

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO ¿SUPUESTO DE
COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS?**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor**

Autor: Alisson Lisette Guzmán Alarcón

Asesor: Alex Sosa Huapaya

Código de alumno: 20078234

2016

RESUMEN

“En definitiva, la empresa privada se regula, no se la sustituye, cuando es insuficiente, se la supe”. (Ariño: 1979)

Estas palabras de ARIÑO resumen, en buena cuenta lo que se entiende actualmente por el principio de subsidiariedad del Estado.

Si bien, este principio supone una de las piedras angulares de nuestro sistema económico, corresponde preguntarse si incorporar su infracción como un supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas es adecuado.

El presente artículo busca responder a esta pregunta efectuándose un análisis del objeto de protección de la represión de competencia desleal y el acto de violación de normas como una de sus modalidades infractoras.

Asimismo, se estudia la estructura que ha dado nuestro Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, a la violación de normas, como acto de competencia desleal, a fin de concluir si la infracción del principio de subsidiariedad del Estado debe o no entenderse como acto de competencia desleal.

I. FINALIDAD Y FUNDAMENTO DE LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

La represión de la competencia desleal tiene su nacimiento en la liberalización de los mercados, la noción de autonomía de la voluntad y libertad de la industria; siendo una disciplina cuyo efecto práctico ha sido la regulación de la actividad empresarial conforme a determinados patrones de conducta considerado leales.

Sin embargo, como señala PAZ-ARES (1981) el sustento de lo que se entiende como lealtad o deslealtad entre competidores ha ido variando en el tiempo de acuerdo a los distintos modelos de regulación que vienen desarrollándose en la historia.

Dentro de los modelos más relevantes y actuales que han regido la fundamentación de la competencia desleal, la doctrina resalta el profesional o corporativo y el social o institucional.

Dentro del modelo profesional, la normativa de competencia desleal fue vista como un conjunto de reglas creadas con la finalidad directa de brindar protección a los empresarios de los actos deshonestos de sus competidores.

Como bien señala BARONA (1991) se trataba entonces de primar los intereses de los empresarios en sus relaciones de mercado pues tutelando privadamente a éstos, se lograba tutelar indirectamente a los intereses públicos y colectivos.

Durante la transición del estado profesional al estado social, la noción de “interés colectivo” se fue impregnando en diversos aspectos de toda regulación, suponiendo ello una variación también en los fundamentos de la normativa de represión de la competencia desleal.

Es por ello que en esta etapa se entiende como objetivo de la represión de la competencia desleal *“la protección de la competencia en sí misma considerada”*. (EYZAGUIRRE: 2007. P. 40)

Sucede entonces, que la competencia deja de ser vista como un derecho de los empresarios, transformándose en *“una obligación de éstos, fundada en el mejor funcionamiento del mercado”*. (DARNACULLETA: 2007. P. 29)

Sin embargo, el modelo social no solo impone a los empresarios la mencionada obligación, sino que también vincula al Estado otorgándole la responsabilidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado, pues este contexto es presupuesto indispensable para desarrollar la competencia.

Actualmente el sustento de la represión de la competencia desleal, en su vertiente social, ha sido más desarrollada, entendiéndose la misma como la necesidad de proscribir el oportunismo en la dinámica concurrencial, siendo necesario que los empresarios capten su demanda, y los beneficios de ella, en base de su propio esfuerzo (RODRÍGUEZ: 2013).

Se entiende que las prácticas desleales distorsionan el buen funcionamiento del sistema de precios, afectando a los consumidores. Asimismo, crea barreras de acceso y de salida a las empresas del mercado, generando una reducción de la demanda que afecta la capacidad de elección de los consumidores y anulando la libertad de empresa. (HOLGUIN: 2002)

En virtud de este modelo se entienden como lícitas todas aquellas actividades en el mercado que redundan en la promoción de productos o servicios como consecuencia de la calidad de su oferta, esto es, cuando el producto o servicio posea un mejor precio, mayor calidad o buenos servicios adicionales. Por el contrario, aquel empresario que acude a elementos diferentes a su propia eficiencia para atraer hacia él la demanda, incurre en actos desleales.

