

LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

Conforme a su mandato legal, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) está encargado de la aplicación de las normas de libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones. De acuerdo con ello, adicionalmente a su rol de organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones, el OSIPTEL actúa como agencia de competencia en el sector.

Para desarrollar esta función, el OSIPTEL se encuentra facultado a dictar lineamientos referenciales sobre libre y leal competencia que resuman los principios de aplicación general que este organismo viene aplicando o aplicará en el futuro¹.

En ejercicio de dicha facultad, en el año 2002 el OSIPTEL emitió los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones², en función de lo dispuesto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley 26122. Dichos Lineamientos han sido aplicados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL para tramitar diversas denuncias por infracciones a las normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones a partir del año 2002.

En junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Competencia Desleal), la misma que derogó las disposiciones del Decreto Ley 26122. En tal sentido, corresponde adecuar los Lineamientos a los cambios introducidos por la Ley de Competencia Desleal, considerando además la experiencia adquirida por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL.

Asimismo, corresponde señalar que los presentes Lineamientos tienen por finalidad orientar a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que serán utilizados por el OSIPTEL al momento de aplicar la Ley de

¹ Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, 114. OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales.”

Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044. “Artículo 25°.- (...)

25.2. Son atribuciones de la Comisión: (...)

d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley”.

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034. “Artículo 14°.- (...)

14.2. Son atribuciones de la Comisión: (...)

d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley”.

² Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL del 12 de diciembre de 2002.

Competencia Desleal al mercado de telecomunicaciones y de esta manera hacer predecibles las decisiones de la autoridad, contribuyendo con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada. Cabe precisar que **los Lineamientos no tienen carácter vinculante, sino únicamente referencial y no constituyen adelanto de opinión sobre ningún caso en particular.**

De otro lado, la importancia de la emisión de Lineamientos para la aplicación de las normas de represión de las conductas de competencia desleal específicos para el sector de telecomunicaciones radica básicamente en las particularidades del mismo. Este mercado, regulado en varios aspectos, tiene características especiales originadas por la velocidad de los cambios tecnológicos que obligan a que la labor del Estado tenga diferencias con la labor de preservar y promover un régimen de competencia leal que desarrolla en otros mercados.

En tal sentido, los presentes Lineamientos consideran que la metodología o los criterios habituales para la evaluación de prácticas desleales en otros sectores, **puedan variar y requerir ajustes**, o considerar criterios adicionales debido a las características particulares que presenta el mercado de las telecomunicaciones.

Los presentes Lineamientos recogen los **criterios de interpretación** utilizados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL en la aplicación de las normas de competencia desleal en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el marco de los procedimientos de solución de controversias sometidos a su consideración. Asimismo, recogen los criterios adoptados por el INDECOPI, tomando además en consideración los principales criterios desarrollados por la agencias de competencia y académicos a nivel mundial para la evaluación de prácticas desleales, en lo que resulte aplicable para el sector de telecomunicaciones.

Cabe señalar que cuando las circunstancias del caso concreto lo ameriten, el OSIPTEL podrá **adaptar** lo señalado en estos Lineamientos con el debido fundamento, a fin de ajustar la aplicación de la norma a la modificación de las condiciones comerciales y a la continua innovación y convergencia que caracteriza a los servicios de telecomunicaciones. Asimismo, el OSIPTEL podrá revisar y actualizar los criterios en función a los desarrollos teóricos y de la jurisprudencia.

Es importante señalar que cuando se hace referencia al término 'servicios' en los Lineamientos, debe entenderse que involucra todas aquellas facilidades que pueden ser brindadas por una empresa a otros operadores o usuarios, y no solo a los servicios finales de telecomunicaciones definidos como tales en las normas del sector.

Finalmente, corresponde señalar que, cuando se considere pertinente y con las salvedades del caso, el OSIPTEL podrá tomar en cuenta lo señalado en los Lineamientos como referente dentro del proceso de elaboración de la regulación, así como dentro del proceso de desarrollo de sistemas de información y herramientas de análisis requeridas para el diseño e implementación de las políticas de competencia.

1. EL OSIPTEL Y LA APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL AL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con el marco legal vigente, el OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la Ley de Competencia Desleal que afecten el

mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, ya sea que, tanto los infractores como los perjudicados sean operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, o que solo una de las partes tenga dicha condición³.

La aplicación de la Ley de Competencia Desleal en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones tiene carácter supletorio frente a la regulación sectorial⁴. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, el OSIPTEL solo aplicará la Ley de

³ Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.
“Artículo 78°.- Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos: a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala (...).”

Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336.
“Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales.
(...) 26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36° de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente (...).”

“Artículo 36°.- (...) Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios”.

Cabe destacar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044, reconoce expresamente la competencia y funciones otorgadas a OSIPTEL en materia de competencia desleal, es así que establece lo siguiente en sus disposiciones complementarias finales:

Primera.- “Competencia primaria. El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al **Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas**. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.”(Resaltado agregado)

Cuarta.- “Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones. Los órganos competentes para la aplicación de esta Ley conforme a lo dispuesto en el Título IV tienen competencia exclusiva a nivel nacional para la determinación y sanción de actos de competencia desleal. La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley podrá ser asumida por órgano administrativo distinto únicamente cuando una norma expresa con rango legal lo disponga. **La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.**” (Resaltado agregado)

⁴ Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, Lineamiento 111. “Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos Nos. 701 y 807, las del Decreto Ley 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.”

Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, “Artículo 12°.- Principio de Supletoriedad
Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

Competencia Desleal si no existe norma del sector telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida.

2. FINALIDAD DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley de Competencia Desleal tiene como finalidad reprimir todo acto o conducta desleal que tenga por efecto real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Conforme a ello, la protección del proceso competitivo implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado: proveedores de bienes o servicios y consumidores, así como el orden económico.

Las **conductas prohibidas** por dicha norma son aquellas que implican la concurrencia⁵ en el mercado para ofrecer bienes y/o servicios recurriendo a **aspectos ajenos a las capacidades o méritos propios** del agente o de los bienes y servicios que este ofrece. Por el contrario, el daño que se pueda causar a los competidores al desarrollar una actividad comercial recurriendo a las propias capacidades o a méritos propios del agente o de sus bienes o servicios, es un **daño concurrencial lícito** que no califica como un acto de competencia desleal.

3. AMBITO DE COMPETENCIA DEL OSIPTEL

El ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal converge con el de otras normas que también regulan la conducta de los agentes económicos, como aquellas en materia de **protección al consumidor, publicidad, propiedad intelectual, y libre competencia**. En algunos casos, la aplicación de dichas normas está encargada al OSIPTEL, pero en otros corresponde de forma exclusiva al INDECOPI.

Por ello, es necesario deslindar el ámbito de funciones del OSIPTEL en la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, a fin de proteger de forma más efectiva los derechos amparados por esta norma, identificando la vía legal idónea para resguardar los intereses afectados y evitando, en lo posible, futuros **conflictos de competencia** entre entidades públicas o la deducción de excepciones que tiendan a dilatar el procedimiento administrativo.

3.1. Protección al consumidor

La Ley de Competencia Desleal precisa que los actos de competencia desleal prohibidos por la Ley, serán sancionados en forma **independiente** de la afectación directa que pudieran producir en perjuicio de los derechos de los consumidores⁶.

⁵ Se entiende por “concurrencia” tanto a la concurrencia efectiva en un mercado como aquella conducta que, sin consistir en una concurrencia efectiva, denota un fin concurrencial en el mercado objetivo. Ver numeral 4.1.

⁶ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Segunda Disposición Complementaria Final. *“Derecho de los Consumidores. Los actos de competencia desleal prohibidos por esta Ley son sancionados independientemente de la afectación directa que pudieran producir en perjuicio de los derechos de los consumidores. En caso existan consumidores afectados como consecuencia de un acto de competencia desleal, corresponderá a la autoridad competente en materia de protección al consumidor, aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la Ley de la materia”.*

Asimismo, señala que en caso existan **consumidores afectados** como consecuencia de un acto de competencia desleal, corresponderá a la **autoridad competente en materia de protección al consumidor**, aplicar las disposiciones que tutelan tales derechos según la ley de la materia, es decir, según las **normas de protección al consumidor**.

