

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre expediente de relevancia jurídica N.º 104-2012/CCD y N.º 172-2012/CCD, E-2669 que resuelve desestimar las denuncias interpuestas a Nestlé Perú S.A., en relación con la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Amely Pamela Carita Aramayo

REVISOR:
Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2024

INFORME DE SIMILITUD

Yo **Alejandro Martín Moscol Salinas**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre expediente de relevancia jurídica N°104-2012/CCD y 172-2012/CCD, E-2669 que resuelve desestimar las denuncias interpuestas a Nestlé Perú S.A., en relación con la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Amely Pamela, Carita Aramayo

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **35 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **21/05/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 30 de mayo de 2024**

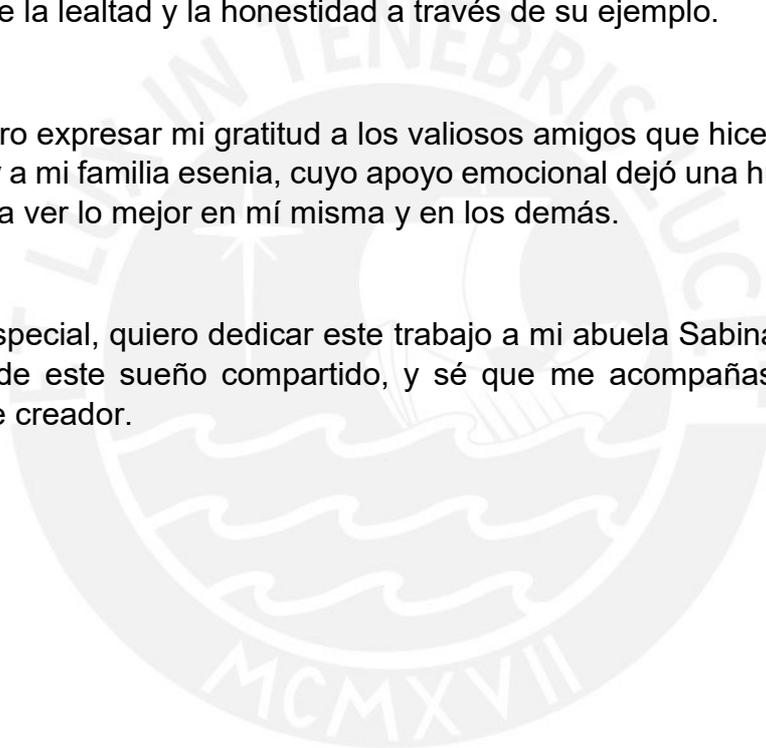
Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Moscol Salinas, Alejandro Martín	
DNI: 09855438	
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1125-3065	

Agradecimientos:

Agradezco a mis padres y mi familia por su amor incondicional y por enseñarme la importancia de la lealtad y la honestidad a través de su ejemplo.

También quiero expresar mi gratitud a los valiosos amigos que hice durante mi carrera universitaria y a mi familia esenia, cuyo apoyo emocional dejó una huella en mi corazón y me enseñó a ver lo mejor en mí misma y en los demás.

De manera especial, quiero dedicar este trabajo a mi abuela Sabina. Tú eres la piedra fundamental de este sueño compartido, y sé que me acompañas desde el lado de nuestro Padre creador.

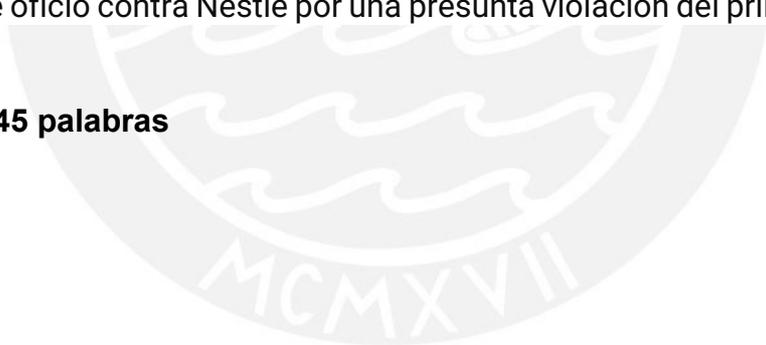


RESUMEN

El siguiente informe aborda un procedimiento administrativo sancionador en el cual la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ratifica la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI, que desestimó la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) y el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (IDOM) contra Nestlé Perú S.A., por supuestos actos de competencia desleal. El informe examina las principales etapas de este procedimiento, considerando la impugnación presentada contra el acto administrativo emitido por la primera instancia y mi posición respecto a la controversia.

En primer lugar, se analiza el mandato normativo que exige una evaluación completa y superficial de todo el contenido publicitario, así como su aplicación en este caso específico, centrándose en la cuestión de si los términos de la publicidad en disputa fueron transmitidos de manera clara y perceptible, especialmente, en lo que respecta a la fecha de inicio de la promoción. En segundo lugar, se discute la importancia de interpretar la naturaleza de un concurso publicitario que depende del azar, y se abordan las objeciones planteadas por las asociaciones denunciantes sobre la falta de divulgación por parte del proveedor de las fechas en que se distribuirán los premios principales, junto con mi postura al respecto. Finalmente, se revisa la confirmación por parte de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la resolución emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N.º1, que desestimó la imputación de oficio contra Nestlé por una presunta violación del principio de legalidad.

Extensión: 245 palabras



ÍNDICE ANALÍTICO

CAP	NOMBRE	PAG.
I	<i>SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN ETAPAS</i>	11
I.1	<i>Análisis Crítico de las principales piezas procedimentales del procedimiento administrativo sancionador y su desarrollo por parte de la autoridad administrativa</i>	11
I.1.1	<i>Antecedentes de la denuncia</i>	11
I.1.2	<i>Denuncia Administrativa</i>	14
I.1.3	<i>Resolución que admite a trámite la denuncia</i>	15
I.1.4	<i>Descargo del denunciado</i>	17
I.1.5	<i>Acto Administrativo de Primera Instancia</i>	17
I.1.6	<i>Argumentos del Recurso de Apelación de ASPEC</i>	18

<i>I.1.7</i>	<i>Argumentos del Recurso de Apelación de Nestlé</i>	19
<i>I.1.8</i>	<i>Motivación del Acto Administrativo de Segunda Instancia</i>	20
<i>I.1.9</i>	<i>Del Segundo Acto Administrativo por la Primera Instancia</i>	21
<i>I.1.10</i>	<i>Del Recurso de Apelación contra la Resolución N.º 021-2015/CCD-INDECOPI</i>	22
<i>I.1.11</i>	<i>De la Resolución emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia</i>	23
I.2	<i>Análisis del procedimiento administrativo</i>	24
I.3	<i>Comentarios</i>	32
a)	Sobre la naturaleza jurídica en materia de las sanciones por competencia desleal	32
b)	Sobre la determinación de las multas en INDECOPI	35

II	Marco Teórico	39
II.1	<i>Antecedentes legislativos</i>	39
II.2	<i>Marco Normativo</i>	40
II.2.1	<i>Norma sustantiva</i>	44
II.2.2	<i>Norma procedimental</i>	45
II.3	<i>Análisis doctrinario de figuras jurídicas del expediente</i>	50
III	Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos	54
III.1	<i>Problema Principal</i>	54
III.2	<i>Problemas Secundarios</i>	54

III.3	<i>Análisis de los Problemas Jurídicos</i>	55
III.3.1	<i>¿Nestlé cometió actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño e infracción al principio de legalidad, tipos infractores contenidos en el Decreto Legislativo N.º 1044?</i>	54
III.3.2	<i>¿La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, debió declarar improcedente denuncia presentada por ASPEC en primera instancia?</i>	69
	Conclusiones	71
	Bibliografía	73
	Anexos	79

PRESENTACIÓN

En el presente informe se analizará la controversia surgida a raíz de una denuncia del Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (IDOM) así Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), y la empresa Nestlé Perú S.A. (en adelante Nestlé) en su calidad de denunciado; en relación a una campaña publicitaria, a través de la cual, Nestlé ofertaba 40 vales de compra de S/ 5,000.00 que debían ser usados en 10 minutos en las Tiendas Ripley, en la cual no habría informado de forma clara, oportuna y de fácil acceso, las condiciones de la promoción, la fecha de comienzo y la forma de presentación de los empaques, alegando la creación de falsas expectativas en el consumidor, según lo alegado por la empresa denunciante.

En atención al hecho denunciado, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal inició un procedimiento administrativo sancionador contra Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en su modalidad de actos de engaño, tipo infractor contenido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal; y, por vulneración al principio de legalidad contenido en el numeral 1 del artículo 17 del Precitado Decreto Legislativo N.º 1044.

En atención a los hechos denunciados y a la imputación de cargos, la Comisión de Competencia Desleal declaró infundada la denuncia en primera instancia administrativa, decisión que fue confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en segunda instancia administrativa, en tanto consideró que de una revisión integral y superficial de la campaña publicitaria no se contemplan elementos que induzcan a error a los consumidores y que el mensaje era claro y comprensible.

En este informe se analizarán los argumentos legales y los medios probatorios presentados por IDOM y Nestlé para sustentar su defensa. Se examinará el

criterio aplicado tanto en primera como en segunda instancia para motivar cada acto administrativo, con el propósito de identificar los argumentos de relevancia jurídica. Además, se llevará a cabo un análisis de las etapas del procedimiento administrativo de competencia desleal, considerando la nulidad que se presentó en el acto administrativo emitido por la primera instancia y mi posición en relación con la controversia.



INTRODUCCIÓN

ÁREAS QUE ABARCA EL EXPEDIENTE

El expediente se centra en el área de derecho administrativo. En cuanto al derecho administrativo, considerando que el procedimiento sancionador de competencia desleal¹ es un procedimiento administrativo sancionador, el cual se encuentra regulado en el Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante TUO de la LPAG), se analizan las reglas procedimentales impuestas en tanto, el Artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

Asimismo, dicha base legal precisa que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley, razón por la cual, resulta aplicable las disposiciones del derecho administrativo, contenidas en el TUO de la LPAG, adicionando la aplicación de los principios que regulan la potestad sancionadora que son aplicables al presente caso.

Por su lado, respecto al derecho de la competencia, como se puede observar en la página institucional del INDECOPI, se observan las ramas de libre competencia, protección al consumidor, barreras burocráticas, propiedad

¹ **Decreto Legislativo N.º 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal**

TÍTULO V

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Capítulo I

De la Postulación

Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

intelectual, entre otras, dentro las cuales se evalúa también la competencia desleal, bajo las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, (en adelante, Decreto Legislativo N.° 1044), norma que según su Exposición de Motivos, “(...) *perfeccionará sustancialmente* la labor destinada a velar por la fiscalización de la competencia desleal en el Perú, lo que, a su vez, mejorará la competitividad del país y establecerá un ambiente apropiado para las inversiones y el proceso competitivo por eficiencia, en beneficio de la sociedad en su conjunto”².

JUSTIFICACIÓN

El presente expediente ha sido elegido por la relevancia jurídica que ostenta en virtud de las normas del derecho administrativo y del derecho de la competencia.

Es así que en la presente controversia se discute la presunta comisión de (2) dos tipos infractores, consistentes en actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño y la contravención al principio de legalidad, ambos contenidos en el Decreto Legislativo N.° 1044.

Cabe señalar que, es el mismo Decreto Legislativo N.° 1044, el que ha desarrollado y establecido los presupuestos que deben concurrir para la configuración de la conducta infractora, lo que origina la evaluación de dichos presupuestos y de los antecedentes emitidos por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, a efectos de analizar los criterios esgrimidos en el año 2023, en relación a la materia de análisis.

Por otra parte, debe tenerse presente que en esta controversia se han acumulado diversos expedientes y concurren dos denunciantes, dentro de los cuales se encuentra una asociación de protección al consumidor, lo que hace

² Información obtenida de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.° 1044, obtenida en el siguiente enlace web: https://spji.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf. Lima, 25.08.2023.

interesante desde el punto de vista procedimental, su injerencia en el procedimiento.

En el presente informe se evaluará – además de los presupuestos para la configuración de la conducta infractora, la figura de la nulidad, los requisitos de validez del acto administrativo, el correcto uso de la figura de la nulidad por parte de la autoridad administrativa, extremo respecto de los cuales corresponde realizar una crítica y determinar la postura frente a los argumentos legales expuestos y la valoración de los medios probatorios.



CAPÍTULO I

I.1 SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN ETAPAS

En este extremo del informe, se describirán las principales etapas del procedimiento administrativo sancionador y los extremos sobre los cuales ha resuelto la primera y segunda instancia administrativa, a través de su acto administrativo:

En ese sentido, se describirán los hechos alegados y sustentados en las siguientes actuaciones:

- a. Descripción de hechos que suscitaron el caso.
- b. Denuncia administrativa.
- c. Resolución que imputa cargos al denunciado.
- d. Descargos presentados por el denunciado.
- e. Acto administrativo emitido por la primera instancia.
- f. Acto administrativo emitido por la segunda instancia.

I.1. Análisis crítico de los principales actos procesales del procedimiento administrativo sancionador y su desarrollo por parte de la autoridad administrativa

I.1.1.ANTECEDENTES DE LA DENUNCIA:

El 23 de abril de 2012, la empresa Nestlé inició una campaña publicitaria con el objetivo de promocionar su producto "Sublime". La campaña ofrecía la emocionante oportunidad de ganar una amplia variedad de premios, incluyendo

40 premios principales que consistían en vales de compra. Estos vales tenían la particularidad de ser válidos durante un lapso de 10 minutos en las tiendas Ripley.

Los afortunados ganadores de los premios principales tenían la posibilidad de canjear sus vales de compra en tiendas Ripley, permitiéndoles seleccionar productos de su elección por un valor de hasta 5000 soles. Esta estrategia publicitaria buscaba no solo destacar el producto "Sublime", sino también ofrecer a los participantes la experiencia única de disfrutar de una compra sin restricciones durante un breve y emocionante periodo de tiempo.

Aunque el mensaje publicitario logró generar una respuesta positiva entre los posibles consumidores, varios tomaron en consideración la publicidad al tomar decisiones de compra con la esperanza de tener la oportunidad de ganar los premios principales. Sin embargo, voces expertas en marketing, como la empresa Mercadeando S.A., y la sección de defensa del consumidor del diario El Comercio, en su edición del sábado 16 de junio de 2012 (páginas B10 y 11), no tardaron en expresar sus opiniones al analizar detenidamente el mensaje de la campaña.

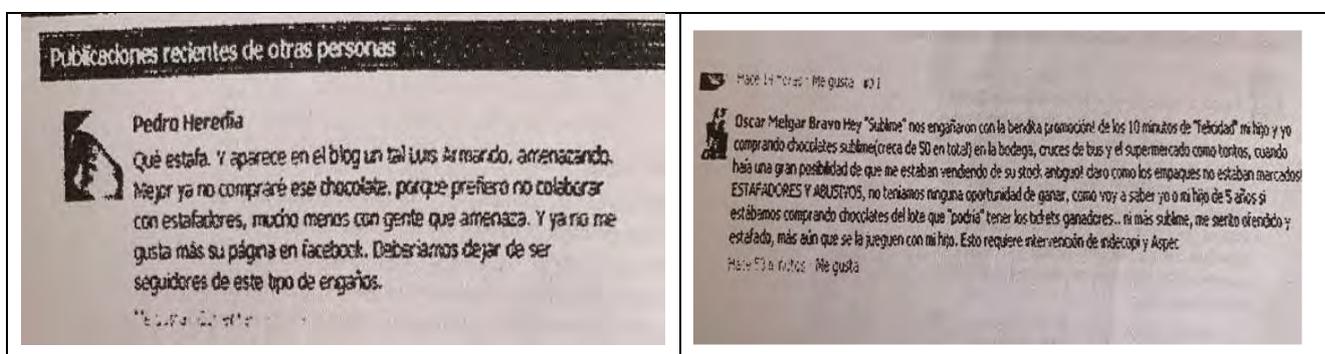
Las voces autorizadas señalaron que, al examinar la campaña, identificaron al menos información que no quedaba clara. Esta falta de claridad podría tener consecuencias negativas para los consumidores y afectar el equilibrio del mercado. En particular, se destacó la importancia de abordar las posibles ambigüedades en la información proporcionada para garantizar la transparencia y la protección del consumidor, elementos esenciales en el contexto publicitario.

