

dalena del Mar, provincia y departamento de Lima, con la finalidad de ser destinado a ser la sede central de OSINERG, por una renta mensual de US \$ 22,826.16 (Veintidós mil ochocientos veintiséis y 16/100 dólares americanos) incluido los impuestos de ley y todos los gastos a que hubiere lugar por un periodo de doce (12) meses;

Que, el artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, señala que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, según corresponda, podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria;

Que, asimismo el artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, precisa que la entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el 15% de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del Contrato;

Que, mediante el Informe Técnico N° OAF-1336-2002, la Oficina de Administración y Finanzas sustenta la necesidad de arrendar el área 215 m2 del piso décimo del citado inmueble, con la finalidad de ampliar sus áreas de trabajo y cubrir así las necesidades de infraestructura que requiere OSINERG, manteniéndose para lo cual las demás condiciones previstas en el contrato y contándose con la asignación presupuestal correspondiente;

Que, en tal sentido, de conformidad con lo señalado en el Informe Técnico elaborado por la Oficina de Administración y Finanzas y lo dispuesto por el artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, el arrendamiento de un área de 215 m2, constituye una prestación adicional, que cumple en relación a su costo (US\$ 1,014.80 mensuales), con el porcentaje legal (máximo del 15%), establecido en el referido artículo, habiéndose determinado dicho costo de acuerdo al valor del alquiler por metro cuadrado (m2) que viene pagando OSINERG, lo que resulta legalmente procedente de acuerdo con lo establecido por el artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM;

Estando a la opinión expresada por la Oficina de Administración y Finanzas y la Gerencia Legal contenida en los Informes N°s. OAF-1336-2002 y GL-820-2002 respectivamente, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas y de acuerdo al inciso a) del artículo 19° y los artículos 20° y 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y los artículos 106° y 135° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM; y,

Con la opinión favorable de la Gerencia General;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Aprobar en vía de regularización la exoneración del proceso de Concurso Público para el arrendamiento de los pisos primero, mezanine, segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno del inmueble de propiedad de la EMPRESA MINERA DEL CENTRO DEL PERU S.A. - CENTROMIN PERU S.A ubicado en la calle Bernardo Monteagudo N° 222, distrito de Magdalena del Mar, provincia y departamento de Lima, desde el 16 de julio de 2002 hasta el 15 de julio de 2003, el cual deberá regularizarse mediante el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía respectivo.

Artículo 2º.- Aprobar como prestación adicional al Contrato de Arrendamiento N° GSG-OLP-C-228-2002, el arrendamiento del área 215 m2 del décimo piso del inmueble de propiedad de la EMPRESA MINERA DEL CENTRO DEL PERU S.A. - CENTROMIN PERU S.A ubicado en la calle Bernardo Monteagudo N° 222, distrito de Magdalena del Mar, provincia y departamento de Lima, durante el período comprendido entre diciembre de 2002 hasta el 15 de julio de 2003.

Artículo 3º.- El monto de la renta mensual a partir del mes de diciembre será de US \$ 23,840.96 (Veintitrés mil ochocientos cuarenta y 96/100 Dólares Americanos) incluido los impuestos de ley y todos los gastos a que hubiere lugar.

Artículo 4º.- La fuente de financiamiento se realizará con cargo a los recursos ordinarios de OSINERG y la regularización de la presente exoneración estará a cargo de la Oficina de Administración y Finanzas.

Artículo 5º.- Encargar a la Oficina de Administración y Finanzas realice la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano, dentro de los 10 días hábi-

les siguientes a su emisión, así como cumpla con remitir copia de la misma y de los Informes Técnico y Legal sustentatorios a la Contraloría General de la República, dentro de los 10 días calendario de la fecha de su emisión.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo

22599

OSIPTEL

Aprueban y disponen publicar Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 075-2002-CD/OSIPTEL

Lima, 12 de diciembre de 2002

VISTO:

El Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones presentado por su Gerencia General;

La Matriz de Comentarios Formulados por los Agentes Interesados y Recomendaciones de la Gerencia de Relaciones Empresariales;

CONSIDERANDO:

Que, el inciso 1) del Artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC establece que es función fundamental de OSIPTEL el mantener y promover una competencia efectiva entre los servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido;

Que, el numeral 114 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones señala que 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 referenciales;

Que, mediante Resolución N° 073-2001-CD/OSIPTEL se dispuso la publicación del Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones en el Diario Oficial El Peruano, a fin de recoger comentarios de los agentes interesados por un plazo de treinta (30) días;

Que, habiendo vencido el mencionado plazo y habiéndose analizado los comentarios formulados a dicho proyecto, corresponde al Consejo Directivo aprobar los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones;

Que, por transparencia resulta conveniente ordenar la publicación de la matriz de comentarios a que se refiere la sección de Vistos de la presente resolución en la página web de OSIPTEL;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSIPTEL en su Sesión N° 163;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar y disponer la publicación de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo Segundo.- Ordenar la publicación de la Matriz de Comentarios Formulados por los Agentes Interesados y Recomendaciones de la Gerencia de Relaciones Empresariales en la página web de OSIPTEL.

Regístrese y publíquese.

EDWIN SAN ROMÁN ZUBIZARRETA
Presidente del Consejo Directivo

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

De acuerdo con los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, la liberalización total de los servicios públicos de telecomunicaciones, ocurrida en 1998, produjo la entrada a la siguiente fase del proceso de reestructuración del sector, lo que supone el desarrollo del mismo en condiciones de competencia.

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL se encuentra a cargo de implementar el cumplimiento de las normas sobre libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Para desarrollar esta función, OSIPTEL está facultado para dictar lineamientos referenciales sobre libre y/o leal competencia que resuman los principios de aplicación general que este organismo viene aplicando o aplicará en el futuro.

La finalidad de los lineamientos es hacer predecibles las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada. Los lineamientos no tienen carácter vinculante sino únicamente referencial y no constituyen adelanto de opinión sobre ningún caso en particular.

En ejercicio de dicha facultad, OSIPTEL ya ha emitido los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones. La Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley 26122 - en adelante Ley de Competencia Desleal - aún no cuenta con lineamientos sobre su aplicación en el mercado de las telecomunicaciones. Sin embargo, ello es necesario en el contexto actual de una pluralidad de empresas, a fin de que los agentes económicos cuenten con una herramienta que, aunque sea únicamente referencial y no vinculante, les oriente sobre la forma en que OSIPTEL actuará ante un potencial caso de competencia desleal en el mercado.

En tal sentido, los presentes lineamientos se emiten con el objetivo de orientar a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que serán utilizados por OSIPTEL al momento de aplicar las normas de competencia desleal al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. No obstante, cabe señalar que cuando las circunstancias del caso concreto lo ameriten, OSIPTEL podrá adaptar lo señalado en estos lineamientos con el debido fundamento, a fin de ajustar la aplicación de dichas normas a la rápida modificación de las condiciones de comercio y a la aparición continua de nuevos y cada vez más técnicos servicios que caracteriza al mercado de las telecomunicaciones.

Considerando la novedad de la aplicación de las normas de competencia desleal en la industria peruana de telecomunicaciones, para la elaboración de los presentes lineamientos se ha tomado en cuenta la experiencia nacional e internacional en la aplicación de dichas normas, analizando en especial la jurisprudencia del propio OSIPTEL como del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en función a las características del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

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

De acuerdo con el marco legal vigente, OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que se produzcan en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sea que se trate de controversias que involucren a empresas operadoras entre sí o inclusive cuando sólo una de las partes tenga la condición de operadora de servicios públicos de telecomunicaciones¹.

La aplicación de las normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter supletorio frente a la regulación especial². En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida.

Así, por ejemplo, si la regulación del sector contempla la obligación del concesionario de ofrecer determinada información al usuario final de un servicio de telecomunicaciones, no será necesario evaluar si se trata de un supues-

to de engaño por omisión de entrega de información según las normas de competencia desleal, aplicándose directamente la regulación especial.

2. FINALIDAD DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La Constitución Política reconoce que la iniciativa privada es libre³. Adicionalmente, según el marco legal, la libre iniciativa privada se entiende como el derecho de todo agente de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, organizando y desarrollando sus operaciones en la forma que juzgue conveniente⁴.

Como parte del ejercicio del derecho a la libre iniciativa, los agentes que deciden ingresar al mercado para realizar actividades económicas asumen el riesgo de perder la clientela o los medios de producción⁵, debido a que el competidor ofrece mejores condiciones de venta al consumidor o de compra a quien ofrece los medios de producción (si tiene mayor disposición a pagar), respectivamente.

¿Es lícito el daño concurrencial?

Cuando las empresas resultan perjudicadas al no lograr la preferencia de los clientes o la contratación de los medios de producción, se produce el denominado daño concurrencial. OSIPTEL considera que el daño concurrencial es producto del funcionamiento del propio mercado y que como tal es un daño lícito.

Sin embargo, el ejercicio individual del derecho a la libre iniciativa privada se encuentra condicionado al respeto de los derechos de los otros agentes económicos, entre los que se encuentran aquellos protegidos por la Ley de Competencia Desleal.

¿Cuáles son los actos ilícitos?

De acuerdo a los artículos 1 y 5 de la Ley de Competencia Desleal, el objetivo de la norma es evitar los actos contrarios a la libre competencia en las actividades económicas y, en especial, prohibir las conductas que puedan generar un perjuicio ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público⁶.