En lo relativo a quién es la autoridad competente en materia de protección al consumidor, el artículo 105° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley 29571, establece que el INDECOPI es la autoridad con **competencia primaria** y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en dicho código y su competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de **otro organismo por norma expresa con rango de Ley**⁷.

Al respecto, cabe precisar que la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, en su artículo 3°, numeral 3.1, inciso f), otorga expresamente a los organismos reguladores la función de solución de los reclamos de usuarios de los servicios que regulan⁸.

En particular, el artículo 63° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que la protección al usuario de los servicios públicos regulados por **los organismos reguladores a que hace referencia la Ley 27332**, se rige por las disposiciones de dicho Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente⁹. Asimismo, el artículo 65° establece que los usuarios tienen derecho a que sus reclamaciones vinculadas a la prestación de los servicios públicos sean resueltas en última instancia administrativa por el **organismo regulador respectivo**, precisando que las instancias competentes, sus facultades y los procedimientos que rigen su actuación son los establecidos en las respectivas disposiciones emitidas por los organismos reguladores¹⁰.

⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. “Artículo 105°.- Autoridad competente. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley. (...)”

⁸ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332. “Artículo 3°.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)
f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. (...)”

⁹ Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. “Artículo 63°.- Regulación de los servicios públicos
La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo.
Para los efectos del cumplimiento de la finalidad señalada, el organismo regulador debe, entre otros, efectuar la permanente fiscalización de la medición del servicio, de las condiciones de facturación, y desarrollar sus facultades de sanción, cuando corresponda”.

¹⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. “Artículo 65.- Atención de reclamaciones

Por lo tanto, en los casos de prácticas desleales que afecten la **competencia** del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones se aplicarán las **normas de competencia desleal** y serán conocidos y sancionados por la entidad competente, la cual según la Ley es el **OSIPTEL**¹¹.

De otro lado, cuando dichos actos afecten a consumidores o usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, estos serán conocidos por el **OSIPTEL** a través de los procedimientos de reclamos de usuarios aplicándose las **normas del sector y las normas de protección al consumidor en lo que resulte pertinente**.

3.2. Publicidad

La Ley de Competencia Desleal tipifica directamente los actos de competencia desleal realizados a través de la publicidad que se encuentran prohibidos. Dicha Ley ha derogado el Decreto Legislativo 691, Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, que previamente tipificaba de forma independiente los actos de competencia desleal realizados a través de la publicidad¹².

Asimismo, la Ley de Competencia Desleal precisa que el INDECOPI tiene la **competencia exclusiva** para investigar y sancionar los actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria¹³. Para tales efectos, la Ley define el término **publicidad** como toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona o entidad en el ejercicio de su

“Los usuarios tienen derecho a que sus reclamaciones vinculadas a la prestación de servicios públicos sean resueltas en última instancia administrativa por el organismo regulador respectivo.

Las instancias competentes, sus facultades y los procedimientos que rigen su actuación son los establecidos en las respectivas disposiciones emitidas por los organismos reguladores (...).”

¹¹ Salvo que se trate de supuestos de competencia exclusiva de INDECOPI, como los relacionados a la publicidad y a la propiedad intelectual, los cuales se tratan en los numerales 3.2. y 3.3 siguientes.

¹² Ley de Represión de la Competencia Desleal, Segunda Disposición Derogatoria: *“Quedan derogadas expresamente, a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas: (...) b) El Decreto Legislativo N° 691 y sus normas modificatorias, complementarias y sustitutorias; (...)”*

¹³ La Ley de Represión de la Competencia Desleal, Cuarta Disposición Complementaria Final: Cuarta.- *“(...) 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 esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, **sin excepción alguna** (Resaltado agregado).*

En el artículo 24° del Título IV de la referida Ley se señala lo siguiente:

“Artículo 24°.- Las autoridades.-

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

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.

24.2. En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3. Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria”.

actividad comercial, industrial o profesional en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales¹⁴.

En ese sentido, lo primero que el OSIPTEL debe analizar cuando se presenten este tipo de casos es si el medio por el cual fueron difundidas las afirmaciones que pudieran configurar actos de competencia desleal, cumple o no con los **requisitos de la definición de publicidad** recogida en la Ley. De identificar la posible existencia de este tipo de casos, el OSIPTEL remitirá al INDECOPI los antecedentes a fin de que esta entidad evalúe si corresponde iniciar un procedimiento administrativo al respecto.

3.3. Propiedad Intelectual

La Ley de Competencia Desleal establece que la Comisión de Propiedad Intelectual correspondiente del INDECOPI tiene **competencia exclusiva** para investigar y sancionar los actos de competencia desleal en la modalidad de **actos de confusión y de explotación indebida de la reputación ajena** que se encuentran vinculados a la afectación de **derechos de propiedad intelectual**, siempre que la denuncia sea presentada por el **titular del derecho** o por quien este hubiera facultado para ello¹⁵. En tal virtud, de identificar la posible existencia de este tipo de casos, el OSIPTEL remitirá al INDECOPI los antecedentes a fin de que esta entidad evalúe si corresponde iniciar un procedimiento administrativo al respecto.

Dados los términos en que la Ley ha definido la competencia exclusiva del INDECOPI en esta materia, debe entenderse que el **OSIPTEL** es **competente** para investigar y sancionar los actos de confusión y de explotación indebida de la reputación ajena que se encuentran vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual en caso la **denuncia** sea realizada por un **tercero** (ni el titular del derecho ni por quien este hubiera facultado para ello) o se trate de una controversia **iniciada de oficio**, así como los demás actos de competencia desleal que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y que a la vez involucren la afectación de derechos de propiedad intelectual.

Conforme a lo expuesto, los casos que involucren la afectación de derechos de propiedad intelectual en los que el OSIPTEL será competente pueden ser:

¹⁴ Ley de Represión de la Competencia Desleal. "Artículo 59º.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:(...) d) **Publicidad**: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales".

¹⁵ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Quinta Disposición Complementaria Final: "Actos de competencia desleal vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual. La competencia administrativa para la aplicación de esta 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".

- (i) Actos de competencia desleal que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en las modalidades de confusión y de explotación indebida de la reputación ajena, cuando la denuncia no sea presentada por el titular del derecho ni por quien este hubiera facultado para ello, o cuando se trate de una controversia iniciada de oficio.
- (ii) Otros actos de competencia desleal en modalidades distintas a las anteriormente señaladas que afecten el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

3.4. Libre competencia

Existen conductas que, en principio, podrían ser investigadas tanto bajo la Ley de Competencia Desleal, como bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034.

En este tipo de casos, el OSIPTEL encausará el procedimiento sancionador correspondiente a través de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas cuando la conducta denunciada o investigada sea llevada a cabo en un contexto de **poder de mercado**, esto es, que sea realizada por un agente que califique como una empresa con **posición de dominio** en el mercado relevante según los términos de dicha ley, o por dos o más agentes económicos independientes que **compiten horizontalmente** o que **operan en planos distintos de la cadena** de producción, distribución o comercialización, y que tienen por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Así, por ejemplo, anteriormente el OSIPTEL ha tramitado como infracciones a las normas de defensa de la libre competencia -y no como supuestos de competencia desleal- los casos de precios predatorios y de discriminación entre competidores¹⁶.

4. OTRAS DISPOSICIONES GENERALES

4.1. Actividad concurrencial

El artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal establece su aplicación a aquellos actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Esto es lo que se conoce como **actividad concurrencial**, de manera tal que solo una actividad realizada con el objetivo de desarrollar una actividad económica en un mercado, puede ser considerada como desleal.

¹⁶ Este criterio fue adoptado por OSIPTEL en la Resolución N° 052-2002-CCO-OSIPTEL del 16 de julio de 2002, que puso fin a la controversia entre AT&T Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) (Exp. 003-2001), y posteriormente recogido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por la Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL del 12 de diciembre del 2002.

En la citada resolución, el CCO concluyó que si bien la conducta denunciada constituía infracción tanto al artículo 6° del Decreto Ley 26122, como al artículo 5° inciso f) del Decreto Legislativo 701, correspondía sancionar a la empresa por la segunda infracción, en aplicación del principio de especialidad de las normas y del artículo 230°, numeral 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, relativo al concurso de infracciones, debido a que la empresa infractora contaba con posición de dominio en el mercado de telefonía fija.