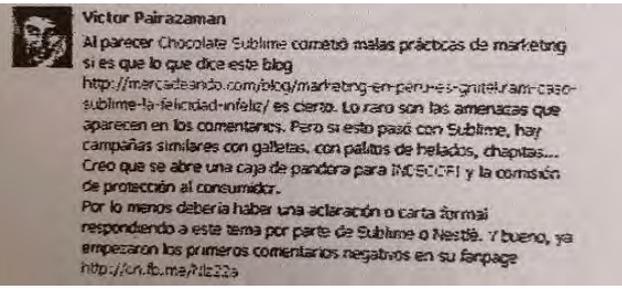
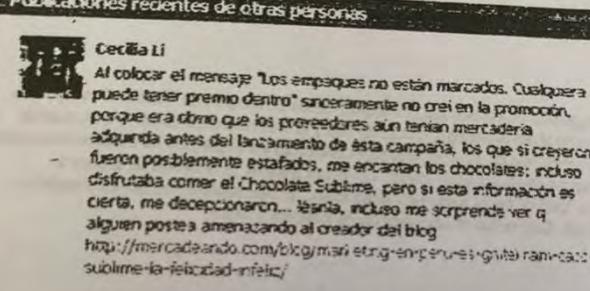
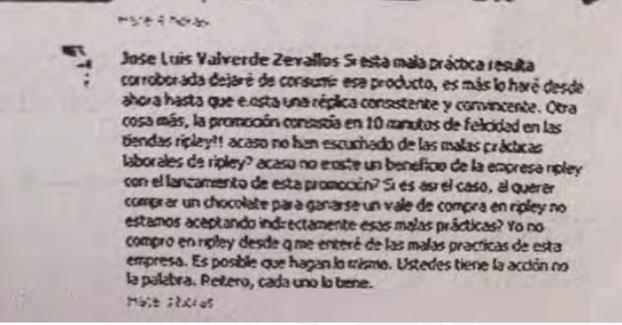
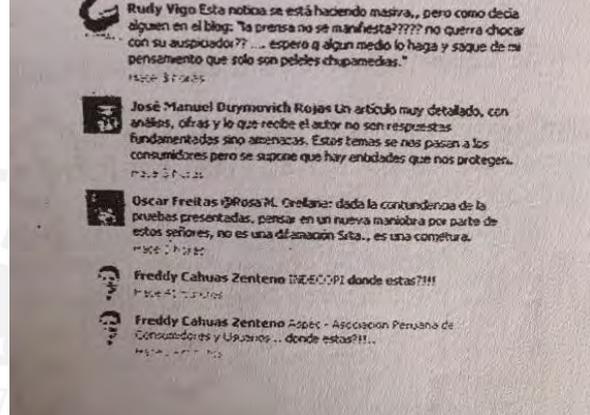
En respuesta a los comentarios vertidos por los medios de comunicación previamente mencionados, IDOM llevó a cabo una investigación al adquirir conocimiento sobre la información pertinente. Esto condujo a la conclusión de que existen argumentos jurídicos sólidos y un interés legítimo para emprender acciones con el fin de proteger los intereses difusos relativos a la publicidad comercial.

En virtud de estos principios y con el objetivo de salvaguardar la integridad del mercado, IDOM tomó la decisión de presentar una denuncia ante INDECOPI contra Nestlé. Esta acción se fundamenta en la presunta conducta de la empresa, que, según la percepción de IDOM, no se ajusta a los principios de buena fe empresarial. La denuncia tuvo como finalidad abogar por la transparencia, la competencia leal y el respeto a los consumidores en el mercado, aspectos fundamentales para el adecuado desenvolvimiento económico y comercial.

En su propio actuar, ASPEC, asociación muy conocida por velar los derechos de los consumidores, presentó otra denuncia formal contra Nestlé ante INDECOPI. La base de esta acción legal radica en la percepción de ASPEC de que el mensaje publicitario de la campaña de Nestlé, lanzada el 23 de abril de 2012, transmitió información engañosa y confusa a los consumidores en relación con los términos de la promoción de Sublime.

Desde la perspectiva de ASPEC, la campaña reproducía mensajes contradictorios entre sí, generando confusión y conduciendo a errores por parte de los consumidores. Para respaldar su denuncia, ASPEC llevó a cabo un análisis detallado de la publicidad en cuestión, los términos y condiciones legales asociados, así como la inclusión de capturas de reclamos relevantes. Todos estos elementos fueron presentados ante INDECOPI como evidencia de la presunta conducta engañosa por parte de Nestlé.



 <p>Victor Pairazaman Al parecer Chocolate Sublime cometió malas prácticas de marketing si es que lo que dice este blog http://mercadeando.com/blog/marketing-en-peru-es-gritetransicaso-sublime-la-felicidad-infeliz/ es cierto. Lo raro son las amenazas que aparecen en los comentarios. Pero si esto pasó con Sublime, hay campañas similares con galletas, con palitos de helados, chupitas... Creo que se abre una caja de pandora para INDECOP y la comisión de protección al consumidor. Por lo menos debería haber una aclaración o carta formal respondiendo a este tema por parte de Sublime o Nestlé. Y bueno, ya empezaron los primeros comentarios negativos en su fanpage http://on.fb.me/7tlz22a</p>	 <p>Cecilia Li Al colocar el mensaje "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede tener premio dentro" sinceramente no creí en la promoción, porque era obvio que los proveedores aún tenían mercadería adquirida antes del lanzamiento de esta campaña, los que si creyeran fueron posiblemente estafados, me encantan los chocolates: incluso disfrutaba comer el Chocolate Sublime, pero si esta información es cierta, me decepcionaron... ¡sí, incluso me sorprende ver q alguien poste a amenazando al creador del blog http://mercadeando.com/blog/marketing-en-peru-es-gritetransicaso-sublime-la-felicidad-infeliz/</p>
 <p>Jose Luis Valverde Zevallos Si esta mala práctica resulta corroborada dejaré de consumir ese producto, es más lo haré desde ahora hasta que e esta una réplica consistente y convincente. Otra cosa más, la promoción consistió en 10 minutos de felicidad en las tiendas ripley!! acaso no han escuchado de las malas prácticas laborales de ripley? acaso no existe un beneficio de la empresa ripley con el lanzamiento de esta promoción? Si es así el caso, al querer comprar un chocolate para ganarse un vale de compra en ripley no estamos aceptando indirectamente esas malas prácticas? Yo no compro en ripley desde q me enteré de las malas practicas de esta empresa. Es posible que hagan lo mismo. Ustedes tiene la acción no la palabra. Pezera, cada uno lo bene. Hace 3 horas</p>	 <p>Rudy Vigo Esta noticia se está haciendo mastra,, pero como decía alguien en el blog: "la prensa no se manifiesta???? no querra chocar con su auspiciado??" ... espero q algun medio lo haga y saque de mi pensamiento que solo son peles chupamedas." Hace 3 horas</p> <p>José Manuel Dymovich Rojas Un artículo muy detallado, con análisis, cifras y lo que recibe el autor no son respuestas fundamentadas sino amenazas. Estos temas se nos pasan a los consumidores pero se supone que hay entidades que nos protegen. Hace 3 horas</p> <p>Oscar Freitas @Rosa M. Crehana dada la contundencia de la pruebas presentadas, pensar en una nueva maniobra por parte de estos señores, no es una difamación Srta., es una conjetura. Hace 3 horas</p> <p>Freddy Cahuas Zenteno INDECOPÍ donde estas!!!! Hace 41 minutos</p> <p>Freddy Cahuas Zenteno Aspec - Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios... donde estas!!!! Hace 41 minutos</p>

Testimonios que adjuntó la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) en su denuncia. Estos testimonios forman parte del informe 2669.

Por su parte, INDECOPÍ inició un procedimiento administrativo de oficio porque valoró que podría haber una afectación al mercado competitivo.

Dado que se contabilizaron dos denuncias y una investigación de oficio se procedió a acumularse los tres procedimientos en uno solo.

1.1.2.DETALLE DE LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA

El 19 de junio de 2012, la empresa IDOM interpuso una denuncia administrativa contra Nestlé, bajo las disposiciones del Decreto Legislativo N°1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, el Decreto Legislativo N°1044), en atención a los siguientes hechos:

- La compañía "Nestlé" lanzó una campaña publicitaria en la que se prometían premios a quienes encontraran cuarenta (40) vales de compra dentro de los chocolates "Sublime". Estos vales tenían un valor de S/. 5,000,00 (cinco mil soles) y también se incluían vales de descuento para su uso en la tienda por

departamentos Ripley.

- Luego de analizar superficialmente la fecha de inicio de difusión de la publicidad difundida, esta no coincidía con la fecha de inicio de la promoción antes referida, siendo difícil para los consumidores televisivos percibir las condiciones de la promoción por la rapidez de su presentación.
- La publicidad de Nestlé presentaba mensajes ambiguos para los consumidores. En los diversos anuncios, se indicó que los productos elegibles para la promoción no estarían marcados, lo que dificultaba que los consumidores pudieran distinguir claramente entre los productos que sí calificaban para la promoción y aquellos que no. Esto era especialmente problemático si un producto había sido producido antes de que la promoción entrara en vigencia. En resumen, la falta de marcas claras en los productos generaba confusión y dificultaba la identificación de los artículos promocionales.
- Los cuarenta premios, consistentes en cuarenta (40) vales de compras en Ripley, fueron puestos a disposición de los consumidores recién a partir del 3 de mayo de 2012; sin embargo, la publicidad de la campaña fue difundida desde el 23 de abril de 2012.

El 25 de junio de 2012, ASPEC presentó una denuncia contra Nestlé alegando la presunta comisión de actos de engaño. La denuncia se basó en conductas y argumentos similares a los señalados por IDOM en su propia denuncia. ASPEC, en su calidad de asociación de defensa de los consumidores, solicitó que se le otorgara un porcentaje de la multa que se impondría a Nestlé en caso de que la denuncia fuera declarada fundada.

I.1.3.DE LA RESOLUCIÓN QUE IMPUTA CARGOS AL DENUNCIADO

Mediante Resolución del 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) imputó a Nestlé tres hechos que configurarían la presunta comisión de actos de engaño, porque en la campaña publicitaria denominada “10 Minutos de Felicidad con Sublime” daría a entender erróneamente a los consumidores, lo siguiente:

(i) Los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de los consumidores a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los referidos premios recién habrían sido puestos a disposición de estos a partir del 3 de mayo de 2012.

Este acontecimiento fue atribuido bajo la premisa de que la compañía denunciante estimó que se habrían decepcionado las expectativas de los clientes que aguardaron recibir uno de los premios principales antes de la mencionada fecha.

(ii) Sobre la base de la afirmación “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”, podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime –en sus presentaciones participantes– ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante su vigencia.

(iii) La fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando se habría iniciado realmente el 30 de abril de 2012.

Esta programación de fechas fue considerada bajo la premisa de la compañía denunciante como un hecho que habría decepcionado las expectativas de los clientes que aguardaron recibir uno de los premios principales antes de la mencionada fecha.

En este caso particular, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal ha imputado de oficio y consideró como hecho infractor a los hechos previamente señalados. Se alega que en la publicidad televisiva de la promoción “Sublime”, la restricción de acceso, que establece que la promoción es válida solo en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, se presenta a una velocidad tan rápida que no permite su lectura ininterrumpida. Esto podría vulnerar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley N.º 29571, también conocida como el Código de Protección y Defensa del Consumidor 1. La Comisión considera que esta práctica podría afectar la transparencia y la comprensión adecuada de los términos de la promoción por parte de los consumidores.

I.1.4. DESCARGOS DEL DENUNCIADO

Mediante escrito del 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos, a través de los cuales, señaló lo siguiente:

Respecto a los actos de engaño

- La promoción “10 minutos de felicidad con Sublime” consistía en que los consumidores podían encontrar, dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un *sticker* premiado con los cuarenta (40) premios principales o con vales de consumo antes mencionados. Dicha promoción fue aprobada por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, por Resolución Directoral 3121-2012-IN501.
- Entre los medios por los que se difundió la promoción en cuestión, se encontró el anuncio televisivo que contiene un *scroll* por el que se pone en conocimiento de los consumidores diversa información sobre las condiciones y restricciones de la promoción, asimismo, se deja constancia de las fuentes de información gratuita a la que estos consumidores pueden acceder.
- El *scroll* posee un alto contraste y está consignado con caracteres de un tamaño y color adecuados, por lo que, en condiciones normales de exposición en un televisor, se puede dar lectura ininterrumpida a la información que contiene.
- Las características del referido *scroll* se encuentran sujetas únicamente a las pautas generales establecidas en el numeral 2 del artículo 14 del Código de Consumidor, dispositivo que establece que las condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sean fácilmente perceptibles por el consumidor.
- En caso se considere que no es posible la lectura ininterrumpida del *scroll* por los consumidores, ello no supone una infracción al principio de legalidad, si es que se informó a los consumidores de la

existencia de una fuente de información complementaria y gratuita; puesto que desde el segundo 22 hasta el 30 del anuncio televisivo en cuestión, se aprecia el siguiente texto en el *scroll*: “Términos y condiciones llamando gratuitamente al 080010210 o en www.nestle.com.pe/Producto”, frase que ha sido puesta en conocimiento de los consumidores por ocho segundos para que tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones y los canales gratuitos para conocerlas.

- La promoción entró en vigencia a partir del 30 de abril de 2012, lo que se consignó en los mensajes publicitarios televisivos e impresos a efectos de que sea conocido por los consumidores.
- IDOM, al cuestionar que los premios principales fueron puestos en el mercado el 3 de mayo de 2012, busca discutir los términos de la promoción “Sublime” y no si se ha difundido alguna afirmación engañosa. Asimismo, el mecanismo de la promoción ha sido previamente aprobado por el Ministerio del Interior.
- No es obligación del proveedor identificar qué productos son parte de la promoción. El encontrar un producto premiado es cuestión del azar, razón por la cual no se afecta derecho alguno de los consumidores.
- Nestlé solicitó la actuación de un medio probatorio consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio por televisión a través de un televisor promedio, argumentando que, en condiciones normales de exposición, se puede dar lectura ininterrumpida a la información que el referido anuncio contiene.

Respecto al principio de legalidad

Sobre este extremo, Nestlé reiteró los argumentos presentados a través de su escrito de descargos.

I.1.5. ACTO ADMINISTRATIVO EMITIDO POR LA PRIMERA INSTANCIA

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, emitió su pronunciamiento por medio de la Resolución 0802013/CCDINDECOPI del 17 de abril de 2013, en el cual resolvió declarar:

- La denuncia formulada por ASPEC se considera improcedente debido a su similitud con la presentada por IDOM.
- La utilización del medio de prueba propuesto por Nestlé, que implica la reproducción del anuncio televisivo en un televisor estándar durante una audiencia de visualización, se considera inadecuada en esta situación y, por lo tanto, improcedente.
- La denuncia ante la Comisión de actos de engaño fue considerada fundada, y en consecuencia, se impuso una multa a la imputada por el monto de 400 UIT.
- Fundada la imputación de oficio contra Nestlé por infringir el principio de legalidad y la sancionó con una multa ascendente a 35 UIT; y,
- Dictaminó dos acciones correctivas para Nestlé. La primera implica la cesación inmediata y permanente de la difusión de la campaña publicitaria objeto de denuncia. Además, se exige que informe a los consumidores de manera clara y precisa sobre la promoción en cuestión, indicando que esta comenzará junto con la fecha de inicio de la campaña publicitaria, lo cual es incorrecto; que los premios principales estarán disponibles para los consumidores desde el inicio de la promoción anunciada, lo cual es falso; y que todos los productos participan, a pesar de que no estén marcados, lo que puede causar confusión entre los consumidores. Por otro lado, se ordena que no se indiquen las condiciones y restricciones de la promoción de manera clara, destacada y fácilmente perceptible por los consumidores.

I.1.6 LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADOS POR ASPEC

- Existe jurisprudencia del INDECOPI (Resolución 45172012/CPC) que interpreta de forma distinta el principio del *non bis in ídem*, siendo que ante dos denuncias que guardan conexión, lo que corresponde es la acumulación de los procedimientos en trámite.
- Cuando algún órgano de INDECOPI inicia un procedimiento de oficio y el caso ya ha sido denunciado, corresponde acumular ambos procesos a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, caso contrario se estaría infringiendo el principio del *non bis in ídem*.

I.1.7 LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADOS POR NESTLÉ

- Se ha vulnerado su derecho de defensa y el derecho al debido procedimiento, al rechazarse la audiencia de visualización de anuncios ofrecida como medio de prueba puesto que tenía por finalidad constatar las condiciones en que el anuncio imputado había sido presentado y verificar si estas eran las mismas bajo las cuales dicho anuncio era apreciado por los consumidores.
- La resolución apelada adolece de un vicio de nulidad al momento de motivar y graduar la sanción, pues no se ha tomado en consideración el beneficio ilícito ni otros criterios relevantes para establecerla. Asimismo, no resulta aplicable la reincidencia invocada pues en el antecedente tomado por la primera instancia, la multa fue impuesta por varias infracciones y no solo por un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño.
- Corresponde aplicar el principio del concurso ideal de infracciones, mediante el cual se establece que en caso una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.
- Se debe tener en cuenta como circunstancia atenuante la existencia de otros anuncios que formaban parte de la campaña publicitaria a la cual pertenecía el anuncio presuntamente infractor.

- La Comisión estaría cuestionando el mecanismo de la promoción comercial autorizada por el Ministerio del Interior, pues en la publicidad se señala expresamente que los empaques de los productos no están marcados.

I.1.6.MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EMITIDO POR LA SEGUNDA INSTANCIA

En atención al recurso de apelación presentado por ambos denunciados, mediante Resolución N° 4612014/SDCINDECOPI del 11 de abril de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala), emitió el siguiente pronunciamiento:

- Revocó la Resolución 0802013/CCDINDECOPI en el extremo que declaró improcedente denuncia presentada por ASPEC y, en consecuencia, la declaró procedente.
- Nulidad de la Resolución 0802013/CCDINDECOPI en los extremos que: (a) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, (b) declaró fundada la denuncia presentada por el IDOM contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, (c) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad;
- Sancionó a Nestlé con una multa ascendente a 435 Unidades Impositivas Tributarias;
- Ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y,
- Condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. En consecuencia, ordenó a la primera instancia que actúe el medio probatorio solicitado por Nestlé y, posteriormente, emita su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

El 3 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión llevó a cabo la Audiencia de Visualización de la publicidad imputada, con la presencia de los representantes de ASPEC y Nestlé.