OSIPTEL considera que la finalidad de la Ley de Competencia Desleal es proteger conjuntamente el interés privado del empresario, el interés común de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y el interés público representado por el funcionamiento eficiente del sistema competitivo, entendido como el uso de los recursos de forma que generen el mayor bienestar del consumidor.

¹ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336

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".

² Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 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".

³ Constitución Política

Artículo 58°.- "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado".

⁴ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757

Artículo 3°.- "Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes".
Artículo 9°.- "De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente".

⁵ Entre los medios de producción pueden considerarse recursos como: trabajadores, proveedores de insumos, alquiler de inmuebles y maquinaria, canales de distribución y otros servicios diversos (contratos de agencia, franquicia, licencia de marcas o patente, etc.).

⁶ Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Supremo 039-2000-ITINCI (en adelante Ley de Competencia Desleal)

Artículo 1°.- "La presente Ley tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas".
Artículo 5°.- "Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público (...)".

En cumplimiento de dicha Ley, la labor de OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible, para lo cual analizará si las ventajas obtenidas por una empresa en el mercado son consecuencia de una eficiencia superior en el uso de los recursos o son el resultado de prácticas de competencia desleal⁷. Estas prácticas son las que, producto de una menor eficiencia, perjudican directamente al competidor, vulneran la autonomía de elección del consumidor e influyen negativamente en el funcionamiento del mercado.

3. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La aplicación de la Ley de Competencia Desleal se fundamenta en algunos principios básicos que OSIPTEL tendrá en cuenta en la evaluación de cada uno de las infracciones previstas por la norma. Dichos principios se derivan de la finalidad de la Ley, anteriormente detallada, y servirán de guía para identificar los supuestos requeridos para la configuración de las prácticas prohibidas.

3.1. Legitimidad para demandar y relación de competencia

Cualquier persona afectada o que pudiera verse afectada potencialmente por un acto de competencia desleal tiene legitimidad para demandar⁸. En tal sentido, OSIPTEL entiende que la Ley no requiere una relación de competencia para su aplicación, es decir que no es necesario que un competidor del infractor presente la demanda para que la misma sea procedente.

La única excepción a este principio está dada por la figura de la inducción a la infracción contractual, contemplada por el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, que sí requiere de una relación de competencia, tal como se precisará mas adelante.

3.2. Daño efectivo o potencial

De acuerdo a la Ley, OSIPTEL entiende que no se requiere demostrar un daño efectivo, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores y usuarios o al orden público.

Adicionalmente, tampoco es necesario que la práctica desleal sea consecuencia de un comportamiento doloso para considerarse ilegal. En tal virtud, OSIPTEL considera que la carga de la prueba en este extremo se limita a la demostración de los efectos dañinos reales o potenciales.

De acuerdo a lo anterior, OSIPTEL determinará la ilegalidad de las infracciones, según sus efectos dañinos en el mercado, sean efectivos o potenciales, con excepción de aquellas prácticas cuya ilegalidad se encuentra definida objetivamente de forma automática ante su sola ocurrencia, de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal⁹.

3.3. Libertad de imitación de iniciativas ajenas

La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas se encuentra permitida salvo que infrinja derechos de exclusiva reconocidos por la Ley de Competencia Desleal o constituya un caso de imitación sistemática con fines de obstaculizar el afianzamiento de competidores, contemplado por el artículo 13 de la Ley¹⁰.

OSIPTEL entiende que 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. En tal sentido, la imitación de iniciativas empresariales no puede sustentar una demanda por actos de competencia desleal, salvo que se trate de alguno de los supuestos citados previamente.

3.4. Gravedad de las prácticas prohibidas

La Ley de Competencia Desleal califica de forma expresa como graves las infracciones dirigidas a sustraer ilegalmente la clientela a un competidor¹¹.

Corresponderá al OSIPTEL determinar cuándo se produce otro tipo de infracción grave, dependiendo de sus efectos dañinos, efectivos o potenciales, sobre el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

OSIPTEL determinará la gravedad de la infracción y las sanciones aplicables según los criterios de graduación y montos establecidos por la Ley de Competencia Desleal¹².

4. ELEMENTOS BÁSICOS DE ANÁLISIS DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Habiendo definido los principios generales que inspiran la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, co-

rresponde ahora explicar los criterios generales que utilizará OSIPTEL para analizar el contexto en el cual se realizaron las prácticas ilícitas. Estos criterios han sido definidos sobre la base de las características comunes de los actos de competencia desleal contemplados por la Ley.

4.1. Evaluación de la transacción

Para la evaluación de las infracciones comprendidas por la Ley de Competencia Desleal se requiere previamente delimitar la transacción involucrada en los actos materia de la demanda. Por ello, OSIPTEL determinará, en la medida de lo posible, las características básicas de la transacción comercial y los agentes directa e indirectamente relacionados con ella y/o afectados por la práctica prohibida.

En segundo lugar, OSIPTEL analizará el funcionamiento del mercado en el que se realiza la transacción identificando si el mismo presenta barreras estructurales de acceso al mercado tales como las facilidades esenciales¹³.

De otro lado, OSIPTEL estudiará con especial cuidado algunos factores que pueden influir o facilitar la realización de actos de competencia desleal, tales como los problemas relacionados con la información y los comportamientos estratégicos que se utilicen como obstáculos para el acceso y/o permanencia de competidores en el mercado.

4.2. Problemas relacionados con la información

OSIPTEL evaluará si existen incentivos para que los proveedores de los servicios no ofrezcan información veraz y completa o distorsionen la información proporcionada a los usuarios, con la finalidad de persuadir indebidamente al consumidor o usuario para que modifique sus preferencias.

En general, los problemas de información se encuentran estrechamente vinculados a dos elementos: la existencia de información asimétrica y la presencia de racionalidad limitada por parte de los consumidores¹⁴. OSIPTEL considera que en el mercado de telecomunicaciones pueden presentarse ambos elementos.

⁷ Criterio similar se sigue en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL.

⁸ Ley de Competencia Desleal
Artículo 20°.- "De conformidad con lo dispuesto en el Título I, cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado. El afectado podrá iniciar la acción cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubiera cesado sus efectos".

⁹ La Ley de Competencia Desleal considera ilegales objetivamente las siguientes infracciones:

- Ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se hayan obtenido o que no tengan vigencia (artículo 9° segundo párrafo).
- Emplear indicaciones de procedencia o denominaciones de origen falsas, así como utilizarlas sin autorización (artículo 10 segundo párrafo).
- Adquirir secretos a través de espionaje u otros medios especiales (artículo 15° inciso b).

¹⁰ Ley de Competencia Desleal
Artículo 4°.- "No se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la Ley".

¹¹ Ley de Competencia Desleal
Artículo 5°.- "Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor".

¹² Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336
Artículo 26°.- "Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales.

26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o real competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación".

¹³ Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú, Decreto Supremo 020-98-MTC, establecen lo siguiente: "Se consideran instalaciones esenciales a efectos de la interconexión: 1) la terminación de llamada que incluye la conmutación y señalización necesarias; 2) el transporte, en cuanto al circuito de interconexión y equipos necesarios que enlazan las redes a ser interconectadas en la misma localidad y 3) servicios auxiliares tales como guía telefónica y la información necesaria para poder facturar, y otros servicios auxiliares que cumplan con la definición de instalación esencial".

¹⁴ CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey, Modern industrial organization, 2ª Ed. (Nueva York, Harper Collins College Publishers, 1992), capítulo 14.

¿Existe información asimétrica?

OSIPEL evaluará si existe información asimétrica en la comercialización del bien y/o servicio denunciado¹⁵, considerando los siguientes aspectos: (i) costos de búsqueda y/o facilidad de acceso a la información, (ii) información que proporcionan los proveedores al usuario y (iii) provisión de garantías al usuario (certificaciones de calidad, uso de la reputación de la empresa como sinónimo de calidad, entre otros).

¿Los consumidores cuentan con racionalidad limitada?

Los productos o servicios del mercado de telecomunicaciones presentan características muy complejas para los usuarios, relacionadas con el tipo de información técnica o especializada que se requiere para comprender a cabalidad su funcionamiento e identificar plenamente la calidad de los mismos. Estas dificultades son las que generan que el consumidor cuente con racionalidad limitada.

Por ello, OSIPEL definirá las características y el tipo de bienes y/o servicios que sean objeto de cada controversia, considerando si los usuarios se encuentran en condiciones de determinar la calidad del servicio e identificar plenamente sus características antes de adquirirlos o contratarlos¹⁶.

En el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones, el solo hecho de tratarse de servicios genera cierto nivel de racionalidad limitada, debido a que no puede conocerse su calidad o características a través de una inspección previa antes de la compra, como sucede con los productos. En principio, el usuario requerirá utilizar un servicio público de telecomunicaciones para identificar a través de su experiencia las características del mismo y determinar su calidad. Inclusive, en algunos casos, el usuario no podrá definir con certeza la calidad del servicio a través del uso, por las características técnicas que lo ro-

dean, caso en el cual resultará necesario que confíe en la calidad del mismo.

¿Se aplica el criterio de consumidor razonable?

