre iniciativa privada",¹⁸ dirigidos a que ésta se desarrolle conforme a las demás normas de orden público de nuestro ordenamiento jurídico y no colisione con los demás principios constitucionales. Sin embargo, la realización de dichas actividades económicas sin contratos o títulos requeridos para ello, no implica la realización de una actividad prohibida, sino la realización ilícita o irregular de una actividad permitida. En dicho contexto, la realización de una actividad económica, sin los respectivos contratos o títulos, constituye un acto de competencia desleal cuando el agente infractor decide no incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas vigentes, situación que lo coloca en ventaja significativa respecto de los agentes que sí incurren en dichos costos.

Debe considerarse que, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, queda claro que la concurrencia en el mercado sin contar con los contratos o

¹⁸

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

títulos respectivos, constituye un acto típicamente desleal, ya que otorga una ventaja económica a un agente determinado en perjuicio directo de los demás concurrentes en el mercado. En tal sentido, para determinar la deslealtad de dicha práctica bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica. De no contar con dicho requisito, se determinará la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sin que sea necesario que alguna autoridad declare previamente la ilicitud de dicha práctica. En este punto, vale destacar que el Decreto Legislativo ha tenido como una de sus líneas matrices, el combate de la informalidad en las actividades económicas, la misma que impacta negativamente en los agentes del mercado que ajustan su actividad al ordenamiento vigente y dificulta el desarrollo de un sistema económico eficiente.

De otro lado, el Decreto Legislativo introduce una muy importante innovación estableciendo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal de desarrollo constitucional sobre el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.¹⁹ Al respecto, el Decreto Legislativo reconoce los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 58 y 59, respectivamente, de la Constitución Política del Perú, los mismos que tienen una relación de complementariedad con el artículo 60 de nuestra Carta Magna. Dicha relación complementaria radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.

Al respecto, cabe señalar que la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, situación que busca evitar el Decreto Legislativo considerando dicha situación como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Actos de sabotaje empresarial

El artículo 16 del Decreto Legislativo pretende unificar en un solo artículo dos actos típicos de competencia desleal sancionados por el Indecopi como inducción a la infracción contractual (supuesto contemplado en el artículo 16 del Decreto Ley N° 26122) y los denominados actos de boicot o boicoteo.²⁰ Este tipo de conductas tiene por objeto la interferencia o entorpecimiento de la actividad empresarial de un competidor, lo que puede llevarse a cabo mediante la inducción indebida, por causas distintas a la propia eficiencia, a la terminación o a la paralización de sus relaciones contractuales con sus proveedores, clientes, trabajadores u otros sujetos que tengan cierto grado de influencia en su desarrollo en el mercado.

¹⁹

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 60°. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta convivencia nacional.

²⁰

Ver Resolución 0301-2007/TDC-INDECOPI del 7 de marzo de 2007.

Debe destacarse que el Decreto Legislativo, al tener un rol promotor de la competencia con base a la eficiencia económica, reconoce expresamente que los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

En este punto, cabe enfatizar que la alteración de las relaciones que mantiene una empresa con los agentes que intervienen en su cadena productiva puede ser resultado natural del proceso competitivo. Así, una empresa puede lograr la preferencia de los clientes de un competidor, desviando la demanda a su favor; o, puede ofrecer condiciones contractuales más provechosas a los proveedores y trabajadores del competidor.

Finalmente, conforme a la formulación del Decreto Legislativo, este tipo de conductas son desleales en la medida que no sean el resultado natural de la competencia en el mercado, sino que representen un entorpecimiento de la actividad económica del competidor por medios distintos a la eficiencia económica.

d) Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

Los artículos 16 y 17 del Decreto Legislativo recogen los principios de legalidad y autenticidad desarrollados en la doctrina y por sostenida jurisprudencia del Indecopi. Al respecto, es importante precisar que no existía una referencia expresa a los mismos en el Decreto Legislativo N° 691, sin embargo, eran considerados al momento de analizar la aplicación de los artículos 3 y 6 del citado cuerpo legal, motivo por el cual fueron incluidos en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, en su oportunidad. En tal sentido, la inclusión de las denominaciones de los principios de legalidad y autenticidad en el Decreto Legislativo constituye un acierto en la medida que representa una mejora conceptual y metodológica en la aplicación de dichos principios rectores en la legislación publicitaria, consolidando el acervo en la aplicación de normas que regulan la actividad publicitaria desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 691.

Asimismo, el Decreto Legislativo incluye al principio de adecuación social de manera independiente del principio de legalidad, estableciendo límites claros objetivos al contenido de los anuncios, con la finalidad de evitar la inducción a los ciudadanos a desarrollar conductas ilegales o discriminantes sobre otros ciudadanos.

Actos contra el principio de autenticidad

A diferencia del Decreto Legislativo N° 691, el Decreto Legislativo presenta una descripción general de los actos contrarios al principio de autenticidad, precisando que consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. En tal sentido, los actos contrarios al principio de autenticidad no se agotarían en la publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sino que podrían configurarse mediante otro tipo de actos de naturaleza publicitaria que no sean

percibidos por los consumidores como tales, incluido el eventual supuesto de la publicidad subliminal.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la represión de los actos contrarios al principio de autenticidad tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en el respeto de su libertad de elección. Ello, debido a que un consumidor puede reaccionar de determinada manera si se encuentra frente a un anuncio publicitario que se le presenta directamente como tal, y de otra más confiada y crédula si considera que dichos mensajes le son presentados de una manera que no percibe, consciente o inconscientemente, como publicidad comercial.

En este punto, se debe tener en cuenta que los consumidores toman con cierta desconfianza los mensajes publicitarios, ya que son conscientes de que son declaraciones interesadas del anunciante, lo que no ocurre cuando dichos mensajes son presentados de forma tal que el consumidor no percibe conscientemente su naturaleza publicitaria, por ejemplo con apariencia de noticias o de documentos que constituyen el resultado de una investigación periodística. En este último caso, la desconfianza natural sobre los mensajes que el consumidor recibe desaparece o se atenúa.

En consecuencia, el Decreto Legislativo también mantiene una prohibición expresa sobre la 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 publirreportaje o un anuncio contratado.

Actos contra el principio de legalidad

El Decreto Legislativo presenta una definición general de los actos contrarios al principio de legalidad, que representa una mejora sobre la contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691, por cuanto éste último dispositivo legal establecía que "los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes", pudiendo ser interpretado de manera literal para considerar que no permitía la aplicación de normas de inferiores rangos en la jerarquía normativa, tales como los reglamentos, que regulan la publicidad comercial y cuya supervisión es de competencia de la Comisión. En cambio, el Decreto Legislativo prescribe que los actos contra el principio de legalidad consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria, corrigiéndose la confusión antes anotada.

Asimismo, a fin de dotar mayor claridad a la definición de los actos contrarios al principio de legalidad, el Decreto Legislativo añade que constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

De otro lado, el Decreto Legislativo presenta un listado de actos que configuran infracciones al principio de legalidad, los mismos que se encuentran destinados a procurar diversos fines, tales como: (i) la salud y seguridad de la población; (ii) la transparencia en el mercado financiero; (iii) la transparencia en la publicidad de precios; (iv) la transparencia en el mercado de ventas al crédito; (v) el período de duración y la disponibilidad de los bienes ofertados en la publicidad de promociones de ventas; y, (vi) la presentación de información

particularmente relevante en la publicidad de servicios telefónicos de valor añadido.

Finalmente, se debe destacar que la inclusión de dichas disposiciones en el principio de legalidad implica que, para analizar la ilicitud de una conducta, la Comisión no deberá detenerse a evaluar la capacidad de dichas conductas para inducir a error a los consumidores, sino únicamente verificar que tal conducta se ha producido y, en consecuencia, configura una infracción al principio de legalidad.

Actos contra el principio de adecuación social

El Decreto Legislativo incluye un artículo destinado a prohibir la publicidad que tenga por efecto 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.