I.1.7.DEL SEGUNDO ACTO ADMINISTRATIVO EMITIDO POR LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante Resolución 0212015/CCDINDECOPI del 11 de febrero de 2015, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, con voto en mayoría, declaró infundada la denuncia presentada por ASPEC e IDOM contra Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044; e infundada la imputación de oficio por la presunta comisión de actos de competencia desleal por actos contra el principio de legalidad tipificado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

La Comisión mencionada anteriormente evaluó, entre otros aspectos, que la publicidad visual en Facebook y en el sitio web de Nestlé, facilita una lectura más nítida, pausada y comprensible de la información contenida en dichas fuentes. En conclusión, los destinatarios tienen la oportunidad de encontrar esta información durante un período continuado de tiempo.

Asimismo, consideró que el *scroll* que discurre debajo del anuncio televisivo, en cualquiera de las fuentes recabadas, resulta clara y comprensible tomando en cuenta el contraste y velocidad del *scroll*, y es posible observar la fecha de inicio, la fecha de inserción de los premios principales y las ciudades participantes, que, si bien el anuncio televisivo se difundió días antes de iniciada la promoción publicitada, ello fue claramente informado por el anunciante.

Por su lado, en relación con la mención “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal estimó que no constituye una conducta engañosa. Esto se debe a que la promoción en cuestión y sus alcances fueron previamente autorizados por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, mediante la Resolución 31212012IN1501. Además, dicha autorización no impone la obligación de incluir un distintivo en los empaques de los productos promocionados.

I.1.8 DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN N.º 021-2015/CCD-INDECOPI DEL 11 DE FEBRERO DE 2015 EMITIDA POR LA PRIMERA INSTANCIA

El 3 de marzo de 2015, ASPEC interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0212015/CCDINDECOPI, sustentando su posición en los siguientes argumentos:

- Las imágenes que traen los *screenshots* del spot publicitario de Nestlé no permiten advertir, mediante las tomas pausadas, toda la información relevante referida a las circunstancias que rodean el consumo, en este caso las condiciones de la promoción.
- Según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo, la publicidad debe ser evaluada por la autoridad considerando el destinatario del mensaje, sobre la base del contenido del anuncio, el cual debe ser interpretado de manera integral y superficial.
- Respecto a la frase “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”, cabe resaltar que el Código de Consumo, en su artículo 1.3, establece que es nula la renuncia a derechos reconocidos en dicha norma, pues lo contrario implicaría admitir un abuso irrestricto de derecho.
- En el presente caso, al tratarse de actos de infracción a la cláusula general, Nestlé habría contravenido la buena fe empresarial y las normas de corrección de las actividades económicas en perjuicio del mercado.

I.1.9 DE LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Sala dispuso confirmar la Resolución 0212015/CCDINDECOPI del 11 de febrero de 2015, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada ASPEC contra Nestlé Perú S.A., por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo, emitiendo la siguiente motivación:

La Sala considera que, en el caso de promociones donde interviene el azar, es necesario mantener en secreto las fechas en que los premios se siembran en los productos participantes. De lo contrario, se desnaturalizaría la naturaleza aleatoria de la promoción. Por lo tanto, la omisión de esta información no puede inducir a error a los consumidores en cuanto a las probabilidades de ganar durante la vigencia de la promoción.

Aunque ASPEC consideró el mensaje como engañoso al pensar que solo los productos elaborados durante la promoción participarían, la lógica de este tipo de promociones es que la probabilidad de ganar depende del universo total de productos participantes, incluidos los premiados y los no premiados. En resumen, existe claridad al informar que las probabilidades de ganar se basan en el conjunto completo de productos Sublime, independientemente de su fecha de elaboración.

Asimismo, la Sala dispuso confirmar la Resolución 0212015/CCDINDECOPI del 11 de febrero de 2015, en el extremo que declaró infundada la imputación de oficio contra Nestlé por presunta infracción al principio de legalidad, contemplado en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo N.º 1044, señalando lo siguiente: *“(...)se evidencia de manera clara, destacada y advertible para los consumidores, las restricciones y condiciones de la promoción relacionadas a las ciudades en donde aplica, conforme lo demanda el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (...)”*.

I.2. Análisis del procedimiento administrativo

De acuerdo a Diego Zegarra (2014, pág. 12), es innegable que la actividad administrativa tiene la capacidad de resolver disputas y controversias. Esto se debe a que, en el ejercicio de sus funciones, la Administración se enfrenta a situaciones conflictivas que demandan la emisión de actos administrativos para establecer una solución jurídica. Así, si bien según para parte de la doctrina peruana, no se admite en nuestro ordenamiento que la Administración pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite nuestra Constitución Política, si es jurídicamente posible que sean los organismos administrativos los cuales resuelvan controversias entre partes en aplicación de las normas del derecho público.

El caso presente se basa en un conflicto ante INDECOPI, ante el cual confluyeron los denunciados interesados por razón de competencia y especialidad. Así, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, los denunciados y la parte denunciada tienen un conflicto a dilucidar por la administración en un cauce formal establecido por la ley que tiene que ser transitado por los denunciados para esperar una solución a sus conflictos actuales y que culminará con un acto administrativo que puede ser apelado, inclusive, hasta la autoridad jurisdiccional en un procedimiento contencioso-administrativo.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el concepto restringido de procedimiento administrativo (Canosa, 2008, pág. 55), la doctrina consiente identificar el término procedimiento con la función administrativa, quedando reservado el término procedimiento para la función administrativa. Este análisis versa sobre la sucesión de pasos que conforman el procedimiento del presente expediente. El expediente se centra en el procedimiento administrativo sancionador regulado por el Título V del Decreto Legislativo N° 1044, conocido como la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, DL 1044). El expediente objeto de este análisis corresponde a un proceso sancionador relacionado con la presunta comisión de conductas que serían pasibles de ser sancionadas por ser calificadas como competencia desleal en alusión de un comercial televisivo en el que i) las condiciones respecto a la fecha de inicio del concurso promocional materia de cuestionamiento fueron presuntamente

presentadas de *manera fugaz*, es decir, “de manera no clara, ni efectiva y tampoco comprensible por los consumidores de la información relacionada con las restricciones para acceder a la promoción, equivale a su no presentación lo cual es susceptible de inducir a error a los consumidores” (Stucchi, 2005, pág. 51). Asimismo, ii) que la fecha del sembrado de premios fue posterior a la fecha de inicio de difusión del anuncio televisivo y que este hecho no fue suficientemente aclarado por lo cual pudo suscitar confusión y, por último, iii) respecto al no marcaje de los productos que entraban en la promoción. Acto que fue indicado en la promoción televisiva.

De ese modo, según desarrollan en sus respectivas denuncias desde la perspectiva de los denunciantes, el concurso promocional que se anuncia presenta las condiciones de participación, con información que es fundamental, de manera fugaz y con una voz en *off* que llevarían a inducir al error a los consumidores, confundiéndolos respecto a los datos precisos en consideración del día de lanzamiento de la promoción.

Las denuncias formuladas por IDOM y ASPEC, de fechas 20 de junio del 2012 y 25 de junio del 2012 respectivamente, las sitúan como parte del procedimiento como “partes interesadas”.

Según la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Legislativo 1033) se designa que el diseño institucional es de Secretaría Técnica Comisión. De esta forma, “compete al secretario técnico imputar los cargos, investigar y opinar si los investigados han realizado o no una o más de las conductas imputadas. Compete a la Comisión decidir si los investigados infringieron la ley y determinar la sanción a aplicar, de ser el caso” (Gomez, 2009, pág. 476). En resumen, la Secretaría Técnica es quien tiene el rol instructor del procedimiento titularidad de la acción frente a la presunta comisión de una infracción administrativa (en este caso, un acto desleal). Por tanto, la Secretaría tiene como prerrogativa admitir a trámite la o las denuncias, formular cargos (debidamente tipificados), así como solicitar requerimientos de toda la información necesaria y útil para la emisión de una resolución sobre el fondo por parte de la CCD.

Teniendo en cuenta lo presentado, se inició el procedimiento administrativo, cuando la Secretaría Técnica resolvió admitir a trámite las denuncias:

FECHA	ACTORES	FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DENUNCIA
20 de junio del 2012	Denunciante: Instituto del Derecho Ordenador Mercantil (IDOM) Denunciado: Nestlé Perú S.A.	Presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal y violación de la Cláusula General.
Con fecha 25 de junio del 2012	Denunciante: Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) Denunciado: Nestlé Perú S.A.	Violación al Principio de Corrección de la Asimetría, contenido en el numeral 4 del artículo V y del derecho a la información del consumidor a que hacen referencia el artículo 1 numeral 1.1 inciso b, artículo 3 y el artículo 31 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Asimismo, la misma Secretaría Técnica inicio una investigación de oficio:

18 de julio de 2012	Punto controvertido: Determinar si Nestlé S.A. infringió el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y, por tanto, el principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
---------------------	--

Según lo recogido en la denuncia de ASPEC, del análisis del spot se obtiene la siguiente línea de tiempo:

Inicio de difusión	Entrada en vigencia de la promoción	Sembrado de premios					Vencimiento de la promoción
23 de abril	30 de abril	03 de mayo	16 de mayo	23 de mayo	06 de junio	13 de junio	23 de junio

Como se puede observar, la difusión empezó antes que la vigencia oficial de la promoción y lo que es más, el sembrado de los premios recién se empezó el 03 de mayo, es decir, que incluso comprando un chocolate dentro de la vigencia de la publicidad no había oportunidad de ser el afortunado ganador de uno los premios promocionados por la campaña “10 minutos de la facilidad con Sublime” hasta casi 13 días después de emitido el anuncio.

Tal como refiere el expediente, resalto lo siguiente:

La voz en off que se oye en el spot (que se empezó a propalar el 23 de abril), habla permanentemente en tiempo presente. Habla de buscar, llevarse, ganar, estar feliz. Sin embargo, las pequeñas letras blancas que aparecen rápidamente en la parte inferior de la pantalla señalan que la oferta empezara una semana después (30 de abril), esto es en el futuro. Entonces el consumidor es inducido a creer que la oferta ya está vigente mientras mira el spot cuando lo cierto es que recién estará vigente en el futuro (subrayado propio).

Este dato es de singular importancia por cuanto los consumidores que vieron la publicidad entre el 23 y el 30 de abril, y que acudieron a comprar los productos ofertados, no tuvieron oportunidad de encontrar el premio deseado, simple y sencillamente —y a pesar de que se la promocionaba a través de los medios de comunicación— la oferta no era válida durante toda esa semana.

Pero aun cuando la promoción entró en vigor, desde el 30 de abril, las posibilidades de que los consumidores que decidieron comprar los productos desde ese día encontraran los vales premiados eran nulas, porque esos fueron sembrados, en diferentes y posteriores fechas, **empezando recién a partir del 3 de mayo**, tal como se indica en los propios términos y condiciones legales de la propia promoción” (Extraído de la denuncia de ASPEC).

El uso de la voz en off con comentarios en tiempo presente podría llevar a creer que la promoción se encontraba vigente al momento mismo de la emisión del anuncio, mientras que la presentación de los términos y condiciones de la promoción pasa fugazmente y no se llegaría a poder leer las condiciones de la publicidad. Por tanto, tal como argumentan las asociaciones para el consumidor común y corriente, esta publicidad podría resultar confusa porque el consumidor promedio, de acuerdo a los criterios de análisis de la CCD, no hace un análisis exhaustivo de la publicidad, solo uno superficial.

Desde mi perspectiva, si bien es cierto que el spot televisivo era parte del engranaje de la campaña, hecho que constituye un atenuante para la sanción; la información de los términos y condiciones del concurso promocional pudo tener una presentación distinta que llevara a que la información fuera efectivamente entregada, por ejemplo, el uso de una paleta o franja con colores contrastantes con el texto fijo durante todo el anuncio. Esto último, en el entendido de que no basta la sola inclusión, sino que la información de las condiciones debe estar contenida de manera clara y legible, pues esto forma parte del derecho constitucional a la información y el de la protección de los consumidores. De la ponderación de la libertad empresarial, expresada por medio de la publicidad y el derecho de acceso a información de los consumidores, no cabe priorizar solo a los agentes productores porque ello solo amplía la brecha que nace en la asimetría informativa.

Continuando con el procedimiento, la notificación de la resolución de inicio de procedimiento de ambas denuncias, la Secretaría Técnica otorga a Nestlé un plazo de (10) diez días hábiles para que presente sus descargos y solicita información relevante como son:

- a. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
- b. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
- c. El *brief* creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
- d. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
- e. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
- f. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la resolución que admitió a trámite la denuncia.

La Comisión, en calidad de órgano resolutorio, debe incorporar en su análisis los elementos mencionados en los descargos de Nestlé, conforme a los requerimientos de la notificación de inicio de procedimiento. Esta afirmación está en consonancia con el propósito fundamental de cualquier procedimiento administrativo sancionador, que es establecer la responsabilidad del administrado solo una vez que el proveedor denunciado ha ejercido su derecho de defensa. En su rol fiscalizador y sancionador, la Secretaria Técnica es el órgano con autonomía técnica para realizar la instrucción del procedimiento, para investigar la presunta comisión de actos contra la competencia (Bautista, 2022, pág. 313). Sobre los requerimientos de la mencionada autoridad, considero que los medios probatorios solicitados a Nestlé para determinar su responsabilidad no conducen directamente a “atacar” los tres puntos que cuestionan los denunciados, por lo que la determinación de la responsabilidad en los actos del proveedor por parte de la Administración solo se basaría en argumentación basada en el principio de razonabilidad recogido en la LPAG y no en criterios objetivos o, más exactamente, en la manera en que estos criterios deben ser considerados en conjunto para la determinación de la multa en cuanto esta se estableció en la primera resolución, razón que la denunciada utilizó para

motivar su apelación y la subsecuente nulidad, más aún cuando la prueba que ellos pretendían incorporar sí estaba directamente relacionada con los tres puntos controvertidos denunciados.

Según un análisis interno realizado por el propio INDECOPI en el año 2013, que tuvo lugar temporalmente después de la presentación de la denuncia en cuestión, y cuyos resultados se plasmaron en el documento N.º1-2012/GEE denominado “Documentos de Trabajo del INDECOPI”, se observa lo siguiente:

A pesar de que el artículo 53 del D.L. 1044 enumera una lista de criterios para evaluar la gravedad de las sanciones, el mencionado documento no especifica cómo la autoridad debe incorporar estos criterios en el cálculo de la sanción (INDECOPI, 2013, pág. 9). Por lo tanto, aunque era posible solicitar todos los requisitos establecidos por la norma, no existía una obligación de utilizarlos todos al determinar la sanción, ni tampoco una fórmula predefinida. Como resultado, en la mayoría de los casos anteriores a la emisión de las recomendaciones del mencionado “Documento de Trabajo”, era común encontrar una alta dispersión, poca previsibilidad y un alto riesgo de que las sanciones no fueran lo suficientemente disuasivas para los proveedores, lo que generaba un desequilibrio en el mercado.

Después de expirar el plazo para que la empresa denunciada responda a los cargos formulados, se da inicio a la fase de actuación probatoria. Es importante destacar que la Secretaría Técnica debe notificar a las partes involucradas antes de la conclusión de dicho período.

En este punto, es esencial tener presente que tanto el denunciante como el denunciado cuentan con la oportunidad de aportar pruebas adicionales a las presentadas en la denuncia y los descargos, respectivamente. La presentación de estos nuevos elementos probatorios cobra una relevancia significativa, ya que la evaluación de los mismos desempeñará un papel crucial en la determinación de si el imputado ha incurrido en un acto de competencia desleal. En el caso actual, Nestlé solicitó a la Comisión una audiencia adicional para visualizar la publicidad en el medio "original" para el cual fue diseñada, es decir, la televisión,

considerándolo como un medio probatorio relevante. La denegación de la actuación de esta prueba es uno de los principales puntos controvertidos en el procedimiento.

En consecuencia, tras la apelación de la primera instancia, mediante la segunda instancia emitida bajo la Resolución N.º 4612014/SDCINDECOPI del 11 de abril de 2014, se declara nula la primera instancia por la cual se declaró improcedente la denuncia de IDOM y se admitió la presentación de la audiencia de visualización, tras la cual se declaró infundadas la denuncia presentada por ASPEC e IDOM contra Nestlé, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, e infundada la imputación de oficio por la presunta comisión de actos de competencia desleal por actos contra el principio de legalidad tipificado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En su decisión final, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó la resolución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N.º 1. Esto ocurrió después de descartar la denuncia de ASPEC, la cual argumentaba que la información relevante sobre el concurso promocional transmitido por televisión se presentó de manera fugaz, es decir, no se comunicó de forma clara y efectiva. Se consideró, en cambio, que, en las promociones donde la intervención del azar es parte integral, mantener en reserva las fechas en que los premios serán incluidos en los productos participantes es coherente con la lógica de mantener el carácter aleatorio de la promoción.

I.3. Comentarios

a) Sobre la naturaleza jurídica:

En el presente caso el cuestionamiento central gira en determinar la respuesta al cuestionamiento de si Nestlé llevó a cabo prácticas anticompetitivas al promocionar su línea de chocolates Sublime a través de una campaña promocional, en particular se analiza uno de los anuncios, en este caso, el medio

de publicidad televisivo. La cuestión clave es establecer si la empresa incumplió al no proporcionar información relevante de manera adecuada a los destinatarios sobre las condiciones de participación en el concurso promocionado. Esto se refiere a la inclusión fugaz de dichas condiciones en el anuncio, es decir, de una manera que no es perceptible por un consumidor razonable debido a su rapidez o la forma de presentación. La afirmación es que este proceder podría generar cierto nivel de convencimiento en las decisiones de los destinatarios al promocionar de forma inapropiada los productos que ofrecen en el mercado (Acosta Lobo, Salazar Álvarez, & Narváez Mercado, 2015, pág. 72). Tal como recogen las Asociaciones de consumidores que participan como partes interesadas, las denuncias fueron motivadas por la incomodidad expresada por los consumidores que se sentían defraudados por el anunciante, llegando a mencionar sentirse estafados.