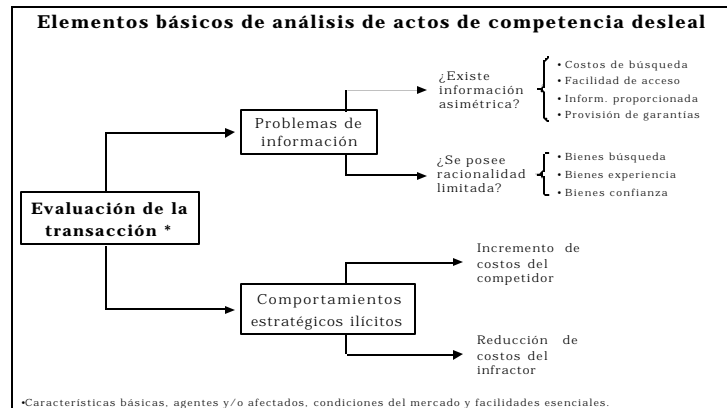
De acuerdo a lo anterior, OSIPEL adoptará el criterio de consumidor o usuario razonable para la evaluación de las infracciones a la Ley de Competencia Desleal, considerando las limitaciones que se deriven de los problemas de información asimétrica y racionalidad limitada que pudieran afectar la capacidad del usuario de servicios públicos de telecomunicaciones para recoger y procesar la diversa información que recibe.

4.3. Comportamientos estratégicos que funcionan como obstáculos de acceso al mercado

Para evaluar si existe una práctica de competencia desleal, OSIPEL también evaluará si a través de comportamientos estratégicos las empresas generan obstáculos para impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de competidores, a fin de determinar si dicho tipo de comportamiento estratégico puede considerarse excesivo en comparación con lo que sería una respuesta natural o aceptable del mercado¹⁷.

En términos generales, pueden identificarse dos tipos de barreras estratégicas: (i) aquellas orientadas a detener o impedir el acceso de potenciales entrantes; y, (ii) aquellas destinadas a excluir del mercado a competidores ya establecidos.

Entre los comportamientos estratégicos adoptados por las empresas, OSIPEL considerará aquellos que hayan sido utilizados ilegalmente para incrementar los costos del competidor o reducir los costos propios del infractor. Entre dichos comportamientos se considerarán: el uso de información para elevar los costos de cambio de los usuarios hacia el competidor, las prácticas indebidas para acaparar los medios de producción o comercialización, entre otros.



4.4. Investigaciones de oficio

Para el inicio de investigaciones de oficio, OSIPEL considerará: (i) si la presunta infracción afecta a un número importante de usuarios finales de servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) si la transacción involucrada presenta claros problemas de información relacionados con información asimétrica o racionalidad limitada del consumidor (bienes experiencia y/o confianza); y, (iii) si el mercado se caracteriza por considerables obstáculos de acceso, ya sean estructurales o derivados de comportamientos estratégicos.

5. PROHIBICIONES GENÉRICAS

La Ley de Competencia Desleal contempla dos prohibiciones genéricas. El artículo 6 establece como ilícita toda conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben seguir los agentes del mercado; mientras que el artículo 7 señala que tales actos son ilegales en tanto que, por su naturaleza o finalidad, tengan efectos análogos a los de las infracciones tipificadas de forma particular por la Ley¹⁸.

OSIPEL considera que las conductas comprendidas por las prohibiciones genéricas son los comportamientos estratégicos que explotan indebidamente la asimetría de información y la racionalidad limitada del consumidor, generada por el tipo de bienes que caracteriza el mercado de servicios pú-

blicos de telecomunicaciones (experiencia y/o confianza), o los que creen o incrementen ilegalmente obstáculos para el ingreso de potenciales competidores al mercado.

¹⁵ Se afirma que existe información asimétrica cuando una parte de la transacción (el proveedor) tiene conocimiento de un hecho (calidad o funcionamiento del bien) que la otra parte (el comprador) desconoce.

¹⁶ Para tales efectos, los bienes pueden ser clasificados de la siguiente forma:

- Bienes búsqueda: Los usuarios pueden identificar sus principales atributos a través de su inspección antes de la compra, como por ejemplo prendas de vestir o muebles.
- Bienes experiencia: Los usuarios deben consumir el bien para determinar su calidad, como sucede con los servicios profesionales o productos electrónicos complejos.
- Bienes confianza: Los usuarios deben confiar en que el bien es de buena calidad ya que no se encuentran en condiciones de realizar una verificación directa, tal es el caso de los servicios de reparación o de las joyas.

¹⁷ VISCUSI, Kip y otros, Economics of Regulation and Antitrust, 2ª Ed. (Massachusetts, MIT Press, 1995), capítulo 6.

¹⁸ Ley de Competencia Desleal

Artículo 6°. "Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas".

Artículo 7°. "Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo".

En tal sentido, el derecho de los agentes económicos a la libertad de empresa y a concurrir en el mercado debe adecuarse a su deber de competir según los estándares de conducta considerados correctos dentro de cada actividad productiva o comercial. OSIPTEL considera que tales estándares deben ser analizados caso por caso, pero siempre en términos objetivos de acuerdo a los efectos negativos que genera la conducta de los agentes económicos sobre el mercado y no según su intención.

¿Cómo aplicará OSIPTEL las prohibiciones genéricas?

Este tipo de prohibiciones genéricas, basadas en conceptos jurídicos indeterminados, puede resultar de utilidad en el ámbito de las telecomunicaciones, debido a la necesidad de hacer frente a la rápida modificación de las condiciones de comercio y a la aparición de servicios cada vez más técnicos, ya que tales elementos pueden propiciar comportamientos desleales de diversa naturaleza.

No obstante, OSIPTEL sólo aplicará las prohibiciones genéricas con carácter residual, ante la inexistencia de un supuesto prohibido expresamente que sea aplicable a la práctica controvertida¹⁹. En caso contrario, declarará la improcedencia de la demanda en virtud de la prohibición genérica, tramitando la controversia únicamente sobre la base del supuesto prohibido expresamente, de acuerdo a los principios de celeridad, eficiencia y efectividad contemplados por el Reglamento General del OSIPTEL.

Asimismo, OSIPTEL no tramitará bajo las prohibiciones genéricas de la Ley de Competencia Desleal aquellas prácticas que deben ser sancionadas a través de normas como las de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo N° 701. Tal es el caso, por ejemplo, de la práctica de precios predatorios o depredadores, que ya ha sido considerada como un caso de abuso de posición de dominio por los Lineamientos Generales para la Aplicación de

las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones del OSIPTEL²⁰.

¿Cómo graduará OSIPTEL las sanciones en estos casos?

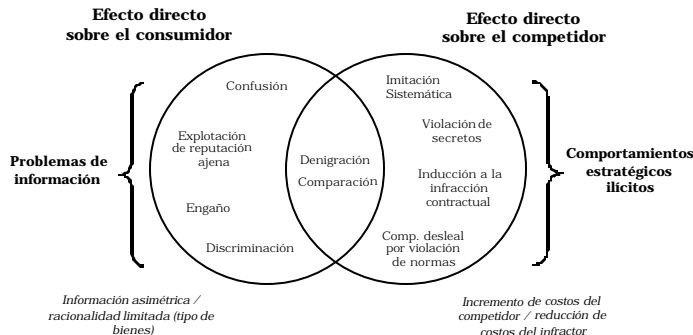
Considerando que las normas de competencia desleal son de reciente aplicación al mercado de telecomunicaciones y que estos supuestos se encuentran establecidos de forma genérica, cuando se tipifique una nueva infracción por primera vez, y siempre que su ilegalidad no haya sido previamente advertida a los agentes económicos por medio de lineamientos, OSIPTEL atenuará la sanción aplicable usando como criterio de graduación la novedad en la identificación de este tipo de conductas. Adicionalmente, en tales casos, OSIPTEL dará publicidad a la decisión en que tipificó la conducta, para difundir los criterios utilizados.

6. INFRACCIONES TIPIFICADAS EXPRESAMENTE

Las infracciones expresamente tipificadas por la Ley de Competencia Desleal pueden agruparse de acuerdo a los elementos básicos de análisis de los actos de competencia desleal previamente desarrollados y según sus efectos directos sobre determinado agente del mercado, sin perjuicio de que también puedan tener efectos indirectos sobre otros agentes.

De acuerdo a lo señalado, OSIPTEL clasifica dichas prácticas en tres grupos. Dos principales que son: (i) las prácticas que afectan directamente al consumidor o usuario, relacionadas especialmente con problemas de asimetría de información o racionalidad limitada; y, (ii) las prácticas que afectan directamente al competidor, basadas en comportamientos estratégicos que crean o incrementan los obstáculos de acceso de competidores al mercado. Adicionalmente, se considera un grupo intermedio compuesto por las prácticas que tienen efectos directos sobre ambos agentes y, por tanto, se encuentran en la intersección de los grupos principales.

Clasificación de los actos de competencia desleal



OSIPTEL entiende que dicha clasificación no es estática, en tanto que bajo determinadas circunstancias alguna de las prácticas que se encuentran en los grupos principales podría trasladarse al grupo intermedio o viceversa²¹, por lo que no implica que el agente directamente afectado (competidor o usuario) sea el único legitimado para presentar la demanda correspondiente.

6.1. Prácticas que afectan directamente al consumidor o usuario

6.1.1. Actos destinados a crear confusión

El artículo 8° de la Ley de Competencia Desleal considera ilegal toda conducta destinada a crear confusión o riesgo de confusión entre los consumidores respecto de la actividad, prestaciones, productos y establecimiento de las empresas²².

Los actos que crean confusión impiden inválidamente 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

distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, los cuales deben ser analizados dentro del marco de la cláusula general o el listado enunciativo de los actos de competencia desleal". Resolución N° 136-1998/TDC-INDECOPI, del 20 de mayo de 1998 (Distribuidora Cristal Vladich S.C.R.L. contra Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.).