En referencia a este punto RODRIGUEZ (2013) señala que:

*La función económica de la exigencia de buena fe en el ámbito concurrencial es la de **evitar la generación de desperdicio de recursos valiosos**. Una vez más, nótese que lo que importa no es el competidor afectado sino el proceso competitivo en su conjunto. Si cualquier agente pudiera actuar de forma oportunista valiéndose del esfuerzo ajeno, se generaría bien un incentivo del afectado para autoprotegerse del aprovechamiento (inversión en defensa) o bien un incentivo para dejar de producir aquello que pudiera ser aprovechado (reducción de la innovación). Ambas prácticas importan desperdicio y precisamente se pretende evitar este desperdicio.*

Queda claro entonces que, en este modelo el daño al competidor deja de tener un rol preeminente en el análisis, siendo necesario que para hablar de acto contrario a la leal competencia, se deberá pasar a verificar la afectación de la conducta en el proceso competitivo.

II. EL MODELO SOCIAL EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL PERÚ: EL DECRETO LEGISLATIVO 1044.

En nuestro país, con fecha 26 de junio de 2008, se promulgó la nueva Ley de Represión de Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044 (en adelante D. Leg. 1044). Esta nueva norma derogó el Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Como finalidad de su existencia nuestra este dispositivo legal estableció lo siguiente:

Artículo 1º.- Finalidad de la Ley. La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. (Énfasis agregado)

Se verifica que en su fundamentación nuestra norma declara expresamente que no busca brindar *per se* protección a los empresarios de aquellos actos desleales

del que podrían ser víctimas por parte de sus competidores, sino que lo se pretende garantizar con esta regulación es el proceso competitivo en sí mismo.

Prueba de lo antes expuesto, es que en determinados supuestos se encuentran permitidos actos que afecten la reputación de otros agentes económicos, como son los supuestos de publicidad alusiva regulados en ella.

Por otro lado, el artículo 6° inciso 2 del D. Leg. 1044 señala que un acto de competencia desleal es todo aquel “*que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la **buena fe empresarial** que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado*”.

Como se ha desarrollado en el punto anterior, la buena fe empresarial se encuentra relacionada a la noción de competencia por propia eficiencia, situación que nos permite concluir que el espíritu de nuestra regulación actual se alinea con el modelo social en cuenta a su fundamento.

Ahora bien, dentro de las novedades que trajo consigo nuestro D. Leg. 1044, uno de los más resaltantes fue la incorporación de la infracción del artículo 60° de la Constitución, como supuesto de acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Como bien señala la doctrina, entre los beneficios del modelo social en la estructuración de nuestra norma, se encontraba la posibilidad de:

“imputar Competencia Desleal a entes que no son empresas privadas, como a las empresas estatales, e incluso, a entes que no desempeñan actividad empresarial, como podrían ser entidades del Estado; no siendo necesario que exista una relación directa entre competidores para poder imputar la comisión de actos desleales”.
(GUZMÁN: 2011. P. 249)

III. LA VIOLACIÓN DE NORMAS COMO SUPUESTO DE COMPETENCIA DESLEAL.

El supuesto de competencia desleal por violación de normas nació en las cortes Alemanas y se consolidó luego en una ley de competencia desleal de dicho país. El objetivo de esta figura se centraba en *“disuadir la utilización de métodos comerciales ilícitos, que están prohibidos por igual para todos los participantes del mercado.”* (RIVERA: 2007. P. 256)

Es así que esta modalidad de competencia desleal se aplicaba a todas aquellas conductas desleales en el mercado, excluyendo de su ámbito de aplicación a la infracción de normas que regulaban el acceso al mercado, las normas que no correspondían a métodos de comercialización y las normas que permitían a las municipalidades y empresas realizar actividades económicas de bienes y/o servicios en circunstancias especiales. (RIVERA: 2007. P. 256)

En España se buscó replicar esta figura; sin embargo, se estructuró de forma más amplia, siendo sancionable todos aquellos incumplimientos de las obligaciones impuestas por ley, señalando como único requisito de análisis que dicho incumplimiento genere o pudiese generar una ventaja económica del infractor frente a sus competidores.