Si bien actualmente es un hecho reconocido que la competencia desleal debe ser principalmente tratada como una infracción del derecho civil (Kresalja, 1993, pág. 78), es innegable aceptar que, dada la relevancia de los objetos jurídicos protegidos, resulta tentador valerse en determinados casos de sanciones del tipo penal por su naturaleza de “mayor fuerza y eficacia represiva” (Kresalja, 1993, pág. 78). Ciertos autores como Concepción Molina argumentan que el derecho penal debería perseguir determinadas conductas de competencia desleal regulados por el derecho administrativo, pues el objeto jurídico “la competencia operativa” protege un bien jurídico constitucional general que se concreta persiguiendo penalmente las conductas anticompetitivas (Molina, 1993). Lo cierto es que cuando entró en vigor la Ley 1044, se derogó los artículos 238°, 239° y 240° del Código Penal, los mismos que contienen delitos económicos cuya penalización era innecesaria en aplicación del principio de subsidiaridad penal (Guzmán, 2011, pág. 256)

Al respecto, en la doctrina internacional tenemos como antecedente un artículo de una revista jurídica de nacionalidad colombiana que hace un análisis del paralelismo entre las figuras de acto de engaño y la de estafa, análisis que se replicará según el marco jurídico peruano.

Así, siguiendo la estructura comparativa de Acosta, Salazar y Narváez, se

iniciará con la determinación de las definiciones de acto de engaño, de estafa y relación de consumo según el ordenamiento jurídico peruano:

Se tomará como referentes la referencia de actos de engaños³ de La ley 1044, el artículo 196⁴ del Código Penal; y la definición de la relación de consumo del Código del Consumidor, la cual es “la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica”.

Además, es relevante señalar que la relación de consumo se establece según nuestra normativa cuando implica un intercambio de un producto o servicio por una contraprestación. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que, de acuerdo con la definición de publicidad engañosa en nuestro marco legal, un consumidor o la colectividad se configure como parte afectada de una publicidad engañosa aun sin adquirir el producto. La mención de la palabra "potencial" indica que "no es necesario adquirir el producto para que se configure la publicidad engañosa; solo con la simple difusión o divulgación al público es suficiente para que se configure" (Acosta Lobo, Salazar Álvarez y Narváez Mercado, 2015, pág. 75). Esto es significativo, pues abre la puerta para que personas naturales o jurídicas que se vean afectadas o descontentas con este tipo de publicidad, que no cumple con lo prometido por el producto comercializado, puedan informarlo a INDECOPI.

Mencionado lo anterior, coloquialmente se entiende genéricamente que la estafa es aquel delito que calzaría, al menos inicialmente, con la actuación de un anunciante que deliberadamente confunde al consumidor para que se propicie una venta pero sin intención real de cumplir lo que ofrece. Así, jurídicamente nos encontramos frente a una acción “que atenta con el patrimonio económico de las personas, esta figura no es más que una conducta engañosa que permite inducir a error a una persona o a varias personas con el fin de sacar un provecho económico ya sea para quien realiza la acción o para otra persona” (Acosta Lobo,

³ Son actos que tienen como efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, procedencia geográfica, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por un bien o servicio.

⁴ Artículo 196: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”.

Salazar Álvarez, & Narvárez Mercado, 2015, pág. 76). Es entendible, según esta definición, por qué aquellos que se sintieron confundidos o burlados por la publicidad emitida por Nestlé aluden a la probabilidad de un delito de estafa.

Los autores del artículo revisado resumen bien la perspectiva jurídica de los comentarios de los afectados por la publicidad de Nestlé que venimos analizando: “(...) a pesar de que las definiciones son parecidas, su criterio de aplicabilidad es diferente, pues mientras una es una sanción administrativa, la otra es considerada un delito que, para su configuración, requiere de elementos necesarios e indispensable para considerar su ocurrencia” (Acosta Lobo, Salazar Álvarez, & Narvárez Mercado, 2015, pág. 79). Por los distintos argumentos que se presentó anteriormente, la vía penal no es la más efectiva para este tipo de casos pues la vía administrativa es más flexible y sus efectos si tienen como efecto reponer el equilibrio de la competencia del mercado de forma más expedita e incluso podría ordenarse la paralización de la emisión o reproducción de los anuncios con contenido engañoso.

Como comentario final, me gustaría desarrollar algunas precisiones sobre la siguiente afirmación: “lo más probable es que se presente la estafa, pero solo cuando el consumidor haya actuado de cierta forma que le sea imposible corroborar la información que le están ofreciendo, de lo contrario, solo estaría en presencia de una publicidad engañosa que es sancionada por la SIC (institución colombiana que protege la competencia), con criterios establecidos en sus resoluciones” (Acosta Lobo, Salazar Álvarez, & Narvárez Mercado, 2015, pág. 79). En mi opinión, es importante tomar en cuenta que se podría accionar tanto la vía penal como la vía administrativa en casos donde el bien jurídico patrimonial aventaja tenga una relevancia patrimonial considerable siempre y cuando la relación de consumo provenga de un contrato no negociables, por ejemplo, en situaciones con asimetría de poder o con condiciones ocultas, más aún en esta época digital donde las estafas en el ciberespacio son muy comunes y están vinculados anuncios publicitarios digitales (adds).

En relación al caso objeto de este informe, es innegable que hubo varias vías de acceso a la información sobre las condiciones del concurso. La divulgación de

las condiciones se realizó a través de la publicidad, se habilitaron “líneas telefónicas de atención” para obtener más detalles y se llevó a cabo una campaña que también tuvo presencia en redes sociales y banners. Por lo tanto, en mi opinión, no sería apropiado afirmar que existió un delito de estafa en estas circunstancias.

Para finalizar, opino que la posición de considerar las transgresiones al derecho de la competencia desleal como ilícitos civiles mas no penales es congruente con la mención de expertos en la materia que señalan que “la protección al consumidor es un tema delicado por la complejidad de las relaciones que involucra y la cadena de incentivos que genera. (...) Proteger consumidores individuales puede llevar a desproteger a los consumidores en su conjunto” (Bullard, 2018, pág. 57).

b) Sobre la determinación de las multas en los distintos órganos resolutivos de INDECOPI:

Los órganos resolutivos imponen sanciones siguiendo las directrices establecidas por las normas específicas aplicables, así como por el Decreto Legislativo 1033, que regula la organización y funciones de INDECOPI. Asimismo, se aplica de manera supletoria lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo General. Es notable también que en los referidos cuerpos normativos no se especifica la manera en que estos criterios deben calcularse y aplicarse en la práctica. Así, para solucionar ellos y en atención a la experiencia de cada uno de los órganos resolutivos de INDECOPI estas establecieron distintas las directrices que eran solo aplicables a cierto tipo de casos y no generalizables. Así, a día de hoy, estos marcos legales no contienen ninguna referencia a alguna metodología única para calcular y aplicar sanciones. Como resultado, hasta el año 2013, existió un alto grado de discrecionalidad por parte de los órganos resolutivos en cuanto a la imposición de multas porque se consideraba la aplicación del principio de razonabilidad como justificación de la

graduación de sanciones (INDECOPI, 2013, pág. 4). Así, en la resolución de primera instancia, la sala justifica el nivel de gravedad.

Según la tabla de Criterios para la Graduación de sanciones según órgano resolutorio, elaborada en ocasión con la Propuesta Metodológica para la determinación de multas de INDECOPI del 2013 (INDECOPI, 2013, pág. 8), los criterios que legislativamente se consideran para la graduación de multas en la CCD a través del D.L. 1044, son los siguientes: a) beneficio ilícito, b) reincidencia, c) probabilidad de detección, d) efecto sobre competidores, otros agentes y consumidores, e) modalidad y alcance de la conducta, f) duración del acto infractor, g) dimensión del mercado afectado y h) cuota del mercado infractor. Queda patente que, si bien la Secretaría Técnica tiene la facultad de solicitar la documentación y pruebas pertinentes para determinar los criterios antes mencionados, no se especifica de qué manera estos criterios pueden convertirse en parámetros que sustenten objetivamente la graduación de la multa cuando son analizados por la Comisión CCD. Esta falta de claridad tenía repercusiones en la previsibilidad de las sanciones y, más preocupante aún, generaba que las sanciones impuestas carecieran de fundamentos suficientes para disuadir a los infractores de llevar a cabo prácticas que afectan el equilibrio del mercado. Es más, las metodologías existentes no eran parte de un lineamiento general obligatorio, sino que dependían del órgano resolutorio específico.

En el caso materia de análisis, la CCD, mediante la resolución N.º 80-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril del 2013, declaró fundada la denuncia en el extremo de que determinó que existieron actos que transgredieron las normas que regulan la actividad publicitaria. En cada uno de los puntos controvertidos, la Comisión desarrolló la determinación del monto de la multa. Tuvo la oportunidad de aplicar los criterios de la relevancia de la información en las decisiones de consumo y, discrecionalmente, el monto de la multa, para luego dividirlo entre la probabilidad de detección. En el presente caso que el anuncio formara parte de una campaña, se considera una fuerte atenuante, razón por la cual se considera que aun sin denunciante la Comisión pudo haber conocido el caso, por lo cual le asigna un 95% de valor de probabilidad de detección, lo que actúa como

atenuante de la sanción a razón de la fórmula que se estableció en el Expediente N.º63-2011/CCD.

¹⁸ Cabe señalar que la Comisión ha podido identificar que, dependiendo de la relevancia de la información en las decisiones de consumo, ésta podrá considerarse como: (i) muy relevante; (ii) relevante; y (iii) poco relevante. Así tenemos que si la información omitida es muy relevante, el beneficio ilícito podría encontrarse constituido hasta por el 100% de los ingresos obtenidos por las ventas del producto o servicio anunciado; mientras que si se trata de información relevante podría alcanzar hasta el 60% de tales ingresos; y, finalmente, si es información poco relevante para el consumidor, el beneficio ilícito sería como máximo, del 30%.

¹⁹ La Resolución N° 0880-2012/SC1-INDECOPI de fecha 2 de abril de 2012, emitida en el Expediente N° 063-2011/CCD, en el expediente seguido de oficio en contra de Perfect Life S.A.C. estableció lo siguiente:

53. Por ello, para desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito obtenido, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. En el ejemplo anterior, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces, para desincentivar la conducta, la multa que se le imponga la vez que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. Así de cada diez veces que cometa la infracción el beneficio ilícito será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.
54. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa óptima en función del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, se realizará aplicando esta fórmula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

20

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

Al respecto, considero que esto genera problemas importantes como la ineficiencia en la determinación de la multa por excesiva discrecionalidad y que el valor de las multas se perciba que no guardan efectiva relación con los efectos de la conducta infractora. Asimismo, las multas basadas en criterios discrecionales no disuaden efectivamente la infracción, porque al usar exclusivamente la fórmula anterior de beneficio ilícito entre probabilidad de detección, la Administración se ve limitada en el uso de los criterios relevantes que solicita al administrado infractor y, como sucede en este caso, es vulnerable a apelación en base realizando invocación de principios del derecho sancionador Administrativo para atacar la amplia discrecionalidad al momento de determinar las multas que, paradójicamente, es incongruente con el principio de razonabilidad aunque se utilizó como principal criterio.

A partir del año 2013, en el cual se generó el Documento de trabajo N.º01-2012/GEE emitido por INDECOPI, cuyo fin fue crear una metodología que busca que las sanciones se establezcan siguiendo los criterios de disuasión y proporcionalidad, recogidos en el principio de razonabilidad de la LPAG, y rescatando las mejores prácticas implementadas por los órganos resolutivos de INDECOPI. El resultado fue la creación de una herramienta para establecer sanciones que i) sean eficientes, ii) sean de fácil aplicación, iii) no impliquen costos elevados de implementación y, más relevante, iv) no requieran cambios en la legislación vigente.

Al respecto, esto denota un contraste respecto a lo sucedido en los criterios de determinación de multa de la resolución N.º 80-2013/CCD-INDECOPI que fundamentan los montos de multa en la discrecionalidad de la propia Comisión y utilizan una formulación propia de la comisión, motivo por el cual, en esta ocasión, el administrado demanda a su favor una interpretación muy literal de la normativa existente, lo cual va en contra del fin disuasivo y protector de INDECOPI.

Considero que de haberse aplicado una formulación de sanción más completa se hubiera logrado enviar un mensaje al mercado publicitario para que, por lo menos, se evite la inclusión fugaz de los términos y condiciones en el contexto de un concurso publicitario, dado que se pudo incentivar, bajo criterios más específicos, que no basta la inclusión de texto contrastante sino asegurarse de que este mensaje se haya transmitido, por ejemplo, usando un texto fijo con letras o fondo contrastante.

Desde una mirada actual, INDECOPI, por medio de la Gerencia de Estudios Económicos, ha lanzado una actualización al Documento de trabajo del 2013, denominado Documento de Trabajo N.º 01-2020/ GEE, para que se mejore la predictibilidad y fomentar buenas prácticas para disuadir sanciones en base a métodos de cálculo, sustentados en principios de razonabilidad. Además, los tres pasos necesarios para establecer multas consistentes en i) la estimación de la multa base, ii) valoración de atenuantes, agravantes, verificación y ajuste en función de los ajustes legales. Asimismo, se hace propuestas a partir de aproximaciones alternativas considerando cada materia y órgano resolutorio.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

II.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL PERÚ

El Derecho de la Competencia Desleal tiene una trayectoria histórica que

precede al Derecho de la Libre Competencia. Mientras que este último emergió en el siglo XX, el primero ya estaba presente. El surgimiento del Derecho de la Libre Competencia tuvo un impacto significativo, incluso alterando el enfoque de protección del Derecho de la Competencia Desleal. Inicialmente, este último se centraba en un modelo profesional, pero con el tiempo, se ha desplazado hacia un enfoque más social. Este cambio es coherente con la expansión del régimen de Economía Social de Mercado a nivel internacional (Cortez, 2020, pág. 72).

A) Ley N.° 13270

En el contexto peruano, podemos remontarnos a la ley 13270, del año 1959, para encontrar los primeros precedentes relacionados con la represión de la competencia desleal. Esta ley, en sus artículos 99° y 100°, refleja la influencia directa del texto de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, firmada el 20 de febrero de 1929 en Washington D.C. Esta normativa marcó un hito en la regulación de la competencia desleal en el país, estableciendo las bases para abordar estas prácticas en el ámbito legal (Kresalja, 1993, págs. 27-28).

B) Decreto Ley N.° 26122

El 30 de diciembre de 1992, se hizo público a través del diario El Peruano la promulgación de una ley que, según indica Kresalja (1993, pág. 29), se inspiró en la Ley española 3/1991. Sin embargo, se incorporaron elementos controvertidos en relación con la publicidad y, además, en casos de actos de competencia desleal, no se requería demostrar la existencia de daños (Martinez, 2020).

C) Decreto Legislativo N.°691

Al respecto, en resumen, se tiene que el Decreto Legislativo N.° 691 abordaba la normativa relacionada con la publicidad en protección del consumidor, definiendo y estableciendo las conductas que eran consideradas contrarias a la buena fe comercial cuando realizadas a través de medios publicitarios

(Northcote, 2008).

Hasta 2008, tanto el Decreto de Ley N.º 26122 como el Decreto Legislativo N.º 691 estaban en vigor. El primero abordaba la regulación de la competencia desleal, mientras que el segundo se ocupaba de la protección del consumidor en el ámbito de la publicidad. Según lo elaborado por INDECOPI, ambas normativas estaban estrechamente vinculadas y, en muchos casos, se complementaban mutuamente (Martinez, 2020).

D) Decreto Legislativo N.º 1044

A partir del 2008:

(...) el decreto legislativo N.º 1044 aprobó la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal que, si bien no significó una reforma sustancial en esta materia, presenta como principales novedades la unificación de las normas de competencia desleal y publicidad comercial, la inclusión de una cláusula general prohibitiva mejor redactada y de una clasificación normativa de los principales actos de competencia desleal, los cuales han sido precisados en determinados aspectos (Samaniengo & Córdova, 2016, pág. 165).

En la actualidad, dentro del ordenamiento jurídico peruano, toda normativa está supeditada a la Constitución Económica, la cual ha evolucionado históricamente para pasar de ser un conjunto de reglas y principios a incorporar directivas en materia económica que sirven de marco y límite para la intervención del Estado en la economía, esta regulación fue incorporada desde la Constitución de 1979 y junto con ajustes que orientaron su dirección al sistema neoliberal continúan presentes en la vigente Constitución de 1993. El modelo constitucional económico, incorporado desde la última modificación, es el Modelo Social de Mercado, que orienta la actividad económica del país limitando la actuación del Estado como empresario, posicionándolo como un ente regulador y protector del equilibrio del mercado que se rige por el principio rector de libre competencia (Calderón, 2023).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009) señaló, en síntesis, que la libre

competencia se define como el conjunto de normas y principios que rigen el funcionamiento del mercado, estableciendo las reglas bajo las cuales todos los participantes económicos deben operar. Es responsabilidad del Estado velar por su vigilancia y preservación, con el objetivo principal de mantener y fomentar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes. En este sentido, el Estado tiene la función de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir cualquier tipo de obstrucción o restricción que pueda afectar el desarrollo adecuado de la competencia en el mercado (Expediente N.º 03116-2009-PA/TC). La protección a la libre competencia, derivada de la Constitución, abarca tanto las acciones que limitan la competencia en el mercado, reguladas por el derecho de competencia, como aquellas conductas que van en contra de la buena fe empresarial, reguladas por el Decreto Legislativo 1044.