²⁰ Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones (Sección 4.3.4. a).

²¹ Puede citarse, por ejemplo, el documento emitido por la OFTEL recomendando que todos los operadores brindaran a los usuarios información apropiada acerca de las características técnicas de sus interfaces, tales como el tipo y medio de presentación, las características del canal de comunicación, el tipo de señal utilizada, etc. Debido a la rapidez del cambio, muchos servicios nuevos habían sido lanzados antes de la estandarización de la interfaz entre el equipo de los usuarios y la red pública, por lo que existía riesgo de incompatibilidad de equipos de distintos proveedores. Esto no había sido informado inicialmente al usuario, lo que incrementaba sus costos de cambio a otro proveedor. Bajo tal supuesto, un problema de información podía llegar a convertirse en un comportamiento estratégico para obstaculizar las actividades del competidor. OFTEL, The customer interface to public networks, julio 1995 (http://www.oftel.gov.uk/publications/1995_98/technical/customer.htm).

²² Ley de Competencia Desleal
Artículo 8°.- "Actos de confusión: Se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. El riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealdad de una práctica".

¹⁹ El Tribunal del INDECOPI ha señalado al respecto que: "(...) existen actos de competencia desleal que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo entorpecer la

resta elementos de juicio para tomar una adecuada decisión de consumo. La evaluación de estas prácticas será realizada por OSIPTEL considerando el comportamiento de un consumidor razonable, dentro de los límites que pueda crear la asimetría de información y la racionalidad limitada a la que el mismo se encuentre sujeto según el tipo de bien de que se trate²³.

Para que se configure la práctica prohibida basta el riesgo de confusión. El riesgo de confusión se define como una amenaza de conducir a error al consumidor sobre distintos aspectos de las actividades del infractor. En primer lugar, la confusión puede darse respecto de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, caso en el que la conducta prohibida supone que el infractor induzca al usuario a creer que el producto que adquiere es el de su competidor.

Este supuesto afecta normalmente la identidad de las marcas, a través de actos como incluir la marca que induce a la confusión al producto o a su embalaje, poner en venta productos transformados pero bajo la marca original, introducir productos diferentes en el envase del producto de la marca con la que se intenta confundir.

En segundo lugar, se encuentran los casos en que el público se encuentra en capacidad de distinguir las marcas o de diferenciar los productos o prestaciones del competidor y del infractor, pero como consecuencia de los actos de este último los atribuye erradamente al competidor (riesgo de confusión indirecto).

Finalmente, también puede existir riesgo de confusión respecto de las actividades productivas o comerciales que fueron necesarias para poner los bienes en el mercado, en tanto el público las atribuya a un competidor que no las haya realizado²⁴.

6.1.2. Explotación de reputación ajena

El artículo 14º 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, ya sea en beneficio propio del infractor o ajeno²⁵.

A diferencia del riesgo de confusión, esta figura requiere que el infractor establezca un nexo o vinculación directa con el competidor cuyo prestigio intenta explotar, es decir que haga referencia directa y, por lo general, explícita a los productos o actividades del competidor, comúnmente de prestigio. Su finalidad es generar en el consumidor la impresión de que el producto del infractor o sus actividades gozan de las mismas o similares características, obteniendo así una ventaja indebida al amparo de su prestigio. Tal sería el caso en que se afirmara que el bien del infractor es sucedáneo del producto del competidor afamado o mencionar la relación laboral o de sociedad previa con la empresa de renombre, salvo que ello sea inevitable²⁶.

Al respecto, OSIPTEL considerará válida la referencia y utilización de la reputación ajena cuando ello resulte inevitable para el agente que intenta participar en el mercado, por ejemplo, cuando sea necesaria para demostrar la habilidad profesional adquirida en una relación laboral previa con el competidor.

6.1.3. Actos de engaño

El artículo 9º de la Ley de Competencia Desleal establece la prohibición de actos de engaño, a través de indicaciones incorrectas o falsas, de la omisión de las verdaderas o de cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error sobre las características y/o ventajas que tienen los productos o prestaciones ofrecidas²⁷.

OSIPTEL considera que 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, con la finalidad de ganar mayor clientela. Para evaluar la posibilidad de engaño, 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, dentro de las restricciones que le impone la racionalidad limitada.

Para que se configure el engaño deben darse los siguientes supuestos: (i) que se comuniquen o difundan información falsa, incorrecta o insuficiente; y, (ii) que dicha información sea capaz de inducir a error sobre aspectos concretos y verificables de los servicios o productos del infractor, relacionados con las condiciones y ventajas que ofrecen²⁸. OSIPTEL considera que no es requisito que como consecuencia del engaño se produzca una compra o la celebración del contrato.

En cuanto al primer supuesto, debe precisarse que la norma no limita la ilegalidad a los casos de la comunicación o difusión de un mensaje publicitario dirigido al público, que como se detallará más adelante correspondería analizar al INDECOPI, sino cualquier forma de indicación no publicitaria contenida en envases, etiquetas, recipientes, prospectos e, incluso, manifestaciones verbales del empresario fuera del ámbito de su empresa dirigida a posibles clientes.

Adicionalmente, como supuesto de engaño más específico, el artículo 10º de la Ley considera ilegales los actos o expresiones capaces de inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o servicio²⁹.

Ello se debe a que la procedencia geográfica puede relacionarse a determinadas propiedades o características que implican o garantizan una determinada calidad y, consecuentemente, son capaces de influir en la decisión de compra del cliente. Lo cuestionable de esta práctica desleal es que el infractor se aprovecha de la supuesta procedencia geográfica para convencer al cliente de que el servicio que ofrece goza de características especiales. Este tipo de prácticas podría presentarse en el suministro de equipos de telefonía o servicios de refacción, a los cuales se asigne inválidamente un origen geográfico determinado.

Finalmente, la ostentación de premios o certificados no obtenidos efectivamente o cuya vigencia ha expirado (artículo 9º segundo párrafo), así como el uso de indicaciones de procedencia o denominaciones de origen falsas o su utilización no autorizada (artículo 10º segundo párrafo), son prácticas cuya ilegalidad es objetiva de acuerdo a Ley. Por tanto, OSIPTEL considera que estas infracciones son sancionables automáticamente, ante la sola comprobación de su existencia.

6.1.4. Discriminación del consumidor

El artículo 18º de la Ley prohíbe el trato discriminatorio del consumidor en la aplicación de precios y otras condiciones de venta, siempre que no medie causa justificada³⁰.

OSIPTEL considera que esta norma tiene la finalidad de proteger al consumidor o usuario final de los servicios públicos de telecomunicaciones contra el trato discriminatorio. Sin embargo, la regulación especial del sector ya establece una obligación de trato no discriminatorio a las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones³¹. Adicionalmente, las normas de protección al consumidor también contemplan la obligación de todo proveedor de no discriminar entre consumidores³².

Incluso si se entiende que el artículo 18º de la Ley de Competencia Desleal prohíbe la discriminación contra las empresas (bajo el supuesto de que el término "consumi-

²³ A tal efecto, puede tenerse en consideración lo expresado por el Tribunal del INDECOPI: "(...) la confundibilidad o el riesgo de confusión al que se encuentran expuestos los consumidores debe evaluarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor razonable - esto es un consumidor crítico que compara y se informa antes de efectuar una decisión de consumo - teniendo en cuenta la presentación o el aspecto general de los productos o de las prestaciones materia de evaluación". Resolución N° 008-97-TDC, del 10 de enero de 1997 (Productos Paraíso del Perú S.A. contra Tejidos Urdisa S.A.).

²⁴ DE LA CUESTA, José María, "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena" en: La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991 (Madrid, Cámara de Comercio e Industria - Boletín Oficial del Estado, 1992), 37-39.

²⁵ Ley de Competencia Desleal

Artículo 14º.- "Explotación de la reputación ajena: Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado".

²⁶ DE LA CUESTA, "Supuestos de competencia desleal por confusión", Op. Cit., 49.

²⁷ Ley de Competencia Desleal

Artículo 9º.- "Actos de engaño: Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.

En especial, se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas".

²⁸ VERGEZ, Mercedes, "Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos" en: La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991 (Madrid, Cámara de Comercio e Industria - Boletín Oficial del Estado, 1992), 58.

²⁹ Ley de Competencia Desleal

Artículo 10º.- "Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica: Se considera desleal la realización de actos o la utilización de expresiones que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio.

En particular, se reputa desleal el empleo de falsas indicaciones de procedencia y de falsas denominaciones de origen, así como el empleo no autorizado de denominaciones de origen, aun cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad u otro similar".

³⁰ Ley de Competencia Desleal

Artículo 18º.- "Discriminación: El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada".

³¹ El artículo 8º del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 06-94-TCC, establece el principio de no discriminación en el acceso a la utilización y prestación de servicios de telecomunicaciones.

³² Artículos 5º inciso d) y 7B de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716.

dor" hace referencia a ellas), dicha conducta también se encuentra prevista en disposiciones del sector de telecomunicaciones³³ y, además, por las normas de libre competencia que prohíben el trato discriminatorio entre empresas mediante actos de abuso de posición de dominio o prácticas concertadas³⁴.

En consecuencia, ante una demanda por trato discriminatorio amparada en el artículo 18° de la Ley de Competencia Desleal, OSIPTEL encusará la controversia según el afectado sea un consumidor final o una empresa, aplicando la regulación especial del sector telecomunicaciones o, cuando ésta no contemple la práctica controvertida, las normas sobre protección al consumidor o libre competencia³⁵.

