

LA IMITACIÓN OBSTRUCCIONISTA COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Ivo S. GAGLIUFFI PIERCECHI

Abogado por la Universidad de Lima. Graduado del Curso de Posgrado por la Universidad de Salamanca en Derecho de la Competencia y Signos Distintivos.

EDWIN G. ALDANA RAMOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos en la Maestría en Administración de Negocios de la Universidad San Ignacio de Loyola.⁽¹⁾

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La libre imitación como regla general y la imitación desleal como limitación: el "derecho de imitación" vs. el "deber de diferenciación".- III. Tipos de imitación desleal: confusión, explotación de la reputación ajena, explotación del esfuerzo ajeno e imitación obstruccionista.- IV. Acerca de la imitación obstruccionista.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente uno de los actos de competencia desleal más complejos de delimitar en la doctrina y, a su vez, de acreditar en la práctica, sea la denominada "Imitación Obstruccionista", la cual se encuentra contemplada en el artículo 13 del Texto Único Ordenado del Decreto Ley 26122 - *Ley sobre Represión de la Competencia Desleal*, aprobado mediante Decreto Supremo No. 039-2000-ITINCI (en adelante, el "TUO"), en los siguientes términos:

"Artículo 13".- Actos de Imitación.- Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halla 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 de aquí".

La complejidad de la figura de la imitación Obstruccionista reside en la abstracción inherente de su objeto de protección: el derecho de los agentes económicos a que se proteja su consolidación o afirmación en el mercado por sus méritos de innovación y/o diferenciación; y, en tal sentido, se consideran desleales aquellas conductas destinadas a impedir u obstaculizar dicho posicionamiento mediante la imitación sistemática y evitable de las iniciativas empresariales, actos que persiguen opacar y, en consecuencia, que pasen inadvertidos los méritos innovadores y/o diferenciadores que le habrían permitido al agente económico pionero afectado distinguirse del resto de sus competidores y, de este modo, ingresar, afianzar o expandir su cuota de participación en el respectivo segmento de mercado, pero pudiendo incluso ponerlo en riesgo de expulsarlo del mercado por tal daño concurrencial ilícito.

Asimismo, la complejidad de esta figura se incrementa en la medida que la protección de los méritos innovadores y/o diferenciadores del agente económico pionero no se sustenta en la existencia de derechos de exclusividad de Propiedad Intelectual (signos distintivos, patentes de invención, entre otros), sino en prestaciones e iniciativas empresariales de vagos contornos que van delimitando el perfil de dicho agente en el mercado y otorgándole un valor agregado frente a los consumidores, diferenciándolo de sus competidores, pero dentro de un mundo que acepta la imitación de las iniciativas ajenas como una prerrogativa esencial debido a que, paradójicamente, son un factor que desencadena una mayor competencia en el mercado al aumentar el número de concurrentes en el mismo.

⁽¹⁾ Los comentarios vertidos por el autor en el presente artículo son efectuados a título personal y no comprometen en modo alguno a los órganos funcionales del INDECOP ni a la entidad misma.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la figura de la Imitación Obstruccionista. Para tales efectos hemos considerado conveniente establecer la siguiente estructura de análisis: (i) revisaremos el principio de libre imitación de las iniciativas empresariales e identificaremos sus excepciones, entre las cuales se encuentra el género de la "Imitación Desleal"; (ii) identificaremos los distintos tipos de Imitación Desleal, con la finalidad de distinguir a la Imitación Obstruccionista; y (iii) analizaremos la figura de la imitación Obstruccionista, con especial énfasis en los elementos que deben concurrir para la identificación de esta conducta en el mercado, revisando la jurisprudencia emitida por los órganos funcionales del INDECOPI al haber conocido casos de esta naturaleza, ya sea por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la "Comisión") o la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal (en adelante, la "Sala").

II. LA LIBRE IMITACIÓN COMO REGLA GENERAL Y LA IMITACIÓN DESLEAL COMO LIMITACIÓN: EL "DERECHO DE IMITACIÓN" VS. EL "DEBER DE DIFERENCIACIÓN"

La premisa para comprender correctamente este tema consiste en que la imitación¹ de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas² por parte de un agente económico es libre, es decir, no es calificada como un acto desleal por sí misma, debido a que se considera que la imitación es una actividad económicamente eficiente en la medida que fomenta una mayor concurrencia y competencia de participantes en el mercado, la cual se sustenta en la libertad de iniciativa privada en materia económica dentro de un sistema de economía de mercado.³

En efecto, la libertad de iniciativa privada es un principio consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú⁴ y precisado por el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada⁵, según el cual toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica que considere más conveniente para sus intereses, dentro del marco legal.⁶

¹ Respecto al concepto de "imitación", ZARAGOZÁ sostiene: "¿...? para que exista imitación no será necesario que haya una reproducción exacta o idéntica de la creación ajena, sino que habrá también imitación cuando se introduzcan variaciones imperceptibles o cuando las variaciones se refieran a elementos accesorios del objeto imitado, ya que la definición del diccionario considera imitación también a la "sembranza" que es definida como algo que se parece a una persona o cosa. En consecuencia, se puede afirmar que el imitador deriva su prestación (entendida al término en el más amplio sentido) de la de otro, puesto que para realizar su propia prestación toma como modelo o imita el trabajo ajeno". ZARAGOZÁ, José Francisco, Aspectos generales de los actos de imitación en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En: *Revista Advocatus* No. 3, Lima, 2000, p. 113.

² En cuanto a las "iniciativas y prestaciones ajenas" como concepto, MASSAGUER señala lo siguiente: "¿...? prestaciones e iniciativas son en este contexto expresiones que engloban cualesquiera resultados del trabajo o esfuerzo ajeno en el ámbito industrial, profesional, comercial u organizativo, con independencia de su naturaleza y forma [diferentes de las signos distintivos] (...)", MASSAGUER, José, Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas, Madrid, 1999, pp. 342-343.

³ Según la Comisión: "¿...? en el marco de un sistema de economía de mercado como el reconocido por la Constitución Política de 1993, esta consideración negativa de la imitación como un fenómeno con consecuencias negativas para la economía no concuerda con los principios que inspiran a este modelo de economía: los mismos que, por el contrario, fomenta o estimula e la creación e la imitación de iniciativas empresariales como la regla general y a indicar el mínimo las restricciones para este tipo de prácticas". Resolución No. 060-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 19 de septiembre de 2000, en los seguidos por S.C. Johnson & Son del Perú S.A. vs. Interamerican Trade Development Company S.A. (Exp. No. 032-2000/CCD y 039-2000/CCD - Acumulados). En el mismo sentido: Resolución No. 057-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 21 de septiembre de 2000, en los seguidos por Valerositaria Industrial S.A. - VAINDA vs. Fábrica de Grillería S.A. - FAGRSA y Densa S.A. (Exp. No. 035-2000/CCD y 059-2000/CCD - Acumulados); y Resolución No. 073-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 28 de noviembre de 2000, en los seguidos por Cleros del Pacífico S.A. vs. Intradeco Industrial S.A. (Exp. No. 009-2000-CCD).

⁴ Constitución Política, Artículo 58 - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado garantiza y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

⁵ Decreto Legislativo No. 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 o comercialización 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.

⁶ Según Rubin: "La iniciativa privada libre es un derecho constitucionalmente establecido, que tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica y quiere decir que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización. Cada una libremente, debe ser ejercitada dentro del marco

El principio de libre iniciativa privada posee una doble connotación, pues no solo se aplica a un agente entrante, es decir, a la persona que desea dedicarse por primera vez a una determinada actividad económica y así ingresar o concurrir en el respectivo mercado, sino que también resulta aplicable a un agente incumbente, es decir, a la persona que ya viene desarrollando actividades económicas en un mercado. De este modo, la libre iniciativa privada consiste tanto en la posibilidad de escoger y dedicarse al desarrollo de una actividad económica, así como en la posibilidad de ejecutar nuevas acciones en un mercado donde ya se viene concurriendo.

Es en este punto donde aparece el concepto de Imitación, porque dentro del principio de libre iniciativa privada se contempla la posibilidad de que para dedicarse a la actividad económica de su preferencia, las personas pueden imitar las prestaciones existentes en el mercado de aquellos agentes que vienen actuando en el mismo, y también la posibilidad de que los agentes que ya vienen actuando en el mercado imiten las prestaciones de otros agentes incumbentes e incluso de agentes entrantes, para de este modo mantenerse competitivos.

La imitación por sí misma no es prohibida porque, como puede inferirse, promueve la existencia de mayor competencia en el mercado al permitir que los agentes entrantes o los agentes incumbentes imiten las iniciativas y/o prestaciones empresariales de otros agentes incumbentes e incluso entrantes y, asimismo, debido a que genera una constante dinámica de acción y reacción entre agentes competidores, contribuyendo al progreso técnico y estético de tales iniciativas y/o prestaciones empresariales.⁷

De este modo, consideramos que en relación con la figura de la Imitación podrían generarse tres escenarios distintos: (i) un primer escenario en el cual las personas imitan las iniciativas y/o prestaciones empresariales de agentes económicos preexistentes en el mercado para poder concurrir por vez primera en este, es decir, imitación efectuada por agentes entrantes sobre agentes incumbentes; (ii) un segundo escenario, en el cual las personas ya son agentes económicos concurrentes en un determinado mercado e imitan las iniciativas y/o prestaciones empresariales de agentes económicos competidores para no perder cuota de participación y/o poder mantenerse en dicho mercado, es decir, imitación efectuada por agentes incumbentes sobre otros agentes incumbentes; y, (iii) un tercer escenario en el cual las personas que ya son agentes económicos concurrentes en un determinado mercado imitan las iniciativas y/o prestaciones empresariales de agentes económicos que recién concurren en el mismo, es decir, imitación efectuada por agentes incumbentes sobre agentes entrantes.

Si la imitación fuese prohibida por sí misma, entonces podría llegarse al extremo de, por un lado, impedir el ingreso de todo nuevo agente económico en un mercado, debido a que los agentes

de las leyes, particularmente del literal a) del inciso 2º) del artículo 2 de la Constitución. Es, por consiguiente, un derecho protegido por las garantías constitucionales establecidas". RUBIO, Marcial, *Estado de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 197-200.

⁷ Según Massaguer: "... el legislador ha pretendido conciliar en este ámbito dos presupuestos de la competencia económica, como son la evidente y decisiva contribución al progreso técnico y estético y a la dinamización del mismo mercado que representa la imitación, o decir imitar, el proceso de acción y reacción que desencadena la imitación (...), de una parte y de otra parte; la exigencia de la competencia por mérito de las propias prestaciones (que explica y genera los límites de la libertad de imitación). La deslealtad de los actos de imitación no responde por lo tanto únicamente a la tutela de los intereses de los competidores. A su lado ocupan un lugar principal los intereses de la propia economía, o si se prefiere la salvaguarda del funcionamiento competitivo del mercado y, en particular, de la existencia en el esfuerzo por innovar y mejorar las prestaciones. En ese sentido y del modo en que reflejan los términos legales, la imitación no se sanciona como acto de competencia desleal por ser lo que hubiera llevado a tal consideración e incluso con probabilidad la consideración principal de los intereses de los competidores) sino sólo la imitación que, atendidas determinadas circunstancias, resulta ser ineficiente, aquella cuyo contribución al progreso técnico o estético o a la dinamización del mercado quedó exigida por sus efectos anticompetitivos o, si se prefiere, por la producción de efectos colaterales inaceptables sobre los consumidores o sobre los competidores (como el riesgo de asociación, el aporramamiento indebido de la reputación ajena o la abstracción) y aquella otra que, por lo tanto en que se realiza, no contribuye al progreso técnico ni dinamiza el mercado, sino que simplemente obstruye la iniciativa ajena". MASSAGUER, José, *Op. Cit.* pp. 337-338.

incumbentes alegarían que el agente entrante al pretender ingresar al mismo estaría imitando sus iniciativas, y de, por otro lado, impedir el progreso de las prestaciones existentes en el mercado, ya que los agentes que realicen mejoras técnicas o conceptuales sobre dichas prestaciones podrían ser acusados de haber imitado iniciativas ajenas –empleándolas como plataformas– para lograr tal progreso.