La propia Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha señalado que su disciplina es una evolución de un sistema de reglas que estaba destinada a cuidar los intereses de los proveedores afectados por las conductas anticompetitivas de otros proveedores, para convertirse en lo que hoy es: una reglamentación que protege el bien jurídico macro, es decir, el correcto funcionamiento de la economía social del mercado y el interés colectivo de los consumidores, a lo que se les da relevancia y protección especial. Es conocido que el principal vehículo de comunicación entre proveedores y/o productores y consumidores es la publicidad.

De acuerdo a los autores consultados por Sosa Huapaya (2017, pp.162), la publicidad comercial juega un papel fundamental en las economías de libre mercado porque permite que se haga uso de la creatividad del hombre para propalar información sobre los bienes y servicios disponible, asimismo, es una de las “armas” más eficaces para los sujetos productores para una captación de consumidores de manera lícita y leal, y, por último, incluso porque es un fenómeno sociológicamente actual difundido de manera extensa y sobrecargada para distintos fines. “No obstante, al desarrollarse ambientalmente en el centro de tensión neurálgico de la lucha entre productores, la publicidad puede, en algunos casos, traspasar los límites admitidos para el estándar de la lealtad entre los competidores exigidos por la Ley” (Sosa Huapaya, 2017, pág. 162). Así, queda claro que es importante que la publicidad sea una actividad regulada, en

nuestro ordenamiento se empezó a regular en el año 1991 mediante el actualmente hoy derogado Decreto Legislativo N.º 691 “Normas de la Publicidad en defensa de consumidor”. En su artículo 4 define la base normativa del principio de Veracidad en la Resolución N.º 0901-2004/TDC-INDECOP del 7 de diciembre de 2004. Asimismo, en el Expediente N.º 107-2003/CCD existen dos formas de como trasgredir el principio de veracidad, la primera mediante un anuncio publicitario falso o que esta dirigido a hacer caer en error al consumidor; y, en segundo lugar, cuando la forma en que la información se presente de manera que llega a distorsionar el mensaje aun cuando toda la información contenida en el anuncio sea verdadera.

D.1 Competencia Territorial a nivel nacional

- Es competencia de la Comisión el resolver en primera instancia administrativa. Asimismo, también existen las oficinas regionales (ORI) que desconcentran las funciones de la Comisión en varias ciudades como la ORI de Cajamarca, Arequipa, Puno, Piura, entre otros. Estas oficinas regionales son competentes únicamente respecto a investigaciones o denuncias suscitadas en su respectiva circunscripción solamente. Así, si el anuncio materia de investigación solo se difunde en Arequipa, la ORI de Arequipa tendrá la competencia de investigar, sin embargo, si el mencionado anuncio alcanza Arequipa, Puno y Cajamarca, la Comisión de la sede central será la competente (Bautista, 2022, pág. 312).

D.2 Conformación de la Comisión de la Fiscalización de la Competencia Desleal

- La Comisión es un órgano colegiado multidisciplinario encargado de resolver en primera instancia administrativa y está integrado por cuatro miembros cuyo periodo de designación es 5 años, pudiendo adicionarse dicho plazo. Los miembros escogen al presidente y vicepresidente. La Comisión tiene su sede central en Lima y sesiona periódicamente por convocatoria de su presidente y, para sesionar válidamente, se requiere la presencia de tres

miembros (Bautista, 2022, pág. 313).

D.3 Atribuciones de la Comisión

- La comisión tiene como atribuciones las siguientes acciones (Bautista, 2022, pág. 313):

En el contexto de la competencia desleal, las autoridades competentes tienen una serie de facultades y responsabilidades para garantizar un mercado justo y equitativo. A continuación, se detallan las acciones que pueden llevar a cabo:

1. Ordenar el inicio de un procedimiento sancionador:

- La autoridad puede instruir a la Secretaría Técnica para que inicie un procedimiento de investigación y sanción contra posibles actos de competencia desleal.
- La Secretaría Técnica, como órgano con autonomía técnica, actúa como instructor en este proceso, asegurando que se sigan los pasos adecuados para determinar si se han cometido actos desleales.

2. Declarar la existencia de un acto de competencia desleal y aplicar sanciones:

- Una vez concluida la investigación, la autoridad puede declarar oficialmente la existencia de un acto de competencia desleal.
- Se impondrán las sanciones correspondientes según las normativas establecidas para proteger la leal competencia en el mercado.

3. Dictar medidas cautelares:

- Durante el proceso de investigación, la autoridad puede tomar medidas cautelares para prevenir daños irreparables o mantener la integridad del mercado.
- Estas medidas pueden incluir la suspensión temporal de actividades o la prohibición de ciertas prácticas.

4. Expedición de "Lineamientos":

- La autoridad puede emitir directrices o lineamientos para orientar a los agentes del mercado.
- Estos documentos proporcionan una interpretación clara y precisa de las normas relacionadas con la competencia desleal, ayudando a los actores económicos a cumplir con las regulaciones.

5. Opiniones, exhortaciones y recomendaciones:

- La autoridad puede expresar su opinión sobre asuntos relacionados con la competencia desleal.
- También puede hacer "exhortaciones y recomendaciones" a las autoridades legislativas, políticas o administrativas para mejorar la implementación de medidas que aseguren una competencia justa y transparente.

En resumen, estas acciones forman parte de la labor de las autoridades para mantener un entorno de negocios ético y promover la leal competencia en beneficio de los consumidores y la economía en general.

D.4 Atribuciones de la Secretaría Técnica

- La Secretaría Técnica tiene como atribuciones lo siguientes acciones (Bautista, 2022, pág. 314):
 - Realizar investigaciones preliminares.
 - Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal.
 - En el caso de denuncias presentadas por partes interesadas, decidir sobre la admisión del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal, determinando la procedencia o improcedencia de la denuncia.
 - Instruir el procedimiento sancionador, llevando a cabo investigaciones y recopilando pruebas.

- Bajo circunstancias excepcionales y con la aprobación previa de la Comisión, tener la facultad de inmovilizar, por un período no superior a diez días hábiles, prorrogables por un período igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica objeto de investigación.

D.5 Autoridad en Segunda Instancia

- En Segunda Instancia administrativa la autoridad es la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, la misma que constituye la última instancia administrativa en lo correspondiente a la competencia y la propiedad intelectual. Este tribunal está conformado por Salas especializadas conformadas por cinco vocales (Bautista, 2022, pág. 314).

D.6 Otras funciones de la Comisión y la Secretaria Técnica

- Tanto la Comisión como la Secretaria Técnica, además de los roles propiamente fiscalizadores, tienen actividades que buscan gestionar el riesgo de posibles transgresiones brindando capacitaciones para fomentar la leal y honesta competencia entre los agentes productores, cuyo norte debe ser la buena fe empresarial.

II.2 MARCO LEGISLATIVO

II.2.1 NORMA SUSTANTIVA

A nivel nacional

La norma vigente es el Decreto Legislativo N.º1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. De acuerdo con la Exposición de Motivos, se identifica que los sujetos a proteger son tanto productores como consumidores, así como el orden económico.

El ámbito de aplicación de la presente norma tiene como función describir los elementos necesarios que deberán confluir en una situación de hecho para que

se le pueda aplicar dicha disposición legal. En el caso del D.L. 1044 el ámbito de aplicación conformado por el acto de competencia desleal, la persona natural o jurídica que comete el acto y los efectos reales o potenciales generados por el o los actos de competencia general.

Los artículos relevantes en el presente caso son los siguientes: Artículo 6 (Clausula General); Artículo 8 (Actos de Engaño); Artículo 21 (Interpretación de la publicidad); Artículo 22 (Control Posterior).

A nivel internacional

a. España

Desde de un punto de vista comparativo, la legislación de nuestro país sigue la línea de otros países que también han previsto un mecanismo de represión de la competencia desleal. En España, por ejemplo, la Ley de Competencia Desleal de 1991 incorporó la cláusula general, que tiene un alcance amplio con el propósito de perseguir "todos" los comportamientos que vayan en contra de la buena fe (Aramayo & Paz Krumdiek, 2022, pág. 266). Según lo explicado por la Audiencia Provincial de Barcelona, esta cláusula se refiere a un modelo legal que busca establecer un límite inherente al ejercicio del derecho subjetivo de desarrollar actividades empresariales libremente dentro del marco de la libertad de empresa.

b. Convenio de París

El Convenio de París de 1883 es definido por INDECOPI como un Tratado aplicable a la propiedad industrial en su más amplia acepción, así en el inciso 3 del artículo 10 se prohíben todos los actos capaces de causar confusión no solo en las indicaciones de los productos, servicios, entre otros, sino también ello es aplicable a la apariencia de los productos y la presentación de los servicios, esta normativa esta recogida por INDECOPI y tiene el rango constitucional de Convenio Internacional (Rojas Pereyra, 2022, pág. 27).

c. Normativa Comunitaria – Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Intelectual

En esta normativa se recoge la definición comunitaria de Actos de Competencia Desleal:

Artículo 258.- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos (Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Intelectual).

En base a lo citado, se puede interpretar que tiene una amplitud en su definición para que la mayor parte de casos puedan calzar bajo su aplicación.

Respecto a los actos específicos de competencia desleal siempre relacionados a la propiedad industrial la normativa nos menciona lo siguiente:

Artículo 259.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

- a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
- c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos (Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Intelectual).

Esta normativa se convierte en el marco de las normativas nacionales y un modelo a seguir en cuanto a protección de competencia desleal.

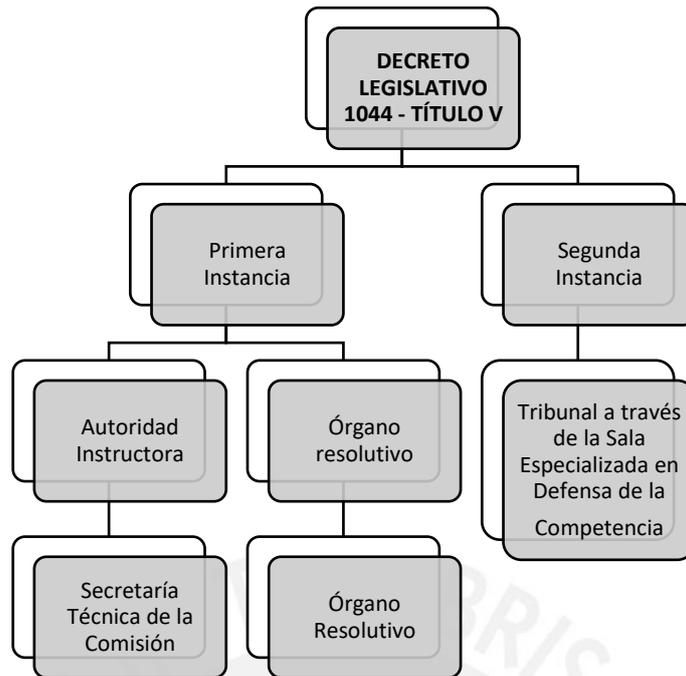
A nivel de la región, países como Bolivia, México, Chile, Ecuador y Colombia, regulan específicamente el principio de veracidad mediante iniciativas legislativas específicas, aunque no necesariamente existe una única autoridad para todo lo relacionado con la represión de las conductas anticompetitivas como INDECOPI en Perú, sino que existen entidades distintas para las dos grandes

vertientes de la competencia: los actos de competencia desleal en general y, por otro lado, la competencia desleal generada por la publicidad.

II.2.2 NORMA PROCEDIMENTAL DE LAS AUTORIDADES DE FISCALIZACION DE COMPETENCIA DESLEAL

En el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la autoridad administrativa en materia de competencia desleal. Su naturaleza es la de un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. De acuerdo con el mismo Decreto Ley N.º 25868 que creó INDECOPI, en el marco del TLC con Estados Unidos, tiene entre sus funciones la promoción de la libre y leal competencia. Como se mencionó anteriormente, en nuestro país INDECOPI tiene el monopolio de la defensa de la competencia en general a través de diferentes comisiones. En materia de Competencia Desleal, la Comisión Competente es la *Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal* (la Comisión). En Perú es la única autoridad que pueda fiscalizar y sancionar en materia de competencia desleal” y todos los actos que pueden ser materia de sanción son los siguientes: cláusula general, acto de engaño, actos de confusión, actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico, actos de denigración, actos de comparación y equiparación indebida, entre otros (Bautista, 2022, pág. 311).

De acuerdo con el D.L. 1044, tenemos el siguiente organigrama en cuanto al procedimiento sancionador de competencia desleal cometidos.



Fuente: Elaboración propia

Asimismo, es importante precisar que la Ley N.º 27444 tiene aplicación supletoria durante el procedimiento administrador sancionador.

Respecto a la titularidad de la acción en competencia desleal, existe un monopolio que se asigna a la Secretaría Técnica por razón de distanciar, oportunamente, al Órgano Resolutivo para conservar la imparcialidad.

II.3 ANÁLISIS DOCTRINARIO DE FIGURAS JURÍDICAS DEL EXPEDIENTE

○ **PROCESO COMPETITIVO**

Es el bien jurídico protegido en el D.L. 1044, se fomenta la competencia bajo el modelo de la “interacción entre vendedores y compradores, entre oferta y demanda, la que determina que bienes se ofrecen más y cuales menos” (Calderón, 2023, pág. 33), redundando en consecuencias positivas para los consumidores al competir.

- **BUENA FE COMERCIAL**

Con respecto a la represión de la competencia desleal, enmarcada en una Economía Social de Mercado, es claro que pueden existir conductas indeseadas por los empresarios mientras estas se mantengan lícitas, pues se entiende que la competencia es un daño concurrencial. Importante mencionar que la palabra *empresarial* “merece cuidado porque podría insinuar el retorno a una concepción corporativista de la competencia desleal, esto es, podría sostenerse que las conductas desleales perpetradas en el mercado por quienes no son empresas, no se encuentran cubiertas por la cláusula general” (Rodríguez, 2017, pág. 245). Esta posición ha sido superada y algunos autores sugieren que un término más exacto podría ser “Buena fe concurrencial” porque no remite al ámbito corporativo cuando el foco de la ley es estándar de comportamiento general.

- **ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL**

Conducta prohibida recogida en el artículo 6 del D.L. 1044.

- **ACTOS DE ENGAÑO**

Los actos de engaño se persiguen por la necesidad del Derecho Ordenador del mercado de corregir las fallas que genera el modelo de *competencia perfecta*, adoptada por el ordenamiento peruano que supone lo siguiente: “la concurrencia de un significativo número de demandantes y oferentes de los cuales ninguno puede decidir unilateralmente precios o calidad, debido a que un exceso o defecto significativo en el contenido de la oferta o de la demanda generaría una corrección automática del mercado porque nadie elegiría contratar con un agente “autoritario” del mercado que se decidiera alejarse del equilibrio de los demás oferentes y demandantes” (Stucchi, 2005, pág. 42). Por su puesto, este modelo no tiene cabida en la realidad de los mercados en general, no solo en nuestro ordenamiento jurídico, lo que naturalmente conlleva a la exigencia a los Estados

de Derecho de crear los mecanismos de prevención necesarios frente a los abusos que podría generar la trasgresión de este modelo ideal. Esto es así, en gran medida, por los presupuestos o asunciones que tiene el modelo de competencia perfecta que son fácilmente transgredidos y son razón de ser del Derecho de la competencia y sus mecanismos de protección a los consumidores.

Se desarrollará dos de las cinco reglas. La primera regla a asumir tiene que ver con lo siguiente: “los agentes del mercado de competencia perfecta son racionales” (Stucchi, 2005, pág. 42). En nuestro ordenamiento se exige al consumidor una racionalidad media para poder ser sujeto de protección para evitar abuso de derecho o fomentar conductas contrarias a la doctrina *cheapest cost avoider*⁵. ¿Cómo se aplica la exigencia los proveedores? El único modo es mediante la normativa de la represión de la competencia porque se manifiesta todo el poder “policía” del Estado.

Asimismo, el desequilibrio entre situaciones jurídicas de consumidor y proveedor se suele evidenciar en que la posición de proveedor, en la mayoría de casos, coincide con la de *deep pocket*, es decir que el proveedor suele ser, “el que tiene la mejor capacidad económica de pagar los daños y asumir sus costos” (Espinoza, 2021, pág. 178). Así, los proveedores tienen un poder y recursos superiores frente a un consumidor promedio y la distancia se incrementa en casos de promociones destinadas al consumo, porque solamente el organizador del concurso promocional conoce a fondo las condiciones del concurso.

Una segunda regla por asumir en el modelo de competencia perfecta es que los agentes “gozan de información absoluta y transparente sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado” (Stucchi, 2005, pág. 42). Esta falla del mercado es tangible y, a mi parecer, deber ser reconocida como la base del derecho de la competencia, pues la asimetría informativa es la razón de ser de los actos de engaño y toda estrategia dirigida a direccionar, confundir, ocultar información importante para fomentar un consumo por razones fuera de la eficiencia real del producto o de la posición ganada por un proveedor en el mercado, debe ser

⁵ Casos en los que “el particular se encuentra en la mejor posición de asumir costos para evitar el daño sufrido” (Espinoza, 2021, pág. 178).

sancionada y desincentivada en favor del frágil equilibrio del mercado y de que el modelo tomado continúe siendo eficiente. Estos actos “provocan un alejamiento de competencia perfecta, al distorsionar la información sobre las ofertas, lo que genera que los demandantes asignen valores a los bienes o servicios en el mercado que no corresponden a sus expectativas” (Stucchi, 2005, pág. 43). Así, quedan sentadas las bases que sustentan la existencia del Derecho de la competencia, abarcando diferentes acciones que pueden llevarse a cabo para distorsionar la información, actos dentro de los cuales se encuentran los denominados actos de engaño.