Cuando el presunto afectado por el trato discriminatorio considere que dicha vía legal no es idónea para proteger sus intereses, correrá a su cargo la carga de la prueba sobre la necesidad de aplicar el artículo 18° de la Ley de Competencia Desleal.

Si luego de dicha evaluación se determinara que corresponde tramitar la denuncia al amparo del artículo 18° de la Ley de Competencia Desleal, OSIPTEL evaluará la ilegalidad de la práctica en función a los siguientes criterios: (i) si las transacciones que se evalúan son equivalentes, es decir si los sujetos y el objeto transado son comparables; (ii) si existe otra fuente de suministro para obtener los bienes objeto de la supuesta discriminación; y, (iii) si se presentan causas que puedan justificar la diferenciación en el trato, como, por ejemplo, diferencias en los costos de atender a cada usuario³⁶.

6.2. Prácticas que afectan directamente al competidor

6.2.1. Imitación sistemática

El artículo 13° de la Ley de Competencia Desleal prohíbe los actos de imitación sistemática de prestaciones o iniciativas de un tercero, cuyo objetivo sea impedir u obstaculizar su establecimiento en el mercado, en tanto dicho comportamiento exceda lo que se considera una respuesta natural del mercado³⁷.

La prohibición requiere conjuntamente de cuatro elementos para configurarse: (i) una imitación sistemática y metódica, no actos o hechos esporádicos³⁸; (ii) que la imitación se refiera a prestaciones e iniciativas de un competidor o tercero determinado³⁹; (iii) la utilización de dicha imitación como un obstáculo para el acceso o permanencia de potenciales competidores; y (iv) que la imitación sistemática no pueda considerarse una respuesta natural del mercado.

Tomando en cuenta que esta figura restringe el principio de libre imitación, OSIPTEL considera que tiene carácter excepcional y que la carga de la prueba de los cuatro elementos antes referidos corresponde al demandante.

Asimismo, como la Ley permite a la autoridad evaluar si la imitación sistemática excede o no lo que podría considerarse una respuesta natural del mercado, OSIPTEL considerará que no constituye imitación sistemática el uso de modelos comunes o usuales en el mercado, la copia de iniciativas que responde a las preferencias de los usuarios según la moda, o comportamientos del tipo líder-seguidor⁴⁰.

El elemento característico de esta figura es su efecto obstructivo, no que genere un riesgo de confusión. Este supuesto sólo se configura si la imitación sistemática es utilizada para crear barreras de acceso o permanencia en el mercado en perjuicio de un competidor o de un tercero⁴¹. En tal virtud, si de la evaluación preliminar sobre su procedencia se determina que la demanda presentada por actos de imitación sistemática sólo tiene el efecto de generar un riesgo de confusión, OSIPTEL la desestimará o, si el demandante lo ha previsto, la tramitará por actos de aprovechamiento de reputación ajena, en virtud del artículo 14° de la Ley.

6.2.2. Violación de secretos

El artículo 15° de la Ley de Competencia Desleal regula la violación de secretos como acto desleal, bajo dos supuestos:

- la divulgación y explotación de secretos por un tercero sin autorización de su titular, hayan sido obtenidos legítimamente pero bajo deber de reserva o ilegítimamente a través de los medios indicados en el siguiente supuesto o mediante la inducción a la infracción contractual⁴²; y,
- la adquisición de secretos por medio de espionaje, acceso indebido a microformas o la utilización de la telemática.

Las principales características del secreto son las siguientes: se trata de información que no está en el dominio público (es desconocida incluso en medios especializados); que es poseída legítimamente (sin usurpación ni infringiendo obligaciones asumidas con su legítimo propietario, titular o posee-

dor); que tiene valor comercial por el hecho de ser secreta (su conocimiento o utilización permite una ganancia efectiva o potencial); y que ha sido objeto de medidas razonables de seguridad (su confidencialidad dura mientras dichas medidas no permitan que caiga en el dominio público)⁴³.

OSIPTEL considera que esta norma protege tanto los secretos industriales como los secretos comerciales, dada la relevancia de ambos para las actividades económicas de las empresas.

El secreto industrial es un conocimiento tecnológico vinculado a los procedimientos de fabricación o producción en general o referido al empleo y aplicación de determinadas técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros⁴⁴.

Por su parte, el secreto comercial puede definirse como aquella información no relacionada con conocimientos tecnológicos, sino con informes confidenciales que sin poderse considerar secretos propiamente dichos, son mantenidos celosamente bajo reserva por cada empresa y tienen utilidad para la industria o práctica profesional⁴⁵.

En cuanto a la primera conducta, la prohibición de divulgar o explotar secretos, supone la comunicación o divulgación del secreto, ya sea a una generalidad de sujetos o a una

³³ Por ejemplo, el artículo 232-A del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones contempla la obligación de un "proveedor importante" de no cobrar tarifas diferenciadas entre su operador integrado y los otros operadores por el uso de una instalación esencial de interconexión utilizada como insumo.

³⁴ Artículos 5° inciso b) y 6° inciso e) de la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701.

³⁵ Diversos autores coinciden en señalar que este supuesto debe ser evaluado según las normas de libre competencia. Para el Perú ver BULLARD y PATRÓN "El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal", en: *Thémis, Revista de Derecho, Segunda Época/1999*, N° 39 (Lima, Asociación Civil Thémis), 450-451; KRESALJA, Baldo, "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre represión de la competencia desleal" en: *Derecho*, N° 47 diciembre 1993 (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú), 61. Para España ver ALONSO SOTO, Ricardo, "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación" en: *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991* (Madrid, Cámara de Comercio e Industria - Boletín Oficial del Estado, 1992), 89-90.

³⁶ WESTON, Glen y otros, *Unfair trade practices and consumer protection, cases and comments*, 5th Ed. (St. Paul Minn, West Publishing Co., 1992), 811-828.

³⁷ Ley de Competencia Desleal
Artículo 13°.- "Actos de imitación: Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél".

³⁸ DE LA CUESTA, "Supuestos de competencia desleal por confusión", *Op. Cit.*, 46.

³⁹ Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial del INDECOPI, Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI (Sección 2.3.7).

⁴⁰ La imitación de iniciativas empresariales podría resultar común en algunos segmentos del mercado de telecomunicaciones, en que se utilizan modelos bastante similares o se elaboran ofertas muy parecidas. Así, la imitación de promociones podría considerarse una respuesta natural, si se toma en cuenta que el mercado se caracteriza por la rapidez con que se introducen innovaciones en los equipos y servicios, lo que motiva el interés de las empresas por estar siempre en capacidad de ofrecer bienes muy similares a los de la competencia.

⁴¹ La diferencia, en términos prácticos, es que la imitación sistemática como obstáculo podría ser utilizada por la empresa ya establecida que intenta evitar el ingreso de nuevos competidores, mientras que la imitación sistemática para confundir sería aplicada por el nuevo entrante que pretende aprovecharse de los méritos o fama de los ya establecidos en el mercado (explotación de reputación ajena).

⁴² Ley de Competencia Desleal
Artículo 15°.- "Violación de secretos: Se considera desleal: a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de los conocimientos, informaciones, ideas, procedimientos técnicos o de cualquier otra índole, de propiedad de éste, y a los que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 16° [referido a la inducción a la infracción contractual]. b) La adquisición de secretos por medio de espionaje, acceso indebido a microformas bajo la modalidad de microfilm, documentos informáticos u otros análogos, utilización de la telemática, por medio de espionaje o procedimiento análogo. La persecución del infractor, incurso en las violaciones de secretos señalados en los incisos anteriores se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico".

⁴³ ESCUDERO, Sergio, "La protección de la información no divulgada" en: *Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI* (Lima, INDECOPI-OMPI, 1996), 320-322.

⁴⁴ Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823
Artículo 117°.- "Son susceptibles de protección como secreto industrial tanto el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general como el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales, resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros".

⁴⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XXV (Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, Editores-Librerías, 1968), 216.

sola persona, así como cualquier actividad del tercero infractor para utilizar o explotar el secreto en su propio negocio, venderlo o desarrollarlo científicamente. Sin embargo, OSIPTEL considera que la sola comunicación del secreto genera la ilegalidad, no requiriéndose para incurrir en la infracción el aprovechamiento o la mejora del secreto.

Los elementos básicos de esta figura son: (i) el carácter reservado del secreto, lo que implica haber adoptado medidas para resguardarlo; y, (ii) que el titular no haya autorizado la apropiación, divulgación o explotación del secreto por el tercero. En tal sentido, OSIPTEL no amparará demandas por violación de secretos si en ellas se encuentra ausente alguno de estos elementos.

De acuerdo a la norma, la prohibición se aplica sin importar que se haya tenido acceso al secreto legítimamente (en razón del cargo en una relación contractual con el titular) o ilegítimamente (aprovechando medios indebidos como el espionaje o la inducción a la infracción contractual que se analizará más adelante). La figura de mayor polémica es la de los trabajadores y administradores de empresas, ya que si bien se encuentran sujetos al deber de reserva durante la relación laboral, no existe seguridad de que la mantengan una vez finalizada la relación; más aún cuando el empleado se convierte en nuevo empresario en competencia con su ex-empedor⁴⁶.

OSIPTEL considerará válida la utilización de secretos en beneficio propio del ex trabajador, cuando fuese exigencia justificada para el ejercicio de su profesión u oficio habitual, es decir cuando el secreto sea parte de la experiencia profesional adquirida.