En tal sentido, la Ley se aplica a aquellos actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Por ejemplo, el INDECOPI ha interpretado que un comportamiento tiene **finalidad concurrencial** cuando el agente que lo realiza procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. El efecto o la finalidad de posicionarse en el mercado, de obtener una mejora directa o indirecta en la situación competitiva a partir de la ejecución de la conducta, es el elemento central que caracteriza a un acto concurrencial¹⁷.

Así también, en una controversia que enfrentaba a Boga Comunicaciones S.A. y Telefónica Multimedia S.A.C., esta última imputó a la primera la comisión de actos de competencia desleal por las declaraciones que realizaron integrantes de una Comisión del Congreso en una conferencia de prensa en la que emitieron declaraciones sobre presuntas ilegalidades de las promociones y campañas realizadas por Telefónica Multimedia, y que Boga había propiciado al brindar información a dichos congresistas. Sin embargo, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia concluyó que tales afirmaciones reflejaban la opinión de los congresistas acerca de determinados hechos, opiniones a las que no resultaban aplicables las disposiciones contenidas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁸.

4.2. Efectos sobre el mercado

Si bien se ha señalado que el ámbito de competencia de OSIPTEL está determinado por la afectación del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, ello no quiere decir que para configurarse un acto de competencia desleal se requiera necesariamente acreditar la existencia de un daño efectivo en dicho mercado.

El artículo 7° de la Ley de Competencia Desleal ha previsto que los efectos nocivos en el mercado, esto es, el **daño** que puede producirse respecto de otro concurrente, de los consumidores o del orden público económico, puede ser **real o potencial**. Por lo tanto, el OSIPTEL evaluará que la conducta sea adecuada o idónea para producir los efectos perniciosos, sin necesidad de verificar que los mismos se hayan producido efectivamente.

4.3. Legitimidad para denunciar

La legitimidad para denunciar es una condición o presupuesto de la acción. La Ley no ha establecido requisitos o condiciones específicas a las personas para denunciar la comisión de actos de competencia desleal. Así, **cualquier persona** se encuentra **legitimada** para denunciar un acto de competencia desleal ante el OSIPTEL sin necesidad de tener que acreditar la condición de competidor; es decir, sin necesidad de tener que acreditar que exista relación de competencia entre el infractor y el denunciante ni tampoco la condición de consumidor. Ello es así puesto que la finalidad última de la Ley es la protección del proceso competitivo, y no de un competidor o consumidor en particular. También es importante tener en cuenta que el denunciante es solo un colaborador en el procedimiento dado que la titularidad de la acción corresponde a la administración, en este caso al OSIPTEL¹⁹.

¹⁷ Resolución N° 473-2012/SC1-INDECOPI del 22 de febrero de 2012 (Exp. 133-2010/CCD).

¹⁸ Resolución N° 006-2002-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2003 (Exp. 013-2003).

¹⁹ Ley de Represión de la Competencia Desleal, "Artículo 28°.- Formas de iniciación del procedimiento.

Así, por ejemplo, en el expediente seguido por la Municipalidad Distrital de Puente Piedra (MPP) contra Telefónica del Perú S.A.A.²⁰, por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, el Cuerpo Colegiado señaló que se entiende que la legitimidad para obrar en la Ley de Competencia Desleal no es de carácter “cerrada” en tanto cualquier agente puede ser autor o víctima de actos de competencia desleal, con independencia de si son empresas o si poseen relación de competencia con la víctima o el autor, respectivamente. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado estableció que la MPP, en su calidad de entidad perteneciente a la Administración Pública, también podía denunciar un acto de competencia desleal, tal y como fue el caso.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, para que el OSIPTEL conozca de una denuncia, el supuesto acto denunciado necesariamente deberá afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, y cuando menos una de las partes involucradas deberá tener la condición de empresa operadora de tales servicios.

4.4. Primacía de la realidad

Bajo este principio, en la investigación de los actos de competencia desleal, el OSIPTEL pondrá énfasis en la evaluación de las conductas desarrolladas por los investigados y las relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, así como sus efectos reales o potenciales, más que en la forma jurídica de los negocios o contratos que pudieran haberse celebrado para llevar a cabo tales conductas²¹.

5. CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

La cláusula general de la Ley de Competencia Desleal prohíbe los actos desleales que sean objetivamente contrarios a la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia de los agentes en una economía social de mercado, independientemente de la forma que adopten, el medio que permita su realización, o el sector económico en que se manifiesten²².

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

²⁰ Resolución N° 003-2013-CCO/OSIPTEL del 04 de marzo de 2013 (Exp. 001-2013-CCO-ST/CD).

²¹ Ley de Represión de la Competencia Desleal, “Artículo 5°.- *“Primacía de la realidad.- La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.*

²² Ley de Represión de la Competencia Desleal, “Artículo 6°.- *Cláusula general.- 6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”.*

Asimismo, la Ley de Competencia Desleal establece que para calificar cualquier acto como de competencia desleal, y por lo tanto ilícito, no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, ni tampoco que dicho acto haya generado un daño efectivo en perjuicio de otros concurrentes en el mercado, los consumidores o el orden público económico, bastando que exista un daño potencial²³.

Tal como ha sido prevista, la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal corresponde a una tipificación general de todos los actos desleales prohibidos²⁴. Adicionalmente, las conductas descritas expresamente en el Capítulo II de la Ley constituyen un listado enunciativo de casos usuales y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal.

Consecuentemente, la realización de las conductas listadas expresamente es sustancialmente una infracción a la cláusula general. Sin perjuicio de ello, también pueden existir actos de competencia desleal que, por su novedad o por sus singulares características, no se encuentran previstos expresamente en el listado enunciativo y que, por tanto, resultan sancionables directamente en virtud de la cláusula general.

La aplicación de la cláusula general puede resultar de suma utilidad en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, para hacer frente a prácticas desleales cada vez más complejas derivadas de la aparición de servicios con nuevas características técnicas, o del ofrecimiento de servicios en conjunto (empaquetamientos) como producto de la convergencia. Este campo en particular puede resultar propicio para el surgimiento de comportamientos desleales, e incluso puede facilitar que los operadores traten de encubrir tales comportamientos como parte de ofertas comerciales conjuntas.

No obstante, dado que el inicio de procedimientos al amparo de la cláusula general otorga gran flexibilidad para procesar diversos tipos de conductas contrarias a la buena fe comercial, el OSIPTEL tendrá particular cuidado al identificar si un agente está recurriendo a méritos ajenos o a ventajas creadas por otros operadores, para efectos de calificar como ilícita una conducta no expresamente prevista en el listado enunciativo.

La flexibilidad de la cláusula general no implica una falta de rigurosidad. Así, si los hechos materia de una denuncia o una investigación de oficio califican o debieran encuadrarse dentro de uno de los supuestos incluidos en el listado enunciativo de actos de competencia desleal²⁵, el OSIPTEL deberá verificar que se cumplan con todos los

²³ Ley de Represión de la Competencia Desleal, "Artículo 7º.- Condición de ilicitud.-
7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.
7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto 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".

²⁴ El criterio de aplicación residual o supletoria de la cláusula general fue modificado por INDECOPI en el año 2004 a través de un precedente de observancia obligatoria, en el cual se estableció que la única conducta prohibida y tipificada como infracción en la anterior Ley era la prevista en la cláusula general, y que las conductas señaladas en el listado contemplado en la referida Ley solo eran ejemplos de infracción, mas no tipos de infracciones prohibidos individualmente. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI N° 455-2004/TDC-INDECOPI, del 10 de setiembre de 2004 (Exp. 032-2002-CCD).

²⁵ Capítulo II del Título II de la Ley Represión de la Competencia Desleal.

requisitos establecidos en la Ley para el supuesto de competencia desleal correspondiente. En caso no se presentaran alguno de los requisitos, la práctica denunciada o investigada no podrá ser considerada como un supuesto independiente de competencia desleal por infracción a la cláusula general.