El objetivo es “evitar que el consumidor vea defraudadas sus expectativas por defectos en la información que recibe de las empresas que le proveen de bienes y servicios, así como por su falta de idoneidad” (Stucchi, 2005, pág. 42). Una problemática que tiene consecuencias negativas tanto para los productores competidores como para los consumidores.

- **SITUACIÓN DE VENTAJA INFORMATIVA O ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN:**

El proveedor es quien se encuentra en mejor situación para conocer los detalles del producto o servicio que ofrece. Esta situación puede resultar en actos que buscan obtener una ventaja injustificada, generalmente, mediante la publicidad comercial. Por su parte, el Estado puede corregir esta falla del mercado obligando a los vendedores a difundir la información a los consumidores de manera accesible, es decir, a bajo costo y de manera oportuna (Calderón, 2023). Así, la Constitución reconoce el derecho a la información de los proveedores

- **LIBERTAD DE EXPRESIÓN EMPRESARIAL:**

El derecho a la libertad de expresión empresarial es, en realidad, un derecho fundamental. Representa la manifestación de la libertad de expresión, que solo puede ser desplazada por otro derecho fundamental. En este contexto, el

derecho de acceso a la información de los consumidores se aplica siguiendo el principio de preferencia por los derechos fundamentales.

En el ámbito de la actividad publicitaria, se permite el uso del humor, la fantasía y la exageración, siempre que estos recursos no den lugar a actos de Competencia Desleal. Es decir, la creatividad y la expresión artística en la publicidad están permitidas, pero deben mantenerse dentro de los límites éticos y legales establecidos (Guzmán, 2011).

CAPÍTULO III

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. PROBLEMA PRINCIPAL

Configuración de los dos tipos infractores

¿Nestlé cometió actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño e infracción al principio de legalidad, tipos infractores contenidos en el Decreto Legislativo N.º 1044?

2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

Ámbito procedimental

PRIMERO: ¿La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal debió declarar improcedente la denuncia presentada por ASPEC en primera instancia?

SEGUNDO: ¿Existió una nulidad en el acto administrativo emitido por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal al declarar improcedente la actuación de medio probatorio presentado por ASPEC?

3. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. ¿Nestlé cometió actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño e infracción al principio de legalidad, tipos infractores contenidos en el Decreto Legislativo N.º 1044?

Previamente al análisis de los tipos infractores se detallarán los alcances de la publicidad:

Según recoge el fundamento 52 en la Resolución 00122016/SDC-INDECOPI, la publicidad inicia con una escena en la que se ve a tres (3) osos panda en el bosque: el padre, la madre y el hijo. Los padres le entregan un regalo al hijo, quien se alegra apenas toma el regalo, pero al abrirlo se decepciona y lo tira violentamente al suelo. En ese momento, aparece sobreimpresa en la pantalla la frase: “SOLO TÚ SABES QUÉ TE HACE FELIZ”, y el logotipo de la promoción “10 MINUTOS DE FELICIDAD SUBLIME”, mientras que la voz de un locutor en *off* dice: “Sólo tú sabes qué te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad (...)”. La escena contiene las siguientes imágenes:

Imagen N.º 1



Fuente: Resolución 00122016/SDCINDECOPI del 11 de enero de 2016.

En ese sentido, se procederá a analizar cada uno de los tipos infractores:

- a) Actos de engaño.
- b) Actos contra el principio de veracidad.

De los Actos de Engaño⁶

Doctrina de los actos de engaño en el caso específico:

Si bien nuestro sistema económico se fundamenta en la "posibilidad de cooperación voluntaria entre los agentes económicos" (Patrón & Mendoza, 2007), es crucial reconocer que esta posibilidad, por sí sola, no asegura el logro deseado: maximizar el bienestar de la sociedad mediante la libre operatividad del mercado y las decisiones relacionadas con la producción y el consumo. Es en ese sentido que, Patrón y Mendoza, mencionan que la adecuada operación del mercado se basa en el manejo de mayor o menor nivel de información. En resumen, la libertad de elección de los participantes del mercado se vería significativamente restringida en ausencia de un suministro suficiente y apropiado de información (2007, pág. 122).

Por su parte, Friedman explica que "la posibilidad de coordinación por intermedio de la cooperación voluntaria se apoya en la elemental —y frecuentemente negada— premisa de que, en una transacción económica, ambas partes se benefician de ella, siempre y cuando la transacción resulte ser bilateralmente voluntaria e informada" (1982, pág. 13). Por tanto, para lograr la eficiencia en el mercado se requiere información clara para el equilibrio de la transacción, esto toma mayor relevancia cuando estamos en un caso de agentes con asimetría de poder como lo son el consumidor y una gran empresa, pues son los segundos los que manejan los detalles exactos del producto o servicio a promocionar, mientras que los primeros tienen parámetros que viene de sus experiencias y conocimientos previos, así como la de su raciocinio.

Según lo indicado, para definir un acto de engaño, en el contexto de este trabajo, es necesario referirse a dos conceptos fundamentales: información y engaño. La información, como se ha explicado anteriormente, desempeña un papel crucial en el correcto funcionamiento del mercado, ya que está directamente relacionada con el nivel de libertad de elección que los agentes del mercado

⁶ Base Legal: Art. 9 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

pueden tener. A menor cantidad de información, menor libertad de elección. Por otro lado, el término engaño no solo representa la falta de lealtad hacia el consumidor, sino que también actúa como una fuente de perjuicio para los competidores honestos y, sobre todo, para el mercado en sí. Esto último se debe a que el engaño pone en riesgo la transparencia, con consecuencias significativas para la economía y el bienestar general (Patrón & Mendoza, 2007, pág. 122). De la combinación de los conceptos mencionados, Patrón & Mendoza proponen cierta definición de prácticas engañosas en el ámbito del derecho de la competencia. En un sentido más amplio, las prácticas engañosas son aquellas maniobras mediante las cuales un participante en la competencia crea una percepción errónea con respecto a la oferta de sus propios productos o servicios. Este comportamiento impacta tanto a sus clientes actuales y potenciales como a sus competidores directos e indirectos, así como a la economía y al bienestar en general. Esto subraya su relevancia al intentar desalentar este tipo de conductas.

Por su lado, Pierino Stucchi postula que el acto de engaño “se formula como un acto concurrencial prohibido que consiste en comunicar información que sea capaz de generar en el destinatario una impresión que se aparte de la realidad respecto de los productos que se ponen a su disposición en el mercado” (2005, pág. 48). De acuerdo con este autor, para que exista un posible caso de acto de engaño pasible de ser analizado tiene que provenir de un agente competitivo, y como segundo requisito, tiene que tener el poder de generar una percepción que lo haga tomar una decisión menos eficiente respecto a un producto o servicio que está en el mercado.

En esa línea de pensamiento, Juan Espinoza señala que en la bibliografía internacional se advierte que “como consecuencia de la gran importancia que adquiere cada día la información del consumidor y la dificultad de unificación de legislaciones, surge el concepto de **consumidor normalmente informado**” (Espinoza, 2021, pág. 350). Este término forma parte de un precedente de observancia obligatoria de INDECOPI, aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia en la resolución del caso de la denuncia presentada por la señora *Liliana Carbonel Cavero en contra de Finantour S.R.L.*, de fecha 16 de abril de 1997 que precisó, en síntesis, lo siguiente:

La responsabilidad de los proveedores de informar debe entenderse como la obligación de comunicar toda la información relevante para que los consumidores puedan tomar decisiones adecuadas al adquirir bienes y servicios o al utilizarlos correctamente (...). Los proveedores deben poner a disposición de los consumidores **toda** (énfasis añadido) la información relevante sobre los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera que sea accesible y comprensible para un consumidor razonable que actúa con diligencia ordinaria. **Para determinar qué prestaciones y características se incluyen en los términos y condiciones de una operación cuando no hay acuerdo expreso entre las partes o no existen otros elementos probatorios que demuestren lo que realmente acordaron, se recurrirá a las prácticas y usos comerciales (énfasis añadido)**. (Sintetizado de la Resolución N.º 102-077/TDC-INDECOPI)

Resulta fundamental evitar prácticas engañosas en el mercado, ya que sus consecuencias pueden ser perjudiciales para todos los involucrados. El sistema de acceso al mercado tiene como objetivo principal evitar que el Estado imponga obstáculos innecesarios o burocráticos a las actividades empresariales. Esto significa que los proveedores deben cumplir con la obligación de proporcionar información relevante y transparente a los consumidores. Al hacerlo, se fomenta la confianza y se permite que los consumidores tomen decisiones informadas. En última instancia, esto beneficia tanto a las empresas como a los clientes (Stucchi, 2005, pág. 41).

Con la finalidad de analizar los tipos infractores de actos de engaño y vulneración al principio de legalidad y determinar una postura sobre lo resuelto por la autoridad administrativa en la presente controversia, previamente se explicará cuál es la base legal aplicable al presente caso y el análisis que recae sobre la publicidad en el marco del Decreto Legislativo N.º 1044. Indudablemente, la mera defensa de la libertad empresarial no es suficiente. Existe un riesgo latente

de que esta libertad se convierta en una licencia para prácticas contrarias a la ética y las buenas costumbres. Para mitigar este peligro, se recurre al concepto del "consumidor razonable", como se detalla en la Resolución N.º 102-077/TDC-INDECOPI. Sin embargo, esta consideración no es exhaustiva. Es imperativo que la Comisión cuente con toda la información relevante y, en caso de omisiones, recurra a las tradiciones usuales del mercado. De esta manera, se garantiza una evaluación justa y equitativa. En el contexto específico de este informe, sería apropiado tomar como referencia los usos y costumbres de los agentes de marketing publicitario a gran escala para campañas masivas.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1044, establece que:

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.⁷

Por su parte, el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1044, establece que:

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.⁸

Cabe mencionar que el artículo 7 del Decreto Legislativo N.º 1044, ha preceptuado que:

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

⁷ Artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁸ Artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial (...)»⁹.

Es decir, no es determinante la intencionalidad del agente económico para la configuración de la infracción, en el presente caso, si hubo o no intencionalidad en la conducta de Nestlé.

En atención a la base legal que regula los actos de competencia desleal, iniciaremos con el análisis del tipo infractor de actos de engaño y, posteriormente, con la vulneración al principio de legalidad.

Respecto al tipo infractor materia de la denuncia, está contenido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, el cual establece que los actos de engaño:

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

Por su parte, el numeral 3 del artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, establece que:

“La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.”

⁹ Artículo 7 del Decreto Legislativo N.º 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 8 del Decreto Legislativo N.° 1044, señala a la letra que:

“En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

De acuerdo con lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo octavo, se impone a los agentes económicos la obligación de disponer de los respaldos necesarios que demuestren sus afirmaciones antes de emitir publicidad. Esto, a su vez, conlleva a una inversión de la carga de la prueba. En otras palabras, cuando se difunde un mensaje relacionado con características verificables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con pruebas que respalden la veracidad de dicho mensaje.

Sobre el particular, el autor Stucchi (2007) precisa que el principio de veracidad se encuentra presente dentro de la regulación de la actividad publicitaria a fin de que los destinatarios del mensaje publicitario no sean inducidos a error en relación con la oferta anunciada. Adicionalmente, este autor expresa que el destinatario del mensaje comercial es considerado como sujeto razonable, por ello realizará un análisis integral y superficial del contenido de la publicidad.

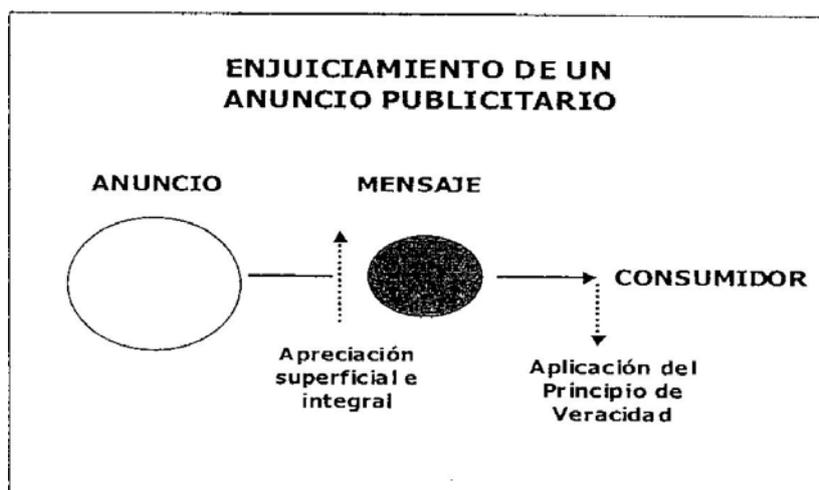
En cuanto al principio de veracidad, a través del Precedente de Observancia Obligatoria del INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia en su oportunidad), contenido en la Resolución N.°1602-2007/TDC-INDECOPI, se ha establecido que:

(...) la infracción al Principio de Veracidad importa una discordancia entre el mensaje que reciben los consumidores y la realidad. Conforme a ello, este precedente ha determinado que la inducción a error se presenta cuando se genera una idea equivocada en el consumidor, respecto de un mensaje publicitario. Lo cual sucede por el modo en el que han sido

expuestas las afirmaciones o imágenes, incluso siendo estas verdaderas, o porque se ha omitido determinada información.

En el referido precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N.º 1602-2007/TDC-INDECOPI, se desarrolló gráficamente, como debía producirse el “Enjuiciamiento de un Anuncio Publicitario”, conforme al siguiente gráfico:

Gráfico N.º 1



Fuente: Resolución N.º 1602-2007/TDC-INDECOPI.

Respecto a lo señalado, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en el fundamento 72 de la Resolución N.º 0068-2023/SCC-INDECOPI del 6 de junio de 2023, ha señalado que:

(...) conforme al deber de sustanciación previa, en un procedimiento sancionador por actos de competencia desleal por la presunta comisión de actos de engaño, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que, antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o solo potencialmente ciertas.¹⁰

¹⁰ Resolución N.º 0068-2023/SCC-INDECOPI del 6 de junio de 2023, contenida en el Expediente N.º 0140-2020/CDD, en el marco de la denuncia interpuesta por América Móvil Perú S.A.C., contra Fiberlux S.A.C.

Asimismo, la precitada Sala, en el fundamento 48 y 49 de la Resolución N.º 0018-2018/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2023, ha señalado lo siguiente:

Con relación al deber de sustanciación previa, este implica que, en un procedimiento de competencia desleal por la presunta comisión de actos de engaño, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que, antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o solo potencialmente ciertas.(...) Como se puede observar, el deber de sustanciación previa es atribuible al anunciante dado que este es quien se encuentra en mejor posición para acreditar el contenido de sus anuncios publicitarios(...).¹¹

En la Resolución N.º 0055-2023/SCC-INDECOPI del 6 de junio de 2023, se ha señalado también que:

(...) dicho deber contiene una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que acrediten la información que se pretende trasladar, por lo que ante el requerimiento de la autoridad debe encontrarse en la capacidad de exhibirlas; y, (ii) asegura a los consumidores que los anunciantes cuentan con los soportes respectivos que sustenten los mensajes publicitarios de corte objetivo que se encuentran difundiendo en el mercado, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a los productos o servicios promocionados. Caso contrario, se avalaría la posibilidad de que un agente económico pretenda atraer para sí clientes, mediante afirmaciones respecto de las cuales no tiene certeza y esperar la existencia de un procedimiento o reclamo para proceder a realizar las evaluaciones que puedan probar lo alegado precedentemente o efectuar recién en dicho momento las acciones destinadas a viabilizar lo ofrecido en su publicidad, con el evidente riesgo de que finalmente la afirmación no pueda ser comprobada o lo ofrecido no sea realizable.

Teniendo en cuenta la legislación mencionada anteriormente y las declaraciones

¹¹ Resolución N.º 0055-2023/SCC-INDECOPI del 6 de junio de 2023, contenida en el Expediente N.º 0106-2021/CDD, en el marco de la denuncia interpuesta por Softys Perú S.A.C., contra Papelera Reyes S.A.C.

emitidas por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia, es pertinente examinar si Nestlé ha llevado a cabo acciones de competencia desleal en términos de engaño, a través de la campaña publicitaria difundida por Nestlé Perú S.A. bajo el nombre de "10 minutos de alegría con Sublime".

Sobre el particular, debe tenerse presente que la publicidad debe ser analizada de forma objetiva, conforme lo ha dispuesto el numeral 2 del artículo N.º 21 del Decreto Legislativo N°1044, el cual delimita la interpretación integral y superficial que recae en un anuncio publicitario:

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.

Según García y Sosa (2014), la palabra "superficial" implica que el receptor de la publicidad hace una interpretación rápida y superficial del anuncio. Por lo tanto, se desaconseja cualquier interpretación forzada o excesivamente complicada del mensaje publicitario.

Ahora bien, los citados autores precisan sobre la mención "integral" que expresa que el anuncio publicitario se analiza en su totalidad, por ello no es posible que el anuncio sea evaluado por fragmentos, obviando elementos que lo integren.