En la segunda infracción contemplada por la norma, la prohibición de adquirir secretos por medio de espionaje, el acceso indebido a microformas o la utilización de la telemática, 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 o mediante subterfugios⁴⁷. En tanto la Ley define la ilegalidad de dichas conductas de manera objetiva, OSIPTEL considera que esta infracción es sancionable automáticamente, ante la sola comprobación de su ocurrencia.

6.2.3. Inducción a la infracción contractual

El artículo 16º de la Ley de Competencia Desleal prohíbe los supuestos:

a) La inducción al incumplimiento de las obligaciones básicas de los contratos que tengan con el competidor tanto trabajadores y proveedores, como clientes u otros.

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o se apoye en el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras circunstancias análogas⁴⁸.

Ambos supuestos se dirigen a obstruir las actividades del competidor, incrementando sus costos de permanencia en el mercado, limitándole el acceso a los medios de producción. Los elementos comunes de ambas figuras son: (i) una relación contractual efectiva, vigente al momento de cometerse la infracción e incluso una vez que cese la práctica; y, (ii) una relación de competencia, puesto que en todos los supuestos el sujeto pasivo es competidor de quien induce al incumplimiento o a la terminación del contrato o de quien se aprovecha de la finalización del contrato.

El primer supuesto, es decir la inducción al incumplimiento de obligaciones contractuales, supone que el infractor ejerza influencia en la contraparte de su competidor para que incumpla obligaciones básicas de un contrato. Para que se configure esta infracción se requiere: (i) una conducta idónea para inducir al incumplimiento, lo que debe evaluarse de acuerdo a los medios utilizados para convencer al destinatario; y, (ii) el incumplimiento de las principales obligaciones, entendido en sentido amplio, incluyendo el cumplimiento en tiempo o lugar distintos a los pactados⁴⁹.

OSIPTEL considera que la Ley no requiere el incumplimiento de la integridad de obligaciones del contrato, ni que el infractor se subrogue en la relación contractual que mantiene su competidor, para que se produzca la infracción.

De presentarse esta infracción, podría tener especial incidencia en el mercado de telecomunicaciones, si fuera utilizada respecto de compromisos contractuales de la importancia de los acuerdos de interconexión, sobre los que el sistema regulatorio soporta gran parte de la responsabilidad de introducir competencia en el mercado. No obstante, si la inducción se dirigiera a incumplir los principales aspectos de un mandato de interconexión u otro de similar naturaleza, OSIPTEL considera que se trataría de un acto de competencia desleal por violación de normas, dado el carácter normativo de tales mandatos.

En cuanto al segundo supuesto, subdividido en las figuras de inducción a la resolución de un contrato y aprovechamiento de la infracción contractual no inducida o ajena, debe señalarse que ambas son cuestionables por el fin que persiguen (la difusión o explotación de un secreto empresarial y la intención de eliminar a un competidor), o por los medios utilizados (el engaño).

La inducción a la terminación regular de un contrato requiere de tres elementos: (i) la influencia ejercida por el agente sobre la contraparte del competidor; (ii) la terminación regular del contrato; y, (iii) el objetivo de difundir o explotar un secreto empresarial, de eliminar a un competidor, o la utilización del engaño.

OSIPTEL considera que en estos casos 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 se realizó persiguiendo cualquiera de los objetivos indicados.

Lo anterior implica analizar, por ejemplo, si la contratación de los empleados o medios de producción del competidor es sistemática; si se capta siempre a los más calificados, que son irremplazables para el competidor, a pesar que podrían encontrarse en el mercado sin necesidad de arrebatarlos; si las necesidades del infractor no requieren de tales medios de producción, entre otros⁵⁰. Igualmente, podría demostrarse que el supuesto infractor no contrata los medios de producción ajenos para utilizarlos sino para impedirle su aprovechamiento al competidor⁵¹.

Considerando la complejidad de la prueba requerida, OSIPTEL considerará ilegal la práctica sólo cuando sea evidente que constituye un comportamiento estratégico destinado a impedir la permanencia del competidor en el mercado, evitando así impedir prácticas que busquen un desempeño más eficiente, como por ejemplo beneficiarse de la pericia o capacidad profesional de los empleados o funcionarios de la empresa competidora.

Por último, la figura del aprovechamiento de la infracción contractual ajena supone tres elementos: (i) que la infracción se haya dado sin participación del agente, no importando si la obligación contractual incumplida era bá-

⁴⁶ GALÁN CORONA, Eduardo, "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos" en: La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991 (Madrid, Cámara de Comercio e Industria - Boletín Oficial del Estado, 1992), 97-101.

⁴⁷ Sobre los medios empleados, pueden tomarse en cuenta los criterios establecidos en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos emitida en el caso *E.I. du Pont de Nemours & Co., Inc. v. Christopher*, en la cual se estableció que los medios adecuados para obtener un secreto industrial del competidor eran la inspección y análisis del producto terminado, aplicando un proceso de investigación y desarrollo que permitiera identificar los pasos necesarios para lograr dicho producto terminado y elaborar así una réplica del mismo. De otro lado, se consideró que obtener conocimiento de un proceso industrial sin dedicar tiempo ni dinero para descubrirlo independientemente era impropio, a no ser que el titular del mismo hubiera revelado voluntariamente la información o no hubiera tomado las precauciones del caso para mantener el secreto. WESTON y otros, *Unfair trade practices and consumer protection*, Op. Cit., 323-327.

⁴⁸ Ley de Competencia Desleal

Artículo 16º. - "Inducción a la infracción contractual. Se considera desleal: a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales. b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas".

⁴⁹ MASSAGUER, José, "Inducción a la infracción contractual" en: *Actas de Derecho Industrial*, tomo XV, 1993 (Madrid, Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela - Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1994), 40-42.

⁵⁰ MASSAGUER, "Inducción a la infracción contractual", Op. Cit., 46-53.

⁵¹ Criterio establecido por la Corte Suprema de Estados Unidos en su decisión sobre el caso *Universal Analytics Inc. v. MacNeal-Schwendler Corp.* La crítica ha precisado que son muy raros los casos en que una empresa que contrata importantes talentos del competidor no los utilice o muy difícil definir qué implica no utilizarlos, por ejemplo ante casos de subutilización. Sin embargo, también se han planteado como elementos de juicio a evaluar: la disponibilidad de personal calificado en el sector; el tiempo y dinero necesario para formar nuevo personal; la estructura de salarios del sector, para evaluar si los ofrecidos por el supuesto infractor resultan exorbitantes; la política de personal del agente para definir si las contrataciones responden a su conducta habitual, etc. HERNÁNDEZ, Francisco, *Precios predatorios y derecho antitrust* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997), 55-58.

sica o no; (ii) una conducta posterior del agente para aprovechar las posibilidades abiertas por la infracción ajena y obtener así una ventaja; y, (iii) el fin de difundir o explotar un secreto empresarial o circunstancias como la intención de eliminar a un competidor o el engaño. Al tener los mismos objetivos, los aspectos probatorios antes señalados también se aplican a la evaluación de esta práctica.

6.2.4. Competencia desleal por violación de normas

El artículo 17º de la Ley prohíbe a las empresas valerse en el mercado de una ventaja ilícita adquirida vía la infracción de leyes⁵². Los requisitos para que se configure la práctica desleal son tres: (i) que se produzca la infracción de una norma legal, cualquiera sea su rango; (ii) que la infracción de la norma genere una ventaja "significativa" para el infractor; y, (iii) que el infractor se valga de dicha ventaja en el mercado.

Para esta figura OSIPTEL considerará solamente la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir aquellas que establecen deberes al administrado, salvo que exista evidencia de que la infracción de las normas declarativas, que reconocen derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras disposiciones de la Ley.

Para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas⁵³.

En lo que se refiere a la ventaja ilícita "significativa" a que se refiere la norma, OSIPTEL considera que la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma, lo cual debería determinarse en términos de la disminución en sus costos o su acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma.

Finalmente, OSIPTEL considera necesario distinguir la naturaleza de esta infracción y la sanción que le corresponde. En efecto, esta figura no sanciona el incumplimiento de la ley, sino el aprovechamiento de la ventaja competitiva ilegal que se deriva de dicho incumplimiento⁵⁴. De ello se deduce también una sanción distinta a la que corresponde por la infracción a la ley que motivó la ventaja aludida⁵⁵.

¿Cómo se diferencia de la competencia prohibida?

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 mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir⁵⁶.

La diferencia anotada determina un tratamiento legal distinto. La Ley de Competencia Desleal sanciona los actos desleales por violación de normas debido al mecanismo utilizado para obtener la ventaja, permitiendo que el infractor continúe en el mercado. Por el contrario, la realización de competencia prohibida no sólo acarrea una sanción administrativa sino que obliga al infractor a retirarse del mercado. En consecuencia, no tendría sentido sancionar la competencia prohibida como acto de competencia desleal, en tanto que no se evitaría el verdadero acto ilícito, es decir que el infractor compita.