Sin embargo, si bien la regla general consagrada es la libre imitación de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, tal libertad no es irrestricta, existiendo dos limitaciones puntuales: (i) la prohibición de imitar los Derechos de Propiedad Intelectual bajo titularidad de terceros o derechos de exclusiva reconocidos por Ley; y, (ii) la prohibición de que la imitación sea de tal naturaleza que resulte ineficiente y reprochable por su connotación desleal, lo cual se produce cuando dicha imitación genera confusión, o explota indebidamente la reputación o el esfuerzo ajeno, o resulta obstruccionista para el desarrollo en el mercado del tercero imitado debido a su naturaleza sistemática, entre otras conductas que tengan similares efectos reales o potenciales.⁸

Este razonamiento es recogido por el artículo 4 del TUO en los siguientes términos:

"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".

Como puede apreciarse, la finalidad de esta disposición consiste en advertir a los agentes económicos que no deben entender que la libre imitación equivale a un cheque en blanco para copiar o reproducir indiscriminadamente todos los bienes o elementos previamente implementados en el mercado por otros agentes económicos, distinguiendo entre los bienes privados sobre los cuales los terceros cuentan con derechos de exclusiva y que son protegidos por la disciplina legal de la Propiedad Intelectual, y los bienes públicos sobre los cuales los terceros carecen de derechos de exclusiva, pero que son protegidos por la disciplina de la Represión de la Competencia Desleal.

La idea que subyace detrás de estas limitaciones consiste en que si se permitiera la imitación indiscriminada de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, entonces se generaría un efecto adverso: los agentes económicos carecerían de incentivos para innovar, pues no contarían con protección alguna para explotar de manera exclusiva y excluyente sus innovaciones, al menos temporalmente, o para diferenciarse en el mercado respecto de sus competidores frente a los consumidores, lo cual desaceleraría el progreso económico e incluso lo eliminaría.⁹ De otro lado,

⁸ Según la Comisión: "... el hecho que se consagra como principio general la libertad de imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor no significa la ausencia de protección e iniciativa de aquel que invirtió esfuerzo y recursos a fin de introducir sus productos en el mercado. Alcido uno de estos mecanismos el establecimiento del llamado deber de diferenciación. En efecto, tenemos que, por un lado, a través de las denuncias de exclusivas, la legislación concede al creador un monopolio temporal para el aprovechamiento de su creación y la recuperación de los costos incurridos en su puesta a disposición en el mercado y por el otro la disciplina de la competencia desleal que sanciona la imitación que genere confusión; además, debemos mencionar que el propio mercado presiona reconocimientos naturales que permiten al innovador aprovechar de los beneficios que trae consigo la innovación, en medida suficiente para que se sea estimulado a invertir para fomentar su creación". Resolución No. 060-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 19 de septiembre de 2000, en los seguidos por S.C. Johnson & Son del Perú S.A. vs. Interamerican Trade Development Company S.A. (Expediente No. 032-2000/CCD y 039-2000/CCD - Acumulados). En el mismo sentido: Resolución No. 057-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 21 de septiembre de 2000, en los seguidos por Vishovanitaria Industrial S.A. - VAINSA vs. Fábrica de Grifería S.A. - FAGRISA y Dama S.A. (Expedientes No. 035-2000/CCD y 059-2000/CCD - Acumulados); y Resolución No. 073-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 28 de noviembre de 2000, en los seguidos por Clorox del Pacífico S.A. vs. Intradeco Industrial S.A. (Expediente No. 089-2000/CCD).

⁹ Según la Comisión: "Al ser considerado que, cuando una empresa realiza una creación, sea ésta técnica o artística, y la misma es puesta en el mercado, pasa a ser considerada como un bien público, cuyo consumo por una persona no excluye su uso por otra. Este carácter de bien público genera dos problemas: por un lado, puede ocurrir que esta creación no se proteja mediante la prohibición de la imitación, puesto en el cual la respuesta natural del mercado es la imitación e la apropiación ya que existen pocas incentivos

el propio mercado se vería perjudicado si no generarse iniciativas innovadoras que beneficien a los consumidores y, por tanto, se mantendría una situación que en el corto plazo generaría ineficiencias por el estancamiento del desarrollo.

La Sala ha desarrollado este criterio mediante un reciente e interesante Precedente de Observancia Obligatoria (*Bombos vs. Rentzó's*), en los siguientes términos:

"1. El denominado 'derecho a imitar', que consiste en que un concurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, el denominado 'derecho a imitar' no puede ser ejercido por las empresas de modo irrestricto, debe ser ejercido respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.

2. Un primer límite a la imitación consiste en el respeto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas que otorgan protección sobre determinados signos, de patentes que otorgan protección sobre determinadas invenciones y de titularidades de derechos de autor que otorgan protección sobre determinadas obras, entre otros. Mediante los derechos de propiedad intelectual, el titular de un signo, invención u obra goza de una protección tal que la imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas de la materia.

3. Un segundo límite a la imitación consiste en el 'deber de diferenciación' que corresponde a los concurrentes en el mercado. Este deber es exigido por las normas que reprimen la competencia desleal y significa que, si bien los concurrentes tienen 'derecho a imitar', tienen como contraparte la obligación de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación sea capaz de: i) generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin; ii) conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática; o, iii) significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado. Estas tres conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como actos de competencia desleal, respectivamente, en los artículos 8, 13 y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, siendo prohibidas por el artículo 6 de la misma ley, que constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General para aplicar las sanciones correspondientes. (...)

5. Finalmente, a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa,

para invertir recursos en algo que los demás pueden usar libremente; por otra lado, si se prohíbe la imitación de esta creación, se generará un problema de uso de la misma, ya que al no ser libremente apropiable, los demás competidores deberán abstenerse de usarla o, de lo contrario, deberán él pagar para poder hacerla, lo cual tendrá como consecuencia que no se haga un uso eficiente de esta bien pública. En este sentido, con respecto de bienes públicos, la regla que rige es la libertad de su utilización, la que en materia de innovación debe ser consecuencia de la consagración del principio de libre imitabilidad". Resolución No. 040-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 19 de septiembre de 2000, en los seguidos por S.C. Johnson & Son del Perú S.A. vs. Interamerican Trade Development Company S.A. (Exp. No. 032-2000/CCD y 039-2000/CCD - Acumulados). En el mismo sentido: Resolución No. 057-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 21 de septiembre de 2000, en los seguidos por Valvatomaria Industrial S.A. - VAINSA vs. Fábrica de Grifería S.A. - FAGRISA y Omea S.A. (Expediente No. 033-2000/CCD y 059-2000/CCD - Acumulados) y Resolución No. 073-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 28 de noviembre de 2000, en los seguidos por Clarox del Pacífico S.A. vs. Intradeco Industrial S.A. (Expediente No. 089-2000-CCD).

para determinar si un concurrente ha infringido el 'deber de diferenciación' que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrentes presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado; ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado; y, iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación".¹⁰

Como puede apreciarse, la Sala reconoce la legalidad del "Derecho de Imitación", pero al mismo tiempo advierte que este enfrenta dos limitaciones distintas: la existencia de derechos de Propiedad Intelectual a favor de terceros, y el "Deber de Diferenciación" respecto de las ofertas de los competidores. Si bien coincidimos con la Sala en cuanto a la identificación de las limitaciones, consideramos que en realidad el "Derecho de Imitación" enfrenta como limitación matriz al "Deber de Diferenciación", el cual se compone de una doble vertiente: prohibiciones de imitación de derechos de Propiedad Intelectual o Deber de Diferenciación frente a elementos de Propiedad Intelectual ajenos, y prohibiciones de imitación de otros elementos empresariales que no sean derechos de Propiedad Intelectual o Deber de Diferenciación frente a dichos elementos empresariales. A fin de cuentas, en ambos casos estamos ante un Deber de Diferenciación.

En otras palabras, el principio de Libre Imitación recoge la relación dialéctica existente entre el "Derecho de Imitación" y el "Deber de Diferenciación", la cual se puede resumir en que, si bien los agentes económicos tienen derecho a imitar las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas en virtud a la libertad de iniciativa privada, simultáneamente tienen la obligación de diferenciar sus prestaciones respecto de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, a fin de no parasitar a sus competidores ni obstruirlos, así como para no confundir a los consumidores como consecuencia de una indebida equiparación de las ofertas.

Así, el "Derecho de Imitación" y el "Deber de Diferenciación" son dos caras de una misma moneda, con la diferencia de que mientras el "Derecho de Imitación" se sustenta en una sola premisa: la libertad de iniciativa privada, el "Deber de Diferenciación" se sustenta en una doble premisa: la obligación de no imitar derechos de Propiedad Intelectual ajenos que gozan de una protección legal explícita a cargo de la disciplina de la Propiedad Intelectual, y la obligación de no imitar las iniciativas y/o prestaciones ajenas –las cuales son elementos no protegidos por la Propiedad Intelectual– al punto de que la diferencia entre las ofertas competidoras sea imperceptible o sea capaz de obstruir el desarrollo del imitado, elementos que gozan de una protección legal implícita a cargo de la Disciplina de la Represión de la Competencia Desleal.¹¹

En efecto, la disciplina de la Propiedad Intelectual se sustenta en el reconocimiento y otorgamiento por parte del Estado de derechos de exclusividad a favor de un determinado agente económico para que, en líneas generales, los consumidores se encuentren en capacidad de identificar el origen empresarial de sus productos o servicios y así generarse su propio espacio en el mercado (signos distintivos), o para explotar una determinada creación consistente en un producto o

¹⁰ Resolución No. 1091-2005/TDC-INDECOP, emitida por la Sala con fecha 05 de octubre de 2005, en los autos por Bembo S.A.C. vs. Rimp's Polenta Restaurant Snack S.R.L. (Expediente No. 104-2004/CCD). Cabe señalar que el Procedente de Observancia Obligatoria fue establecido por la Comisión mediante Resolución No. 030-2005/CCD-INDECOP de fecha 07 de marzo de 2005, siendo ratificado por la Sala a través del citado pronunciamiento, el cual fue publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 29 de octubre de 2005.

¹¹ Según Masaguer: "Reconocida ostentado, y a nuestro modo de ver, la protección jurídica de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual no ha de ser interpretada, sin embargo, como una excepción a un principio general de libre imitación emanado de la

procedimiento de aplicación industrial (patentes de invención) o en un derecho de autor (obras literarias, programas de ordenador, entre otros). Así, el titular del derecho de exclusiva cuenta con un monopolio otorgado temporalmente por el Estado sobre un determinado bien, el cual será de naturaleza privada mientras dure el plazo legal, pasando al dominio público una vez que haya transcurrido tal plazo.

Por su parte, la disciplina de la Represión de la Competencia Desleal se sustenta en la labor a cargo del Estado por velar por el correcto funcionamiento del mercado y, de este modo, combatir y sancionar aquellas conductas desarrolladas por los agentes económicos que sean consideradas desleales por acentar contra la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, las normas de corrección que deben regir la implementación de dichas actividades. En tal sentido, esta disciplina considerará como una conducta desleal a aquellas imitaciones que persigan una equiparación con cualquier elemento ajeno no protegido por un derecho exclusivo de Propiedad Intelectual, pero que se encuentre asociado con el agente imitado, en la medida que dicho acto de equiparación genere confusión entre los consumidores sobre el origen empresarial de la oferta, signifique una explotación indebida de la reputación o el esfuerzo ajeno, o implique un intento de obstrucción del desarrollo económico del tercero imitado.