De acuerdo con la Ley vigente el aspecto vulnerado por los actos de competencia desleal es la buena fe empresarial que deben respetar los agentes concurrentes en el mercado. Debe entenderse por buena fe comercial el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos²⁶.

Asimismo, de acuerdo con la definición de la Ley de Competencia Desleal, el aspecto característico de los actos de competencia desleal prohibidos por la cláusula general es que se trata de conductas objetivamente contrarias a la buena fe empresarial²⁷, sin que resulte relevante los aspectos subjetivos relacionados con su realización, tales como conciencia y voluntad²⁸. En consecuencia, el OSIPTEL deberá evaluar si la conducta objetivamente vulnera la buena fe comercial, y no deberá analizar si el infractor incurrió en dolo o culpa.

6. INFRACCIONES A LA CLAUSULA GENERAL ENUNCIADAS EXPRESAMENTE

Como se ha mencionado, el Capítulo II de la Ley de Competencia Desleal contiene un listado de actos de competencia desleal clasificados a su vez en tres grupos:

- (i) Actos que afectan la transparencia del mercado, entre los que se incluyen las prácticas de engaño y confusión.
- (ii) Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico, entre los que se incluyen las prácticas de explotación indebida de la reputación ajena, denigración, comparación y equiparación indebida.
- (iii) Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena, entre los que se incluyen las prácticas de violación de secretos empresariales, violación de normas y sabotaje empresarial.

6.1. Prácticas que afectan la transparencia del mercado

6.1.1. Engaño

²⁶ En este sentido: "(...) la deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores." GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián. Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 63-64, cita extraída de INDECOPI, Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Lima, 2013, p. 26.

²⁷ Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL del 16 de agosto de 2011 (Exp. 001-2011-CCO-ST/CD). "Respecto a la posición de OSIPTEL con relación a esta figura, se tiene que para identificar si la conducta investigada se encuentra prohibida por dicha norma es necesario compararla con el comportamiento honesto, usual y proporcionado que debería tener un competidor en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, considerada como la conducta esperada (nota)."

²⁸ Ley de Represión de la Competencia Desleal, "Artículo 7°.- Condición de ilicitud.-
7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

El artículo 8º de la Ley de Competencia Desleal establece la prohibición de actos de engaño, definiéndolos como aquellos susceptibles de inducir a error a otros agentes del mercado en relación con dos aspectos:

- (i) Las características o atributos de los bienes, servicios o transacciones que el agente económico ofrece en el mercado.
- (ii) Los atributos del propio agente del mercado, incluyendo todos los aspectos relativos a su propia actividad empresarial²⁹.

Mediante esta práctica se utiliza o difunde información falsa, incorrecta o insuficiente, capaz de generar una impresión errada sobre los productos o servicios del infractor y/o sobre su propia imagen empresarial, con la finalidad de ganar mayor clientela³⁰.

Para la evaluación de los actos de engaño, el OSIPTEL adoptará el criterio de consumidor o usuario razonable considerando las limitaciones que se deriven de los problemas de información asimétrica que pudieran afectar la capacidad del usuario de servicios públicos de telecomunicaciones para recoger y procesar la diversa información que recibe³¹.

En particular, el OSIPTEL comparará la situación concreta del usuario afectado con la capacidad de discernimiento de un usuario razonable, que actúa con la diligencia ordinaria según la transacción involucrada.

Para que se configure un acto de engaño susceptible de ser calificado como desleal deben concurrir los siguientes supuestos:

- (i) Que se comunique o difunda información falsa, incorrecta o insuficiente.

²⁹ Ley de Represión de la Competencia Desleal, "Artículo 8º.- Actos de engaño.

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial".

³⁰ Al respecto, Verguez señala que, para fines de evaluación de esta práctica, el acto de engaño debe considerarse en su sentido más amplio, es decir, la utilización de cualquier forma de indicación realizada e inclusive manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de la propia empresa, dirigida a posibles clientes. De otro lado, Patrón y Mendoza precisan que el engaño puede darse no sólo, a través de indicaciones incorrectas o falsas, sino también a través de la omisión de indicaciones verdaderas. (VERGUEZ, Mercedes, Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos" en: La regulación contra la competencia desleal en la Ley del 10 de enero de 1991. Madrid, Cámara de Comercio e Industria. Boletín del Estado 1992, p. 54. PATRON, Carlos A. y MENDOZA, Ana Julia. "Actos de engaño en general". En: El Derecho de la Competencia Desleal. 1º Edición. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Lima, 2007, p. 121-150).

³¹ Bullard y Patrón señalan que el criterio de lo "razonable" incentiva conductas adecuadas por parte de los consumidores, lo que a su vez promueve la eficiencia y la competitividad. Ver BULLARD Y PATRON: "El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal". En Themis N° 39.

- (ii) Que dicha información tenga la potencialidad de inducir a error sobre aspectos concretos y verificables³² de los servicios o productos ofrecidos o atributos del propio infractor, relacionados con las condiciones y ventajas que ofrecen³³.

No es necesario que como consecuencia del engaño se produzca una compra o la celebración de un contrato para que se configure la infracción.

6.1.2. Confusión

El artículo 9º de la Ley de Competencia Desleal considera ilegal toda conducta que tenga como consecuencia real o potencial inducir a error a los demás agentes del mercado respecto del origen empresarial de la actividad, prestación, producto o establecimiento del infractor, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde³⁴.

La imitación de iniciativas ajenas es libre debido a que tiende a promover la innovación y el desarrollo de nuevos bienes por los competidores, lo cual puede derivar en un beneficio para el consumidor o usuario. Conforme a ello, la regla general en el mercado es la libertad de imitación.

No obstante, el ejercicio de este derecho no es irrestricto sino que está sujeto a los siguientes límites:

³² Esto supone que la afirmación realizada por el sujeto infractor pueda estar sujeta a comprobación, es decir, que se trate de una afirmación de naturaleza objetiva. Así, la jurisprudencia del INDECOPÍ ha sido clara en señalar que solamente las expresiones (publicitarias) “que un consumidor razonable interprete como objetivas y comprobables se encuentran sujetas al principio de veracidad. Ello se debe a que poseen la capacidad de engañar al consumidor mediante la falsedad o la inducción a error”. Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPÍ del 3 de setiembre de 2007 (Exp. 189-2006/CCD). En el mismo sentido, Massaguer señala respecto de los actos de engaño: “(...) se exige que la acción, por su contenido, pueda valorarse en términos de veracidad, esto es, que la acción considerada transmita a los destinatarios una cierta idea de la realidad de las cosas. De tal forma, las alegaciones, indicaciones o manifestaciones difundidas necesariamente han de poseer un núcleo fáctico”. MASSAGUER, José. Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 220.

³³ Resolución N° 098-2008-CCD/INDECOPÍ del 9 de julio de 2008 (Exp. 004-2005/CD), criterio mantenido por la Comisión de Competencia Desleal de INDECOPÍ para el análisis de la práctica de engaño en las diferentes controversias que ha tenido a su cargo, que además fueron recogidos en sus Lineamientos de Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPÍ (en adelante los Lineamientos de Competencia Desleal del INDECOPÍ). Dicho criterio fue recogido por OSIPTEL en los Lineamientos de Competencia Desleal así como en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 016-2005-CCO/OSIPTEL, de fecha 7 de abril de 2005, confirmada mediante Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL, emitida en el Exp. 007-2004-CCO-ST/CD; así como en la Resolución N° 014-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de agosto de 2011, emitida en el Exp. 001-2011.

³⁴ Ley de Competencia Desleal, “Artículo 9º.- *Actos de confusión.*
9.1. *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde”.*

- (i) Los derechos de propiedad intelectual y la protección que estos brindan, de tal forma que la imitación de estos aspectos por un tercero deviene en ilícita³⁵.
- (ii) El deber de no inducir a error respecto de la procedencia empresarial de los bienes o servicios objeto de la imitación³⁶.

Los actos que crean confusión impiden ilegalmente que los consumidores puedan distinguir los bienes que se ofrecen en el mercado, afectando un elemento esencial para el funcionamiento de las reglas de oferta y demanda, puesto que les resta elementos de juicio para tomar una adecuada decisión de consumo. La evaluación de estas prácticas será realizada por el OSIPTEL considerando el comportamiento de un consumidor razonable, dentro de los límites que pueda crear la asimetría de la información a la que se encuentre sujeto según el tipo de bien de que se trate.