Al respecto, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 691 establecía prohibiciones similares en su artículo 3, sin embargo, éstas adolecían de poca claridad y objetividad, pues tenían un componente significativamente estimativo y no estandarizado que complicaba su aplicación por parte de la autoridad competente. Dicha situación ha sido corregida en el Decreto Legislativo al establecer claramente que se prohíbe la publicidad que tenga por efecto inducir a la comisión, en la realidad, de actos ilegales, de discriminación y de ofensa, eliminando la referencia a "actos antisociales" y "criminales", así como al enaltecimiento y estímulo de dichos actos que contempla la legislación precedente.

Resulta pertinente precisar que, si bien la redacción de la legislación precedente no era lo suficientemente clara, pudiéndose prestar a interpretaciones extensivas y de carácter subjetivo, la Comisión y el Tribunal siempre han mantenido una línea de cautela y medida en su aplicación, teniendo como valores prioritarios la dignidad de la persona, la no discriminación, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada en materia económica y la libertad de expresión. Por ello, el Decreto Legislativo plantea un afinamiento y una mejora acertada al objetivar, clarificar y simplificar el principio de adecuación social.

En este punto, el Tribunal del Indecopi ha señalado que "las normas que regulan la publicidad comercial están inspiradas y se aplican en un sistema de libre mercado, que por definición involucra un mercado libre de ideas."²¹ En la misma línea argumental, la Sala añade que "los anunciantes tienen el derecho de transmitir sus mensajes de la manera que mejor convenga a sus intereses, incluso si éstos pudiesen ser considerados como de mal gusto, desagradables o impertinentes. Son el mercado, los consumidores y las organizaciones civiles, mas no una autoridad gubernamental, los que deben enviar mensajes a los anunciantes para que modifiquen sus anuncios, optando por no comprar o contratar los productos o servicios que se ofertan, promoviendo debates o difundiendo mensajes institucionales o educativos".²²

²¹ Al respecto, ver la Resolución N° 0220-1998/TDC-INDECOPI.

²² Ibidem.

Finalmente, el Decreto Legislativo establece la prohibición de la publicidad destinada a promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto, restringiendo su difusión a la 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, en procura de una protección objetiva sobre el menor.

3. Disposiciones que orientan la evaluación de los actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

3.1. Libertad de expresión empresarial

Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites

En su rol promotor del adecuado funcionamiento del proceso competitivo, el Decreto Legislativo incluye el reconocimiento del desarrollo de la actividad publicitaria, como factor que permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial, siendo vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú. De esta manera, se otorga al Decreto Legislativo un rol promotor a la actividad publicitaria, en su calidad de vehículo para el ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, de empresa, y libre iniciativa privada, resguardando, en lo que corresponde, los derechos de los consumidores.

De otro lado, el Decreto Legislativo establece claramente los límites al ejercicio de dichos derechos en salvaguarda del orden público y de los agentes que intervienen en el mercado. De esta forma, se señala que 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.

Uso de licencias publicitarias

El Decreto Legislativo recoge lo establecido en el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 691 y lo adecúa al espíritu de la Ley, señalando que 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.

Al respecto, resulta especialmente importante que el Decreto Legislativo eleve a rango legal el reconocimiento del uso del humor, la fantasía y la exageración, en su calidad de licencias publicitarias permitidas.

3.2. Criterios para la determinación de responsabilidad

Interpretación de la publicidad

El Decreto Legislativo reconoce la finalidad económica de la publicidad, debiendo ser evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover, en el destinatario de su mensaje, de forma directa

o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios. Dicho reconocimiento resulta importante, por cuanto muestra la diferencia entre publicidad comercial y cualquier otro tipo de comunicación, que puede ser de carácter ideológico, político o corporativo.

Asimismo, el Decreto Legislativo también reconoce el análisis superficial e integral que se debe efectuar para evaluar la publicidad comercial. Cabe señalar que dichos criterios de análisis también se encuentran reconocidos en el Decreto Legislativo N° 691 y en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, siendo necesario su mantenimiento. A lo expuesto, el Decreto Legislativo añade que dichos criterios de interpretación se aplican a cada anuncio publicitario que perciben los consumidores y que, en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

Control posterior

El Decreto Legislativo reconoce y mantiene el criterio de control *ex post* o posterior de la publicidad, contenido en el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 691, estableciendo que la fiscalización publicitaria será con posterioridad a la difusión de los anuncios en el mercado.

Con ello se garantiza a los concurrentes que difundan su publicidad conforme estimen conveniente, colocando a su cargo el cumplimiento de las disposiciones que regulan la materia, asegurando la dinámica del mercado con base en la libertad de expresión empresarial.

Asignación de responsabilidad

El Decreto Legislativo mantiene, pero con una redacción más clara y precisa, los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 691, respecto de la responsabilidad del anunciante y la agencia de publicidad por la difusión de publicidad ilícita. De esta forma, se establece que el anunciante será responsable en todos los casos en los que se determine una infracción y la agencia de publicidad solamente cuando la infracción se encuentre configurada por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado.

De otro lado, el Decreto Legislativo también incluye la responsabilidad individual del 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.

Finalmente, el Decreto Legislativo precisa que tanto la responsabilidad del medio de comunicación social como de la agencia de publicidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.

4. De las autoridades de fiscalización de la competencia desleal

Las autoridades

El Decreto Legislativo ha dedicado el Título IV a desarrollar con mayor detalle una serie de reglas relacionadas con las autoridades de defensa de la leal competencia, ampliando y precisando sustancialmente el tratamiento otorgado en el Decreto Ley N° 26122, el Decreto Legislativo N° 691, la Ley N° 27444 y la normativa supletoria que se ha venido utilizando para regular sus labores (como el Decreto Legislativo N° 807). Así, el artículo 24 del Decreto Legislativo establece la competencia de la Comisión como primera instancia administrativa para la determinación de presuntas infracciones a la Ley, así como al Tribunal como segunda instancia administrativa. En este punto, es importante tener en consideración que, conforme a lo señalado por el jurista Roberto Dromi,²³ la competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede y debe ejercer válidamente, debiendo ser ejercida exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo en los casos de delegación, sustitución o avocación.

De otro lado, el Decreto Legislativo establece claramente que las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

Finalmente, al igual que el Decreto Legislativo N° 691, el Decreto Legislativo reitera la competencia administrativa exclusiva y excluyente de la Comisión para supervisar o aplicar sanciones en cumplimiento de las normas contenidas en la Ley y que sean aplicables a la actividad publicitaria.

La Comisión y la Secretaría Técnica

En los artículos 25 y 26 del Decreto Legislativo se ha diferenciado con mayor precisión las facultades y atribuciones asignadas al órgano resolutorio (la Comisión), de aquellas otorgadas al órgano instructor (la Secretaría Técnica). La finalidad es establecer en el marco del procedimiento sancionador, la independencia e imparcialidad del órgano que decide la controversia respecto de aquél que se encargará de instruir y sustentar los cargos que sostienen la imputación contra los investigados. Por ello, esta división funcional entre ambos órganos es considerada como una de las características esenciales que debería regir el procedimiento sancionador, conforme lo establecen las normas generales recogidas en la Ley N° 27444.²⁴

Esta separación de roles es una manifestación del principio acusatorio que rige en el derecho procesal penal y que establece que no ha de ser la misma persona quien realice las funciones de investigación y posteriormente de

²³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Junio de 2004. Página 327.