Finalmente, cabe señalar que, siguiendo los criterios de la Directiva No. 001-96-TR emitida por la Sala Plena del Tribunal del INDECOPI¹², si la imitación recae sobre elementos de la Propiedad Intelectual, entonces la competencia de los órganos funcionales del INDECOPI para conocer la respectiva denuncia se determina de la siguiente manera, siempre que el denunciante sea el titular del derecho infringido o su representante: (i) si se trata de un signo distintivo debidamente inscrito (salvo el caso del nombre comercial, que puede estar inscrito o no, pues su registro es meramente declarativo mas no constitutivo del derecho), así como también en caso que además se imiten otros elementos no inscritos relacionados con dicho derecho, será competente la Oficina de Signos Distintivos; (ii) si se trata de una patente de invención, modelo de utilidad, esquema de trazado de circuito integrado o diseño industrial, así como también en caso que además se imiten otros elementos no inscritos relacionados con cualquiera de dichos derechos, será competente la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías; (iii) si se trata de un derecho de autor, esté inscrito o no, será

libertad de competencia, sino como reconocimiento alternativo de la agencia de dos fuerzas o criterios ordenados del proceso concurrencial igualmente válidos: el fomento del desarrollo y la innovación técnica, empresarial y económica a través de la protección jurídica de ciertas prestaciones e iniciativas empresariales, de una parte, y, de otro, la instrumentalidad de su imitación para favorecer la libre concurrencia en el mercado y el desenvolvimiento del proceso de innovación. Así, la misma considera en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal muestra el estado existente entre ambos principios, y lo hace formulando reglas que tratan al equilibrio (que se ha considerado político y sustentadamente más ajustado) entre imitación e innovación. En este sentido y en primer lugar se reconoce y reconoce que el conflicto apuntado ya ha encontrado un canal de solución institucional en la propia legislación referida a la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual, o cuyos efectos se manifiestan con carácter exclusivo, al aprovechamiento de la prestación durante un periodo limitado de tiempo. En segundo lugar, se reconoce también que la aplicación al conflicto en el ámbito no cubierto por aquellas leyes especiales también por estar a la legislación contra la competencia desleal, si bien en este contexto el predominio corresponde al principio de libre imitación de prestaciones e iniciativas propias. Así debe ser, en efecto, en un ámbito en que la eficiente integración de los consumidores e instituciones de dominio público como usuarios de la propia actividad y la represión se reconoce a aquellas zonas en que la imitación haya aceptado de específicas circunstancias que anulan o reducen la inexistencia de los efectos positivos que en sí mismos generales pueden producirse de la imitación de prestaciones no protegidas por un derecho de exclusión, circunstancias que específicamente involucran los artículos 2 y 3 del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal". MASSAGUER, José. Op. Cit. pp. 338-339.

¹² La Directiva No. 001-96-TR, la cual no deja de ser confusa y marca una pronta revisión por parte de la Sala Plena del Tribunal del INDECOPI, establece en su parte resolutiva pertinente lo siguiente:
"Artículo Primero.- Los derechos relativos a derechos de propiedad industrial inscritos o a nombres comerciales, están a su vez, por las infracciones también aplicadas en los artículos 8 (actos de confusión), 14 (explotación de reputación ajena) y 19 (copias e reproducción no autorizada) del Decreto Ley No. 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, serán de exclusiva competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según correspondiere, 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.

competente la Oficina de Derachos de Autor. Por su parte, si la imitación recae sobre elementos empresariales que no son derechos de Propiedad Intelectual o si la denuncia por imitación de derechos de Propiedad Intelectual es efectuada por una persona que no es el titular de los mismos ni su representante, entonces será competente la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.¹²

En conclusión, el Principio de Libre Imitación de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas se sustenta en la Libertad de Iniciativa Privada consagrada constitucionalmente, siendo este "Derecho de Imitación" la regla general en el mercado en la medida en que se considere eficiente para generar más competencia y fomentar el progreso tecnológico, económico y por supuesto, social. Sin embargo, el ejercicio irrestricto del "Derecho de Imitación" podría generar ineficiencia en el mercado, debido a que tendría la capacidad de desincentivar a los agentes económicos innovadores para invertir en proyectos que impliquen progreso tecnológico y económico, motivo por el cual se encuentra limitado por el "Deber de Diferenciación", en sus dos facetas, siendo reprochable toda imitación que genere confusión, signifique explotación de la reputación o el esfuerzo ajeno o implique un intento de obstrucción del desarrollo económico del tercero imitado.

III. TIPOS DE IMITACIÓN DESLEAL: CONFUSIÓN, EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA, EXPLOTACIÓN DEL ESFUERZO AJENO E IMITACIÓN OBSTRUCCIONISTA

De acuerdo con el análisis efectuado, la imitación de elementos protegidos como derechos de exclusiva de Propiedad Intelectual será reprimida y sancionada por la legislación de la materia, bajo la figura genérica de Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual; mientras que la imitación de elementos distintos a aquellos protegidos por la Propiedad Intelectual, conformados por las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, será reprimida y sancionada en virtud a las disposiciones contenidas en el TUO, bajo la figura genérica de la Imitación Desleal.

El concepto de Imitación Desleal comprende a las distintas conductas desleales que son comúnmente desarrolladas por los agentes económicos cuando imitan las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas.¹⁴ Si bien se entiende que la Cláusula General del artículo 6 del TUO opera como la tipificación expresa de toda conducta desleal y, por tanto, que los actos puntualmente

Artículo Segundo.- Las denuncias o las que se refieren al artículo anterior comprenderán tanto las infracciones como los derechos de propiedad industrial correspondiente, como contra otros elementos distintivos que, enmarcados dentro de la tipificación contenida en los artículos 8, 14 y 19 del Decreto Ley No. 26122, se relacionan con el uso del derecho de propiedad industrial en cuestión (como por ejemplo asuntos con la imitación o copia no sólo de la marca o nombre comercial, sino además de otros elementos distintivos de un negocio no protegidos específicamente por un derecho de propiedad industrial).

Artículo Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ley No. 26122, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal será competente para conocer las denuncias que presente cualquier persona que no sea el titular del derecho de propiedad industrial vulnerado si haya sido expresamente autorizado por éste, 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.

¹² Un ejemplo que ilustra acerca de esta determinación de competencias puede apreciarse en el siguiente pronunciamiento de la Comisión: "... en el presente caso no se trata de situación de imitación o el uso indebido de determinados signos distintivos registrados, considerados indefinidamente, sino la presencia imitación intencional de una serie de iniciativas empresariales, incluso el uso de frases similares en las presentaciones de los productos materia de denuncia, o la inclusión de similar número de empaques en los envases secundarios empujados por ambas partes, elementos que, en síntesis y considerados integralmente, integran el ámbito de regulación propio de la Ley de Propiedad Intelectual, Decreto Legislativo No. 823. Por tal motivo, debe concluirse que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal es el órgano funcional competente para conocer la presente denuncia". Resolución No. 007-97-CCD, emitida por la Comisión con fecha 13 de febrero de 1997, en los seguros por Añoranza del Perú S.A. y Suzuki Saito Co. Ltd. vs. Productos Alimentarios Siborra S.A. (Expediente No. 164-96-CCD).

¹⁴ Según Otazo Llerena, al analizar la norma española de la cual procede la legislación peruana: "Aunque la materia está distribuida en sus preceptos, el artículo 6 y el artículo 7, solo cabe hablar de un acto único, que viene contra todo lo imitado de 'lo ajeno', que puede recaer en modalidades diversas, a saber: la imitación confusional (artículo 6), la imitación por suero de asociación (artículo

identificados en dicha norma poseen solo una función orientadora,¹⁵ lo cierto es que la figura de la Imitación Desleal abarca principalmente tres (3) actos previstos en el TUO: (i) Imitación Servil o Confusión, contemplada en el artículo 8 del TUO¹⁶; (ii) Imitación por Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno, contemplada en el artículo 14 del TUO¹⁷; y, (iii) la Imitación Obstruccionista, contemplada en el artículo 13 del TUO.

Si bien no es materia de la presente investigación, resulta necesario revisar brevemente los actos de Imitación Servil o Confusión, así como los actos de Imitación por Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno, con la finalidad de poder determinar su naturaleza y, posteriormente, compararla con la Imitación Obstruccionista, la cual es el objeto de estudio en el presente trabajo.

La Imitación Servil es la conducta imitadora desarrollada por un agente destinada a generar confusión entre los consumidores respecto de los productos, servicios, actividad o establecimiento de otro agente competidor, con la evidente finalidad de desviar a su favor la demanda de esta clientela como consecuencia de tal estrategia de equiparación.¹⁸ Por su parte, la Imitación por Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno es la conducta imitadora desarrollada por un agente destinada a aprovecharse de la reputación comercial o profesional (goodwill) o del esfuerzo económico y/o intelectual desplegado por otro agente competidor, también con la evidente

4.2 y 11.2). la imitación por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2) y la imitación por aprovechamiento indebido de la reputación ajena (artículo 11.2)”. OTERO LASTRES, José Manuel. *Actos Anticompetitivos de Competencia Desleal: Confusión, Imitación y Venta con Pérdida*. En: *Propiedad Industrial y Competencia Desleal. Perspectiva comparativa, mercados virtuales y regulación procesal*. (Coordinador: Alberto Martín Muñoz). Editorial Comares, Madrid, 2000, p. 67.

¹⁵ Este criterio ha sido establecido por la Sala mediante el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

“1. La Cámara general constituida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la aplicación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal.

2. Las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal examinan aquellas conductas anticompetitivas más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cámara general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente orientativa tanto a la Administración como a los administrados.

3. Al momento de admitir o minus la denuncia o de iniciar un procedimiento de oficio, la Comisión debe poner en conocimiento del investigado las hechos objeto del procedimiento así como las posibles modalidades de actos de competencia desleal que podrían configurar dichos hechos, a fin que el administrado pueda estar en posibilidad de ejercer su derecho de defensa en favor de la modalidad que le ha sido imputado”.

Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 10 de septiembre de 2004, en los seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. vs. Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. y otros (Expediente No. 032-2000/CCD). El procedimiento fue publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 20 de octubre de 2004.

¹⁶ TUO, “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 existencia de una práctica”.

¹⁷ TUO, “Artículo 14.- 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.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero”.

¹⁸ Según Otero Lastres: “... Se puede definir la imitación servil como el uso por parte del cual un competidor, de un modo contrario a las usos honestos en comercio industrial y comercial, ante la firma de los productos de otro empresario, hasta el punto de crear un riesgo de confusión en el mercado. (...) La existencia del riesgo de confusión origina las siguientes cuestiones: respecto del modo en que se reproduce por el imitador, que sea reconocible por parte del público de los consumidores como procedente de un determinado origen empresarial, es decir, que reconozca el producto por su forma, respecto del modo resultado de la imitación, que tenga un parecido muy íntimo con el modelo base; y respecto del público de los consumidores, que sean inducidos a creer que existen diferencias en los productos, bien porque, aun diferenciándose, crean equivocadamente que se entre los competidores existen lizas de reputación o de tipo comercial, etc.” OTERO LASTRES, José Manuel. *Aprovechamiento de la figura de la imitación servil*. En: *Actas de Derecho Industrial*, Tomo 10, Instituto de Derecho Industrial Universidad de Santiago de Compostela - Colegio Universitario de Estudios Financieros del Consejo Superior Bancario, Madrid, 1985, pp. 65, 77-78.

Por su parte, la Sala ha definido la Imitación Servil en los siguientes términos: “La imitación servil es una conducta que se encuentra contemplada dentro de los actos de confusión prohibidos por el artículo 8 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Prácticamente, la imitación servil es, en este caso, la conducta destinada a crear confusión con las prácticas ajenas. La imitación servil requiere que concurren dos elementos para configurarse: i) la existencia de un acto de imitación; y ii) el riesgo de

finalidad de desviar a su favor la demanda de esta clientela como consecuencia de tal estrategia de equiparación.