Para que se configure la práctica prohibida basta el riesgo de confusión, sin necesidad de comprobarse que la confusión se haya producido en la práctica. Los actos de confusión pueden producirse a través de dos modalidades: directa o indirecta:

- (i) La confusión directa ocurre cuando los consumidores pueden asumir que los bienes, servicios o establecimientos de un agente en el mercado guardan identidad con los que corresponden a otro agente, viéndose inducidos a error por no ser ello cierto. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o los establecimientos en cuestión.
- (ii) La confusión indirecta ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar claramente entre bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen al mismo agente en el mercado, cuando en realidad pertenecen a dos agentes distintos. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión³⁷.

³⁵ Como se ha señalado en el punto 3 de los presentes Lineamientos, de acuerdo con la Quinta Disposición Final de la Ley de Competencia, la Comisión de Propiedad Intelectual de INDECOPI tiene la competencia exclusiva para conocer los actos de confusión materializados a través de la utilización indebida de bienes protegidos por las **normas de propiedad intelectual** denunciados por su titular o representante y, por consiguiente, OSIPTEL se encuentra obligado a remitirle los casos que sobre este particular se interpongan ante sus instancias.

³⁶ El INDECOPI ha emitido un precedente de observancia obligatoria en esta materia a efectos de determinar si se ha inducido a error a los consumidores sobre el origen empresarial de los productos, servicios o establecimientos, señalando que la Administración debe verificar que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial frente a los demás concurrentes, ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza, iii) no sean un estándar en el mercado, y iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en costos elevados de diferenciación. Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI del 07 de marzo de 2005 confirmada por la Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI del 05 de octubre del 2005 (Exp. 104-2004/CCD).

³⁷ La definición de actos de confusión directa e indirecta ha sido recogido en los Lineamientos de Competencia Desleal de INDECOPI y posteriormente en los Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL. Asimismo, estas definiciones han sido recogidas en la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI del

6.2. Prácticas indebidas vinculadas con la reputación de otro agente económico

6.2.1. Explotación indebida de la reputación ajena

El artículo 10º de la Ley de Competencia Desleal incluye como objeto de protección la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por las empresas y condena el aprovechamiento indebido de las ventajas que dicha reputación otorga, en beneficio propio del infractor³⁸. Esta práctica puede materializarse a través del aprovechamiento indebido de atributos de otro agente económico, tales como la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional.

Un supuesto de este tipo de actos se produce cuando a pesar de que los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado frente a los de otro, pueden considerar que entre estos existe vinculación económica u organizativa, como consecuencia de la similitud existente entre algunos elementos que caracterizan las ofertas de ambos, cuando en realidad dicha vinculación no existe. Esta percepción errónea por parte de los consumidores podría ocurrir a causa de una similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

El elemento diferenciador entre las prácticas de confusión y de explotación de la reputación ajena es que en este último supuesto el infractor no genera un riesgo de confusión directa (hacer creer al consumidor o usuario que el producto o servicio que ofrece es igual al de su competidor) ni indirecta (hacer creer al consumidor que no obstante el bien o servicio que ofrece es diferente al de su competidor, los bienes tienen el mismo origen empresarial); sino que pretende crear la impresión de que su producto, servicio, establecimiento o su propia actividad comercial tiene algún tipo de vinculación con las de un agente económico independiente que goza de la preferencia de los consumidores, esto es, utiliza la reputación ganada por otro concurrente del mercado para promocionar su propia actividad comercial. Dentro de esta categoría se incluyen aquellos actos que sean capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero³⁹.

6.2.2. Denigración, comparación y equiparación indebida

6.2.2.1. Denigración

El artículo 11º de la Ley de Competencia Desleal contempla la prohibición de realizar actos de denigración, que tengan como efecto, real o potencial, desacreditar o

7 de marzo de 2005, confirmada por la Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI del 5 de octubre de 2005, la cual aprobó un precedente de observancia obligatoria (Exp. 104-2004/CCD).

³⁸ Ley de Represión de Competencia Desleal, "Artículo 10º.- Actos de explotación indebida de la reputación ajena.

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

³⁹ Como se menciona en el punto 3 de los presentes Lineamientos, el aprovechamiento de la reputación ajena puede efectuarse a través de los bienes protegidos por las **normas de propiedad intelectual** en cuyo caso el análisis de estas prácticas estará a cargo de la Comisión de la Propiedad Intelectual del INDECOPI si el denunciante es el titular del bien protegido.

menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos⁴⁰.

La denigración es una conducta que afecta al competidor, ya que está destinada a dañar la reputación ajena, difundiendo información que desmerece los bienes o alguna característica de la actividad de un tercero en el mercado⁴¹. Además, también afecta al consumidor o usuario, pues distorsiona su percepción sobre las ofertas en el mercado, por razones distintas a la eficiencia económica.

Para determinar la existencia de responsabilidad por la comisión de prácticas de denigración, se evaluará si las afirmaciones difundidas por el infractor son exactas, veraces y pertinentes, tanto en el fondo como en la forma. En ese sentido, en el supuesto que se verifique el cumplimiento de los siguientes aspectos, se considerará que la práctica es lícita aun cuando afecte la reputación de otro concurrente en el mercado:

- **Información verdadera:** que es objetiva, verificable y ajustada a la realidad.
- **Información exacta:** que es clara y actual, y está presentada de forma tal que no existe ambigüedad o imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta.
- **Información pertinente en la forma:** que evita, entre otros, la utilización de la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias.
- **Información pertinente en el fondo:** que evita las alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia o calidad⁴².

⁴⁰ Ley de Represión de Competencia Desleal, "Artículo 11º.- Actos de denigración.

11.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos".

⁴¹ En relación con la justificación de la prohibición de los actos de denigración, José Massaguer señala que: "Aun cuando la represión de la denigración como acto desleal puede considerarse pieza de un Derecho general de protección de la reputación de las personas, no puede desconocerse que el bien jurídico protegido inmediatamente por el Derecho contra la competencia desleal no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. En este contexto, en efecto, la protección de la reputación se explica por cuanto tienen de necesario para asegurar un mercado altamente competitivo y transparente y, en particular, para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, así como el éxito basado en la eficiencia de sus propias prestaciones por parte de los agentes económicos que concurren en el mercado". MASSAGUER, José. Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 294, cita extraída de INDECOPI, Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Lima, 2013, p. 40.

⁴² En la Resolución N° 013-2009-CCO/OSIPTTEL del 22 de junio de 2009 (Exp. 003-2008-CCO-ST/CD), el Cuerpo Colegiado señaló que al momento de difundir afirmaciones, debe tenerse el cuidado necesario para utilizar únicamente información verdadera, evitar el empleo de términos que pudieran generar en los destinatarios del mensaje **una impresión distorsionada de la realidad** y que, eventualmente, pudieran **afectar el prestigio** de otras empresas que concurren en el mismo mercado.

Un ejemplo sobre actos de denigración se dio en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C contra Boga Comunicaciones S.A. Al respecto, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia determinó que las afirmaciones utilizadas por Boga tanto en los recibos de pago del servicio de televisión por cable así como en las cartas remitidas a sus abonados y en el comunicado transmitido a través de su señal de cable, buscaban menoscabar la reputación de Telefónica Multimedia, al presentarla como un agente abusivo, que no cumpliría con los términos de una promoción difundida por ella, y al hacer referencia a quejas de clientes engañados por ella, sin presentar medios probatorios que probaran la exactitud y veracidad de sus acusaciones. Asimismo, el Cuerpo Colegiado determinó que las afirmaciones de Boga sobre la nacionalidad extranjera de Telefónica Multimedia en contraposición al origen nacional de los capitales de Boga también eran denigratorias al realizarlas con el propósito de generar una percepción negativa en los consumidores⁴³.

Respecto a la forma de difusión, el OSIPTEL ya ha adoptado como criterio que la difusión de la información denigratoria no requiere ser pública para que se configure el acto ilícito, bastando que llegue a un solo consumidor⁴⁴. En tal sentido, la difusión de las afirmaciones puede ser pública o privada.