²⁴ Ver Numeral 1 del Artículo 234 de la Ley N° 27444. Asimismo, sobre la importancia del desdoblamiento en fase de instrucción y de sanción del procedimiento y la separación de órganos en cada una de ellas, Morón señala, al comentar el modelo establecido en la Ley N° 27444, que para que el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores mantenga la debida imparcialidad, la actividad de instrucción debe quedar separada de la función de decisión, y esta separación no sólo debe ser funcional sino también orgánica. Por tanto, el procedimiento administrativo sancionador debe contar con dos etapas, una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado. El conocimiento de ambas etapas debe estar a cargo de órganos distintos, por lo que no puede coincidir la actividad instructora y la de decisión en un mismo órgano. (En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Quinta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006. Págs. 646 -647)

decisión.²⁵ Este modelo ha sido recogido en el Nuevo Código Procesal Penal,²⁶ donde la función persecutoria - de investigación y acusación - se encuentra en el Ministerio Público, autoridad distinta al juez que decide.²⁷

Por otro lado, a través del Decreto Legislativo se pretende fortalecer las atribuciones de la Comisión y de la Secretaría Técnica, así como consignarlas en un mismo cuerpo legal, pues actualmente aquéllas se encuentran recogidas en diversos dispositivos legales.²⁸ La Comisión, como órgano resolutorio, mantiene entre sus funciones la de declarar la existencia de la conducta desleal e imponer las sanciones correspondientes, dictar medidas cautelares y expedir lineamientos que orienten a los agentes sobre la interpretación de las normas.

Es importante resaltar que entre las atribuciones conferidas a la Comisión se encuentra la facultad de dictar medidas correctivas, que permitan eliminar las distorsiones generadas por las conductas desleales en el mercado. Ello se sustenta en el hecho de que, en su misión tuitiva de la leal competencia, la Comisión requiere contar no sólo con la potestad sancionadora, sino también con la potestad de remover, eliminar o corregir aquellas conductas que distorsionen la leal competencia (ejercicio de la potestad de policía de la Administración Pública). No cabe duda de que la labor de la autoridad en los casos de competencia desleal no es solamente punitiva, sino que tiene como objetivo principal tutelar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, conforme a lo señalado en el artículo 1 del Decreto Legislativo.

De otro lado, el Decreto Legislativo establece expresamente en su artículo 26 que la Secretaría Técnica es el órgano instructor, el cual se encuentra encargado de la fase de investigación del procedimiento, estableciendo sus funciones con amplitud y precisión. En particular, el Decreto Legislativo señala que el Secretario Técnico dispone el inicio de oficio del procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas desleales y, en el caso de las denuncias de parte, determina si corresponde o no admitirlas a trámite. En el marco del procedimiento, el instructor se encargará de realizar las investigaciones pertinentes y actuar los medios probatorios necesarios con la finalidad de determinar la existencia o no de una infracción.

²⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2003. Págs. 124 – 125.

²⁶ Aprobado mediante el Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004.

²⁷ SAN MARTIN CASTRO, César. Op. Cit. Pág. 125. Debe considerarse, que de igual manera, el modelo que introduce el Decreto Legislativo es similar al recogido recientemente en España con la entrada en vigencia de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia, del 3 de julio de 2007. En esta ley, también con la finalidad de establecer la independencia entre las funciones de instrucción y resolución, dentro de la estructura de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), es la Dirección de Investigaciones de la CNC la encargada de iniciar e instruir el procedimiento, mientras el Consejo de la CNC es el órgano colegiado que se encarga de la función resolutoria (Ver: Preámbulo y artículos 34 y 35 de la Ley 15/2007). De manera análoga, la estructura del procedimiento por infracción a las normas de libre competencia en Chile obedece a una separación entre Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, siendo que se trata de dos organismos independientes a cargo de la investigación y la resolución, respectivamente (Ver: Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973).

²⁸ Decreto Ley N° 26122, Decreto Legislativo N° 691, Decreto Legislativo N° 807 y Decreto Ley N° 25868.

Asimismo, como parte del fortalecimiento de las facultades de la Secretaría Técnica, se establece que aquélla podrá inmovilizar documentos de las personas naturales y jurídicas investigadas por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, tomando copia de aquellos. En caso que se requiera retirarlos del local en que se encuentren, podrán hacerlo hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo autorización judicial para el retiro, conforme al procedimiento claramente detallado en el artículo 26 del Decreto Legislativo.

La promoción de la competencia implica también la difusión de una cultura de mercado que instruya y oriente a los agentes económicos sobre los beneficios de mercados competitivos y los perjuicios en el bienestar general que producen las afectaciones al proceso competitivo por eficiencia. En ese sentido, se ha considerado pertinente establecer como atribución de la Secretaría Técnica realizar actividades de capacitación y de difusión de la aplicación de las normas que reprimen la competencia desleal.

Asimismo, el artículo 26 del Decreto Legislativo establece las facultades de la Secretaría Técnica para desarrollar sus investigaciones de manera adecuada y, así cumplir con su rol de instructor del procedimiento administrativo sancionador. Estas facultades fueron anteriormente incorporadas mediante el Decreto Legislativo N° 807²⁹ y consisten en: (i) exigir la exhibición de todo tipo de documentos a las empresas o personas naturales investigadas;³⁰ (ii) citar o interrogar a los testigos;³¹ y, (iii) realizar inspecciones con o sin previa notificación en los locales donde operan sus actividades las personas naturales o jurídicas investigadas a fin de recabar la documentación que estime pertinente.³²

De otro lado, el Decreto Legislativo fortalece las facultades de investigación de la Secretaría Técnica y su coordinación con las autoridades fiscales y judiciales, a fin de desarrollar sus funciones con eficacia. En ese sentido, en caso de presentarse una negativa a la inspección en los locales o negativa para el copiado de correos electrónicos, se establece que la Secretaría Técnica podrá obtener una autorización judicial para proceder al descerraje, así como para acceder a la correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos. Es así que el Decreto Legislativo incorpora un procedimiento especial para solicitar la autorización ante el Juez Penal de Turno, en el cual se ha previsto contar con la intervención facultativa de un Fiscal Provincial con la finalidad de dotar de suficientes garantías a los investigados antes y después de realizada la diligencia.

²⁹ Posteriormente modificadas por la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 27146 publicada el 24 de junio de 1999.

³⁰ Literal a) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807.

³¹ Literal b) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807.

³² Literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807. En su oportunidad, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 807, se estableció que era necesario que la agencia de competencia contara con facultades amplias de investigación similares a las de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT para la obtención de información y la realización de actividades de fiscalización (visitas de inspección). Por tanto, se decidió dotar a los órganos funcionales del Indecopi de facultades similares a través de la norma bajo comentario.

Con la intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como con el establecimiento de un procedimiento claramente detallado, el Decreto Legislativo dota de garantías suficientes a los administrados y salvaguarda los derechos que eventualmente podrían verse involucrados con la actuación de la agencia de competencia, de manera que dicha intervención resulta acorde con lo señalado en el texto constitucional.³³

Del Tribunal

El Decreto Legislativo establece en su artículo 27 que el Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión y la Secretaría Técnica. La novedad de esta disposición es que incorpora la facultad de la Secretaría Técnica del Tribunal para actuar de oficio medios probatorios cuando sea necesario para resolver.

Esta disposición se justifica dado que en segunda instancia pueden surgir cuestiones muy específicas que requieran la actuación de pruebas adicionales. Por tanto, en virtud de los principios de impulso de oficio³⁴ y de verdad material³⁵ que deben guiar el procedimiento administrativo, se ha optado por otorgar dicha facultad a la segunda instancia administrativa. Las partes podrán ejercer su derecho de defensa contradiciendo las pruebas que se deriven de su actuación en concordancia con el principio del debido procedimiento.³⁶

5. Del procedimiento administrativo sancionador

El procedimiento administrativo para sancionar la comisión de actos de competencia desleal tiene un carácter eminentemente punitivo, inclusive cuando es trilateral (promovido por pedido de parte interesada). Entre sus principales características se identifican: la separación funcional entre el órgano instructor y el resolutorio, las actuaciones preliminares del instructor, el inicio de oficio y la estructura del procedimiento (notificación de cargos, descargos y la etapa probatoria, entre otros).

El Decreto Legislativo busca dotar de predictibilidad y celeridad al procedimiento a efectos de que los administrados conozcan de las actuaciones que serán realizadas, su duración en cada una de las etapas, así como para que la autoridad administrativa expida un pronunciamiento oportuno y celeré.