La doctrina es pacífica en considerar que tanto la Confusión, la Explotación de la Reputación Ajena o el Esfuerzo Ajeno y la Imitación Obstruccionista son todas ellas conductas de Imitación Desleal. Sin embargo, las posiciones doctrinarias difieren en cuanto a la individualización o tipificación de cada una de ellas, ya que algunos autores consideran que su distinción puede resultar de contornos extremadamente vagos y, por tanto, no pueden diferenciarse al yuxtaponerse¹⁵; mientras que otros autores consideran que pueden individualizarse al analizar sus supuestos de hecho u objetos de imitación, ya que la Confusión y la Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno se concentrarían en la imitación de signos distintivos ajenos, en tanto que la Imitación Obstruccionista se enfocaría en la imitación de iniciativas o prestaciones empresariales ajenas.¹⁶

Desde nuestro punto de vista, si bien coincidimos en que todas estas conductas son, a fin de cuentas, comportamientos de Imitación Desleal, existe una importante característica que determina su diferenciación y que se encuentra en la finalidad que persiguen. En efecto, la Confusión y la Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno son conductas de imitación que persiguen equiparar los productos, servicios, establecimientos, imagen, reputación (*goodwill*) o esfuerzo de otro agente porque se considera que ello generará un beneficio consistente en desviar la clientela de dicho competidor, es decir, se imita para lucrar; en cambio la Imitación Obstruccionista es una conducta de imitación que persigue equiparar iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, pero no para beneficiarse de ellas, sino para obstruir el desarrollo del competidor o incluso eliminarlo del mercado, debido a que el carácter innovador de tales iniciativas y/o prestaciones empresariales pasará inadvertido para los consumidores, debilitando el posicionamiento del competidor afectado, es decir, se imita para obstaculizar, para opacar, para impedir la afirmación o despegue del competidor imitado en el mercado.

En conclusión, las imitaciones de elementos distintos a aquellos protegidos como derechos de exclusiva por la disciplina de la Propiedad Intelectual, pueden ser abarcadas bajo la figura genérica denominada "Imitación Desleal", encontrándose dentro de ella las siguientes conductas: (i) Imitación

confusión (como consecuencia de la imitación, [...]) la sola existencia de un acto de imitación no basta para configurar una imitación desleal y, por tanto, un acto de confusión. Por el contrario, el elemento central para la existencia de la imitación desleal es que el acto de imitación sea susceptible de crear confusión en el mercado, pues de interpretarse y sostenerse que la sola imitación constituye un acto de confusión, se estaría contrariando el principio de libre imitabilidad de las formas perceptorias de dominio público". Resolución No. 0198-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2003, en los seguidos por Dalka S.A.C. vs. Fábrica Peruana Eremit S.A. (Expediente No. 014-2002/CCD).

¹⁵ Dentro de esta corriente se encuentra De La Cuesta, quien sostiene lo siguiente: "Un sector relevante de doctrina ha puesto ya de manifiesto que resulta excesivo el afán aplicador de la Ley de Competencia Desleal, que le ha llevado a separar como actos esencialmente diversos los de confusión y los de imitación. Porque ciertamente en la confusión suele haber imitación y la imitación en la mayoría de los casos se hace con pretensión de confundir. Pero es que, además, mediante la confusión y la imitación que se produce hay un aprovechamiento a explotación de la reputación ajena". DE LA CUESTA, José María, "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena. En: *La regulación sobre la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (Coordinador: Alberto Bercoff). Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 35.

¹⁶ La corriente opuesta está a cargo de Massaguer, quien señala lo siguiente: "[...] la delimitación de la imitación desleal frente a la confusión y al aprovechamiento indebido de la reputación ajena no se sigue del factor que encarna el reproche de ilegalidad, sino del supuesto de hecho considerado, en casos típicos casos derivados por la utilización de signos distintivos ajenos y en el primero de la reproducción de prestaciones ajenas. Bajo este aspecto, ha de entenderse por signo distintivo cualquier elemento al menos intelectualmente dissociable de la propia prestación, actividad o establecimiento que de facto ha identificado en el mercado; entre ellos se encuentran en particular entre los medios e instrumentos que de hecho configuran la forma de presentación de productos o servicios. De esta suerte, confusión y explotación de la reputación ajena ocuparán la reproducción de los conductos que propician fallos o desajustes en la información suministrada por los signos distintivos sea en relación con la procedencia empresarial de los productos o servicios (confusión), sea en relación con su prestigio y valor (explotación de la reputación ajena). Por el contrario, el ámbito objetivo de los actos de imitación recae, por lo que ahora importa, sobre aquellas creaciones técnicas o estéticas que constituyen la propia prestación". MASSAGUER, José, *Op. Cit.*, pp. 340-341.

Servil o Confusión; (ii) Imitación por Explotación de la Reputación Ajena o del Esfuerzo Ajeno; y, (iii) Imitación Obstruccionista. Sin embargo, si bien todas estas conductas se sustentan en estrategias de imitación, poseen una naturaleza diferente en cuanto a su finalidad, ya que mientras las dos primeras persiguen la equiparación de la oferta del imitador con la del imitado para obtener un beneficio económico traducido en la desviación de la clientela del competidor, la Imitación Obstruccionista imita no para lucrar, sino únicamente para obstaculizar u opacar las innovaciones de los competidores a fin de que tal atributo innovador pase inadvertido para los consumidores, lográndose con ello impedir su afirmación y despegue, debilitándolo gradualmente para incluso lograr su salida del mercado.

IV. ACERCA DE LA IMITACIÓN OBSTRUCCIONISTA

La complejidad de esta figura se percibe desde la falta de consenso respecto de su nomen iuris. En efecto, a nivel legislativo, el artículo 13 del TUO la denomina "Actos de Imitación", empero este término es inadecuado, debido a que correspondería, en todo caso, a la figura genérica de la "Imitación Desleal", dentro de la cual se encuentran comprendidas diversos tipos de conductas imitativas, siendo tan solo una de ellas el supuesto previsto en este dispositivo. A nivel jurisprudencial, los órganos funcionales del INDECOPI la han denominado "Imitación Sistemática" o "Competencia Parasitaria"²¹, sin embargo, ninguno de estos términos resulta conveniente, toda vez que la sistematicidad es tan solo una de las características que deben concurrir para que la figura se concrete, como se verá más adelante, mientras que el concepto de parasitismo competitivo o concurrencial no se condice con la finalidad de esta figura, ya que, como lo hemos expuesto anteriormente, esta no persigue imitar para lucrar, sino que la imitación es desarrollada para obstruir al competidor, impidiendo su afirmación y despegue en el mercado e incluso lograr su salida. A nivel doctrinario, se plantean términos más cercanos a la naturaleza de la figura, tales como Imitación Sistemática Obstruccionista²², Competencia de Obstrucción²³, o Imitación Obstruccionista u

²¹ La Sala ha señalado lo siguiente: "El artículo 13 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal se refiere a la imitación sistemática o competencia parasitaria, cuyas características consisten en ser repetitiva, masiva e insistente en su propósito. El mismo artículo aclara que para ser considerado desleal, la imitación debe exceder a lo que pueda ser considerado como una respuesta natural del mercado, es decir, no puede ser considerado como un acto de imitación desleal el que los competidores efectúan o se ofrecen a producir en una forma tal que responde a las medidas y tendencias del momento. La imitación sistemática de las iniciativas de la competencia supone un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, ya que constituye una competencia de obstrucción, dirigida a perjudicar o eliminar al competidor. En el caso de la imitación sistemática, no es relevante la originalidad de lo que se imita ni el riesgo de confusión sino el propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de un competidor, es decir, impedir u obstaculizar su adecuado posicionamiento en el mercado". Resolución No. 0367-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 05 de septiembre de 2003, en los seguidos por Productos Paraiso del Perú S.A.C. vs. Productos Cinco Estrellas del Perú S.A.C. (Expediente No. 023-2002/CCD).

En el mismo sentido: Resolución No. 0248-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 27 de junio de 2003, en los seguidos por Quítrica Textil y Agregados S.R.L. vs. Isabel Flores Mejhuay y otros (Exp. No. 085-2003/CCD); Resolución No. 0198-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2003, en los seguidos por Dalba S.A.C. vs. Fábrica Peruana Ecorint S.A. (Expediente No. 014-2002/CCD); Resolución No. 0316-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 06 de agosto de 2003, en los seguidos por Michel Bruno Burger y Gloria Isabel La Puente Cassio vs. Sodeho S.A.C. (Expediente No. 061-2002/CCD).

²² Otamendi, al analizar la norma española de la cual procede la legislación peruana, señala lo siguiente: "El apartado 3 introduce un tipo de deslealdad derivada en derecho otamendi como imitación sistemática obstruccionista o diferencia de la competencia asertiva en la calidad del producto o servicio, que busca premiar la venta mediante esfuerzo propio, el objetivo principal del autor de esta deslealdad es el de obstaculizar al competidor, bien impidiendo su afirmación en el mismo". OTAMENDI, Juan José, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi Navarra, 1994, p. 213.

²³ De La Cuesta, al analizar la norma española de la cual procede la legislación peruana, señala lo siguiente: "[Sobre el artículo 11.3 de la Ley Española que regula la imitación sistemática] Aparece aquí por vez primera en nuestro Ordenamiento una alusión explícita a lo que por la doctrina comparada ha venido denominándose competencia de obstrucción. A diferencia de la competencia fundada sobre la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones que tiene o consigue el autor de mercado mediante el esfuerzo personal, en la competencia de obstrucción el fin principal que se persigue es el eliminar al competidor o impedir o trabar el funcionamiento de su negocio y su desarrollo". DE LA CUESTA, José María, *Op. Cit.*, p. 46.

Obstaculizadora, siendo este último al cual nos adherimos, debido a que describe más fielmente la finalidad misma perseguida por esta conducta desleal.²⁴

Ahora bien, la Imitación Obstruccionista puede ser definida como aquella modalidad de Imitación Desleal que consiste en una equiparación sistemática, es decir, constante y envolvente, o repetitiva, metódica e insistente, con la oferta de otro agente competidor, y que no pueda ser considerada como una respuesta natural del mercado, es decir, que sea evitable, encontrándose destinada no a confundir a los consumidores ni a explotar la reputación o el esfuerzo ajeno, sino a obstaculizar u obstruir las iniciativas y/o prestaciones empresariales de terceros para que éstos no puedan afirmarse y/o despegar en el mercado, debilitando su posicionamiento y poniendo en riesgo incluso su permanencia en el respectivo segmento de mercado.²⁵

Para comprender adecuadamente la racionalidad de la condena a la Imitación Obstruccionista debemos remontarnos, curiosamente, a la legislación alemana de signos distintivos de 1874 (WZG) y su doctrina, pues en ella se consagró el denominado Principio de Competencia por las Propias Prestaciones (*Leistungswettbewerb*), según el cual los agentes económicos deben desarrollar sus actividades económicas sobre medios que reposen en sus propias iniciativas y prestaciones (precio, calidad, atención al cliente, entre otros), es decir, relacionados con su propio esfuerzo.

Es en virtud del desarrollo de sus propias prestaciones que los agentes pueden generar un daño concurrencial lícito a sus competidores, en la medida en que consigan la aceptación, reconocimiento y preferencia de los consumidores. Es decir, el objetivo inmediato es captar mayor cuota de mercado, siendo el objetivo mediano la afectación al competidor que pierde tal cuota. Sin embargo, cuando el agente persigue como objetivo inmediato la disminución o eliminación del competidor del mercado, entonces nos encontraremos ante una competencia no basada en las

²⁴ Según Portellano, al analizar la norma española de la cual proceda la legislación peruana, señala lo siguiente: "En los primeros comentaristas de nuestra Ley de Competencia Desleal se han denominado "concurrencia parasitaria". El legislador, sin embargo, se ha abstenido de describir a dicho tipo de sujeto valiéndose de aquel nomenclatura ("concurrencia parasitaria"). La decisión legal nos parece acertada, pues gracias a ella se alcanzan tres objetivos. El primero es impedir que el sujeto se confunda con otros actos de competencia desleal de los que también se dice constituyen "concurrencia parasitaria". El segundo es no inducir a una falsa comprensión de la ratio de la deslealdad que -como veremos- no está en "parasitar" en otro, sino en una circunstancia totalmente distinta. Al propio tiempo se evita que, dada el carácter "parásito" (o sugestivo) del término, se promueva una extensión desmesurada del supuesto. Esto coincide con el tenor objetivo, que es evitar de raíz toda intención de convertir la norma en cañón de asete de imitaciones que, sin ser desleales, resultan molestas a los competidores. Por todo ello consideramos que resulta preferible utilizar otras denominaciones menos comprometidas con ciertas concepciones tradicionales y más vinculadas a la ratio legal de la deslealdad. Bajo esta perspectiva podría pensarse que el término más adecuado - de acuerdo con lo que ha propuesto el sector más avanzado de nuestra doctrina - es el de la imitación predatoria. Pero tal vez sea mejor emplear una expresión menos fuerte e más sutil que es la de imitación obstruccionista u obstaculizadora". PORTELLANO, Pedro, *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, p. 205-207.