En cuanto a la identificación del afectado, es necesario que las afirmaciones denigratorias se refieran a un agente determinado o determinable por los usuarios, para que su reputación pueda verse mellada por dichas afirmaciones.

Así, por ejemplo, en la controversia seguida por Telefónica Multimedia S.A.C contra Directv Perú S.R.L, por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, el Cuerpo Colegiado analizó la representación fotográfica que se hacía en la revista DIRECTV ZONE sobre un diablo y un ángel, en la cual se hacía un paralelo entre el diablo y el "Cable", sobre el que se afirmaba que ofrecía una pobre calidad y tecnología, en contraposición con Directv, representado por el ángel. En dicho procedimiento, el Cuerpo Colegiado concluyó que esta representación y afirmaciones estaban dirigidas a menoscabar la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de Telefónica Multimedia. El Cuerpo Colegiado determinó que si bien la imagen del diablo no hacía referencia directa a Telefónica Multimedia o a su servicio prestado bajo la marca de Cable Mágico, era razonable que si el ángel representaba a Directv, los consumidores asocien al diablo con uno de sus competidores principales, más aún si las características de este personaje coincidían con las características y signos distintivos utilizados en el mercado por Cable Mágico⁴⁵.

Finalmente, dado que la práctica de denigración ocurre predominantemente en el contexto de la actividad publicitaria, previamente se deberá delimitar los supuestos que constituyen

⁴³ Resolución N° 006-2002-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2003 (Exp. 013-2003-CCO).

⁴⁴ Resolución N° 018-CCO-97 del 19 de mayo de 1997 confirmada por la Resolución N° 043-97-PD/OSIPTEL del 19 de diciembre de 1997 (Exp. 002/96); Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL del 27 de diciembre de 2005 (Exp. 006-2005-ST/CD acumulado con el Exp. 010-2005-ST/CD); Resolución N° 013-2009-CCO/OSIPTEL del 22 de junio de 2009 (Exp. 003-2008-CCO-ST/CD) y Lineamientos de Competencia Desleal de OSIPTEL.

⁴⁵ Resolución N° 013-2009-CCO/OSIPTEL del 22 de junio de 2009 (Exp. 003-2008-CCO-ST/CD).

publicidad conforme a la definición de la norma. En caso la denigración se encuentre inmersa en un anuncio publicitario, el organismo competente será el INDECOPI⁴⁶.

6.2.2.2. Comparación y equiparación indebida

El artículo 12º de la Ley de Competencia Desleal establece que la comparación supone la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta de terceros. Asimismo, la norma establece que los actos de equiparación consisten en presentar una adhesión de la oferta propia respecto de la oferta de terceros⁴⁷. Para estar en un supuesto de comparación o equiparación, la alusión que efectúe el supuesto agente infractor respecto de la oferta de terceros debe ser inequívoca, ya sea de forma directa o indirecta.

De la experiencia adquirida en la tramitación de estos casos, se desprende que las prácticas de comparación y equiparación por lo general se presentan en el ámbito de la actividad publicitaria, el cual está excluido de la competencia del OSIPTEL. Por tal motivo, cuando se presente un supuesto de este tipo, deberá determinarse de manera previa si el medio a través del cual ha sido difundida dicha información puede ser considerado como publicidad a efectos de determinar su competencia.

Sin embargo, cuando la comparación o la equiparación se produzca por vías distintas a la publicidad, la licitud de estas prácticas se evaluará tomando en cuenta los parámetros de veracidad, exactitud y pertinencia utilizados como criterios de evaluación en los casos de denigración, a los que se ha hecho referencia previamente. Conforme a ello, si la comparación o la equiparación corresponde a afirmaciones veraces, exactas y pertinentes en el fondo y en la forma se considerará dichas prácticas como lícitas, pues en dichos casos se permite al consumidor crearse una imagen más cercana a los atributos que en realidad ostenta un agente o sus productos o servicios⁴⁸.

En un procedimiento seguido por Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana (RPC), por un supuesto de comparación indebida, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la denuncia puesto que RPC no demostró la veracidad de una afirmación que realizó su Gerente General en una entrevista, en el sentido de que los estándares de seguridad de

⁴⁶ Decreto Legislativo N° 1044. Cuarta Disposición Complementaria Final: “*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 esta Ley, conforme a lo dispuesto en el Título IV, sin excepción alguna*”

Decreto Legislativo N° 1044, artículo 24º, numeral 24.3: “*Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia de publicitaria.*”

⁴⁷ Ley de Represión de la Competencia Desleal, “*Artículo 12º.- Actos de comparación y equiparación indebida.*

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

12.2. Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal”.

⁴⁸ Resolución N° 041-2002/CCD-INDECOPI del 14 de mayo de 2002 (Expediente 117-2001-CCD). Resolución N° 0547-2004/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2003, la cual aprobó un precedente de observancia obligatoria (Exp. 051-2002/CCD).

sus servicios eran más altos que aquellos de la red que daba servicios a Telefónica del Perú⁴⁹.

6.3. Prácticas que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena

6.3.1. Violación de secretos empresariales

El artículo 13º de la Ley de Competencia Desleal establece que, para que una conducta sea sancionable por violación de secretos, basta la existencia de un acto que tenga como efecto potencial o real, lo siguiente:

- a) la **divulgación o explotación** de secretos empresariales por un tercero sin autorización de su titular, que hayan sido obtenidos ilegítimamente o de manera legítima pero bajo deber de reserva; y
- b) la **adquisición de secretos** empresariales por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

La definición de secretos empresariales establecida en la norma implica la protección tanto de los secretos industriales como de los secretos comerciales, dada la relevancia de los mismos para las actividades económicas de las empresas⁵⁰.

Conforme a lo establecido por la Comunidad Andina⁵¹, los secretos empresariales son cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información:

- Sea secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.
- Tenga un valor comercial por ser secreta.
- Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información que constituye un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o de prestación de servicios, entre otros.

Los elementos preexistentes a la conducta infractora son: (i) el carácter reservado de la información; (ii) el valor comercial del secreto; (iii) que el titular de la información haya

⁴⁹ Resolución N° 018-CCO-97 del 19 de mayo de 1997 confirmada por Resolución N° 043-97-PD/OSIPTTEL del 19 de diciembre de 1997 (Exp. 002-1996).

⁵⁰ La Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señala que el derecho de acceso a la información pública no puede ser ejercido respecto de la información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están reconocidos unos por el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución, y los demás recogidos y regulados por la legislación pertinente.

⁵¹ Artículo 260º de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

adoptado medidas para resguardar su reserva; y, (iv) que el titular no haya autorizado la apropiación, divulgación o explotación del secreto por el infractor⁵². En tal sentido, no se amparará demandas por violación de secretos si en ellas se encuentra ausente alguno de estos elementos.

De acuerdo con la norma, la prohibición se aplica sin importar que se haya tenido acceso al secreto legítimamente pero bajo deber de reserva (en razón del cargo en una relación contractual con el titular), o ilegítimamente (aprovechando medios indebidos como el espionaje o la inducción al deber de reserva)⁵³.

En cuanto al primer supuesto, es decir, la prohibición de divulgar o explotar secretos ajenos, el mismo supone la comunicación o divulgación del secreto, ya sea a una generalidad de sujetos o a uno solo, así como cualquier actividad del infractor para utilizar o explotar el secreto en su propio negocio, venderlo o desarrollarlo científicamente. En el caso de la divulgación, la sola comunicación del secreto genera la ilegalidad, no requiriéndose el aprovechamiento o la mejora del secreto para incurrir en la infracción.