En primera instancia se han diferenciado tres etapas en el procedimiento: la de postulación, de instrucción y de conclusión. Luego de ello el Decreto Legislativo desarrolla el procedimiento en segunda instancia seguido ante el Tribunal.

5.1. De la Postulación

En el artículo 28 del Decreto Legislativo se establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas desleales se inicia

³³ Numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

³⁴ Numeral 1.3. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

³⁵ Numeral 1.11. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

³⁶ Numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

siempre de oficio por la Secretaría Técnica, ya sea por iniciativa propia o por denuncia de parte. Por otro lado, en el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador toda vez que la Secretaría Técnica mantiene la titularidad de la acción de oficio.

Esto es acorde con el diseño del procedimiento sancionador que diferencia entre las labores asignadas al órgano instructor y al órgano resolutorio, siendo que la Secretaría Técnica, como instructor y titular de la acción de oficio, se encargará del impulso del procedimiento y de la imputación inicial de cargos. De esta manera, la Comisión mantendrá la imparcialidad frente al análisis del caso al no estar vinculada por ningún tipo de juzgamiento previo o examen preliminar que se pueda derivar de la resolución de inicio del procedimiento.

Cabe destacar que el artículo 29 del Decreto Legislativo establece los requisitos mínimos que debe contener una denuncia de parte para que sea admitida por la Secretaría Técnica. Si bien en ejercicio del derecho de petición administrativa, los administrados pueden formular denuncias y efectuar pedidos ante la autoridad,³⁷ los agentes económicos investigados tienen derecho a que las denuncias en su contra tengan asidero fáctico y jurídico, de manera que no enfrenten indebidamente un procedimiento sancionador con las cargas que ello implica. Por tanto, la exigencia de procurar identificar a los presuntos responsables y de presentar indicios razonables de la presunta infracción apunta a evitar la proliferación de denuncias que no contengan bagaje probatorio alguno.

En esta etapa inicial, el Decreto Legislativo dispone en su artículo 30 que antes del inicio del procedimiento, la Secretaría Técnica puede efectuar actuaciones previas con la finalidad de reunir información y/o identificar indicios razonables de conductas desleales. Ello guarda correspondencia con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235 de la Ley N° 27444, que establece que, en ejercicio de la potestad sancionadora y con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, las entidades pueden realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

Esta etapa preliminar se debe desarrollar en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles a partir de la interposición de la denuncia. Con este plazo se pretende establecer un equilibrio entre contar con un período prudencial para determinar la existencia de indicios razonables suficientes para el inicio de un procedimiento y garantizar que los investigados o involucrados no se encuentren sujetos de manera indefinida a los requerimientos de la autoridad de competencia sin contar con un pronunciamiento.

Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Indecopi, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de la infracción, la Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de la denuncia de parte.

³⁷

Artículo 106 de la Ley N° 27444, en concordancia con lo establecido en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

A diferencia de la legislación especial precedente, el artículo 31 del Decreto Legislativo establece el contenido indispensable de la resolución de inicio del procedimiento, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de los investigados. Esta disposición guarda armonía con lo señalado en el numeral 3 del artículo 234 de la Ley N° 27444, norma que regula el contenido obligatorio de la notificación de imputación de cargos para el ejercicio de la potestad sancionadora.³⁸

La resolución de inicio del procedimiento se informa a la Comisión y a las partes en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles. Si la denuncia es declarada improcedente o inadmisibile, la resolución es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de cinco (5) días hábiles. Una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el Decreto Legislativo establece un plazo de diez (10) días hábiles para que los denunciados puedan efectuar sus descargos a la imputación formulada en su contra, duplicando con ello el plazo de cinco (5) días establecido en el artículo 26° del Decreto Legislativo N° 807. Esta ampliación obedece a la complejidad de los casos de competencia desleal y procura que los investigados cuenten con un plazo razonable para ejercer su derecho de defensa. En tal sentido, el Decreto Legislativo establece la posibilidad de que dicho plazo pueda ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.

La experiencia ha demostrado que, debido a la dificultad de la materia controvertida, los investigados suelen solicitar prórrogas para efectuar sus descargos, lo cual acarrea la necesidad de un pronunciamiento de la Comisión que disponga la ampliación del plazo legal. Por ello, estos plazos se ajustan a la naturaleza y dinámica del procedimiento de investigación y sanción de conductas desleales.

5.2. De las medidas cautelares

Con la finalidad de procurar una adecuada actuación preventiva y garantizar la efectividad de las decisiones emitidas por la Comisión o el Tribunal, el Decreto Legislativo ha mejorado sustancialmente el tratamiento de las medidas cautelares, desarrollando el tema con amplitud en sus artículos 33 y 34. En tal sentido, el Decreto Legislativo incorpora una precisión importante referida a la legitimidad para obrar al momento de solicitarse una medida cautelar, estableciéndose que dicha solicitud puede realizarla quien haya presentado una denuncia de parte o un tercero con legítimo interés que también se haya apersonado al procedimiento, aspecto que no se encontraba regulado con precisión en la legislación precedente.

Procurando brindar un panorama de mayor certeza y predictibilidad a favor de los administrados al momento de solicitar el otorgamiento de una medida cautelar, el Decreto Legislativo desarrolla en su artículo 33 un listado de los

³⁸

La propuesta coincide con lo señalado por el Tribunal Constitucional, organismo que se ha pronunciado con relación a la necesaria identificación e individualización de los sujetos presuntamente responsables y la necesidad de controlar la corrección jurídica del juicio de imputación del Fiscal, lo que impone al juzgador la obligación de efectuar una debida formalización de cargos contra cada uno de los responsables. Al respecto, ver: Sentencia recaída en el Expediente N° 8125-2005-PHC/TC (caso JEFFREY IMMELT) del 14 de noviembre de 2005.

tipos de medida cautelar que la Comisión podrá adoptar, siendo éstas innovativas, no innovativas, genéricas y específicas, añadiéndose a manera de ejemplo la orden de cesación de un acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica, la imposición de condiciones, el comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y material publicitario materia de denuncia, la adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia, el cierre temporal del establecimiento del denunciado, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la leal competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar los actos materia del procedimiento.

Las medidas cautelares en los procedimientos trilaterales buscan asegurar la materia controvertida o evitar se produzcan daños irreparables en el reclamante, debido a la duración del procedimiento. Por ello, el Decreto Legislativo establece en su artículo 34 que, para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión deberá verificar la existencia concurrente de los siguientes requisitos: (i) verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal; y, (ii) peligro en la demora del pronunciamiento final.

De otro lado, corresponde resaltar otros aspectos importantes relacionados con el procedimiento cautelar, contenidos en el artículo 33 del Decreto Legislativo, los mismos que se mencionan a continuación:

- Las medidas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.
- Se establece un plazo de quince (15) días hábiles para que la Comisión acepte o desestime las medidas solicitadas.
- No son exigibles medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares, en la medida que en los procedimientos sobre competencia desleal no se cautelan intereses de agentes en particular en el mercado, sino que se protege el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, que es de interés público.
- Se otorga a la Comisión la facultad de conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.
- En caso de urgencia, se otorga al Presidente de la Comisión la facultad de dictar una medida cautelar destinada a evitar un daño irreparable, con cargo a informar a la Comisión, en la siguiente sesión de ésta, para que decida ratificar la medida impuesta.
- Se precisa que en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.
- Se establece en cinco (5) días hábiles el plazo para la apelación - sin efecto suspensivo - de medidas cautelares, así como que el Tribunal resuelva la apelación en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles.

Como puede apreciarse, el detallado desarrollo que otorga el Decreto Legislativo a las medidas cautelares constituye una importante mejora respecto de la legislación precedente, permitiendo agilizar la tramitación de las

solicitudes cautelares, así como generar mayor predictibilidad y seguridad jurídica en favor de los administrados.