²⁵ García Menéndez ensaya la siguiente definición: "Cuando el aprovechamiento del esfuerzo esté casi exclusivamente encaminado a, y no sólo para, obstaculizar al competidor mediante la destrucción de su posición ganada en el mercado, sin que ello responda, en lo más mínimo a la eficiencia de la propia actividad, cuando la finalidad perseguida sea la creación de una desventaja comercial por la imposibilidad de aumentar las cuotas de creación por parte del estado, o cuando en el aprovechamiento se manifieste lo malo de la concurrencia, allí podrá considerarse la conducta como desleal". GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, *Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor*, Luis Huidobro Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 173. Por su parte, Kresalja, al comentar el Artículo 32 del TUO señala lo siguiente: "Debemos decir que dentro de este artículo está comprendido únicamente la imitación sistemática, conocida también como competencia parasitaria, caracterizada por ser repetitiva, metódica o insistente en su propósito. La imitación eventual, esporádica, omeró bajo otras apariencias, tal como las de los artículos 8 e 14. Cabe decir que la imitación sistemática sólo ocurre a fin que se constituya como una respuesta natural del mercado, puesto que no cabe impedir que los competidores ajusten a su clientela, por ejemplo, bienes o servicios en una forma tal que responda al gusto del día o a la moda". KRESALJA, Baldo, *Comentarios de Decreto Ley 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal*. En *Derecho PUCP* No. 17, Lima, 1993, p. 40. Por último, Zaragoza indica: "La modalidad sistemática es una cierta modalidad de competencia obstruccionista. A través de ésta no se pretende crear confusión en el mercado o aprovecharse de la reputación ajena, sino más bien impedir la afirmación de un competidor en el mercado. (...) la intención sistemática no busca que el público consumidor confunda la prestación del imitador con la de su competidor, ni busca aprovecharse de su esfuerzo, lo que pretende es que el competidor no logre afirmarse en el mercado; el objetivo principal del imitador en este caso es el de obstruir al competidor, impidiendo su afirmación en el mercado o eliminándolo del mismo. En consecuencia, una imitación sistemática se los propósitos antes señalados en los términos de nuestra ley no deberá ser considerado como desleal". ZARAGOZÁ, José Francisco, *Op. Cit.*, p. 114.

propias prestaciones (Nichtleistungswettbewerb), dentro de la cual está comprendida la competencia destinada a obstaculizar al competidor como finalidad principal o inmediata (Behinderungswettbewerb).²⁶

Como puede apreciarse, el concepto de la competencia con fin obstaculizador inmediato (Behinderungswettbewerb) es la base de análisis de la Imitación Obstruccionista, pues su objetivo principal consiste, precisamente, en impedir la afirmación del competidor o incluso lograr su salida del mercado.

Ahora bien, actualmente se sostiene que el fundamento o la *ratio legis* para la existencia de la Imitación Obstruccionista como figura legal se encuentra en el combate a las tácticas de "fast second" o de "free riding", pero realizadas por las grandes empresas con poder económico y con un importante tiempo de asentamiento en el mercado, contra las pequeñas o medianas empresas, pues las grandes empresas pueden destinar recursos para imitar rápidamente cualquier innovación desplegada por la pequeña y mediana empresa y, de este modo, conseguir que éstas no aumenten su cuota de mercado y desincentivarlas de invertir en investigación y desarrollo.²⁷ Mientras que esta figura legal no sería aplicable cuando una gran empresa imita a otra gran empresa o cuando una pequeña o mediana empresa imita a una gran empresa, pues en tales supuestos estaremos frente a "conductas de defensa" o "conductas de necesidad", respectivamente, que serían aceptables y válidas

²⁶ Sobre el particular, debe consultarse a Domínguez, quien señala lo siguiente: "El principio de competencia por las propias prestaciones tiene su origen en la Ley alemana de signos distintivos de 1874 (WZG), siendo objeto de elaboración doctrinal posterior (añar 35), especialmente por Nipperdey, el señalar que los agentes económicos deben organizar y promover su actividad de competencia con medios basados en las propias prestaciones, tales como precio, calidad, atención al cliente, servicio de mantenimiento, etc. (Leistungs-wettbewerb). Frente a la competencia basada en las propias prestaciones, contrasta el citarse antes la competencia basada en obstáculos (Behinderungswettbewerb), esencialmente ilícita, puesto que supone el desarrollo de una actividad de mercado mediante la cual sólo se pretende eliminar a los competidores. (...) Posteriormente, otros autores, especialmente Heffemehl, Balon y Janas, aprecian que la Behinderungswettbewerb no es sin embargo suficiente para delimitar el concepto de Leistungs-wettbewerb, porque la competencia por obstáculos no es más que un supuesto concreto de prácticas contrarias a la competencia por las prestaciones. Por ello, proponen el concepto de Nichtleistungswettbewerb o competencia no basada en las propias prestaciones como modalidad de competencia, contraria a la competencia por las propias prestaciones, de forma que la denominada competencia por los obstáculos no es más que una modalidad de aquella. (...) Y es que desarrollada la competencia en torno a parámetros o criterios subjetivos tales como precio, calidad, etc., el operador no persigue como objetivo inmediato y directo la afectación e incluso eliminación del competidor - sin perjuicio de que la idea de "predominio" en el mercado sea consustancial a la idea de hecho competitivo -, sino que pretende en primer término la mayor difusión de sus productos o servicios en el mercado. Sólo de forma mediana, en la medida que los productos (servicios) tengan éxito en el mercado, podrá dificultar o incluso impedir la continuidad en el mercado del competidor (aspecto pasivo del principio de Leistungs-wettbewerb), y en este medio, ello será consecuencia directa del proceso de selección de mercado. Por el contrario, cuando el operador persiga como objetivo directo o inmediato la expulsión del competidor del mercado, y encamine todos sus actuaciones competitivas a lograr tal fin, no está conforme al principio de competencia por las prestaciones, sino que tales actuaciones responden exactamente a una competencia no por las propias prestaciones Nichtleistungswettbewerb, y más exactamente a Behinderungswettbewerb". DOMÍNGUEZ, Eva. *Competencia Destel* a través de Actos de Imitación Sistemática, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 121-126.

²⁷ Sobre la teoría del "fast second", Portuliano señala lo siguiente: "(...) la gran empresa puede sentirse inclinada o adaptar una táctica de fast second frente a las innovaciones de los rivales de menor tamaño. Esta táctica empresarial se caracteriza por el hecho de que la gran empresa espere tranquilamente a que los competidores -de menor tamaño y con menores recursos- innoven, y en ese momento pretende e iniciales objetivamente (para ello pueden desatarse importantes recursos y contar con el control de las redes de distribución). Esta estrategia de fast second puede tener lugar tanto si son positivos las expectativas de rentabilidad económica de la innovación como si son negativos (si menos, para el imitador). Si las expectativas de rentabilidad de la innovación son positivas, la imitación por una gran empresa puede conducir al resultado de que la obtención de las cuotas de mercado resultante de la introducción de la innovación puede ser la misma que si el innovador hubiera sido el innovador. (...) Si las expectativas de rentabilidad son negativas (al menos para el imitador), la gran empresa puede sentir ante el temor a que la empresa innovadora mejore su imagen -la que le es detrimento de la gran empresa- y a que si la deja "desarrollarse", pueda convertirse en el fidejazo en un peligro para la estabilidad del mercado. Ciertamente a una gran empresa no se le puede prohibir que cuando haya empezado a innovar y a las consecuencias de su supervivencia. Nada puede reprochársele, por tanto, cuando actúa como un fast second. El problema surge cuando la gran empresa se comporta conintivo o deliberadamente (como un fast second) y ello porque entonces las empresas pequeñas o medianas pierden todo incentivo a seguir invirtiendo en I + D. En efecto, si a pesar de sus innovaciones, no logran implantarse en el mercado o aumentar su cuota de mercado, lo más probable es que desistan del empeño de innovar. La consecución del objetivo de mantenimiento o aumento de cuota de mercado le resultará prácticamente insostenible, para luego lo que haga, el principal beneficiario de la innovación será el imitador gracias a la erosión de recursos -consistencia, por lo demás, a toda gran organización empresarial- de la que dispone (recursos financieros, control de canales de distribución, buena reputación, etc.)".

para que los imitadores mantengan sus cuotas de mercado, es decir, en estos casos nos encontraremos ante respuestas naturales de mercado que no calificarían como desleales.²⁰

En nuestra opinión, sostener que el fundamento de la existencia de la Imitación Obstruccionista se reduce a aquellas prácticas desarrolladas por las grandes empresas contra las pequeñas y medianas empresas, implicaría efectuar una distinción donde la propia ley no la hace, es decir, no existe una disposición expresa que acoja esta teoría y, en consecuencia, podría investigarse una conducta de presunta Imitación Obstruccionista seguida no solo por una gran empresa contra una pequeña o mediana empresa, sino también entre grandes empresas, o incluso por parte de pequeñas o medianas empresas contra grandes empresas.

Ello en virtud a una lectura integral de la norma, pero incluso si efectuamos una interpretación sistemática de la legislación peruana sobre represión de la competencia desleal, podemos concluir que no existe impedimento alguno para investigar y sancionar la Imitación Obstruccionista, sin importar la dimensión de la empresa imitadora y de la empresa imitada, pues lo que se persigue es mantener o promover que los agentes económicos se desenvuelvan lealmente en el mercado, sin distinción alguna.

Una vez revisadas las teorías que explican la existencia de la figura de la Imitación Obstruccionista como acto desleal, consideramos conveniente revisar nuevamente lo dispuesto por el artículo 13 del TUO, a fin de analizar sus requisitos:

"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 de aquél".

PORTELLANO, Pedro, *Op. Cit.* pp. 222-223. Por su parte, sobre el "free riding", DOMÍNGUEZ señala lo siguiente: "La principal problemática que se plantea es torno a la información como resultado innovador proviene precisamente del carácter de bien público que la caracteriza. Si se afirma que la información es un bien libremente utilizable por la generalidad, ello provocaría externalidades (diferencia entre el beneficio social y el beneficio privado derivado de la innovación); la adopción de externalidades supone que el creador (cientista, el inventor), no puede cobrar o beneficiarse total y exclusivamente de los beneficios que la innovación genera. En este contexto se sitúa la conocida problemática de "free riding", que hace referencia a la situación que se produce cuando un competidor accede al mercado apropiándose de información de otro para mejorar con ello su propia posición competitiva. Aplicando tal planteamiento a la actividad innovadora, podemos decir que el "free rider" introducido en el mercado con fines competitivos un producto que es imitación del de un competidor (pionero), no asumiendo ni costos de innovación (económicos, intelectuales, de personal, de tiempo, etc.), ni tampoco los riesgos que conlleva toda actividad innovadora (posible éxito o fracaso competitivo del producto). Por ello, el imitador podrá vender el producto de imitación a precio inferior que el del pionero, al no tener que afrontar las dependencias económicas inherentes en el proceso innovativo, disminuyendo posiblemente por ello las ventas del innovador o incluso, en situaciones extremas, siendo éste obligado a abandonar el mercado". DOMÍNGUEZ, Eva, *Op. Cit.* p. 93.