Se puede notar en este punto que si bien, la finalidad general de la represión de la competencia desleal se mantiene (competencia por eficiencia), la proscripción del acto de violación de normas como elemento de disuasión de métodos comerciales ilícitos prohibidos se desdibuja en las normas españolas.

Sin embargo, son diversos los autores que defienden la importancia de la proscripción de la competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en los términos establecidos por la regulación española.

Al respecto se señala que lo que se buscaría garantizar es la posición de igualdad ante la ley de los operadores económicos en el desarrollo del juego competitivo, el cual puede verse:

“alterado por las ventajas que pueden obtener del mercado quienes no respeten la legalidad vigente frente a los que cumplen puntualmente con sus obligaciones legales (en sentido amplio), sea porque la infracción normativa y las ventajas significativas obtenidas de la misma producen una alteración de la par conditio concurrentium, sea porque la violación de normas que se ocupan de regular la estructura y funcionamiento del mercado (normas concurrenciales) implican de por sí una distorsión o falseamiento del mercado.”
(CARBAJO: 2011. P. 410).

Se desprende entonces que la competencia desleal en la modalidad de violación de normas para los españoles no buscaría perseguir y reprimir el incumplimiento per se de las obligaciones normativas por parte de los proveedores, sino los efectos perjudiciales para el mercado producto de ellas, manteniéndose dentro de los fundamentos del modelo social que rige la competencia desleal en la actualidad.

Ahora bien, nuestro país, tanto el D. Leg. 1044, como su antecedente, el Decreto Ley 26122, tomaron como base la normativa española en lo que respecta a la determinación de la violación de normas como modalidad de competencia desleal.

El artículo 14° inciso 1 del D. Leg. 1044 define uno de los supuestos de violación de normas de la siguiente forma:

Artículo 14°. Actos de violación de normas

14.1. *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una **ventaja significativa** derivada de la concurrencia en el mercado mediante la **infracción de normas imperativas**. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará*

la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas (Énfasis agregado)

Como primer elemento a tener en cuenta, verificamos que la infracción es, en sentido amplio, referido a las normas imperativas del ordenamiento jurídico, sin diferenciar como en el caso alemán, solo las normas referidas a relaciones comerciales.

Luego, el análisis debe centrarse en si la infracción normativa supone real o potencialmente una ventaja significativa en el mercado para la empresa infractora.

Lo que debe entenderse por ventaja significativa no se encuentra regulado expresamente en la norma. Sin embargo, existen dos posiciones al respecto que buscan dar respuesta a este vacío.

Por un lado, tenemos a la doctrina, quien define la ventaja significativa como la existencia de un porcentaje de “*minimus*”; esto es como la medición de un porcentaje mínimo de crecimiento en la participación en el mercado de la empresa que infringe la norma imperativa (RIVERA: 2007). Por otro lado, está la posición del INDECOPI, que entiende por este concepto la existencia de un simple ahorro de costos.

Ahora bien, la noción de ventaja significativa reviste de especial interés en tanto es en virtud de ella que se mantiene el sustento de la violación de normas como acto de competencia desleal en el marco de un modelo social.