Existen dos modalidades de competencia prohibida: (i) absoluta, que se presenta cuando la ley reserva una determinada actividad en favor de una o algunas empresas, por ejemplo a través de un monopolio legal⁵⁷; y, (ii) relativa, que ocurre cuando la ley condiciona la realización de una actividad empresarial al cumplimiento de determinados requisitos previos o autorizaciones, como por ejemplo la obligación de contar con la correspondiente concesión para desarrollar cualquier servicio público de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo señalado, la autoridad competente para sancionar los casos de competencia prohibida no es el OSIPTEL sino quien determina el ingreso de los agentes al mercado a través de las concesiones y autorizaciones, es decir el Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁵⁸. En tal virtud, OSIPTEL declarará improcedentes las demandas de competencia desleal por violación de normas que constituyan supuestos de competencia prohibida por el sistema legal⁵⁹.

6.3. Actos que afectan directamente al consumidor y al competidor

6.3.1. Denigración y comparación

El artículo 11º de la Ley de Competencia Desleal contempla la prohibición de actos de denigración, que impliquen la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre las actividades o bienes que ofrece un tercero en el mercado y que puedan desacreditarlo, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes⁶⁰.

La denigración es una conducta que afecta directamente 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 mercado. Además, también afecta directamente al consumidor o usuario, en tanto le produce una impresión falsa⁶¹.

Considerando esto último, el análisis de la denigración puede seguir las pautas para evaluar los actos de engaño, aunque requiere además estudiar tres aspectos adicionales: (i) la forma de difusión de la información; (ii) la identificación del afectado por las afirmaciones difundidas; y, (iii) el contenido de las afirmaciones⁶².

Sobre la forma de difusión, cabe precisar que 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 consumidor⁶³. En tal sentido, OSIPTEL considera que la difusión de las afirmaciones puede ser pública o privada, e inclusive es sancionable la amenaza de difusión, siempre que sea cierta e inminente.

⁵² Ley de Competencia Desleal
Artículo 17º.- "Violación de normas. Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa".

⁵³ Cabe señalar que este criterio ha sido adoptado por el INDECOPI en base a su experiencia en la aplicación de la disposición comentada, ver Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del INDECOPI (Sección 2.3.11. b).

⁵⁴ En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal del INDECOPI, que expresó lo siguiente: "(...) la Comisión [de Represión de la Competencia Desleal] no sanciona, en este supuesto, el hecho que un agente económico determinado infrinja alguna ley sino, mas bien, el hecho que dicho agente haya obtenido una ventaja significativa como consecuencia de la infracción a dicha ley". Resolución N° 287-97-TDC (Destilería Peruana S.A. contra Agroindustria San Pablo E.I.R.L.).

⁵⁵ Esta independencia de infracciones ha quedado plasmada en el artículo 28.2 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, que establece lo siguiente: "Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la ley o libre competencia".

⁵⁶ BAYLOS, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial, 2ª Ed. (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993), 327-330.

⁵⁷ Este fue, por ejemplo, el caso de los servicios de telefonía fija local y de portadores de larga distancia, que quedaron sujetos al período de desmonopolización progresiva establecido por Ley 26285. Cualquier agente distinto a Telefónica del Perú que hubiera intentado prestar dichos servicios dentro de los 5 años iniciales hubiera incurrido en competencia prohibida absoluta.

⁵⁸ OSIPTEL ya ha establecido como criterio la necesidad de identificar si la práctica controvertida es un acto de competencia desleal o constituye competencia prohibida, para luego determinar a quien corresponde conocer de la infracción. Resolución 012-CCO-99, del 06 de setiembre de 1999 (Telefónica del Perú S.A.A. contra Red Científica Peruana).

⁵⁹ Cabe señalar que este criterio ha sido definido por el Tribunal del INDECOPI como precedente de observancia obligatoria, mediante Resolución N° 053-96-TRI-SDC/INDECOPI, del 03 de octubre de 1996 (Empresa Multinacional de Hidrocarburos E.I.R.L. contra Llama Gas S.A.). La validez de dicho criterio ha sido confirmada por la Corte Suprema de la República en la Sentencia de fecha 26 de febrero de 1999, emitida en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 029-97-TDC (Feria Internacional del Pacífico contra la Asociación de Representantes Automotrices del Perú - ARAPER).

⁶⁰ Ley de Competencia Desleal
Artículo 11º.- "Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado".

⁶¹ Tanto la denigración como el engaño suponen crear una falsa impresión en el consumidor; sin embargo, el Tribunal del INDECOPI ha distinguido las figuras señalado que la denigración se encuentra definida como cualquier aseveración, verdadera o falsa, dirigida a desacreditar los bienes que ofrece el competidor, mientras que el engaño es la creación de una impresión falsa sobre los productos o servicios propios del infractor. Resolución 051-97-TDC, del 21 de febrero de 1997 (Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra International Inspection Service Ltd.).

⁶² Estos aspectos han sido desarrollados por el INDECOPI; Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial (sección 2.3.6).

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 aquellas.

Respecto del contenido de las afirmaciones, por lo general se trata de información falsa, pero incluso podría ser verdadera si es que por la situación de hecho en que se difunde es capaz de dañar la reputación ajena. No obstante, la norma prevé que la conducta no es ilegal si la información, además de ser verdadera, es exacta, es decir que corresponda estrictamente a la realidad, y pertinente dentro del contexto en que fue prolapada.

En tal sentido, OSIPTEL considera que se produce un acto de denigración cuando se difunde de manera pública o privada o cuando existe amenaza de difusión de afirmaciones, verdaderas o falsas, que de acuerdo a las circunstancias de hecho sean capaces de menoscabar la reputación de un agente determinado, salvo que se trate de información verdadera, exacta y pertinente.

Finalmente, el artículo 12º de la Ley de Competencia Desleal considera ilícita la comparación de los bienes propios o ajenos con los de un tercero, si es que engaña a los consumidores o denigra a los competidores⁶⁴.

En la mayoría de casos la comparación se produce vía publicidad comercial, por lo que, según se explicará a continuación, quedaría fuera del ámbito de competencia de OSIPTEL. Sin embargo, cuando la comparación se produzca por vías distintas a la publicidad comercial, tendrá que generar adicionalmente un engaño o denigración para considerarse como acto de competencia desleal de acuerdo a la Ley. Por ello, además de verificarse el acto de comparación, OSIPTEL considera que la conducta debe evaluarse según los criterios señalados para dichas prácticas prohibidas.

7. ÁMBITO DE COMPETENCIA DE 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 las de protección al consumidor, publicidad en defensa del consumidor y propiedad industrial. En algunos casos la aplicación de dichas normas está encargada a OSIPTEL pero en otros corresponde de forma exclusiva al INDECOPI.

Por ello, OSIPTEL considera necesario deslindar su ámbito de funciones en la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, a fin de proteger de la forma más efectiva los derechos amparados por dichas normas, 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.

7.1. Protección al consumidor

La Ley de Competencia Desleal protege el interés del competidor, del usuario de los servicios públicos de telecomunicaciones y también el orden público. En tal virtud, la Ley no requiere que demande necesariamente un competidor del presunto infractor (relación de competencia), sino que puede hacerlo cualquiera que se sienta afectado o que pueda serlo potencialmente.

No obstante lo anterior, como ya se ha precisado, varias infracciones contempladas en la Ley de Competencia Desleal afectan directamente al usuario y se encuentran sancionadas también por las normas de protección al consumidor, como sucede con los actos de engaño o confusión y la discriminación del consumidor⁶⁵. Si la materia controvertida en tales supuestos es únicamente la afectación del derecho de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, la demanda será tramitada por OSIPTEL según las normas aplicables para los reclamos de usuarios y de protección del consumidor y no según la Ley de Competencia Desleal.

7.2. Publicidad

Determinadas infracciones contenidas en la Ley de Competencia Desleal se encuentran también reguladas por las normas de publicidad en defensa del consumidor, como sucede con los actos que inducen a error, que constituyen imitación o que implican denigración o comparación⁶⁶. Algunos actos de competencia desleal en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones pueden manifestarse a través de publicidad. Sin embargo, INDECOPI tiene competencia exclusiva y excluyente para la aplicación de las normas de publicidad en defensa del consumidor⁶⁷.

La aplicación de las normas de publicidad en defensa del consumidor se refieren a la publicidad comercial. Se entiende por publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto

fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida, las preferencias de los consumidores. Sin embargo, no se considera publicidad comercial la propaganda política, las comunicaciones carentes de sentido comercial⁶⁸, la publicidad institucional⁶⁹ y los comunicados públicos tales como los "mensajes a la opinión pública" que difunden las empresas⁷⁰.

Previamente OSIPTEL ya ha expresado la obligación de eximirse de conocer las prácticas contrarias a las normas de publicidad en defensa del consumidor⁷¹. En tal virtud, OSIPTEL será competente para conocer de actos que induzcan a error, constituyan imitación o impliquen denigración o comparación, siempre que los mismos no se produzcan a través de publicidad comercial. En caso contrario, cuando medie publicidad comercial la facultad de investigar y sancionar tales infracciones corresponderá exclusivamente al INDECOPI.

De acuerdo a lo anterior, OSIPTEL conocerá las denuncias relacionadas con actos que induzcan a error, constituyan imitación o impliquen denigración o comparación, cuando sean implementados a través de publicidad institucional y comunicados públicos emitidos por los agentes del mercado. Cuando exista duda sobre la naturaleza de una comunicación pública, distinta a la publicidad institucional y los comunicados públicos, OSIPTEL solicitará al INDECOPI su opinión sobre la naturaleza de la comunicación pública en discusión, a efectos de definir si la misma tiene contenido comercial.