²⁰ Sobre el particular, DOMÍNGUEZ señala: "(...) la imitación sistemática realizada por una gran empresa en relación a prestaciones de una pequeña o mediana empresa, es idónea, bajo determinadas circunstancias, para asegurar a ésta, con fundamentos en consideraciones opuestas a la lucha competitiva (esto es, a la bondad de las prestaciones, como radica el principio de competencia por las prestaciones). Es precisamente esta situación la que el art. 11.3 LCD pretende impedir. (...) La represión de la imitación sistemática desde el Derecho de la competencia desleal tiene su sentido en la medida en que esta actividad, bajo determinadas circunstancias, disminuye la actividad innovativa de la pequeña y mediana empresa, con el efecto negativo que ello supone para el mercado. (...) La combinación de ambos argumentos (ineficiencia innovativa de la gran empresa, e imposibilidad de la pequeña y mediana empresa de competir las inversiones ocasionadas por la innovación realizada), tiene como efecto en la pequeña y mediana empresa la desincentivación de la actividad innovativa, lo que repercute negativamente en el mercado. En esta medida, podemos entonces concluir que la imitación sistemática puede ser una manifestación del ejercicio abusivo por la gran empresa de su "superioridad estructural" en el mercado, al ser un medio competitivo que repercute negativamente en el volumen innovativo óptimo esperado de la pequeña y mediana empresa. (...) el supuesto de la imitación sistemática realizada por una "empresa fuerte" que imita prestaciones y/o iniciativas de una empresa de la misma categoría ("empresa fuerte"). Debemos admitir con GHIDINI que esta práctica imitativa no debe ser calificada como desleal, porque el caso que subyace a esta actividad imitativa es de carácter defensivo, en el sentido de que mediante la imitación sistemática el competidor responde ("se defiende") de forma válida a la actividad innovativa del competidor que podría desahuciarlo de su posición de mercado. (...) También la actuación imitativa sistemática integra la denominada "respuesta natural del mercado" cuando la empresa imitadora es una pequeña o mediana empresa que imita las

Como puede apreciarse, la Imitación Obstruccionista requiere la concurrencia de diversos requisitos, los cuales pueden ser resumidos en los siguientes conceptos: (i) que la imitación recaiga sobre un competidor determinado; (ii) que la imitación sea sistemática y esté referida a las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero; (iii) que la imitación no sea una respuesta natural del mercado, es decir, que sea evitable; y, (iv) que la imitación tenga como objeto o efecto impedir u obstaculizar la afirmación o el despegue en el mercado del competidor imitado. A continuación, desarrollamos cada uno de estos requisitos.²⁹

1. Que la imitación recaiga sobre un competidor determinado

Este requisito es previsible, debido a que si la intención de un acto de Imitación Obstruccionista consiste en impedir la afirmación de un competidor en el mercado, entonces este debe ser único y determinado, es decir, estar plenamente identificado.³⁰

2. Que la imitación sea sistemática

En la medida que el término "sistemático" se refiere a aquello "que sigue o se ajusta a un sistema"³¹, entonces nos encontramos ante una conducta premeditada que al perseguir una determinada finalidad debe cumplir diversos parámetros y, en tal sentido, para identificarla debemos analizar tanto la oportunidad de la imitación (elemento temporal), así como el objeto de la imitación (elemento objetivo). Nos encontramos así ante una estrategia empresarial que tiene un objetivo claramente definido.

En cuanto al elemento temporal de la oportunidad de la imitación, existe coincidencia pacífica a nivel doctrinario como a nivel jurisprudencial del INDECOP, en el sentido de que la imitación debe ser plural, es decir, debe haberse efectuado en más de una oportunidad, ya que en caso contrario nos encontraríamos ante una conducta espontánea o aislada que no encuadraría dentro de la tipificación de este acto desleal y que permitiría sostener que cualquier imitación sería sistemática, asentando contra el revisado Principio de Libre Imitación de las iniciativas o prestaciones empresariales ajenas.³² En

prestaciones y/o iniciativas de una gran empresa, pero con fundamentos en razones diferentes que es el supuesto anterior. En estas circunstancias, la empresa imitadora imita las prestaciones y/o iniciativas de la gran empresa por razones "de necesidad", es decir, que si la pequeña empresa no desea perder poder competitivo, y ante la imposibilidad de realizar otra estrategia competitiva debido a su débil posición económica, debe seguir la línea marcada por la gran empresa, que es "la fuerza general del mercado". DOMÍNGUEZ, Eva, *Op. Cit.*, pp. 310, 311, 319.

²⁹ La Comisión y la Sala han señalado lo siguiente sobre los elementos que tipifican a la Imitación Obstruccionista: "Respecto de dicho supuesto, existen cuatro elementos concurrentes que tipifican la infracción por imitación sistemática: (i) debe referirse a un competidor determinado; (ii) debe tratarse de una imitación metódica o sistemática de las iniciativas y prestaciones del competidor; (iii) dicha imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado; y (iv) dicha imitación no debe ser una respuesta natural al mercado". Resolución No. 007-97-CCD, emitida por la Comisión con fecha 13 de febrero de 1997, en los seguidos por Ajinomoto del Perú S.A. y Suzuki Sanei Co. Ltd. vs. Productos Alimenticios Sibarita S.A. (Expediente No. 164-96-CCD).

En el mismo sentido: Resolución No. 0205-2004/TDC-INDECOP, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2004, en los seguidos por Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de SIDERPERU, ENAPUPERU y ELECTROPERU y de los Sectores Productivos y de Servicios Ltda. vs. Caja Municipal de Ahorro y Crédito del Santa S.A. (Expediente No. 028-2003/CCD); y, Resolución No. 0873-2002/TDC-INDECOP, emitida por la Sala con fecha 13 de diciembre de 2002, en los seguidos por Anonima Corporativa Integrata S.A. (ASCINSA) vs. Simad Consultores S.A.C. (Expediente No. 100-2002/CCD).

Cabe señalar que OSIPTEL, concurido con la Comisión en sus Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal de el Anexo de los Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo No. 025-2002-CD-OSIPTEL, según la Comisión: "... la imitación debe referirse a un solo competidor, es decir que se ha de tratar de una sistemática imitación de las iniciativas y prestaciones de uno de los competidores, precisamente aquel al que se quiere obstaculizar o incluso eliminar del mercado". Resolución No. 007-97-CCD, emitida por la Comisión con fecha 13 de febrero de 1997, en los seguidos por Ajinomoto del Perú S.A. y Suzuki Sanei Co. Ltd. vs. Productos Alimenticios Sibarita S.A. (Ex. No. 164-96-CCD).

³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 9, Espasa, Madrid, 2001, p. 1408.

³¹ La Comisión ha advertido lo siguiente: "... la adopción de los hechos materia de denuncia al supuesto de imitación sistemática debe ser evaluado rigurosamente en cada caso concreto, debido a que una aplicación extensiva de dicho supuesto podría conducir a Imitaciones inaceptables de las libertades de empresa, comercio e industria garantizadas por el artículo 19 de la Constitución Política del Estado. En tal sentido, si bien la copia sobre imitación sistemática no exige que la actividad debe emprenderse toda y cada uno de los hechos de comercialización emprendidos por el competidor, los hechos mencionados en el párrafo

otras palabras, para ser considerada sistemática, la conducta imitativa debe ser repetida o incluso recurrente.²²

El elemento temporal no solo debe analizarse por la cantidad de veces que se ha realizado la imitación, sino también por el momento en el cual se ha desplegado dicha imitación. En efecto, si la imitación tiene como propósito obstaculizar al competidor imitado, entonces deberá ser desplegada inmediatamente después de que este innove o implemente su correspondiente iniciativa o prestación empresarial en el mercado, ya que si no se produjera la inmediatez al imitar, entonces se entiende que no se está obstaculizando al competidor imitado, pues se está permitiendo que se afirme en el mercado a través de su iniciativa o prestación.²³

Finalmente en cuanto al elemento temporal, también debe tenerse en consideración que es irrelevante si las imitaciones sistemáticas (repetidas e inmediatas) se extienden a lo largo del tiempo (imitación diacrónica) o si se producen en un solo momento simultáneo (imitación sincrónica), pues en ambos supuestos el imitador puede conseguir la obstaculización del competidor imitado.²⁴

En cuanto al elemento objetivo, no importa si la imitación sistemática se produce sobre una determinada iniciativa o prestación empresarial del competidor imitado o si se produce sobre varias iniciativas o prestaciones empresariales de este, en la medida en que exista coordinación, es decir, que las diversas imitaciones estén ordenadas o articuladas entre sí para conseguir obstaculizarlo, impidiendo su afirmación o su despegue en el mercado o incluso fomentando su salida del mismo.²⁵ Sin embargo, cabe advertir que para los órganos funcionales del INDECOPI la imitación debería producirse sobre varias diferentes iniciativas o prestaciones empresariales, posición que consideramos debe ser reevaluada, ya que, por un lado, la norma no lo establece así y, por otro lado, porque no

encover deben ser tomadas en cuenta a fin de examinar el carácter metódico y sistemático de la presunto imitación". Resolución No. 007-97-CCD, emitida por la Comisión con fecha 13 de febrero de 1997, en los seguidos por Ajinomoto del Perú S.A. y Sunkei Sanaí Co., Ltd. vs. Productos Alimenticios Sibarta S.A. (Expediente No. 164-96-CCD).

²² Según Massaguer: "La finalidad predatoria de la imitación radica en su carácter automático y en su integración en una estrategia económica e impedir o obstaculizar el crecimiento de un competidor en el mercado. La automatización de la imitación supone en todo caso su carácter físcal, así que sea atendido la obstaculización generada por la imitación de una prestación o iniciativa singular. Y ello aunque no pueda descartarse que la imitación de una sola prestación o iniciativa pueda efectivamente obstaculizar a su creador. En efecto, el reproche de desigualdad exige la repetición, puesto que de otro modo se propiciaría una aplicación espasmodica del fundamento de desigualdad (obstaculización) en detrimento del principio de libre visibilidad". MASSAGUER, José. Op. Cit., p. 360.

²³ Según García Menéndez: "Ello podrá verificarse en circunstancias objetivamente reveladoras de dicha intención, como pueden ser el carácter sistemático y repetitivo de la imitación, la inmediatez con que se produce (si se trata de una reacción mucho más rápida que la usual en el mercado determinado, que revele objetivamente que se intenta privar al innovador del beneficio de su innovación) [...]". GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, Op. Cit., p. 174. Por su parte, Massaguer señala lo siguiente: "La imitación debe comportar una reacción inmediata a la aparición en el mercado de toda nueva prestación o iniciativa de un competidor. En este sentido, la inmediatez debe juzgarse atendiendo al tiempo de implantación de la prestación pionera: la mayor velocidad de implantación determinará que la obstaculización sólo ocurriera de mediar una imitación correlativamente veloz; así como atendiendo también al período de vida comercial de la prestación pionera: cuanto más breve sea, antes habrá de ser imitada para la lograr la obstaculización". MASSAGUER, José, Op. Cit., p. 360.

²⁴ Según Portellano: "[...] hay que preguntarse si es preciso que las imitaciones se extiendan a lo largo del tiempo (imitación diacrónica) o si, por el contrario, también pueden consumarse contemporáneamente (imitación sincrónica). [...] la más atenta distinción recae en el fin y punto de estos, que en contra de aquella opinión que atribuye, también las imitaciones pueden tener lugar todas o un tiempo. [...] Entendamos que esta última interpretación es la correcta. La razón se halla en el propio fundamento de la norma. En efecto, la obstaculización puede tener lugar tanto si la imitación es diacrónica como si es sincrónica". PORTELLANO, Pedro, Op. Cit., p. 201.