En ese sentido, KRESALJA (2006) señala:

*En efecto, la sanción por deslealtad recae exclusivamente sobre la infracción por un agente de normas ajenas a los supuestos por competencia desleal que tienen **efectos negativos en la lucha concurrencial** y, en forma particular, sobre la posición de igualdad frente a la ley. **“Este es el fundamento –dice Massaguer– que explica y justifica que la***

ilicitud externa de la conducta (la infracción de una norma no integrada en la legislación contra la competencia desleal) **devenga así mismo ilicitud interna al sistema contra la competencia desleal, esto es, un acto de competencia desleal.** (Énfasis agregado)

Se concluye entonces que la obtención de una ventaja competitiva por parte de un competidor en incumplimiento de una norma imperativa, supone necesariamente afectación del proceso competitivo y al no alinearse a la regla de competencia por eficiencia.

Hasta aquí la regulación que se dio a la modalidad de violación de normas como acto de competencia desleal se condice con los fundamentos del modelo social. Sin embargo, esta lógica, se desdibuja, al verificar en el inciso 3) que nuestro D. Leg. 1044 incorpora un nuevo supuesto de esta modalidad de competencia desleal al señalar:

Artículo 14º. Actos de violación de normas

*La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, **no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa** por quien desarrolle dicha actividad empresarial.*

Este nuevo supuesto de violación de normas, consistente en el desarrollo de actividad económica por parte del Estado con infracción del principio de subsidiariedad del estado, desarrollado en el artículo 60º de la Constitución, supone una innovación normativa que ningún otro país ha implementado en su legislación, como bien se ha señalado líneas arriba.

Sin embargo, si bien queda claro que una empresa del Estado podría incurrir en actos de competencia desleal e inclusive encontrarse dentro del supuesto de violación de normas desarrollado en el inciso 1) del artículo 14° del D. Leg. 1044, llama la atención que se haya buscado desarrollar en inciso a parte un nuevo supuesto de violación de normas.

El artículo 60° de la Constitución es una norma imperativa, por lo que podría entenderse que su infracción requeriría del análisis dentro del primer supuesto del artículo 14° D. Leg. 1044

Sin embargo, el carácter diferenciador de este supuesto en el inciso 3) respecto del inciso 1) es que para el primero, no se considere la adquisición de una ventaja significativa como elemento de análisis para la determinación de la infracción.

Llama la atención a eliminación de este requisito, pues como ya se había señalado, y es consenso en la doctrina era la adquisición de una ventaja significativa el sustento para considerar como acto de competencia desleal a la violación de normas.

IV. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO

A nivel doctrinario, GARCÍA (2015) señala que son dos los fenómenos implicados en el principio de subsidiariedad.

Por un lado, la subsidiaridad institucional, entendida como la prohibición de centralizar las decisiones que puedan ser adoptadas con igual o mayor eficiencia a nivel político inferior; y por otro, la subsidiaridad económica, que se refiere al grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica del país.

Nuestra Constitución Política, al describir este principio ha señalado en el artículo 60° lo siguiente:

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. (Énfasis agregado)

En el desarrollo de este principio, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, ha señalado sobre el mencionado principio que:

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

*Debe enfatizarse que **la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa (...)** (Énfasis agregado)*

En palabras de MARCIAL RUBIO, (2006. P. 122) en virtud de este principio el Estado frente a la iniciativa privada, cumple la función de suplir las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común. Actúa en función de complementación o reemplazo de la libre iniciativa privada.

Se concluye entonces que el Estado se encuentra habilitado a ejercer actividad empresarial solo en aquellos supuestos en los que la libre iniciativa privada no pueda hacerse cargo de la prestación del bien o servicio en cuestión; cuando haya un interés público o manifiesta conveniencia nacional y la formalidad de contar con un título habilitante mediante ley expresa.

Cabe preguntarse en este punto cuál es el fundamento de la necesidad de imponer sobre el Estado el deber de no intervenir en la economía, en un contexto distinto al de ausencia de inversión privada.