Siguiendo la misma línea, mediante la Resolución N.º0144- 2020/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha señalado que el artículo N.º 21 del Decreto Legislativo N.º 1044:

(...) establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que el destinatario del anuncio queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, esto es, captando el referido mensaje en su conjunto

y sin efectuar una evaluación detenida de la publicidad, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.¹²

Sobre el particular, debe tenerse presente que la Resolución N.º1602-2007/TDC-INDECOPI, desarrolló una metodología de evaluación para determinar si la información difundida a través de medios publicitarios infringe el principio de veracidad o no. Y es así que en la Resolución N.º0144- 2020/SDC-INDECOPI se precisan los siguientes pasos:

- (i) **delimitación del mensaje:** se debe establecer, a partir de una apreciación integral y superficial de la publicidad, en qué consiste el mensaje que reciben los consumidores; y,*
- (ii) **verificación de veracidad del mensaje:** una vez delimitado dicho mensaje, la autoridad constatará si el anunciante cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión de las piezas publicitarias bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, determinará si tales elementos prueban la veracidad de lo transmitido.*

En el presente caso, debemos partir por la siguiente pregunta: ¿a través de qué medios se realizó la publicidad de la promoción “10 minutos de felicidad con Sublime”? Ello con la finalidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo N.º 21 del Decreto Legislativo N.º 1044 y realizar una lectura integral de la promoción.

Sobre el particular, de los descargos presentados por la Nestlé, se observa que la precitada publicidad se efectuó a través de anuncios televisivos (*spot* publicitario televisivo y la publicidad en el programa “Al fondo hay sitio”), publicidad en la página de Nestlé en Facebook, publicidad en la página web de Nestlé, publicidad audiovisual en YouTube, menciones en radio, paneles exteriores y paneles en las tiendas Ripley; es decir, en más de cinco medios y

¹² Resolución N.º 0027-2023/SDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2023, contenida en el Expediente N.º 089-2021/CDD, en el marco de la denuncia interpuesta por Sociedad Nacional de Industrias, contra Frigoinsa S.A.C.

piezas publicitarias, por lo que coincido con la Sala Especializada en Defensa de la Competencia respecto al extremo referido a que dicha publicidad presenta los elementos propios que caracterizan a una campaña publicitaria.

No obstante, el denunciante ASPEC, únicamente se ha centrado en una de las piezas publicitarias, referidas al *spot* publicitario televisivo, sin considerar la naturaleza de la publicidad de Nestlé, que es una campaña publicitaria, cuya información debe ser analizada en su conjunto, de forma integral y superficial, conforme a lo señalado en el artículo N.º 21 del Decreto Legislativo N.º 1044, por lo que corresponde analizar cada uno de los extremos denunciados:

a) Respecto a la vigencia de la campaña publicitaria:

De una interpretación integral y superficial de los anuncios se ha podido corroborar que la vigencia de la promoción era desde el 30 de abril de 2012 hasta el 23 de junio de 2012.

Por otra parte, la vigencia de la promoción fue informada a través del anuncio televisivo, por lo que considero que no hubo error en la información brindada a los consumidores, no existiendo la omisión sobre la fecha de inicio de la promoción, alegada por ASPEC.

b) Sobre la disponibilidad de los premios:

Sobre este extremo, coincido con el fundamento 69 y 70 de la Resolución 0012-2016/SDCINDECOPI emitida por la Sala Especializada en Competencia Desleal, en el extremo referido a que de la publicidad se desprende que al adquirir el producto de la promoción, el consumidor solamente accedía a una opción de ganar, interviniendo el factor azar en dicho resultado, en la medida que tenía que abrir el empaque para saber si había ganado algún premio y asumir lo contrario desnaturalizaría el factor azar de la promoción, puesto que ello implicaría que el consumidor deba conocer de antemano el empaque ganador, por lo que es necesario que dicha información sea omitida.

c) Sobre la marcación de los empaques del producto que participa en la promoción

Según el criterio de ASPEC, al no marcar los empaques de los productos Sublime que participan de la promoción publicitada, se estaría omitiendo información relevante para los consumidores, utilizando como referencia el blog de marketing de la empresa Mercadeando S.A., en donde se analizó la campaña materia de imputación, señalando que no constituye una práctica de marketing comúnmente utilizada.

Sobre el particular, coincido con la posición emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en el presente caso (fundamento 78 y 79), a través de los cuales se señala que:

(...) los argumentos esbozados por la apelante en este extremo, pues su análisis no busca verificar si el mensaje contenido en la publicidad induce a error en los consumidores, sino a establecer si la decisión de Nestlé de no marcar los empaques de la promoción es adecuada para los consumidores. 79. Sobre tal punto, no corresponde a este colegiado emitir opinión respecto si las políticas comerciales que Nestlé aplica en su promoción vulneran los derechos de los consumidores, pues ello escapa del ámbito de las competencias que la Sala tiene en estos casos.

Al respecto, considero que el criterio asumido por ASPEC contravendría las libertades económicas reconocidas por la Carta Magna en lo que refiere a la libertad de empresa, pues tendría injerencia en la forma como Nestlé se organiza para desarrollar su campaña publicitaria; es decir, sobre sus políticas comerciales, sobre los cuales la autoridad administrativa no tiene competencia, en tanto no vulnere expresamente las normas vigentes, lo cual no se acreditó en el presente caso.

Por lo tanto, considero acertado el pronunciamiento emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en el extremo que declaró

infundada la denuncia por la presunta existencia de actos de engaño en la publicidad de la promoción “10 minutos de felicidad con Sublime”.

De los actos contra el principio de legalidad

Como antecedente, debe recordarse que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal imputó de oficio la presunta infracción al principio de legalidad debido a que el anuncio televisivo de la promoción publicitada consignaba la siguiente restricción de acceso: “Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo”, pero a una velocidad tal que no permitiría su lectura ininterrumpida por los consumidores, presuntamente incumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo N.º 14 del Código de Consumo.

El artículo N.º 17 del Decreto Legislativo N.º 1044, respecto al principio de legalidad, señalaban obligaciones relacionadas a lo siguiente:

17.1: Se refiere a la difusión de publicidad que no cumple con las normas legales obligatorias aplicables a la actividad publicitaria.

17.2: Constituye una violación de este principio el hecho de no cumplir con las regulaciones sectoriales que rigen la realización de la publicidad en términos de su contenido, difusión o alcance.

Por su parte, el numeral 2 del artículo N.º 14 del Código de Consumo, establecía que cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, es necesario que se comuniquen de manera clara y destacada en cada uno de los anuncios. Además, si existe una fuente de información adicional, esta también debe ser fácilmente advertible para el consumidor. En todos los anuncios, se debe informar de manera clara y explícita sobre la existencia de dichas restricciones y proporcionar referencias para localizar esa fuente de información adicional.

Sobre este extremo, debe tenerse presente que la Sala realizó un análisis integral y superficial sobre la pieza publicitaria, determinando que en función

a la i) velocidad, ii) colores; y iii) el Lenguaje utilizado, consideró que era de fácil comprensión, razón por la cual declaró infundada la denuncia, confirmando la resolución de primera instancia.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la valoración de la pieza publicitaria podría tornarse subjetiva, por lo que considero acertado que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, haya precisado los aspectos sobre los cuales realizó su análisis, como son la velocidad, colores y lenguaje utilizado, lo cual fundamenta su postura y resta discrecionalidad al análisis de la pieza publicitaria.

En ese sentido, considerando que la Sala ha utilizado criterios objetivos para el análisis de la pieza publicitaria y de una revisión de la publicidad, coincido con la citada Sala, en el extremo que declaró infundada la denuncia.

3.2. ¿La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, debió declarar improcedente denuncia presentada por ASPEC en primera instancia?

ASPEC presentó una denuncia contra Nestlé por la presunta comisión de acto de engaño por los mismos hechos que la empresa IDOM.

Mediante Resolución N.º 080-2013/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, declaró improcedente la denuncia presentada por ASPEC en la medida que consideró la existencia de una vulneración al principio *non bis in ídem*, que está contenido dentro de los principios de la potestad sancionadora del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO LPAG).

Sobre el particular, considero que no existe una vulneración al principio *non bis in ídem*, en la medida que no se cumple la triple identidad debido a que no son los mismos sujetos, pues son diferentes empresas, aun cuando los hechos sean los mismos.

Sobre el concepto de *non bis in ídem* en la doctrina del derecho administrativo, se define como la prohibición general de doble sanción, es decir: “cuando un comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras solo una de ellas se aplica porque basta por sí misma para aprehender y castigar el total del desvalor del hecho” (Canosa, 2009, pág. 95). En resumen, es la prohibición de ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho. Por su lado, el Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 2050-2002-AA/TC, nos define un *non bis in ídem* “procesal” como parte del principio del debido proceso recogido en el artículo N.º 139 de la norma constitucional con una doble configuración. Por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal.

Dicha decisión, desde mi punto de vista, afecta el principio de debido procedimiento contenido en el TUO de la LPAG y origina la nulidad del acto resolutorio que declaró improcedente la denuncia.

En ese sentido, considero acertada la posición asumida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución N.º 0461-2014/SDC-INDECOPI, en el extremo que revocó el criterio de la Comisión y solicitó la acumulación de los procedimientos.

CONCLUSIONES

1. Respecto a los actos de engaño, debe tenerse presente que las piezas publicitadas que presentan los agentes económicos deben ser analizadas de forma integral y superficial, por lo que considerando que estamos frente a un caso de actos de engaño y que la publicidad era mediante una campaña publicitaria, correspondía que la autoridad administrativa evalúe respecto a la vigencia de la promoción, si esta había sido consignada, acreditándose que esta sí fue consignada en la cual abarcaba desde el 30 de abril de 2012 hasta el 23 de junio de 2012.
2. Respecto al hecho que los productos que participan en una promoción deben estar marcados, debe tenerse presente que ello constituiría una prerrogativa del agente económico en su publicidad y no una obligación legal, lo cual se condice con las libertades económicas de libre iniciativa privada y libertad de empresa.
3. Respecto a la contravención al principio de legalidad, debe tenerse presente que para evaluar que la publicidad sea clara y acorde con lo dispuesto en el artículo N.º 14 del Código de Consumo, la Sala ha utilizado criterios objetivos para el análisis de la pieza publicitaria y de la revisión de la publicidad. Coincidió con la citada Sala, en el extremo que declaró infundada la denuncia respecto a este tipo infractor.
4. Respecto a la improcedencia de la denuncia de ASPEC en un primer momento, de la evaluación realizada, no se observa una afectación al *non bis in ídem*, dado que, no se dio la triple identidad en lo que se refiere a los sujetos, razón por la cual es acertado el criterio de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia que revocó el extremo del

acto administrativo de primera instancia que declaró improcedente la denuncia de ASPEC, por la presunta vulneración al referido principio.

5. La vía adecuada para llevar el presente procedimiento es la Vía del Derecho del Competencia Desleal, pues el Derecho de Consumidor tiene un foco en la relación de consumo, mas no en el bien jurídico protegido por el D.L.1044, el equilibrio del mercado al que se puede poner en riesgo no solamente de manera efectiva (por ejemplo, en una relación de consumo) sino de manera potencial (difundiendo una publicidad con información poco clara o fugaz).

6. En cuanto a la nulidad de la resolución de primera instancia por falta de motivación, y en base a los argumentos en el presente informe, no se observa que se haya configurado un vicio de nulidad por falta de motivación, extremo que pudo ser analizado bajo la vulneración del principio al debido procedimiento, para que sea más acertado el análisis.

Bibliografía

- Abad, S. (2023). La Constitución Económica treinta años después. En A. Calderón, *Verdades y Mitos de la Constitución Económica de 1993* (págs. 15-18). Lima: Debate.
- Acosta Lobo, O. I., Salazar Álvarez, L. A., & Narváez Mercado, B. (2015). La publicidad engañosa, una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano. *Vis Iuris*, 71-80.
- Aramayo, A., & Paz Krumdiek, J. A. (2022). La prohibición general de los actos de competencia desleal. En R. Saavedra, *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho del consumidor, competencia desleal y libre competencia* (págs. 257-270). Lima: Jurista Editores.
- Aramayo, A., M. R., Sosa, C., & Stucchi, P. (2013). *Análisis de la funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus Órganos Resolutivos*. Lima.
- Bautista, R. (2022). Autoridades de Fiscalización. En R. Saavedra, *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho del consumidor, competencia desleal y libre competencia* (págs. 309-329). Lima: Instituto Peruano de Derecho Mercantil.
- Bullard, A. (2018). ¿Es el Consumidor un Idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor razonable. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10*, 5-58.
- Calderón, A. (2023). *Verdades y Mitos de la Constitución Económica de 1993*. Lima: Debate.
- Canosa, A. N. (2008). *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos - 1ra Edición*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Constitución Política del Perú*. (1993). Lima.

- Cortez, P. (2020). *Tesis para Obtener el Título de Abogado: ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA CLÁUSULA GENERAL APLICABLE A DENUNCIAS ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL*. Lima: Universidad de Lima.
- Díez Sánchez, J. J. (2011). Principios del procedimiento administrativo . En I. E.-b. *Administrativos, La ley de procedimiento Administrativo General diez años después* (págs. 253-277). Lima: Palestra Editores.
- Espinoza, J. (2021). *Derecho de los consumidores*. Lima: Instituto Pacífico.
- Friedman, M. (1982). *Capitalismo y Libertad*. Chicago: University Chicago.
- Gomez, H. (2009). El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. *Círculo de Derecho Administrativo*, 472-483.
- Guzmán Napurí, C. (2001). El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo? *Ius et Veritas* 22, 339-347.
- Guzmán, C. (2011). Introducción a la Represión de la Competencia. *Círculo de Derecho Administrativo*, 245-257.
- INDECOPI. (2022). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobado por Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI. *INDECOPI*.
- INDECOPI. (22 de 04 de 24). Pagina web. Lima, Lima, Perú.
- INDECOPI, G. d. (2013). *Propuesta Metodológica para la determinación de multas en el Indecopi*. Lima: INDECOPI.
- INDECOPI, G. d. (2020). *Propuesta Metodológica para la determinación de multas en el Indecopi*. Lima: INDECOPI.

- Justen, M. (2022). O direito das agencias reguladoras independentes. En D. Zegarra, *Procedimiento Administrativo Trilateral* (pág. 13). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Kresalja, B. (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre Represión de Competencia Desleal. *Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica del Perú*, 13-86.
- Luna, L. (2015). ¡Exijo una explicación!... *Derecho & Sociedad*, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249>.
- Martinez, D. (20 de Julio de 2020). *IUS360*. Obtenido de Evolución de las normas que reprimen la competencia desleal dentro del ordenamiento peruano: <https://ius360.com/evolucion-de-las-normas-que-reprimen-la-competencia-desleal-dentro-del-ordenamiento-peruano-diego-martinez/>
- Molina, C. (1993). *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Madrid: Montecorvo.
- Morón, J. (2017). *Comentarios al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento administrativo general V. I*. Lima: Editorial Gaceta.
- Northcote. (2008). Análisis Comparativo del Decreto Legislativo N.º 691 y del Decreto Legislativo N.º 1044 (Parte 1). *Actualidad Empresarial N.º 63*, 1-2.
- Patrón, C., & Mendoza, A. J. (2007). Actos de engaño en general . En U. d. (UPC), *El derecho de la Competencia Desleal* (págs. 121-179). Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Rodríguez, G. &. (2014). Con licencia para anunciar: Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú (1.a ed). *THEMIS*.
- Rodriguez, G. (2017). Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso. *Derecho y Sociedad*, 239-247.

- Rojas Pereyra, M. G. (2022). *Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogado*. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola.
- Samaniengo, P., & Córdova, E. (2016). Comentarios a la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En G. Jurídica, *Manual de actualización comercial. Primera Edición* (págs. 165-210). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sosa Huapaya, A. (2017). Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom": Casos Prácticos. *Derecho y Sociedad N.º 49*, 161-182.
- Stucchi, P. (2005). El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias. *Ius et Veritas* 31, 41-58.
- Stucchi, P. (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial. *Ius Et Veritas*, 179-182.
- Zegarra, D. (2014). Serie Módulos Instruccionales. En INDECOPI, N.º 1 - *Procedimiento Administrativo Trilateral* (págs. 6-74). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

FUENTES LEGALES:

1. Constitución Política del Perú.
2. Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.
3. Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019- JUS

ANEXOS



SUMILLA:

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI del 11 de febrero de 2015, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC y el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado – IDOM contra Nestlé Perú S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

A decir de la Sala, en la denuncia se señaló que la campaña publicitaria difundida por Nestlé Perú S.A. denominada “10 MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME”, daría a entender erróneamente a los consumidores que: (i) la fecha de inicio de la promoción sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad inició el 30 de dicho mes; (ii) los cuarenta (40) premios principales que forman parte de la campaña estarían a disposición de los consumidores desde el inicio de la promoción, cuando en realidad recién fueron sembrados a partir del 3 de mayo de 2012; y, (iii) la afirmación “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado” permitiría concluir erróneamente que todos los productos Sublime –en las presentaciones participantes– ingresarían a la promoción, cuando en realidad participarían solamente aquellos producidos durante su vigencia.

La Sala sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

(i) Respecto a la fecha de inicio de la promoción, consideró que el mensaje no contempla elementos que induzcan a error a los consumidores respecto al inicio de la campaña, pues se informa de manera clara y perceptible para los consumidores que la promoción iniciaba el 30 de abril de 2012.

(ii) Sobre la fecha en que los cuarenta (40) premios principales estarían disponibles, consideró que las promociones como las publicitadas en este caso, en donde interviene el azar, determina que se deba mantener en reserva las fechas en que los premios serán sembrados en los productos participantes, pues de lo contrario se desnaturalizaría el carácter aleatorio de la promoción. Por ello, la omisión de esta información no induce a error a los consumidores respecto a las probabilidades de ganar los premios de la promoción durante su vigencia.