En el procedimiento seguido por Virtual Service Perú S.A.C. (empresa comercializadora de tráfico) contra Wi-Net Perú S.A.C. (empresa concesionaria del servicio de portador local)⁵⁴, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia analizó la utilización por parte de Wi-Net de la información contenida en la base de datos de los clientes de Virtual Service, a la cual había accedido legítimamente en virtud del acuerdo comercial que tenían dichas empresas. En el procedimiento, se determinó que si bien Wi-Net estaba facultada a acceder a dicha información para realizar la instalación de los equipos necesarios para la prestación del servicio de acceso a Internet, ella se encontraba obligada a emplearla únicamente para los fines estrictos del contrato en cuestión. Por ello, el Cuerpo Colegiado concluyó que Wi-Net no estaba autorizada a usar la información de los clientes de Virtual

⁵² Para que un secreto sea considerado reservado, existe el siguiente criterio uniforme de las diferentes instancias del INDECOPI. Los requisitos considerados son los siguientes:

- Debe tratarse de un conocimiento.
- El conocimiento debe tener carácter de reservado o privado.
- El conocimiento debe recaer sobre un objeto determinado o puede estar relacionado con la actividad de la empresa o con su parte organizativa.
- Quienes tengan acceso al secreto, deben tener una voluntad e interés consciente en mantener reservado el secreto, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal.
- La información debe tener un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido de que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen.

En el mismo sentido, ver: LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. La Protección del Secreto Empresarial en el Marco del Derecho de la Competencia. Barcelona, Cedecs Editorial, 1999, p. 125-126.

⁵³ En la Resolución N° 073-1999-CCD/INDECOPI, se establecen los requisitos que deben concurrir para la configuración de esta práctica:

- La existencia de un secreto comercial o industrial.
- La divulgación o explotación por un tercero del secreto, ya sea que hubiera accedido legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente.
- La divulgación debe de haber sido sin autorización del titular.

Estos criterios fueron recogidos en los Lineamientos de Competencia Desleal del INDECOPI, así como en posteriores resoluciones.

⁵⁴ Ver: Resolución N° 019-2005-CD/OSIPTEL del 27 de diciembre 2005 (Exp. acumulados 006-2005-CCO-ST/CD y 010-2005-CCO/OSIPTEL).

Service para remitirle comunicaciones en las que los inducían a terminar su relación contractual con dicha empresa⁵⁵.

Respecto del segundo supuesto, esto es, la prohibición de adquirir secretos por medio de espionaje o por inducción al incumplimiento del deber de reserva, la ilegalidad recae sobre el medio por el cual se obtiene el secreto, que implica la obtención del secreto sin el consentimiento de su titular y de forma subrepticia. Esta infracción es sancionable automáticamente, ante la sola comprobación de su ocurrencia.

El denunciante de este tipo de prácticas debe tener la carga de la prueba respecto de la existencia de los requisitos que deben presentarse a efectos de la configuración de la práctica ilícita, conforme a lo dispuesto a través de la jurisprudencia⁵⁶.

6.3.2. Violación de normas

El artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal define los actos de violación de normas como aquellos que tienen como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas⁵⁷.

Conforme a lo previsto por la norma, para la configuración de esta conducta tiene que acreditarse lo siguiente:

- (i) Infracción a una norma de carácter imperativo.

⁵⁵ En dicha oportunidad, no obstante, el Cuerpo Colegiado declaró que la conducta de Wi-Net constituía un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general (artículo 6° del Decreto Ley 26122), sin referirse expresamente al supuesto de explotación no autorizada de secretos (artículo 15° del Decreto Ley 26122).

⁵⁶ Resolución N° 227-98/TDC-INDECOPI, emitida en el Exp. 146-07-CCD. En esta resolución INDECOPI estableció que la carga de acreditar la existencia de los requisitos para la configuración de la práctica corresponde a la parte denunciante. De otro lado, en la Resolución N° 039-2005-CCD/INDECOPI del 06 de abril del 2005 (Exp. 025-2003/CCD), se señaló que la regla general es que toda la información existente en el mercado es pública, siendo la excepción aquellos conocimientos que cumplan con los supuestos que establece la ley para ser considerados reservados y confidenciales.

⁵⁷ Ley de Represión de la Competencia Desleal, "Artículo 14°.- Actos de violación de normas.
14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.
14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:
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.
14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial".

- (ii) Que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor.
- (iii) Que el infractor se valga o pueda valerse de dicha ventaja en el mercado.

En relación con el primer requisito, previamente a iniciar un procedimiento por violación de normas, se determinará si la norma cuya infracción genera la ventaja competitiva es de carácter imperativo⁵⁸.

Para demostrar la infracción de una norma de carácter imperativo será necesario que el denunciante acredite la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente señalando la existencia de la referida infracción, y siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión. Esta regla se aplicará igualmente para los casos en que la fiscalización del cumplimiento de la norma imperativa infringida sea de competencia de cualquiera de las instancias de decisión del OSIPTEL, incluyendo las instancias de solución de controversias⁵⁹.

Así, los Cuerpos Colegiados han determinado que las denuncias presentadas sin acreditar la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente sean declaradas inadmisibles⁶⁰. A fin de admitir las denuncias presentadas, se ha otorgado un plazo a las empresas denunciadas a fin de que cumplan con acreditar la existencia de dicha decisión. En los casos en que las denunciadas no cumplan con lo solicitado, los Cuerpos Colegiados han rechazado las denuncias y dispuesto el archivo de lo actuado⁶¹.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, conforme a lo establecido por la Ley de Competencia Desleal, no se exigirá que se cuente con un pronunciamiento previo y firme en aquellos casos en los que la infracción de la norma imperativa esté constituida por la concurrencia en el mercado o el desarrollo de una actividad permitida sin contar con los títulos habilitantes requeridos para ello (autorizaciones, contratos o títulos que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial). En estos casos, la carga de la prueba se traslada al investigado, quien deberá acreditar que cuenta con dichos títulos habilitantes⁶².

⁵⁸ De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente. En la Resolución N° 015-2012-CCO/OSIPTEL del 16 de abril 2012 (Exp. 003-2011-CCO-ST/CD), se señaló que para efectos de evaluar si la norma es imperativa, se tomará en cuenta, principalmente, los siguientes aspectos:

- I. Si dicha norma tiene alcance general y es de obligatorio cumplimiento por los administrados.
- II. Si el beneficiario de la norma o el titular de la prerrogativa otorgada por la norma no puede renunciar al beneficio o prerrogativa.
- III. Si el Estado en representación del orden público se encuentra obligado a fiscalizar y perseguir por impulso propio el cumplimiento de la norma.

⁵⁹ Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 14º, numeral 14.2.

⁶⁰ Ver: Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTEL del 28 de agosto de 2013 (Exp. 006-2013-CCO-ST/CD) y Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTEL del 28 de agosto de 2013 (Exp. 007-2011-CCO-ST/CD).

⁶¹ Ver: Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL del 20 de setiembre de 2013 (Exp. 006-2013-CCO-ST/CD) y Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL del 20 de setiembre de 2013 (Exp. 007-2011-CCO-ST/CD).

⁶² Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 14º, numeral 14.3.

De no acreditarse ello, se presumirá que el agente infractor concurre en el mercado sin contar con dichos títulos habilitantes. Cuando lo considere conveniente, el OSIPTEL podrá requerir un informe de la autoridad a cargo del otorgamiento de los referidos títulos habilitantes, a fin de determinar de modo fehaciente si el agente supuestamente infractor cuenta o no con las referidas autorizaciones.

Respecto del segundo requisito, relativo a acreditar la ventaja significativa, la Ley de Competencia Desleal precisa que esta debe ser medida en función de la mejor posición competitiva que genere para el infractor el incumplimiento de la norma imperativa.

Adicionalmente, la norma precisa que el infractor debe valerse (o debe de poder valerse) de dicha ventaja competitiva para concurrir en el mercado. Además, conforme señala la Ley, esta ventaja en términos de menores costos o acceso privilegiado debe ser significativa.

Así, por ejemplo, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL han considerado que la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución en sus costos de producción o de un acceso privilegiado al mercado. El ahorro de costos del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo así mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de una reducción de sus precios, por ejemplo⁶³. De este modo, para acreditarse la ventaja competitiva no será indispensable verificar un resultado en el mercado como, por ejemplo, una mayor clientela o el incremento de la participación de mercado del infractor, sino la ventaja que le habilita a lograr, potencial o efectivamente, ese resultado⁶⁴.

El requisito de la ventaja competitiva fue evaluado en el procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. (Multimedia) contra Televisión Satelital S.A.C. (TVS)⁶⁵ por un supuesto de violación de normas por la retransmisión no autorizada de las señales de Cable Mágico Deportes (CMD) de titularidad exclusiva de Multimedia. En dicho caso, el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia consideró que la señal de CMD era importante en la ciudad de Iquitos y de bastante aceptación del público y, asimismo, que TVS tuvo un acceso “privilegiado” -que no le correspondía- a una señal exclusiva que ninguno de sus competidores tenía en su mercado (salvo Multimedia), obteniendo una clara ventaja respecto a estas empresas.