Al respecto, DIEZ CANSECO (2011) ha consolidado los diversos argumentos que justifican al principio de subsidiariedad conforme a lo siguiente:

- La actividad económica o empresarial le correspondería, en principio, a los privados pues el Estado se habría creado para cumplir determinadas funciones específicas que los privados no pueden realizar; entre las cuales no se encuentra la Actividad Empresarial.
- El Estado, al actuar como agente económico, desincentivaría el ejercicio de la libre Iniciativa Privada, pues el primero no se encontraría sujeto a los riesgos que asume el segundo (sobre todo en materia de inversión), generándose una situación de desigualdad. Asimismo, el desincentivo de la actividad privada supondría una afectación del mandato constitucional de, por el contrario, estimular la misma.
- La historia habría demostrado que el Estado no es un buen administrador de capital. Ello se explicaría en base al poco incentivo del Estado de hacer un uso eficiente del dinero.
- Relacionada al sustento anterior, también se señala que cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, el dinero privado que constituye el erario público se desperdicia.

- Cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, resulta que es árbitro y jugador de un partido denominado mercado y ello desincentiva el libre ejercicio de la Iniciativa Privada.

Se puede notar hasta aquí que las razones que llevaron a erigir el principio de subsidiariedad como base del régimen económico que rige actualmente a nuestro país se pueden agrupar en dos grandes conjuntos.

Por un lado, la necesidad de que el Estado invierta sus recursos y esfuerzos en materias que corresponden a su naturaleza, pues en la actividad empresarial ha demostrado ser un mal gestor; y por el otro el impacto directo sobre el desarrollo de la actividad empresarial privada, por el desincentivo que produce sobre la inversión privada.

V. LA RESOLUCIÓN N° 3134-2010/SC1-INDECOPI Y EL DESARROLLO DE LA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 60° COMO SUPUESTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS.

En el año 2010 la Sala de Defensa de la Competencia emitió un precedente de observancia obligatoria, a través de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI (en adelante “el precedente”), mediante el cual se planteó la necesidad de brindar desarrollo a inciso 3) del artículo 14° del D. Leg. 1044.

La relevancia de este precedente radica en permite tener un mayor acercamiento sobre el inciso 3) del artículo 14° del D. Leg. 1044 y además poder analizar cuál es la interpretación que el INDECOPI exige a los órganos resolutivos en este tipo de controversias.

La metodología que se planteó para la resolución de controversias referidas a la infracción del artículo 60° de la Constitución como acto de competencia desleal consiste en (i) determinar si la actividad cuestionada es, efectivamente, en una

actividad empresarial desarrollada por una entidad o empresa del Estado y, solo en caso la respuesta a esta primera pregunta sea positiva, (ii) verificar que dicha actividad empresarial se ejecuta de acuerdo al artículo 60° de la Constitución.

El punto ii) supone, a su vez, el análisis de un elemento formal (la autorización por ley expresa de la actividad) y dos elementos sustanciales (carácter subsidiario de la actividad y alto interés público o manifiesta conveniencia nacional).

En lo que se refiere a la determinación de lo que debe entenderse por “actividad empresarial del Estado”, el INDECOPI establece dos elementos identificadores. Primero, define ésta como “la gestión de los medios de producción y participación como proveedor de un servicio o producto determinado del Estado” y luego, se termina de dar forma a este concepto mediante la exclusión de la noción de “actividad empresarial” a todos aquellos supuestos de ejercicio de ius imperium y prestaciones asistenciales a cargo del Estado.

En este punto es importante resaltar que el INDECOPI establece que dentro del análisis es irrelevante verificar si la **actividad empresarial** se encuentra diseñada o no para obtener ganancias pues, en sus palabras, “*el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal.*”

En este punto el precedente precisó además que son dos los sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad de la Constitución; tanto las empresas públicas como las entidades públicas.

Concluido este análisis y luego de verificar que efectivamente estamos ante una actividad estatal ejecutada por una entidad o empresa del Estado, según el precedente corresponde analizar el cumplimiento o incumplimiento de lo prescrito en el artículo 60°.