²⁵ Según Massaguer: "La segunda nota que caracteriza al tipo legal es la coordinación. En este sentido, no basta la mera sucesión de la imitación; antes bien, es preciso que las diversas imitaciones se hallen relacionadas y dirigidas a obstaculizar la posición del competidor. Por virtud de este requisito, imitaciones que simultáneamente consideren en sus resultados objetivos contrarios o los efectos interiores de desigualdad del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, pueden ser sancionadas en su conjunto". MASSAGUER, José, Op. Cit., p. 361. Por su parte, Portellano señala lo siguiente: "La segunda nota por la que se caracteriza un comportamiento sistemático o articulado es la coordinación. [...] Esto coordinación implica que las diversas imitaciones deben estar ordenadamente relacionadas o articuladas entre sí. De allí que no basta con que se haga lugar una pluralidad de imitaciones, sino que es preciso que estando dirigidas contrarias o a determinación objeto, que -como sabemos- es la obstaculización". PORTELLANO, Pedro, Op. Cit., p. 238.

veamos motivos por los cuales pueda negarse que la imitación sistemática de una sola iniciativa o prestación empresarial no es capaz de obstruir al competidor imitado.³⁷

Asimismo, no importa el carácter relevante, original o novedoso de la iniciativa o prestación empresarial imitada³⁸, pues como se recordará ello está generalmente protegido como derecho de exclusiva bajo la disciplina de la Propiedad Intelectual. Lo importante no es exactamente lo que se imita, sino en especial si la imitación puede obstaculizar o no la afirmación del competidor imitado en el mercado.³⁹ Incluso el contenido de lo imitado puede ser homogéneo por estar referido a imitaciones constantes sobre la misma iniciativa o prestación empresarial, o puede ser heterogéneo por estar referido a imitaciones constantes pero sobre iniciativas o prestaciones empresariales diferentes.

En resumen, que la imitación sea sistemática implica que responde a una estrategia, a un plan, a un sistema preconcebido destinado a obstaculizar la afirmación del competidor imitado en el mercado. En cuanto a los elementos temporales, las imitaciones deben ser plúres e inmediatas y pueden ser diacrónicas o sincrónicas. Asimismo, en cuanto a los elementos objetivos, las imitaciones pueden recaer sobre una o varias iniciativas o prestaciones empresariales distintas, sin importar su originalidad o relevancia para el competidor imitado.

3. Que la imitación no sea una "respuesta natural del mercado"

La determinación de que la imitación no es una respuesta natural del mercado permitiría concluir que ésta tiene como única finalidad obstaculizar la afirmación o despegue del competidor imitado en el mercado o incluso propiciar su salida del mismo. En otras palabras, si la imitación no responde a una justificación objetiva proveniente de reacciones o comportamientos comunes en el mercado, entonces se podrá entender que dicha imitación tiene únicamente un propósito desleal.⁴⁰

³⁷ En efecto, la Sala ha establecido el siguiente criterio: "En el presente caso, los denunciantes manifestaron que SODEXHO habría imitado la presentación general y contenido de la carta de platos utilizados en el 'Café Restaurant Barro de los Andes', lo cual evidenciaría una imitación sistemática. SODEXHO negó la presunta imitación de la carta de platos de los denunciantes, señalando que su empresa utilizaba los mismos platos en forma uniforme en todos los establecimientos de su propiedad a nivel mundial. Dicho afirmado por los denunciantes y de las pruebas que obran en el expediente, puede observarse que los presentes actos de imitación se habrían configurado a través de la imitación de una única prestación empresarial - la carta de platos del 'Café Restaurant Barro de los Andes'. Esta supuesta imitación de la carta de platos de los denunciantes no es suficiente para satisfacer la condición de sistemática necesaria para entablar una competencia de obstrucción, dirigida a perjudicar o eliminar al competidor, propia de los actos de imitación tipificados en el artículo 13 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal". Resolución No. 0316-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 06 de agosto de 2003, en los seguidos por Michel Bruno Burger y Gloria Isabel La Fuente Costo vs. Sodecho S.A.C. (Expediente No. 061-2002/CCD). Asimismo, la Sala ha señalado lo siguiente: "Es este caso, y aún en el supuesto hecho que se hubiera configurado un supuesto de imitación, en el caso únicamente se hace referencia a una única iniciativa empresarial, por lo que no se podría cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 13 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que consiste en acreditar que la denunciada haya imitado de manera reiterada y sistemática otras iniciativas empresariales de la Cooperativa". Resolución No. 0205-2004/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2004, en los seguidos por Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de SIDERPERU, ENAFUPER, y ELECTROPERU, y de los Sectores Productivos y de Servicios Ltda. vs. Caja Municipal de Ahorro y Crédito del Santa S.A. (Expediente No. 028-2003/CCD).

³⁸ Según Domínguez: "[...] tampoco en supuestos de imitación sistemática de iniciativas éstas deben poseer 'novedad', sino que es suficiente que poseen 'singularidad competitiva' para que, en su caso, se pudiere entrar a considerar la existencia de imitación sistemática. En caso contrario, cuando las iniciativas no poseen 'singularidad competitiva', su actividad sistemática no está calificada como abusiva, al estimarse que las iniciativas imitadas son hábitos y generalmente utilizados en determinados sectores, integrando por sí mismos 'la respuesta natural del mercado' ex art. 11.3 LCD". DOMÍNGUEZ, Eva, Op. Cit., pp. 243-243.

³⁹ Sobre el particular, la Sala ha señalado lo siguiente: "[...] debe recordarse que, en el caso de la imitación sistemática, se es relevante la originalidad de lo que se imita en el caso de conflicto, así el propósito de impedir o obstaculizar la afirmación en el mercado de un competidor, es decir impedir u obstaculizar su adecuado posicionamiento en el mercado. En ese orden de ideas, cabe aclarar que no es relevante para este análisis la originalidad de las características de los tiempos mere 'Recopyle' sino su capacidad por impedir u obstaculizar el posicionamiento adecuado del producto en el mercado". Resolución No. 0198-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2003, en los seguidos por Dado S.A.C. vs. Fábrica Peruana Esami S.A. (Expediente No. 014-2002/CCD).

⁴⁰ Sobre el particular, Zaragoza señala lo siguiente: "[...] [la imitación] deberá exceder de lo que según las características, puede reputarse como una respuesta natural del mercado. En otro sentido dice, así cuando en nuestro orden impera una por

En tal sentido, un agente económico podrá imitar las iniciativas o prestaciones empresariales de su competidor en virtud al "Derecho de Imitación", pero siempre que, al mismo tiempo, observe su "Deber de Diferenciación", evitando emplear los elementos del tercero que se encuentran protegidos por derechos de exclusividad de Propiedad Intelectual, o evitando efectuar una imitación sistemática que persiga obstaculizar la afirmación del competidor imitado en el mercado.

En resumen, el imitador no incurrirá en imitación Obstruccionista, a pesar que los elementos imitados formen parte de las iniciativas o prestaciones empresariales del competidor: (i) si acude a elementos comunes o generalizados en el mercado¹¹; (ii) si desarrolla sus actividades recurriendo a elementos indispensables para ello¹²; (iii) si los elementos imitables conforman una tendencia o

imprecisión o la forma (...) que no puede imitarse que los competidores ofrecen a su clientela bienes o servicios en una forma tal que responde al gusto del día o a la moda, (...) que nada en el mercado puede pretender que sus iniciativas de organización o métodos de venta y publicidad queden protegidos "erga omnes", ya que cada competidor se ve expuesto a que tales estrategias se generen y en esta razonable generalización está la respuesta natural del mercado". (Agregado nuestro). ZARAGOZÁ, José Francisco, Op. Cit., p. 114.

¹¹ En un caso particular, la Sala ha señalado: "[...] la exhibición de tonques recortados en las fachadas de los distribuidores, el uso de banderolas rectangulares para difundir mensajes sobre sus productos, la contratación de promotores en puntos de ventas y la realización de eventos en zonas comerciales con exhibición de granules enlatados de conque constituyen iniciativas de uso general en la promoción y comercialización de dicho tipo de productos y servicios en el mercado, por lo que no puede de ninguna manera atribuirse a un competidor el derecho a emplear dicha forma de comercialización de manera exclusiva. En ese orden de ideas, el empleo de aquellas estrategias de comercialización no constituye un acto de imitación sistemática por parte de la demandada". Resolución No. 0196-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2003, en los seguidos por Dalka S.A.C. vs. Fábrica Peruana Eternit S.A. (Expediente No. 014-2002/CCD).

Asimismo, en otro caso, la Sala ha señalado: "En el presente caso la Cooperativa considera que la Caja Municipal resulta responsable de imitar sus iniciativas empresariales por haber ofrecido a Sider la firma de un convenio de otorgamiento de préstamos a su personal bajo la modalidad de descuento por planilla, pese a que la Ley General de Cooperativas le otorga prioridad para realizar tales acuerdos. La Cooperativa sostiene que el fin que persigue la Caja Municipal con estas actas es el de recortar del mercado. Al respecto, si bien el artículo 79 de la Ley General de Cooperativas otorga a las cooperativas prioridad para descontar de las remuneraciones de sus socios las sumas que éstos les adeuden, no se ha otorgado a estas entidades la exclusividad en el empleo de esta modalidad para hacerse cargo de sus acreencias. En ese sentido, no existe impedimento para que otras entidades – financieras o no – celebren convenios con distintas empresas para, previo consentimiento de sus trabajadores, descontar de su remuneración los montos que éstas pudieran adeudarles por la adquisición de bienes y/o servicios. Por el contrario, ésta resulta una modalidad común que se emplea en el mercado con el fin de facilitar el cobro de las acreencias, por lo que en el caso concreto, no podría considerarse que la Caja Municipal ha imitado una iniciativa empresarial de la Cooperativa con el fin de obstaculizar su desenvolvimiento en el mercado. (...) No se habría configurado un supuesto de imitación de iniciativas empresariales, en la medida que resulta una práctica generalizada en el mercado la celebración de convenios para el otorgamiento de préstamos, entre otros, bajo la modalidad de descuento por planilla". Resolución No. 0205-2004/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 28 de mayo de 2004, en los seguidos por Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de SIDERPERU, ENAPUPERU y ELECTROPERU y de los Sectores Productivos y de Servicios Ltda. vs. Caja Municipal de Ahorro y Crédito del Surco S.A. (Expediente No. 028-2003/CCD).

Finalmente, en otro caso también interesante, la Comisión ha señalado: "[...] la imitación del contenido de las envases promotores y accesorios del producto ARI-IND-MOTO es una respuesta competitiva natural que, como tal, no constituye un acto de competencia desleal. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que en los diversos segmentos de un mercado competitivo, y por regla general en el caso de la industria de alimentos, las empresas concurren distribuyendo productos sustitutos, de este modo, cada marca de producto logra establecerse frente a los demás ofreciendo una determinada combinación precio - calidad cuya permanencia en el mercado dependerá de la aceptación que obtenga frente a los consumidores. La mayoría de iniciativas empresariales que se dan en este contexto, por tanto, se encuentran expresadas e la generalización como consecuencia de respuestas competitivas naturales. Por ejemplo, en el mercado de cereales se han generalizado iniciativas tales como envases al plástico en paquetes de un kilogramo cuando, a distribuirlos en paquetes de uno o de cuatro kilogramos en el mercado de otros, por otro lado, se han generalizado las envases o vendidos en bolsas de tres cuartos de kilo o de medio kilo, además de la de un kilogramo y en el mercado de café para molido, la práctica de venderlo en sobres que contienen 10 gramos del producto". Resolución No. 007-97-CCD, emitida por la Comisión con fecha 13 de febrero de 1997, en los seguidos por Ajinomoto del Perú S.A. y Sumi Sanei Co. Ltd. vs. Productos Alimenticios Sibaria S.A. (Expediente No. 164-96-CCD).