⁶³ Al respecto debe precisarse que cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que en realidad debería ser. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado no sería producto de un ahorro de costos de producción por un manejo eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio se convierte en una señal errónea para el mercado. Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

⁶⁴ Este criterio ha sido adoptado por los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL en las últimas controversias referidas a la comisión de actos de violación de normas. Ver: Resolución N° 008-2012-CCO/OSIPTEL del 24 de abril del 2012 (Exp. 004-CCO-ST/CD) y Resolución N° 015-2012-CCO/OSIPTEL del 16 de abril de 2012, confirmada por la Resolución N° 005-2012-TSC/OSIPTEL del 11 de julio de 2012 (Exp. 003-2011-CCO-ST/CD).

⁶⁵ Ver: Resolución N° 015-2012-CCO/OSIPTEL del 16 de abril del 2012, confirmada por la Resolución N° 005-2012-TSC/OSIPTEL del 11 de julio de 2012 (Exp. 003-2011-CCO-ST/CD).

En relación al ahorro de costos, se determinó que la retransmisión ilícita de señales significaba alrededor de un 24% de sus ingresos mensuales, lo cual se consideró como un ahorro de costos significativo. De este modo, aun cuando no se había determinado que la infractora hubiera obtenido un incremento en su participación de mercado o en el número de clientes, la ventaja competitiva había quedado acreditada con el significativo ahorro en no cumplir con el mandato legal. Por ello, el Cuerpo Colegiado concluyó que el acceso ilícito de TVS a la señal exclusiva de Multimedia y el ahorro obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores, pudiendo valerse de la misma en el mercado de cable de la ciudad de Iquitos.

Un caso distinto se presentó en el procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A.,⁶⁶ en el cual si bien se había acreditado que la denunciada había retransmitido señales de titularidad de HBO Latin America Group sin su autorización, no se demostró que dicha infracción hubiese generado una ventaja significativa ya que la retransmisión no autorizada tuvo una corta duración,⁶⁷ razón por la cual el Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia declaró infundada la denuncia en este extremo.

De otro lado, en los casos en que se denuncie como un acto desleal por violación de normas el desarrollo de actividad empresarial por una entidad pública o empresa estatal que está infringiendo el artículo 60º de la Constitución Política,⁶⁸ para determinar la violación de la norma imperativa, el OSIPTEL evaluará si la actividad empresarial en referencia incumple con lo dispuesto en dicho artículo. Cabe destacar que dicho artículo establece la necesidad de contar con autorización expresa, motivo por el cual descartaría autorizaciones tácitas u obtenidas mediante interpretaciones análogas o extensivas de la habilitación original⁶⁹.

Finalmente, no se considera dentro del alcance del supuesto de violación de normas los casos en los que un agente realiza una actividad económica prohibida, sea porque esta es considerada ilícita o porque la ley ha reservado una determinada actividad -vía un monopolio legal o un derecho de exclusiva⁷⁰- a otro agente económico. En tal virtud, se declarará improcedentes las denuncias de competencia desleal por violación de normas que constituyan supuestos de competencia prohibida absoluta por el sistema legal⁷¹, sin

⁶⁶ Ver: Resolución N° 006-2002-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2003 (Exp. 013-2003-CCO-ST/CD).

⁶⁷ Desde el 1 marzo hasta el 9 de abril del 2003.

⁶⁸ Constitución Política del Perú
*“Artículo 60º.- 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 conveniencia nacional”.*

⁶⁹ Ver: Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010 (Exp. 201-2008/CCD).

⁷⁰ Este fue, por ejemplo, el caso de los servicios de telefonía fija local y de portadores de larga distancia, que quedaron sujetos al periodo de desmonopolización progresiva establecido por Ley 26285.

⁷¹ La competencia desleal por violación de normas y la competencia prohibida son prácticas de competencia ilícita. Sin embargo, mientras la competencia desleal por violación de normas supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad obtener una ventaja competitiva ilícita derivada del incumplimiento de una norma legal, **la competencia prohibida implica realizar una actividad económica que la ley no permite**. Así, la diferencia principal radica en que lo ilícito en la competencia desleal es el

perjuicio de la labor que realice la autoridad competente para hacer respetar la prohibición o reserva legal, según corresponda

6.3.3. Sabotaje empresarial

El artículo 15º de la Ley de Competencia Desleal prohíbe el deterioro injustificado del proceso productivo, comercial o empresarial de otro agente a través de la interferencia en las relaciones contractuales que el competidor mantenga con sus clientes, proveedores, etc., para que estos incumplan alguna obligación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades⁷².

Si bien bajo los alcances de esta práctica pueden analizarse todas aquellas conductas que impliquen la injerencia de un tercero en los procesos o actividades de otro agente económico⁷³; en principio, conforme a lo establecido en el artículo 15º, tales conductas deben presumirse lícitas si tienen como resultado que los clientes, proveedores o trabajadores del competidor obtengan mejores condiciones de contratación por parte de dicho tercero, como parte del proceso competitivo por eficiencias.

Para que la conducta de un agente pueda ser calificada como un acto de sabotaje empresarial no se requiere que esté dirigida directamente contra un competidor. Al respecto, si bien los denominados actos de *boicot* pueden estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar como efecto que este no concorra en determinado mercado, tales actos también pueden tener efectos sobre un cliente real o potencial y ser eficaces para que este decida no establecer relaciones contractuales con un competidor. Asimismo, este tipo de actos también puede tener efectos sobre un cliente del propio infractor generándole dificultades que lo impulsen a extinguir un vínculo contractual con un competidor del infractor, o a desistir de establecer una nueva relación contractual con un competidor del infractor.

En el procedimiento seguido por Virtual Service Perú S.A.C. contra Wi-Net Perú S.A.C.⁷⁴ por inducción a la infracción contractual, el Cuerpo Colegiado evaluó la modalidad de “inducción a la terminación regular de un contrato” –modalidad específica que se encontraba en el Decreto Ley 26122, norma anterior de competencia desleal, y que se

mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir. BAYLOS, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial, 2ª Ed. (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993), 327-330.

⁷² Ley de Competencia Desleal, “Artículo 15º.- Actos de sabotaje empresarial.

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

15.2.- 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 por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial”.

⁷³ Conforme a la Ley de Represión de Competencia Desleal, 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.

⁷⁴ Ver: Resolución N° 019-2005-CD/OSIPTTEL del 27 de diciembre 2005 (Exp. acumulados N° 006-2005-CCO-ST/CD y 010-2005-CCO/OSIPTTEL).

enmarca dentro del supuesto de sabotaje empresarial previsto en la actual Ley de Competencia Desleal. Virtual Service, empresa comercializadora del servicio portador, mantenía una asociación comercial con Wi-Net, concesionaria del servicio. Luego del análisis correspondiente, el Cuerpo Colegiado determinó que Wi-Net sí incurrió en infracción, al acreditarse que envió cartas a los clientes de Virtual Service advirtiéndoles de los drásticos cambios que sufriría la relación contractual entre ambas empresas y que podría afectar el servicio que recibían de Virtual Service, recomendándoles por ello contratar directamente con Wi-Net. El Cuerpo Colegiado consideró que se había probado también el propósito de Wi-Net de eliminar a su competidor, al actuar a sabiendas de que su conducta podía afectar la relación que Virtual Service mantenía con sus clientes e incluso generar que dicha empresa salga del mercado.

En los casos de sabotaje empresarial la ilegalidad no debe evaluarse según la intención del presunto infractor, sino en base a elementos de juicio objetivos que permitan presumir que el acto cuestionado constituye un comportamiento estratégico destinado a dificultar u obstaculizar el desenvolvimiento regular del competidor en el mercado o entorpecer su actividad económica regular. Esto tiene por finalidad evitar que se inhiban prácticas que busquen un desempeño más eficiente de los agentes económicos y que sean parte del proceso competitivo natural.