7.2. Propiedad industrial

Al igual que en el caso de la publicidad, algunas prácticas de competencia desleal afectan signos distintivos, en particular marcas reconocidas en el mercado. Entre tales prácticas se puede citar la explotación de la reputación ajena o los actos de confusión. La existencia de prácticas desleales que implican la utilización o aprovechamiento no autorizado de derechos de propiedad industrial registrados ante las Oficinas del INDECOPI genera incertidumbre sobre la autoridad competente para conocer de dichas infracciones⁷².

⁶³ Resolución N° 018-CCO-97, del 19 de mayo de 1997 (Telefónica del Perú S.A. contra Red Científica Peruana).

⁶⁴ Ley de Competencia Desleal
Artículo 12°.- "Actos de comparación: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella engañe a los consumidores o denigre a los competidores".

⁶⁵ Los actos de engaño y confusión se encuentran comprendidos genéricamente dentro de la prohibición de información que induzca a error establecida por el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor. La discriminación al consumidor se encuentra prohibida por los artículos 5 inciso d) y 7B de dicha Ley.

⁶⁶ Los actos que inducen a error, la imitación sistemática, la denigración y la comparación se encuentran prohibidos por los artículos 4, 7 y 8 de la Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691.

⁶⁷ Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor
Artículo 29°.- "A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, todos los organismos integrantes del Estado quedan impedidos de aplicar sanciones en materia de publicidad comercial, debiendo denunciar ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal las infracciones a las normas de publicidad que conozcan en el área de su competencia, a fin de que este órgano proceda a imponer las sanciones que legalmente correspondan".

⁶⁸ Reglamento de la Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Supremo 20-94-ITINCI
Artículo 3°.- "Las disposiciones de la ley se restringen al ámbito de la publicidad comercial de bienes y servicios, no siendo aplicables a la propaganda política o a cualquier otra forma de comunicación carente de sentido comercial".

⁶⁹ Al respecto, debe considerarse lo dispuesto por el Tribunal del INDECOPI como precedente de observancia obligatoria: "Para efectos de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida, las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras". Resolución N° 096-96-TDC, del 11 de diciembre de 1996 (Productos Rema S.A. contra Luz del Sur S.A.).

⁷⁰ Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del INDECOPI (Sección 3.1.1. c).

⁷¹ En este sentido se ha pronunciado OSIPTEL mediante Resolución N° 018-CCO-97, del 19 de mayo de 1997 (Telefónica del Perú contra Red Científica Peruana).

⁷² Al respecto, la primera disposición complementaria de la Ley de Propiedad Industrial establece lo siguiente: "Los actos de competencia desleal contenidos en el Decreto Ley N° 26122, que se refieran a un derecho de propiedad industrial debidamente inscrito en el Registro respectivo, así como a un nombre comercial, este o no inscrito, serán considerados como infracciones a la propiedad industrial y susceptibles de las acciones previstas en el Título XVI de la presente ley".

Para evitar la confusión del administrado y la duplicidad de funciones entre los órganos funcionales del INDECOP, el Tribunal de esta institución ha emitido una directiva que asignó competencias entre sus órganos funcionales para conocer las infracciones anteriormente citadas.

Considerando sus funciones en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL debe conocer las controversias por infracción a la Ley de Competencia Desleal que involucren derechos de propiedad industrial no inscritos en los registros de las Oficinas de Signos Distintivos o de Invencciones y Nuevas Tecnologías del INDECOP, según corresponda, y también las controversias relacionadas a derechos de propiedad industrial inscritos en tales registros cuando sean iniciadas por persona distinta al titular del derecho inscrito. Para ello, OSIPTEL podrá solicitar la opinión de dichas Oficinas del INDECOP sobre los alcances de la infracción al derecho vulnerado.

A su vez, OSIPTEL se inhibirá de conocer controversias por actos de confusión y explotación de la reputación ajena, cuando involucren derechos de propiedad industrial debidamente registrados o nombres comerciales, registrados o no, siempre que sean iniciadas por el titular del derecho o su apoderado⁷³.

⁷³ La Directiva N° 001-96-TRI, del 23 de diciembre de 1996, estableció la asignación de funciones entre las Oficinas de Signos Distintivos e Invencciones y Nuevas Tecnologías, y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Las funciones de esta última le corresponden al OSIPTEL en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones: Artículo Primero.- "Las denuncias referidas a derechos de propiedad industrial inscritos o a nombres comerciales, estén o no inscritos, por las infracciones también tipificadas en los artículos 8 (actos de confusión), 14 (explotación de reputación ajena) o 19 (copia o reproducción no autorizada) del Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, serán de exclusiva competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invencciones y Nuevas Tecnologías, siempre que corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin". Artículo Tercero.- "De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ley N° 26122, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal será competente para conocer las denuncias que presente cualquier persona que no sea la titular del derecho de propiedad industrial vulnerado ni haya sido expresamente autorizada por ésta, incluso respecto de dichos derechos, siempre que tenga interés para obrar en el caso. También será competente la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en aquellos casos en que el derecho de propiedad industrial no se encuentre registrado, salvo el caso del nombre comercial."

22489

Establecen cargo tope de recuperación por minuto aplicable en el tercer año del periodo de recuperación de costos incurridos por Telefónica del Perú S.A.A.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2002-CD/OSIPTEL

Lima, 13 de diciembre de 2002.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSIPTEL del 14 de abril de 1999, se aprobó el Reglamento del Sistema de Preselección del Concesionario del Servicio Portador de Larga Distancia, para facilitar el funcionamiento del sistema de preselección establecido para que el usuario acceda al concesionario seleccionado para prestarle el servicio telefónico de larga distancia;

Que la Resolución de Consejo Directivo N° 037-99-CD/OSIPTEL del 14 de diciembre de 1999, estableció el mecanismo destinado a la recuperación de los costos incurridos por Telefónica del Perú S.A.A. para facilitar el acceso de los concesionarios de larga distancia a la red local, mediante el pago de un valor al que, para los fines pertinentes, se ha denominado cargo tope de "recuperación del costo de acceso de concesionarios de larga distancia a la red local" (en adelante el Cargo Tope de Recuperación), el mismo que debía ser pagado por las empresas concesionarias del servicio portador de larga distancia en función de los minutos de tráfico de llamadas efectivamente cursadas de larga distancia salientes;

Que de conformidad con el artículo 5° de la Resolución mencionada en el párrafo anterior, al término de cada uno de los cinco años, a partir del 15 de noviembre de 1999, corresponde efectuar un ajuste del Cargo tope de Recuperación;

Que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 069-2001-CD/OSIPTEL se estableció que hasta que no se determine el ajuste del Cargo tope de Recuperación, a aplicarse durante el tercer año, el valor de dicho cargo sería US\$ 0,0038 por minuto de tráfico saliente efectivamente cursado por los concesionarios de servicios portadores de larga distancia;

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 5° de la Resolución de Consejo Directivo N° 037-99-CD/OSIPTEL, corresponde efectuar un ajuste del Cargo Tope de Recuperación para el cuarto año (15 de noviembre de 2002 al 14 de noviembre de 2003);

Que se han evaluado los reportes de tráfico de llamadas salientes efectivamente cursadas de larga distancia realizadas por las empresas concesionarias del servicio portador de larga distancia que ofrecen este servicio, y se ha determinado el valor del Cargo Tope de Recuperación transitorio para el cuarto año, hasta que se determine el ajuste del cargo a aplicarse durante dicho año;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión N° 164;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Durante el tercer año del periodo de recuperación de los costos, iniciado el 15 de noviembre de 2001 hasta el 14 de noviembre de 2002, el Cargo Tope de Recuperación por minuto es de US\$ 0,0038; debiéndose aplicar dicho cargo al total de minutos mensuales de llamadas de larga distancia salientes efectivamente cursado en dicho periodo.

Artículo 2°.- Hasta que, en aplicación del artículo 5° de la Resolución del Consejo Directivo N° 037-99-CD/OSIPTEL, se determine el ajuste del cargo a aplicarse durante el cuarto año del periodo de recuperación de los costos (15 de noviembre de 2002 - 14 de noviembre de 2003), el valor del Cargo tope de Recuperación será de US\$ 0,0043 por minuto de tráfico saliente efectivamente cursado por los concesionarios de servicios portadores de larga distancia.

Una vez determinado el ajuste del cargo a aplicarse durante el cuarto año, las empresas liquidarán los tráficos cursados durante dicho periodo anual, utilizando el valor que resulte de lo dispuesto en el párrafo anterior.

Artículo 3°.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese y publíquese.

EDWIN SAN ROMAN ZUBIZARRETA
Presidente del Consejo Directivo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

AJUSTE DEL CARGO TOPE DE RECUPERACIÓN DEL COSTO DEL ACCESO DE LOS CONCESIONARIOS DE LARGA DISTANCIA A LA RED LOCAL

I. ANTECEDENTES

El numeral 56 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú (Decreto Supremo N° 020-98-PCM) señala, dentro del marco de políticas sobre el acceso del usuario final al portador de larga distancia, que "...

a) Durante dos años, contados a partir del inicio de operación comercial del primer entrante en larga distancia, se instaurará el sistema de preselección.

b) Al término de este periodo, se iniciará la modalidad de "preselección más "llamada-por-llamada", en el cual coexista la preselección junto con la alternativa de que el usuario elija a otro operador en una determinada llamada".

De otro lado, los artículos 73° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 13-93-TCC) y 227° de su Reglamento General (última modificatoria - Decreto Supremo N° 02-99-MTC) disponen lo siguiente:

Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 73°: El usuario, en la medida que sea técnicamente factible tiene derecho de elegir el operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga. En este