¹² La Sala ha señalado: "[...] de las pruebas recaudadas en este expediente se desprende que la firma de presentación y diseño característicos de los envases empleados por Jibito para comercializar sus productos corresponden a dichas marcas empleadas por todos los productores que concurren en el mercado de artículos de limpieza, los cuales deben imitarlos por necesidades derivadas de la propia uso por parte de los consumidores, siendo que, en algunos casos, estos elementos serían necesarios para que el consumidor pueda darle un uso adecuado a los referidos productos, razón por la cual, la conducta de la demandada de comercializar sus productos utilizando la presentación general nativa de la presente debería constituirse una respuesta natural por parte de esta empresa a las exigencias del mercado. Asimismo, debemos señalar que, tratándose de ciertos contextos o uso tipo de productos, los cuales son empleados por todos los que concurren en este mercado debido a las características de los mismos, no puede hablarse de que el comportamiento de la demandada constituye una imitación sistemática de las presentaciones o iniciativas

moda al momento de realizarse la imitación⁴³; o, (iv) si, en general, el imitador no puede evitar tal imitación⁴⁴, debido a que si renuncia a ella pone en riesgo la posibilidad de desarrollar sus propias actividades económicas.⁴⁵

Finalmente, conviene recordar que algunos autores consideran además que las grandes empresas que imitan a medianas o pequeñas empresas no pueden alegar que desarrollan una 'respuesta natural de mercado', ya que su conducta es desleal al desincentivar a éstas que inviertan en investigación y desarrollo; empero, cuando una gran empresa imita a otra gran empresa, se habla de 'conductas de defensa', o cuando una pequeña o mediana empresa imita a una gran empresa se habla de 'conductas de necesidad', siendo ambos tipos de conductas 'respuestas naturales del mercado'.⁴⁶ Sin embargo, como ya lo manifestamos, no compartimos esta teoría debido a las dificultades técnicas que se presentarían para definir el tamaño de las empresas y el mensaje negativo que

empresariales de un competidor determinado, en este caso de Johnson, por otro lado, la deslealtad no ha acreditado que la creación de la asociación hubiera impedido la obtención de su empresa en este mercado". Resolución No. 060-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 19 de septiembre de 2000, en los seguidos por S.C. Johnson & Son del Perú S.A. vs. Interamerican Trade Development Company S.A. (Expediente No. 032-2000/CCD y 039-2000/CCD - Acumulados).

⁴³ Sobre el particular, la Comisión ha indicado lo siguiente: "(...) tenemos el caso de las creaciones estéticas que responden a los gustos y preferencias de los consumidores en un mercado determinado, situación en el cual la libre imitación de los mismos está permitida ya que de lo contrario se crearía una barrera de acceso al mercado al resto de competidores, quienes no podrían acceder a un mercado determinado, al menos en condiciones de igualdad, dado que no podrían utilizar la forma que precisamente es habitual para este tipo de productos, y que es indispensable para su fabricación o comercialización". Resolución No. 057-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 21 de septiembre de 2000, en los seguidos por Valvostanaria Industrial S.A. (VAINSA) vs. Fábrica de Grifería S.A. (FAGRISA) y Dersa S.A. (Expediente No. 035-2000/CCD y 059-2000/CCD - Acumulados).

⁴⁴ Sobre la noción de "inevitabilidad", Massaguer señala lo siguiente: "La introducción de la inevitabilidad como elemento clave del reproche de la deslealtad revela con claridad que la reprochación encuentra su fundamento en estos casos el origen de la presentación de los productos o servicios mediante signos distintivos, porque evidentemente cualquier marca de asociación o de aprovechamiento indebido de la reputación que se derive de la forma de presentación puede y debe ser evitada. Dicho en otras términos: nada puede justificar legítimamente la perturbación de la transparencia en el mercado que generan los signos distintivos, tampoco la libertad de imitación. La noción de inevitabilidad adquiere todo su sentido, en cambio, cuando la imitación se proyecta sobre una presentación o, por mejor decir, sobre la creación técnica o estética en que ésta consiste. Y ello, porque el legislador se sirve de esta noción para definir el ámbito de la reprochación de la imitación desleal (y hacerla de forma restrictiva), al tiempo que salvaguarda la posibilidad y coherencia de los sistemas de protección de creaciones mediante derechos de propiedad industrial e intelectual". MASSAGUER, José. Op. Cit., pp. 341-342.

⁴⁵ En un caso puntual, la Comisión ha establecido lo siguiente: "(...) la aparición de los signos sobre competencia desleal a los casos de imitación de las formas de los productos, deberá hacerse con especial cuidado a fin de no extender injustificadamente los alcances de la regulación de propiedad industrial y restringir de esta manera la libertad de iniciativa privada reconocida por la Constitución; limitándose a imponer únicamente aquellas cosas en las cuales la creación que se pretende proteger efectivamente cumple una función indicadora de su origen empresarial y no concierne respecto a cosas que puedan utilizarse para la misma finalidad, la cual deberá ser analizada en cada caso concreto". Resolución No. 060-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 19 de septiembre de 2000, en los seguidos por S.C. Johnson & Son del Perú S.A. vs. Interamerican Trade Development Company S.A. (Expediente No. 032-2000/CCD y 039-2000/CCD - Acumulados). En el mismo sentido: Resolución No. 057-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 21 de septiembre de 2000, en los seguidos por Valvostanaria Industrial S.A. (VAINSA) vs. Fábrica de Grifería S.A. (FAGRISA) y Dersa S.A. (Expediente No. 035-2000/CCD y 059-2000/CCD - Acumulados); Resolución No. 073-2000/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión con fecha 28 de noviembre de 2000, en los seguidos por Clorox del Pacífico S.A. vs. Intratecno Industrial S.A. (Expediente No. 089-2000-CCD).

Asimismo, en un caso ilustrativo, la Sala ha señalado lo siguiente: "Las denominaciones utilizadas por ambas empresas para identificar sus productos responden a la naturaleza de los mismos, la similitud que pueden existir entre ambos no constituye un elemento concluyente para determinar la existencia de actos de imitación de las marcas empresariales de ASCINSA". Resolución No. 0873-2002/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala con fecha 13 de diciembre de 2002, en los seguidos por Accuris Corporativos Integrales S.A. (ASCINSA) vs. Simad Consultores S.A.C. (Expediente No. 100-2000/CCD).

⁴⁶ En esta línea de pensamiento se encuentra Parodianno: "(...) podemos explicar del día de la deslealtad definido por la Ley dos supuestos que se regulan o menuda en la práctica económica. El primer se presenta cuando los signos activo y pasivo son empresas de tamaño similar. El segundo tiene lugar cuando el sujeto activo de la imitación es una pequeña o mediana empresa y el sujeto pasivo una gran empresa:

a) Obtiene a razones obvias la protección de la deslealtad en el primer grupo de casos [imitación sistemática en la que los sujetos activo (imitador) y pasivo (imitado) tienen emparejadas sus semejanzas, o. e., son dos grandes empresas]. En otro tipo de hipótesis la imitación no es objetivamente idéntica para alcanzar ese resultado. La imitación es un fenómeno "natural" que responde (...) a la necesidad estratégica de reaccionar con urgencia frente al movimiento del mal (procedimiento por: en el artículo 11.3 LCD dice que queda excluida la deslealtad de la imitación cuando la imitación sistemática "pueda replicarse una respuesta natural del mercado"). En síntesis, a una gran empresa se ve sorprendida por una serie de innovaciones de otra y un

podría brindarse al mercado en el sentido de que dependiendo del tamaño del agente económico su conducta será leal o desleal, cuando ello debe responder únicamente al comportamiento desplegado por el agente en el mercado, al margen de su tamaño.

4. Que la imitación tenga como objeto o efecto impedir u obstaculizar la afirmación o el despegue en el mercado del competidor imitado

Una vez determinado el hecho de que la imitación puede calificarse como sistemática y que no respondería a una respuesta natural del mercado, corresponderá establecer si tiene la capacidad de obstaculizar la afirmación o el despegue en el mercado del competidor imitado, o incluso promover su salida de dicho mercado.

Como puede apreciarse, la acreditación de este requisito podrá reposar sobre un plano especulativo, debido a que si previamente existe certeza sobre la sistematicidad de la imitación y de que no es una respuesta natural del mercado, entonces podrá asumirse que perseguía obstruir al competidor imitado, haya producido o no tal efecto al denunciante, ya sea de manera dolosa o culposa.

Y ello es válido en la medida en que los actos de competencia desleal son "fícticos de peligro", es decir, que no se requiere demostrar que produjeron un daño efectivo o que el comportamiento fue doloso, bastando que tengan la capacidad de generar un perjuicio potencial, de conformidad con el artículo 5 del TUO.¹⁷

La obstaculización puede generarse tanto sobre el desarrollo integral de las actividades económicas del competidor imitado, así como respecto de una determinada línea de negocio, ya que lo que se pretende sancionar a través de la figura de la Imitación Obstruccionista es cualquier tipo de obstaculización al competidor imitado, no necesariamente aquella que ponga en riesgo su continuidad en el mercado, sino que se privilegia la defensa contra aquellas imitaciones que impliquen la afirmación o despegue de este, lo cual puede ocurrir perfectamente sobre una determinada línea de negocio. Es decir, esta figura legal trata de desincentivar cualquier intento de obstaculización, pues es preferible corregir de plano una distorsión que no implique necesariamente la salida del mercado del competidor imitado a lidiar sólo con supuestos que impliquen ya tal salida.

En conclusión, la Imitación Obstruccionista es una modalidad de Imitación Desleal que reúne cuatro características específicas. La primera característica es que el competidor imitado se encuentre

empresa, es indudable que, al sentir amenazada su cuota de mercado, puede contrastarse con otras innovaciones. Pero hasta que ese momento llegue, se verá compelido – en términos estratégicos – a imitar las innovaciones del rival, si no quiere que sus innovaciones lleguen dematada tarde por haberse ya deteriorado gravemente su posición en el mercado.

b) El segundo grupo de casos en el que la imitación sistemática no debe seronote desleal viene dado por aquellos supuestos en que el sujeto activo (imitador) de la imitación sistemática es una pequeña o mediana empresa y el sujeto pasivo (imitado) es una empresa grande o de mayor tamaño. La exclusión de la deslealdad se justifica, en primer lugar, por el hecho de que cuando una pequeña o mediana empresa imita de forma reiterada las prestaciones e innovaciones de una gran empresa, probablemente ésta se resientirá en alguna medida; pero dadas sus características y recursos no se verá obstaculizado en el mercado y, por tanto, la imitación sistemática no desincentiva el desarrollo de su programa de I+D. En segundo lugar, la exclusión de la deslealdad de la imitación sistemática realizada por pequeñas empresas se explica por el objetivo de evitar que se llegue a una estructura de mercado monopolística u oligopolística, es decir, a un mercado controlado por uno o varias grandes empresas, que puede resultar perjudicial para estimular la innovación. Y finalmente para la sobrevivencia de las pequeñas y medianas empresas, la imitación sistemática de las prestaciones e innovaciones de una gran empresa del sector constituye una estrategia esencial y necesaria: si se prefiere, por decirlo con palabras del artículo 11.3 LCD, "una respuesta natural del mercado". La razón por la que las pequeñas y medianas empresas se ven, de hecho, compelidas a imitar las prestaciones e innovaciones de las grandes empresas se comprende sin dificultad". PORTELLANO, Pedro, Op. Cit. pp. 226-228.

¹⁷ TUO, "Artículo 5.- Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá demostrar un daño efectivo a un competidor o a los consumidores o al orden público. Sin perjuicio de la disposición en el párrafo anterior, se considerará como acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a impedir o obstaculizar sistemáticamente el desarrollo de un competidor".

plenamente identificado, siendo uno solo. La segunda característica consiste en que se produzca una equiparación sistemática con la oferta de otro agente competidor, es decir, que sea una imitación plural e inmediata, ya sea diacrónica o sincrónica, sobre una o varias de las iniciativas y/o prestaciones empresariales ajenas, sin importar la originalidad o relevancia de éstas para el competidor imitado. La tercera característica consiste en que dicha imitación no sea una respuesta natural del mercado, es decir, que no responda a una justificación objetiva proveniente de reacciones o comportamientos comunes y válidos en el mercado. La cuarta característica consiste en que la imitación tenga simplemente la capacidad de obstaculizar u obstruir las iniciativas y/o prestaciones empresariales del competidor imitado para que éste no pueda afirmarse y/o despegar en el mercado, debilitando su posicionamiento y poniendo en riesgo incluso su permanencia en el respectivo segmento de mercado.