5.3. De la instrucción

Considerando la trascendencia que tiene la prueba en el marco de un procedimiento administrativo sancionador,³⁹ el Decreto Legislativo mejora sustancialmente la regulación de la etapa de instrucción, incorporando mayor detalle en el desarrollo de las reglas relacionadas con la actividad probatoria. En tal sentido, el Decreto Legislativo establece un período para el ofrecimiento y la actuación de los medios probatorios que sean necesarios para el esclarecimiento y la obtención de toda la información relacionada con los hechos investigados por la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor, el mismo que no será menor de treinta (30) días hábiles y no podrá exceder de cien días (100) hábiles contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación.

En este punto, cabe señalar que la duración de dicho período se sustenta en la experiencia que la Comisión ha obtenido respecto del tiempo que toman las actuaciones procesales en cada etapa de los procedimientos y a la complejidad de los hechos investigados. De esta manera, el Decreto Legislativo dota de un período razonable y realista, pero a la vez flexible, para que las partes y la propia autoridad administrativa puedan presentar, actuar y evaluar los medios probatorios correspondientes que permitan la solución de la controversia.

Asimismo, el artículo 36 del Decreto Legislativo contiene un listado no taxativo de los medios probatorios que pueden ser actuados durante el procedimiento administrativo sancionador, precisando que procederá la actuación de pruebas distintas a las mencionadas (documentos, inspecciones y pericias), si a criterio de la Comisión éstas revisten especial necesidad para la resolución del caso.

De otro lado, si bien el Decreto Legislativo establece que los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen y no tienen naturaleza tributaria, también prevé una excepción para los casos de medios probatorios actuados de oficio por la autoridad administrativa, en cuyo caso se podrá ordenar el pago de los costos de su actuación al imputado o a quien formuló la denuncia, dependiendo del resultado del procedimiento.

Adicionalmente, el Decreto Legislativo incorpora expresamente en el numeral 36.4 la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda requerir la intervención de la autoridad policial para la actuación de pruebas o la realización de diligencias. Estas facultades forman parte de los actos de instrucción que posee toda autoridad administrativa.

Asimismo, en aplicación de las disposiciones generales contenidas en la Ley N° 27444⁴⁰ y teniendo en cuenta la celeridad del procedimiento administrativo sancionador, el Decreto Legislativo incluye expresamente la facultad de la

³⁹ Además de constituir los medios para acreditar los hechos denunciados del caso, la prueba es vista como un derecho básico de los administrados, constituyendo una de las garantías del debido procedimiento (numeral 1.2. de artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444).

⁴⁰ Numeral 1 del artículo 163 de la Ley N° 27444.

Comisión, mediante resolución debidamente motivada, para rechazar los medios probatorios propuestos por el imputado, por quienes hayan presentado la denuncia de parte o por terceros con legítimo interés que también se hayan apersonado al procedimiento, cuando éstos sean manifiestamente impertinentes o innecesarios.

Finalmente, en el artículo 38 del Decreto Legislativo se establece la posibilidad de modificar la determinación inicial de los hechos, su calificación jurídica o las posibles sanciones a imponer, si es que ello fuera necesario como consecuencia de la instrucción del procedimiento. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la complejidad de las infracciones a las normas sobre competencia desleal no permite determinar en muchos casos, al inicio del procedimiento, todos los alcances de la presunta infracción, o la existencia de conductas conexas a la denuncia originaria que sólo pueden ser detectadas en el marco de las investigaciones. En tal caso, la Secretaría Técnica deberá emitir una nueva resolución que sustituya el pliego de cargos inicial, informando de ello a la Comisión y notificando la modificación a las partes con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa, iniciándose un nuevo plazo para formular descargos y un nuevo cómputo del plazo legal para la tramitación del procedimiento.

5.4. De la Información Pública y Confidencial

En el Decreto Legislativo se ha considerado conveniente establecer una excepción al principio general de publicidad⁴¹ y al derecho de acceso a la información de las entidades por cualquier interesado,⁴² permitiéndose el acceso al expediente solamente a las partes o terceros con legítimo interés que se hayan apersonado al procedimiento. Ello en la medida que se trata de un procedimiento administrativo sancionador en el cual rige la presunción de licitud y en el que la divulgación de información vinculada con una denuncia que podría resultar improcedente, infundada e inclusive maliciosa, puede causar un daño irreparable en la reputación comercial del denunciado. En este punto, corresponde precisar que los sujetos mencionados precedentemente no podrán ejercer su derecho de acceso a la información, respecto de la que tiene el carácter de reservada o confidencial.⁴³

Asimismo, el presente artículo recoge y mejora lo establecido por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 807. En tal sentido, el Decreto Legislativo establece que no solamente los secretos empresariales podrán ser declarados como reservados, sino también aquellos relacionados con la intimidad personal y familiar de las partes vinculadas en el procedimiento, y aquella información cuya divulgación pueda perjudicar a su titular. En este punto, en una línea garantista de los derechos de los administrados, el Decreto Legislativo establece la posibilidad de que la Comisión declare de oficio la reserva de la información vinculada a la intimidad personal o familiar de las personas o que ponga en riesgo la integridad física de éstas.

⁴¹ Artículo 3 de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

⁴² Artículos 7 y 10 de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública

⁴³ Las excepciones al principio general de publicidad se encuentran reguladas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, comprendiendo a la información considerada como secreta, la información reservada y la información confidencial.

De otro lado, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Decreto Legislativo establece criterios claros y precisos para la concesión de la solicitud de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial, siendo dichos criterios los siguientes: (i) Que se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado; (ii) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y, (iii) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Otra innovación importante del Decreto Legislativo consiste en precisar los requisitos para determinar la procedencia de un pedido de reserva, debiendo el interesado precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Al respecto, cabe señalar que dichos requisitos garantizan que no se otorgue la reserva a cualquier tipo de información, teniendo en cuenta que dicho tratamiento de la información podría afectar los derechos de las partes que no han efectuado dicha solicitud. En este punto, cabe resaltar la inclusión de la presentación de un resumen no confidencial, como requisito legal para analizar la procedencia de un pedido de reserva. Adicionalmente, el Decreto Legislativo establece como criterio de evaluación, la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

Finalmente, cabe destacar que, en los casos que se realicen visitas de inspección o entrevistas, el Decreto Legislativo incorpora la posibilidad de que el interesado pueda solicitar la reserva genérica de toda la información o documentación que esté declarando o suministrando a la Secretaría Técnica, para luego individualizar la solicitud conforme a la regla general.

5.5. De la conclusión del procedimiento en primera instancia

El Decreto Legislativo ha desarrollado, en detalle, el tramo final del procedimiento en primera instancia administrativa, introduciendo como innovación, respecto de la legislación precedente, la conclusión del período de prueba en diez (10) días hábiles después de que la Secretaría Técnica ponga en conocimiento de la Comisión todo lo actuado. No obstante ello, el Decreto Legislativo también establece la facultad de la Comisión para, de considerarlo necesario, requerir mayor información o documentación a las partes, teniendo éstas un plazo no menor de cinco (5) días hábiles para absolver dicho requerimiento.

Asimismo, el Decreto Legislativo regula detalladamente el informe técnico que debe emitir la Secretaría Técnica a solicitud de la Comisión, una vez que se ha puesto en su conocimiento lo actuado en el procedimiento administrativo sancionador. La importancia de dicho informe radica en que contiene el resultado de la etapa de instrucción y la actividad probatoria, incluyendo la imputación contra los investigados, así como los aspectos que serán materia de juzgamiento por la Comisión. En ese sentido, el Decreto Legislativo detalla el contenido esencial del informe técnico, el mismo que deberá incluir la referencia sobre los hechos probados, la consideración sobre la existencia o no de la infracción administrativa imputada y la propuesta de medidas correctivas

que considere necesarias. Asimismo, el Decreto Legislativo dispone que el citado informe técnico sea notificado a las partes, quienes contarán con un plazo de diez (10) días hábiles para formular alegatos a conocimiento de la Comisión.

Otra innovación del Decreto Legislativo consiste en incorporar un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de citar a las partes para la audiencia de informe oral, la misma que se realizará en caso la Comisión lo considere necesario. Dicho plazo responde a la complejidad de las controversias sobre competencia desleal y considera que las partes tendrán que preparar adecuadamente sus argumentos para sustentarlos ante la Comisión.