El primer punto a considerar, como ya se ha señalado, es netamente formal. La actividad empresarial del Estado debe haber sido habilitada por ley expresa, entendida ésta como una ley aprobada por el Congreso.

El segundo punto a tener en cuenta en el análisis es el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado en cuestión.

Para efectuar tal investigación, el precedente planteó determinar primero, el mercado relevante en base a lo señalado en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la jurisprudencia sobre la materia.

Luego, corresponde en sentido estricto verificar la subsidiariedad de la actividad (análisis de subsidiariedad). Para ello se debe tener en cuenta tres escenarios particulares:

- *Existen dos o más empresas privadas y una empresa o entidad estatal:* En este supuesto el INDECOPI plantea en calidad de presunción legal relativa, que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente para satisfacer la demanda el bien o servicio, siendo la participación del Estado con dicha actividad empresarial contraria al mandato constitucional de subsidiariedad.

Solo se podría cuestionar la presunción en tanto la entidad o empresa del Estado pueda demostrar que las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que se liberaría en caso ésta dejara el mercado.

Sin embargo, si esta falta de cobertura por parte de la empresa privada se debe a la existencia de barreras de entradas, la entidad estatal o empresa estatal deberá probar que dichas barreras no son producto de su propia existencia y que son insuperables por el privado, para así concluir que no se ha incumplido con el artículo 60° de la Constitución.

- Existe una empresa privada y una empresa o entidad estatal: En este caso no se asume la presunción de oferta privada suficiente. Nuevamente se analiza si ésta es suficiente para atender a las necesidades del mercado en su totalidad. En caso la respuesta sea negativa se procede a verificar la existencia de barreras de entrada. Si las mismas no son excesivas y por ende existe una potencial competencia, entonces la actividad del estado no sería subsidiaria.
- Solo existe una empresa o entidad estatal en el mercado: En este punto se analiza solamente si existe la posibilidad de que el sector privado provea el bien o servicio en cuestión bajo las mismas condiciones en que lo hace la empresa estatal. Si el sector privado pese a la falta de barreras de entrada no ha incursionado en el mercado, entonces es debido a que no tiene interés en tal actividad, razón por la que el Estado estaría efectuando un rol subsidiario.

Finalmente, si hasta aquí se ha determinado que se cumple con cada uno de los requisitos, corresponde la determinación del interés público y la conveniencia nacional. Ello, al ser definido por el Congreso de la República, a entender del INDECOPI, no puede ser cuestionado por dicha institución, razón por la que se limita a constatar que la ley expresa habilitante para la ejecución de la actividad empresarial haga referencia a ello. De no ser así, se estaría infringiendo el artículo 60° de la Constitución.

VI. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ¿ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE NORMAS?

Hasta aquí hemos señalado que, en primera instancia, el principio de subsidiariedad busca brindar protección a la inversión privada, a quien le impacta de forma directa la existencia de una empresa pública, pues la intención del privado de ingresar en un mercado o mantenerse en el mismo, podría estar condicionado a que el Estado no ejerza una competencia directa contra éste.

Asimismo, se ha concluido que la represión de la competencia desleal supone una regulación de la conducta de los empresarios en el mercado cuyo fundamento, dentro del modelo social vigente, radica en la protección del proceso competitivo, mediante el cual se garantiza la correcta asignación de recursos en el mercado, siendo beneficiados todos los agentes del mismo, no solo uno de ellos.

La violación de normas, modalidad de acto de competencia desleal, busca preservar este proceso competitivo, el cual puede verse afectado por las ventajas que aquellos proveedores que no respeten el marco normativo obtienen del mercado. Para ello es necesario hacer un análisis de dicha ventaja analizando, según el criterio que se adopte, el posicionamiento en el mercado del proveedor infractor o el mero ahorro de costos que logre.

Corresponde preguntarse entonces cuál es la relación del principio de subsidiariedad con el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y cómo afecta prescindir en este caso del análisis de la ventaja competitiva para acreditar el acto contrario a la buena fe comercial.