De otro lado, a efectos de ordenar el procedimiento administrativo sancionador por actos de competencia desleal, el Decreto Legislativo ha incorporado la preclusión de la etapa en la que las partes se encuentran facultadas a presentar escritos, así como para argumentar y ofrecer medios de prueba, la misma que subsistirá solamente hasta antes de concluir el período de prueba. Sin embargo, a efectos de poder llegar a la verdad material, el Decreto Legislativo establece la facultad de la Comisión para disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de medios probatorios adicionales si, a su juicio, resultan necesarios para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

A lo expuesto en el párrafo precedente, el Decreto Legislativo precisa que, concluido el período de prueba, las partes únicamente podrán presentar escritos y argumentar cuando la Secretaría Técnica las notifique a fin de que absuelvan lo que ordene la Comisión o cuando les corresponda absolver el contenido del Informe Técnico de la Secretaría Técnica, de ser el caso. Asimismo, el Decreto Legislativo establece la posibilidad de que las partes puedan presentar alegatos finales durante los diez (10) días hábiles siguientes de realizado el informe oral que hubiera ordenado la Comisión, no pudiendo presentar pruebas adicionales en sus alegatos finales.

Finalmente, cabe señalar que, para la emisión del pronunciamiento en primera instancia, el Decreto Legislativo otorga a la Comisión un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la finalización del período de prueba, de la absolución del contenido del Informe Técnico de la Secretaría Técnica o del vencimiento del plazo que tienen las partes para presentar alegatos finales, lo que ocurra al final.

5.6. Del procedimiento ante la segunda instancia

A diferencia de la legislación precedente, el Decreto Legislativo regula de manera amplia y detallada el procedimiento a seguirse en la segunda instancia administrativa. Así, el Decreto Legislativo ha desarrollado una serie de reglas que, en general, siguen el esquema propuesto por la Ley N° 27444, aunque con necesarias adaptaciones a las características y naturaleza de los procedimientos de competencia desleal.

El recurso de apelación se encuentra regulado en los artículos 46 y 47 del Decreto Legislativo, estableciéndose que puede ser interpuesto por las partes en el procedimiento y los terceros con legítimo interés. De manera concordante con la Ley N° 27444, el Decreto Legislativo señala expresamente aquellos actos que pueden ser objeto del recurso de apelación, es decir, la resolución

final que pone fin a la instancia, los actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento y los que puedan producir indefensión,⁴⁴ añadiéndose la posibilidad de impugnar aquellos actos administrativos que puedan causar un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos como es el caso de los actos que imponen medidas cautelares.⁴⁵

De otro lado, el Decreto Legislativo establece que los denunciantes y terceros con legítimo interés sólo pueden apelar la resolución final cuando ésta haya exculpado al acusado, puesto que la magnitud de las multas impuestas y las medidas correctivas adoptadas por la Comisión únicamente responden a un interés público consistente en desincentivar la comisión de conductas desleales y corregir las distorsiones generadas al adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

El recurso de apelación se interpone ante el órgano emisor en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de notificado, y es resuelto por el Tribunal en un plazo de ciento veinte (120) días hábiles. Del mismo modo, se precisa que no cabe la interposición del recurso de reconsideración contra los pronunciamientos de la Comisión y la Secretaría Técnica.

El artículo 48 del Decreto Legislativo regula la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal. Una de las novedades introducidas en el procedimiento consiste en la existencia de un período de quince (15) días hábiles, a partir de la notificación del arribo del expediente al Tribunal, para que las partes puedan presentar las alegaciones y documentos que sustenten sus recursos. Asimismo, se establece un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para presentar alegatos con posterioridad a la celebración de la audiencia de informe oral. Ello con la finalidad de garantizar un correcto ejercicio de los derechos de petición y defensa de las partes así como la búsqueda de la verdad material por parte de la autoridad administrativa.

Se ha establecido expresamente, en el artículo 49 del Decreto Legislativo, la prohibición de reforma en perjuicio del administrado que ha sido sancionado en primera instancia administrativa. El principio de interdicción de *reformatio in peius* se encuentra contemplado en el numeral 3 del artículo 237 de la Ley N° 27444 y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como una garantía de los administrados aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores.⁴⁶

Finalmente, el artículo 50 del Decreto Legislativo establece que las resoluciones definitivas del Tribunal agotan la vía administrativa y son únicamente recurribles mediante una demanda contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 218 de la Ley N° 27444.

⁴⁴ Artículo 206.2 de la Ley N° 27444.

⁴⁵ Artículo 23.7 del Decreto Legislativo.

⁴⁶ Ver: Fundamento Jurídico 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de agosto de 2004 (Exp. N.° 1803-2004-AA/TC).

5.7. Prescripción

Las infracciones a la Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de sesenta (60) días hábiles por causa no imputable al investigado. Al respecto, cabe señalar que el Decreto Legislativo mantiene un esquema similar al desarrollado por la Ley N° 27444 en este aspecto.⁴⁷

6. Sanción y eliminación de actos de competencia desleal

6.1. De la Sanciones por la Infracción Administrativa

Marco general

La efectividad de una ley de represión de la competencia desleal requiere no sólo un adecuado diseño con reglas y procesos claros, sino también mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento de lo establecido. Al respecto, la determinación e imposición de sanciones constituye un factor clave para dicho objetivo debido a su doble efecto; por un lado, castigando a los infractores y, por el otro, previniendo y disuadiendo el desvío de las conductas hacia lo ilícito y no deseable dentro de la perspectiva económica y social.

Las sanciones tienen así implícito un carácter dinámico en la medida que su fin es evitar la realización de conductas futuras no deseables (en nuestro caso, prácticas desleales) al transmitir una señal al resto de agentes económicos. Un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener dicho rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, este esquema opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos al impactar negativamente sobre el beneficio esperado derivado de la realización de prácticas ilegales; de modo que dicho beneficio ilícito esperado resultaría menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales.⁴⁸

De otro lado, la aplicación de la sanción está sujeta a la detección de la infracción, la cual, dado el costo de la supervisión de los mercados y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con una cierta probabilidad.

De lo anterior, se tiene que para lograr el efecto de disuadir la realización de prácticas desleales se necesita que el régimen de sanciones incluya una alta probabilidad de detección; un adecuado nivel de multas tope; la aplicación de multas en casos de impacto significativo y, por ende, altas; y, el efectivo pago de éstas (que sean ejecutables o cobrables).

El artículo 52 del Decreto Legislativo establece tres niveles de multas: leve, grave y muy grave. Dicha situación representa una mejora con relación a la legislación precedente sobre la materia, puesto que dichas normas no

⁴⁷ Numeral 233.2 del artículo 233 de la Ley N° 27444.

⁴⁸ Becker, G. (1968) "Crime and punishment: an economic approach", En: The Journal of Political Economy, Vol. 76, N° 2, (Mar-Abr., 1968). Págs. 169-217, The University Chicago Press.

establecían niveles para la calificación de las infracciones. La estratificación contenida en el Decreto Legislativo permite distinguir claramente cuáles son los límites de sanción aplicables para cada uno de los niveles de gravedad de la infracción, estableciendo topes medidos tanto en Unidades Impositivas Tributarias - UIT como en un porcentaje de ventas o ingresos brutos.

En este punto, debe recordarse que la legislación precedente no distinguía entre las sanciones que debían aplicarse a infracciones que calificaran como leves de aquéllas que calificaran como graves, pues para ambos casos se tenía como base una sanción de amonestación y la multa con un tope máximo de cien (100) UIT. En tal sentido, por ejemplo, podía ocurrir que se calificara una infracción como leve y se impusiera una multa de 15 UIT, mientras que a otra se le calificara como grave pero solamente se le impusiese 10 UIT de multa. Así, tanto las infracciones leves como las graves tienen un amplio rango de posibilidades de multa, esto es de 0 a 100 UIT.