A nuestra consideración, parece perderse el sustento regulatorio del modelo social en la estructuración del inciso 3) del artículo 14° del D. Leg. 1044, regresando, por el contrario, al modelo profesional.

En efecto, si la razón de ser del principio de subsidiariedad consiste en garantizar la inversión privada en las actividades económicas, entonces al incorporar el artículo 60° como acto de competencia desleal, lo que en puridad se está haciendo es brindar protección directa a los agentes proveedores del mercado.

Nuestro argumento se refuerza al verificar que este supuesto de violación de normas no exige efectuar el análisis de ventaja competitiva, sustento de la violación de normas como acto de competencia desleal en el marco de un modelo social.

Así pues, el mensaje que se envía es que la sola afectación o peligro de afectación de la iniciativa privada como consecuencia de la actividad empresarial del Estado, es sancionable por las normas de competencia desleal, independientemente de si ésta afecta o no la dinámica concurrencial, dejando con ello sin fundamento alguno a la normativa que reprime las leyes de competencia desleal.

Concluimos entonces que la incorporación del principio de subsidiariedad como supuesto de violación de normas y acto de competencia desleal transgrede los fundamentos de ambos conceptos, al enfocarse en brindar una protección a las empresas y no a la dinámica concurrencial, al menos de la forma en la que se ha estructurado en nuestro D. Leg. 1044.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO, Gaspar.

1979 *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión.* Revista de la Administración Pública. Madrid. N° 88 P. 59.

BARONA Vilar, Silvia

1991 *Competencia desleal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

BERCOVITZ, Rodríguez-Cano (Director)

2011 *Violación de Normas.* CARBAJO Cascón, Fernando. En: Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Thomson Reuters-Aranzadi. España.

DARNACULLETA Gardella, Maria Mercè

2007 *La competencia desleal.* Madrid: Iustel. Primera Edición.

DIEZ CANSECO Núñez, Luis José y Crosbby Buleje Díaz

2011 *Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1- INDECOPI.* En: Revista de Derecho Administrativo. Lima. N° 10. 2011.

ECHEVERRI de Ricaurte, Claudia.

1980 *La Competencia Desleal.* Bogotá: Kelly, 1980

GARCÍA, Pelayo

1991 *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.* Volumen III. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.

HOLGUÍN Núñez del Prado, Óscar.

2002 *Tratado sobre competencia desleal.* Lima: Juristas.

KRESALJA, Baldo César.

2015 *¿Estado o mercado?: El principio de subsidiaridad en la Constitución Peruana.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

KRESALJA, Baldo César.

2005 *Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsele a ti: apuntes sobre el acto desleal por violación de normas.* Thémis. Época 2. N° 50. 2005

GUZMÁN Napuri, Christian

2011 *Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú: un análisis del Decreto Legislativo N° 1044.* Revista de Derecho Administrativo. Año 5. N° 10. P. 249.

PAZ-ARES, Cándido.

1981 *Constitución económica y competencia desleal: reflexiones sobre la experiencia italiana.* Anuario de Derecho Civil. Madrid. N° 34.

PÉREZ Costa, Gabriela (Compiladora)

2007 *Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal.* EYZAGUIRRE, Hugo En: El Derecho de la Competencia Desleal. Lima: UPC. P. 40.

PÉREZ Costa, Gabriela (Compiladora)

2007 *Violación de Normas.* RIVERA, Alfonso En: El Derecho de la Competencia Desleal. Lima: UPC.

RODRÍGUEZ, García Gustavo.

2013 *Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal: ámbito de aplicación y cláusula general.* En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. INDECOPI: Lima. Septiembre: 2013. Disponible en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2013/GustavoRodriguez.pdf> . Fecha de Visita: 26 de octubre de 2016.

RUBIO, Correa Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial: Lima. Volumen I.