De otro lado, la legislación precedente no tomaba en cuenta el impacto de la sanción en la estructura económica y financiera del infractor. Dicha situación es corregida por el Decreto Legislativo al establecer porcentajes que tienen en cuenta la gravedad de la infracción y se encuentran calculados sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión. Con ello, se busca imponer una sanción que genere un efecto verdaderamente disuasivo pero que, a su vez, no aplique un castigo mortal a los agentes económicos.

Asimismo, se debe destacar el incremento de los topes de multas para las infracciones consideradas como graves y muy graves, 250 UIT y 700 UIT, respectivamente, ya que en la medida que el mercado nacional experimenta un mayor crecimiento, debido a factores tales como ante el APC Perú – EEUU y otros acuerdos comerciales que el Perú pueda suscribir, enfrenta la concurrencia de agentes de una significativa magnitud económica, los cuales podrían no verse disuadidos por sanciones que tengan como tope 100 UIT.

Finalmente, corresponde destacar que el Decreto Legislativo introduce un plazo de prescripción para la sanción impuesta por la autoridad de competencia desleal. Así, el Decreto Legislativo establece que la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones prescribe a los tres (3) años, contados desde el día siguiente a aquél en que la resolución por la que se impone la sanción quede firme. Asimismo, el Decreto Legislativo establece que la prescripción se interrumpe con el inicio del procedimiento de ejecución, reservando la protección para al administrado al volverse a contabilizar el plazo si el procedimiento de ejecución se paraliza durante más de treinta (30) días hábiles por causa no imputable a aquél.

Criterios para la determinación de la sanción

El artículo 53 del Decreto Legislativo contiene un listado de criterios sobre la base de los cuales la autoridad podrá establecer la gravedad de la infracción y graduará las sanciones. El mencionado listado introduce criterios que si bien no estaban contenidos en los artículos respectivos del Decreto Ley N° 26122 y del Decreto Legislativo N° 691, eran aplicados en diversos pronunciamientos emitidos por la Comisión y el Tribunal.

Al respecto, cabe mencionar que los criterios referidos al beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción y a la probabilidad de detección de la infracción, son incorporados por el Decreto Legislativo considerando que la decisión de infringir o no, dependerá del beneficio ilícito que se espera recibir, con relación al beneficio que se obtendría cumpliendo la Ley. Si el primero supera al segundo, la acción ilegal se realizaría; si ocurre lo contrario, no existiría incentivo alguno para realizar una conducta ilícita, por lo que los agentes económicos respetarían la Ley.

Como se puede apreciar, los criterios contenidos en el artículo 53 del Decreto Legislativo favorecen la transparencia y, sobre todo, la predictibilidad de las decisiones en el procedimiento sancionador. Del mismo modo, dichos criterios impactan en las perspectivas de los agentes económicos debido a su influencia en la evaluación de los costos y beneficios de sus acciones.

Finalmente, cabe resaltar que los criterios listados en el artículo 53 del Decreto Legislativo no son los únicos que la autoridad podría considerar al momento de determinar la gravedad de la infracción y el nivel de las multas que correspondan. En efecto, el Decreto Legislativo cuida en señalar que "entre otros" se tendrán en consideración los criterios expresamente listados, dejando a salvo la posibilidad de que, por la particularidad de los mercados o de las conductas investigadas, la Comisión pueda considerar otros criterios.

6.2. Medidas correctivas

El artículo 55 del Decreto Legislativo contempla de manera expresa las facultades de la Comisión y el Tribunal para dictar medidas correctivas, cuya finalidad consiste en restablecer la leal competencia en el mercado. Las medidas correctivas se sustentan en la potestad de policía de la autoridad administrativa, en este caso, para corregir las distorsiones producidas en el adecuado funcionamiento del proceso competitivo que se ha visto afectado por el desarrollo de prácticas desleales.

6.3. Multas coercitivas

El Decreto Legislativo en sus artículos 56 y 57 establece la facultad de la Comisión para establecer multas coercitivas en casos de incumplimiento de sus órdenes de medidas cautelares o correctivas.

Como anota la doctrina y en concordancia con las disposiciones generales,⁴⁹ las multas coercitivas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. No son sanciones propiamente dichas y son compatibles con ellas. Este medio de ejecución forzosa impone sobre el destinatario del acto que se trata de ejecutar una obligación nueva y distinta de la establecida en dicho acto.⁵⁰ Con dichas consideraciones el Decreto Legislativo fija los niveles de multa por los incumplimientos señalados, así como respecto de la persistencia del incumplimiento, estableciendo topes máximos para estos últimos casos.

⁴⁹ Artículo 199 de la Ley N° 27444.

⁵⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas - Ramón FERNANDEZ. Op. Cit. p. 851-852.

7. Indemnización por daños y perjuicios

El artículo 58 del Decreto Legislativo dispone que, los afectados por un acto de competencia desleal, puedan demandar su pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios ante el Poder Judicial. Este dispositivo guarda relación con lo establecido en el artículo 232.1 de la Ley N° 27444,⁵¹ el cual dispone que las indemnizaciones de carácter civil, como son el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona son de competencia exclusiva del Poder Judicial. Asimismo, el Decreto Legislativo concede dicha facultad a quienes hayan sido denunciados temeraria o falsamente, con dolo o negligencia.

8. Glosario

El artículo 59 del Decreto Legislativo incluye una serie de definiciones referidas a la actividad publicitaria, las mismas que, si bien recogen conceptos contenidos en el Decreto Legislativo N° 691, su reglamento, así como de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, también introducen nuevos conceptos obtenidos de la positiva experiencia desarrollada en los últimos años y de las nuevas tendencias en materia publicitaria.

9. Disposiciones finales

La Primera Disposición Final del Decreto Legislativo establece que el control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, en virtud del cual sólo el Indecopi y el Osiptel, según corresponda, están facultados para ejercer el control correspondiente de dichas conductas, de acuerdo con las atribuciones particulares que la legislación correspondiente les otorga. Ello no enerva el derecho de los administrados de cuestionar las decisiones de las máximas instancias de dichos organismos ante el Poder Judicial, pero dicho derecho no podrá ser ejercido sino únicamente hasta cuando se haya agotado la vía administrativa ante dichas instituciones.

Por su parte, la Segunda Disposición Final deja a salvo los derechos de los consumidores que se vean afectados por actos desleales sancionados en aplicación de la Ley, estando facultados para acudir a la autoridad competente en materia de protección al consumidor, pudiendo ésta aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la ley de la materia.

Por otro lado, en la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo se incorpora como novedad que en el marco exclusivo de un acuerdo internacional y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá investigar conductas desleales desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que forman parte del referido acuerdo.

51

LEY N° 27444

Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

Esta disposición - bajo las condiciones antes señaladas - configura una ampliación excepcional a la regla general establecida en el artículo 4 del Decreto Legislativo, la cual delimita el ámbito de aplicación de la Ley a todas las conductas que produzcan o puedan producir efectos contrarios al proceso competitivo por eficiencia en todo o en parte del territorio nacional. Bajo esta disposición, en el marco de un acuerdo internacional, la Comisión analizaría conductas cuyos efectos se producen fuera del territorio nacional.

La Cuarta Disposición Final reitera la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar las disposiciones contenidas en la Ley, salvo que una norma expresa de rango legal determine lo contrario. Asimismo, dicha disposición establece que la aplicación de la Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Osiptel de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, precisando que las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, dicha disposición dispone claramente que cuando el acto de competencia desleal que se determina y sanciona es uno que se ha desarrollado mediante la actividad publicitaria, la competencia administrativa únicamente corresponde a los órganos competentes para la aplicación de la Ley, conforme a lo dispuesto en su Título IV, sin excepción alguna. Con ello, el Decreto Legislativo soluciona las posibles confusiones sobre la competencia del Indecopi y Osiptel en la materia, que se pudieron generar por la falta de claridad en la legislación precedente.

La Quinta Disposición Final reitera y precisa los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 823 - Ley de Propiedad Industrial, así como en la Directiva N° 001-96-TRI - Determinación de la Competencia Funcional de las Oficinas de Signos Distintivos e Invenciones y Nuevas Tecnologías, frente a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal respecto de las denuncias por competencia desleal en las que se encuentren involucrados derechos de propiedad intelectual.

En virtud de ello, la competencia administrativa para la aplicación de la Ley en la determinación y sanción de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena que se encuentren vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual se encuentra asignada a la Comisión de Propiedad Intelectual correspondiente, conforme lo indique la legislación especial en dicha materia, y únicamente si la denuncia de parte fuera presentada por el titular del derecho o por quien éste hubiera facultado para ello.

De otro lado, teniendo en cuenta la creciente tendencia en la economía mundial de integración económica y conformación de mercados ampliados, la Sexta Disposición Final prevé que la aplicación de normas comunitarias o supranacionales que tipifican actos de competencia desleal serán aplicadas por los órganos competentes que indica la Ley, siempre que no exista conflicto con la distribución de competencias que estas normas puedan determinar.

10. Disposiciones derogatorias

En aplicación del principio general por el cual una ley posterior deroga a una ley anterior, previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y el Título Preliminar del Código Civil, el Decreto Legislativo contiene una derogación genérica de todas normas legales o de rango inferior que se opongan o contradigan a la Ley.

Sin perjuicio de ello, y con el objeto de lograr una mayor transparencia y predictibilidad de la vigencia de las normas de represión de la competencia desleal, se incluye la derogación expresa del Decreto Ley N° 26122 y el Decreto Legislativo N° 691, así como del reglamento del citado decreto legislativo. De otro lado, se deroga el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI que aprueba el texto único ordenado de los citados cuerpos legales. Sobre el particular, cabe señalar que las normas antes mencionadas se encuentran íntegramente reemplazadas por la Ley, por lo que no se genera vacío normativo alguno.

Asimismo, se derogan expresamente los artículos 238, 239 y 240 del Código Penal, disposiciones normativas que tipificaban los siguientes delitos: (i) las informaciones falsas sobre calidad de productos; (ii) la venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados; y, (iii) el aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial. Dichas derogaciones se deben a que la experiencia práctica del Indecopi ha demostrado que la persecución administrativa - y no la persecución penal - constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas desleales. A ello se añade el hecho de que el complejo análisis de los efectos que puedan generar los actos desleales en el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlos, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal.

Finalmente, el último párrafo de la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo prescribe que toda referencia legal o administrativa a las materias reguladas por disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 26122, el Decreto Legislativo N° 691 y el Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, así como de sus normas modificatorias, complementarias o sustitutorias se entienden efectuadas a la Ley en lo que sea aplicable, según corresponda. Dicha disposición tiene su fundamento en que existen diversos dispositivos legales y reglamentarios que se remiten a las citadas normas, pudiendo quedar sin contenido de producirse una derogación que no las remita a la Ley, ello con la finalidad de no generar vacíos normativos e inestabilidad jurídica.

ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

A continuación desarrollamos el análisis costo beneficio de la propuesta legislativa a fin de demostrar que la acción gubernamental en este caso es necesaria, justificada y apropiada. Para ello, destacaremos los posibles beneficios, costos y efectos de la norma propuesta.

La propuesta de reforma normativa del régimen de competencia desleal en el Perú tiene como objetivo tutelar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo frente a prácticas desleales, fundamental para el correcto desarrollo del sistema de economía social de mercado que nos rige, obligación que se deriva de los

compromisos asumidos en el APC Perú - EEUU, así como preparar a la institución para el cumplimiento de estándares que se deriven de la suscripción de nuevos acuerdos de promoción comercial.

La tendencia creciente del número de servicios institucionales se ha venido mostrando en los tres últimos años, reflejando un crecimiento sostenido de la economía en el mismo período. En este sentido, la mayor demanda de servicios que se presentará una vez vigente el APC Perú - EEUU y otros acuerdos, se verá reflejada en un mayor número de procedimientos sobre infracciones a la legislación sobre competencia desleal.

Con relación a los beneficios concretos que se obtienen con la aprobación del Decreto Legislativo, podemos mencionar los siguientes:

- Facilita el cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de las previsiones legales sobre competencia desleal y publicidad comercial, al haberse unificado y simplificado la normatividad en la materia, clarificándose conceptos, estableciéndose definiciones y ejemplificándose con mayor precisión los supuestos.
- Genera mayor predictibilidad en la medida que contiene mayor claridad y calidad de definiciones, establece una serie de plazos y describe de manera clara también una serie de etapas dentro del procedimiento general de investigación y sanción de prácticas desleales. Ello, en su conjunto, facilita el cumplimiento de la regulación contra prácticas desleales.
- Minimiza el impacto o cargas innecesarias o no deseables, tanto para la Comisión como para los usuarios del sistema. Por ejemplo, en el último caso, el establecimiento de plazos perentorios para la conclusión de etapas y emisión de resoluciones por parte de la autoridad de competencia reduce significativamente los costos en que los agentes involucrados en un procedimiento incurrir.
- Integra múltiples objetivos de políticas públicas, entre ellas, el combate de las prácticas desleales, la abogacía de la competencia y la consolidación de una cultura de mercado en el Perú.
- Mejora la transparencia de la labor de la Comisión y del Tribunal en diversos aspectos.
- Define y delimita de mejor manera la responsabilidad del Estado, entre otras razones, al imponérsele obligaciones concretas bajo responsabilidad de la Comisión y su Secretaría Técnica.
- Fortalece la capacidad de investigación de la Comisión, lo que va a redundar en la solución más pronta y adecuada de los casos, en beneficio directo de los usuarios y del sistema de competencia en el Perú en general.
- La represión eficiente de la competencia desleal conlleva importantes impactos comerciales positivos, en la medida que se genera mayor confianza en los inversionistas respecto del escenario en que entrarán a competir, lo que redundará directamente en la atracción de inversiones para el país.

- Aumenta el bienestar de los consumidores, por cuanto incentiva a los proveedores de bienes o servicios para que brinden información clara, precisa y relevante, a efectos de que puedan tomar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses económicos.
- La adecuada vigilancia del proceso competitivo coadyuva a mejorar las condiciones para la generación de empleo en el Perú.
- Todo lo mencionado redundará en mayor bienestar social.

De otro lado, los costos involucrados son los siguientes:

- Recursos que se deberán invertir en la implementación del sistema a nivel institucional, tales como actividades de capacitación del personal del Indecopi dedicado a labores de protección de la leal competencia, lo que involucra, básicamente, al personal de las Secretarías Técnicas de la Comisión y del Tribunal.
- Recursos que deberán invertir los profesionales especialistas en su capacitación con relación a la nueva norma de represión de la competencia desleal, así como en la difusión entre los agentes económicos del contenido de la reforma.
- Mayores recursos que deberá invertir el Indecopi para mejorar el funcionamiento de las Secretarías Técnicas de la Comisión y del Tribunal a fin de cumplir con las obligaciones y objetivos contenidos en la nueva norma.
- No se comprometerán fondos del Tesoro Público con las modificaciones propuestas, pues se realizará íntegramente con recursos directamente recaudados por el Indecopi.

Como se ha demostrado, el análisis de costo y beneficio demuestra de manera clara y contundente que los beneficios potenciales de la regulación propuesta son notoriamente superiores a los costos de cumplimiento, al haberse maximizado el impacto positivo de la norma, previéndose la obtención de los objetivos trazados de un modo eficiente y eficaz.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La entrada en vigencia del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal tendrá como efecto derogar, de manera expresa, las siguientes normas:

- El Decreto Ley N° 26122 y sus normas modificatorias, complementarias y sustitutorias;
- El Decreto Legislativo N° 691 y sus normas modificatorias, complementarias y sustitutorias;
- El Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI en cuanto aprueba el Texto Único Ordenado de los instrumentos normativos indicados precedentemente;
- El Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI y sus normas modificatorias, complementarias y sustitutorias; y,
- Los artículos 238°, 239° y 240° del Código Penal.