(iii) La Sala consideró que si bien ASPEC interpretó el mensaje como engañoso al considerar que solamente sería factible que los productos elaborados durante la vigencia de la promoción participen de la misma por lo que debían ser marcados, la lógica de este tipo de promociones, en donde interviene el azar, es que se establezca una probabilidad de ganar que estará en función del universo de productos participantes, conformados por los productos premiados y los productos sin premio. La Sala consideró que el mensaje es claro y comprensible al informar a los consumidores que las probabilidades de ganar se encuentran en función al universo de productos participantes que constituye el total de productos Sublime –en las presentaciones indicadas–, independientemente de su fecha de elaboración.

Finalmente, la Sala confirmó la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación de oficio contra Nestlé Perú S.A. por presunta infracción al principio de legalidad, contemplado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en la medida que consideró que sí se evidencia de manera clara, destacada y advertible para los consumidores, las restricciones y condiciones de la promoción relacionadas a las ciudades en donde aplica, conforme lo demanda el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.



IDOM

Instituto del Derecho
Ordenador del Mercado



Folio: 15 + Copias: 1

000001

INDECOPI

?

2012 JUN 20 14:58

EXPEDIENTE :
ESCRITO N° : 01
DENUNCIA ACTOS DE ENGAÑO

RECIBIDO
SECRETARÍA DE
COMERCIO

074746

A LA COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO - IDOM, identificado con RUC N° 20519336643, debidamente representada por su presidente **PAUL H. CASTRO GARCIA** identificado con DNI N° 07867168, con domicilio procesal en casilla N° 78 del INDECOPI; ante ustedes atentamente nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. PETITORIO:

1. Que, se sancione ejemplarmente a la denunciada por NO cumplir con lo siguiente:
 - Su deber a informar de manera adecuada a través de la publicidad, constituyéndose en ACTOS DE ENGAÑO.
 - Clausula General
2. Que, se dicten las medidas correctivas necesarias a fin de que cese la infracción.
3. Que, una vez declarada **FUNDADA** la presente denuncia, se disponga la devolución de los costos y costas incurridos en este procedimiento así como la publicación correspondiente,

II. DATOS DE LA DENUNCIADA:



- **NESTLÉ PERÚ S.A.** (en adelante, NESTLÉ o el denunciado) identificada con Registro Único de Contribuyentes, R.U.C. N° 20100130204 a quien se le deberá notificar en su domicilio fiscal sito en Av. Los Castillos N° C.3 Z.I. Santa Rosa (EX-Av. Los Castillos Mza..D Lte. 5 Sec. 07) Distrito de Ate, provincia y departamento de Lima.

III. LEGÍTIMO INTERÉS PARA ACTUAR:

La asociación denominada **INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO**, es una organización sin fines de lucro dedicada a la educación, orientación, información, defensa de los consumidores y usuarios en general, así como velar por correcto funcionamiento del mercado de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional. Como parte de nuestras funciones se encuentra el velar porque el mercado se desarrolle en un ambiente de libre y leal competencia, incluyendo el respeto al derecho de los consumidores; todo lo cual implica un control y seguimiento de la información brindada por los distintos proveedores a través de –entre otras cosas- su **publicidad comercial**, entre otros.

Conforme estipula el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, "*Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.*" Sin embargo, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala que excepcionalmente no requiere invocar interés y legitimidad para obrar el que defiende **intereses difusos y colectivos**.

Por su parte, el artículo 82° del mismo cuerpo normativo dispone que el "*interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor*". Asimismo, señala que este tipo de acciones "*pueden ser promovidas por las asociaciones o instituciones sin fines de lucro*".

En ese mismo sentido, el artículo 128° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) señala que:

"El ejercicio en defensa de los derechos del consumidor puede ser efectuado a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores. Para estos efectos se entiende por:

a. Interés colectivo de los consumidores: Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentran ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

b. Interés difuso de los consumidores: Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados."

Es así que, siendo nuestra organización una asociación sin fines de lucro que persigue cautelar los derechos del consumidor en una economía social de mercado, gozamos de legitimidad activa que nos permite ejercer el derecho de acción que se materializa en la presente denuncia.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Sobre la Información en la Publicidad:

La información es el conjunto de datos que puede aprehender un ser humano sobre un objeto (tangible o intangible) o sobre un tema. Respecto de este conjunto de datos, el receptor del mensaje forma un conocimiento. Cada dato que configura la información, necesariamente debe predicar o referir algo sobre un aspecto de un objeto o un tema que sea determinado o



determinable. Si no fuera posible identificar a qué objeto o tema se refiere un dato, este definitivamente no constituye información.

Es así que el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1044 señala en el numeral 21.2 referente a la interpretación de la publicidad:

*"Dicha evaluación **se realiza sobre todo el contenido de un anuncio**, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de las campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman."*

En el presente caso, hemos tomado conocimiento a través de la prensa¹ así como en un informe publicado en el blog de la empresa Mercadeando S.A. (dirección URL: <http://blog.mercadeando.com/>) que NESTLÉ había realizado una campaña publicitaria de su producto SUBLIME denominada "10 minutos de felicidad con SUBLIME". Dicha campaña consistía principalmente en lo siguiente:

SE OFRECÍA 40 VALES DE COMPRA DE S/. 5,000.00 QUE DEBÍAN SER USADOS EN 10 MINUTOS EN LAS TIENDAS RIPLEY².

Como podrá observarse en dicha publicidad no se menciona de manera clara lo siguiente:

- 1) Que los productos que entrarían en la promoción NO estarían marcados y en tal sentido el consumidor no podría distinguir de manera clara, fácil

¹ En el Diario El Comercio del día sábado 16 de Junio del 2012, sección Defensa del Consumidor pag. B10 y B11

² Ver video del lanzamiento de la campaña en: <http://www.youtube.com/watch?v=y2mJo6U0LCA>



y oportuna entre el producto que sí podría contener la promoción, del que efectivamente no entra en la promoción debido a que, por ejemplo, fue producido antes de la entrada en vigencia de la misma. Condición que va en contra de las prácticas comunes de campañas promocionales de consumo masivo.

- 2) Que los 40 premios principales consistentes en vale de hasta en 5,000 soles serían puestos a disposición de los consumidores recién el 03 de mayo del 2012, siendo que el lanzamiento de la campaña se inició el 23 de Abril del 2012, conforme lo señala Nestlé en su comunicado del FaceBook³.
- 3) Que al no diferenciar los productos que sí podrían incluir los premios ofrecidos con los anteriores a la campaña constituye una conducta que va en contra de la buena fe empresarial que todo agente económico debe cumplir al concurrir en el mercado.

Lo cual, como demostraremos, viene constituyendo una conducta reñida contra la buena fe empresarial mediante **ACTOS DE ENGAÑO, INDUCIENDO A ERROR AL CONSUMIDOR y FALTANDO AL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN LA PUBLICIDAD** (ya que dicha información no es brindada de forma Oportuna, verdadera, clara y de fácil acceso).

2. Del Análisis Integral del Anuncio.

En el presente caso, tomamos conocimiento que NESTLE ofrecía en su campaña denominada "10 MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME"⁴, en cuyo video de lanzamiento se podía apreciar lo siguiente:

³ Ver comunicado en: http://www.facebook.com/ChocolateSublime/app_215040815225107

⁴ Ver video de publicidad subida por el propio NESTLE en: <http://www.youtube.com/watch?v=y2mJo6U0LCA>



Una serie de personajes representados por tres osos pandas humanizados que estando en el bosque abrían un regalo en donde descubrían un disfraz de oso panda, lo cual les generaba molestia a uno de ellos, quien se retiraba tirando el regalo y pateando la caja que lo contenía, acto seguido se escucha lo siguiente:

Voz en off:

Sólo tú sabes que te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad para que te lleves lo que quieras de Ripley por un valor hasta 5,000 soles (sic).

Busca el billete dorado dentro de tus empaques de Sublime y gana.

Serán 40 ganadores y además miles de cupones de descuento.

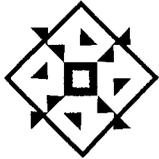
¡Nada más sublime que estar feliz!

Asimismo, y de forma simultánea se pueden observar una serie de imágenes entre ellas: un anuncio que en menos de dos segundos se indica: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado." Además de ello aparecen en la parte inferior de la pantalla una serie de letras blancas (riel) que pasan a una velocidad que las convierten imperceptibles al ojo humano y en el que anunciarían las restricciones y/o condiciones de dicha promoción.

Por otro lado, a través de otros medios como el FaceBook o la página web⁵ de NESTLE se colocaron las siguientes imágenes:

⁵ Ver el siguiente link:

<http://www.nestle.com.pe/Common/Nestleimages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg>



IDOM
Instituto del Derecho
Ordenador del Mercado



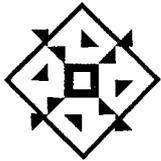
(postada en el FaceBook de Sublime el 27 de Abril. Ver link:
<http://www.facebook.com/photo.php?fbid=10151565341465640&set=a.10151436488300640.823652.404815345639&type=1&theater>)



(Estuvo colgada el 11 de Abril en la página web de Nelté con el siguiente link:
<http://www.nestle.com.pe/Common/NestleImages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg>

según **reporte** del **buscador** **Google:**

<http://www.google.com.pe/imgres?q=10+minutos+de+felicidad+sublime&hl=es&biw=1366&bih=624&gbv=2&tbm=isch&tbnid=1N7KW5XeW-XRvM.&imgrefurl=http://www.nestle.com.pe/Productos/bebidas&docid=9UMr6FeRlQGP1M&imgurl=http://www.nestle.com.pe/Common/NestleImages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg&w=255&h=156&ei=Ya7gT575B4-Y8gT9kq20DQ&zoom=1&iact=hc&vpx=347&vpy=323&dur=6055&hovh=124&hovw=204&tx=111&ty=73&sig=102395750874283762887&page=1&tbnh=111&tbnw=161&start=0&ndsp=19&ved=1t:429,r:7,s:0,i:91>



IDOM

Instituto del Derecho
Ordenador del Mercado

¡Sublime, esto te hace ganar! Ahora en tus empaques podrás encontrar **EL BILLETE DORADO DE LOS 10 MINUTOS DE PILETA DORADA**. Con él, podrás entrar a una de las tiendas Ripley y llevarte todo lo que quieras. ¡Rápidos! Busca antes que te vayan!

SUBLIME

Te regala 10 minutos para que te lleves todo lo que quieras de **RIPLEY** por un valor de hasta **S/5,000**. Busca el billete dorado dentro de tus empaques de Sublime y gana. Serán 40 ganadores. Además miles de cupones de 50% de descuento.

GANASTE!

(posteadas en el Facebook de Sublime el 02 de Mayo. Ver link: <http://www.facebook.com/photo.php?fbid=10151589850275640&set=a.446245865639.376809.404815345639&type=1&theater>)

Como podrá observarse tanto del video así como de los demás avisos de la campaña, Nestlé no cumplió con informar al consumidor de manera adecuada, es decir, de forma clara, oportuna y de fácil acceso, las condiciones de la promoción, entre ellas la fecha de inicio de la misma así como la forma de presentación de los empaques de los productos que entrarían en ella, induciendo al error a los consumidores sobre las mismas y creando falsas expectativas de quienes acudieron de buena fe a comprar sus productos con la marca Sublime.

3. Sobre la fecha de inicio de la promoción como información relevante y no complementaria.-

Si bien es cierto que el precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N°1602-2007/TDC-INDECOPI, establece que cuando el anunciante no incluya en su publicidad las restricciones, advertencias y requisitos de adquisición de bienes y/o servicios, deba hacerlo (es decir, como un deber u obligación y no como una alternativa) a través de un centro de información



gratuito de fácil acceso al consumidor, ello de ninguna manera debe ser entendido como una patente de corso para librar de la obligación de mencionar dentro de la publicidad aquella información relevante y en tal sentido necesaria para que un consumidor pueda tomar una decisión adecuada de consumo. Este deber de informar de parte del anunciante o proveedor ya sea a través de la publicidad u otros medios no puede ser soslayada so pretexto de que dicho precedente lo autoriza a hacerlo cuando se trata de información relevante.

La información relevante no puede ser considerada como información complementaria, que es a la que se refiere dicho precedente. En diversas resoluciones el Tribunal del INDECOPI ha establecido que la información relevante debe ser puesta de manera oportuna, de forma clara, veraz y de fácil acceso al consumidor.

En ese mismo orden de ideas, existe jurisprudencia emitida por el Tribunal de INDECOPI, respecto a la definición de la información relevante y su forma exacta de difusión. En tal sentido, la Sala mediante Resolución Final 1269-2012/SC2-INDECOPI, al momento de establecer como criterio cual es la forma exacta de difusión de la información relevante indicó:

- “.....
17. *El señor Vera denunció a Ripley por haber invalidado su participación en el concurso “La Polla Mundial Ripley 2010” y, por consiguiente, no haberle otorgado el premio que le correspondía como ganador de dicho concurso.*
 18. *Al respecto, Ripley señaló que el señor Vera no calificaba como participante del concurso, toda vez que solo podían acceder a éste, los titulares de las tarjetas Ripley que adquirieran un producto en el departamento de “electro” por un monto superior a S/ 199,00.*
 19. *En ese sentido, corresponde evaluar las condiciones de acceso al concurso “La Polla Mundial Ripley 2010” y de este modo determinar si el denunciante calificaba como participante de dicho concurso. Cabe precisar que la idoneidad del servicio brindado por Ripley se determinará en función a la expectativa generada al consumidor por la información que le hubiera sido otorgada.*



IDOM

Instituto del Derecho
Ordenador del Mercado

20. De la información que obra en el expediente, se puede advertir que el único documento que entregaba Ripley en el marco de dicho concurso, fue el cupón de participación.
21. En el referido cupón, Ripley comunicó al consumidor la siguiente información:
- a. "Válido por la compra de un producto superior a S/. 199 en un sólo ticket, en el departamento electro, sólo con Tarjeta Ripley en las Tiendas Ripley. Por tu compra, recibirás una cartilla de juego donde el concursante completará sus datos personales, datos de compra y anotará en el orden que considere los 4 primeros puestos en el Mundial Sudáfrica 2010 (en orden de mérito: campeón, subcampeón, tercer y cuarto puesto) y las depositará en las ánforas que se encuentran dentro de la tienda. Si el cliente paga con Tarjeta Ripley y financia su compra a 36 cuotas obtendrá una cartilla adicional. Si hay más de un ganador se repartirá el premio entre todos los concursantes. Todos los datos en la cartilla deberán estar completos y que no hayan devuelto el producto comprado, de lo contrario se invalida la cartilla. Si un cliente realiza un pre-pago antes de la fecha del cierre de la campaña 10/06/2010 la cartilla será anulada. Vigencia del 13/03/2010 al 10/06/2010, la selección de las cartillas ganadoras se realizará el miércoles 14/07/2010 en las oficinas de Ripley ubicadas en Las Begonias 545, Piso 12, distrito de San Isidro en presencia de notario público. Información de las condiciones de la promoción en www.lapollaenripley.com. Otras promociones válidas del 13/03/2010 al 28/03/2010. Más información de tasas de interés, comisiones y gastos en www.bancoripley.com.pe "
22. Conforme puede advertirse, Ripley proporcionó en dicho documento la información básica sobre el concurso cuestionado, estableciendo las condiciones para acceder al mismo así como los requisitos para ganar el respectivo premio.
23. Dicho cupón contenía la oferta final otorgada al consumidor respecto del concurso organizado, por tanto, el referido documento debía contener claramente toda aquella información relevante sobre el bien ofrecido. En esta situación, se entiende por información relevante del bien, los requisitos y restricciones para acceder a la promoción comercial, el mecanismo de selección del ganador (sorteo, concurso, etc.) y el premio brindado.
24. A través de dicho documento, Ripley informó a los consumidores que los referidos cupones sólo podían otorgarse a los titulares de tarjeta Ripley que hubieran adquirido un producto en el departamento de "electro" por un monto superior a S/ 199,00. De este modo, el primer requisito del concurso era haber realizado una compra de un electrodoméstico con la tarjeta Ripley por un monto superior a S/. 199,00, lo cual hacía acreedora a la titular de la tarjeta de un cupón de participación en "la polla".

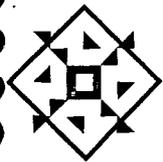
25. Respecto del uso del cupón de participación, lo único que se informó es que el concursante debía llenar todos los datos solicitados en dicho documento. No se precisó si el cupón debía ser llenado exclusivamente por el titular de la tarjeta Ripley o si existía alguna restricción en la disposición del mismo; por el contrario, la denunciada utilizó la palabra "el concursante" en forma general, sin precisar que dicha definición solo abarcaba a los titulares de la tarjeta Ripley.
26. Considerando la falta de precisión respecto del uso del cupón, un consumidor hubiera entendido que no existía restricción alguna referida al uso del mismo, siendo que, si bien solo los titulares de las tarjetas Ripley podían ser acreedores de dicho cupón, ello no desvirtuaba que tales personas pudieran disponer de éste otorgándose a terceras personas. Lo anterior se condice con los usos y costumbres del mercado para sorteos y/o concursos, siendo que en dichos casos, se establecen determinados requisitos para la entrega de los cupones de participación (por ejemplo en grifos y supermercado, por el consumo de un monto determinado de gasolina o productos, se otorgan cupones de participación para un sorteo) permitiéndose que éstos, una vez entregados, sean completados por terceras personas a las cuales los acreedores de los mismos le han otorgado dicha posibilidad (así en grifos y supermercados, los cupones pueden ser llenados por la esposa, hijo o primo de la persona que realizó la compra). De este modo, el mercado permite que los cupones, una vez obtenidos por las personas calificadas para ello, puedan ser dispuestos por estos.
27. Por tanto, si Ripley pretendía que solo los titulares de la Tarjeta Ripley pudieran acceder al premio del concurso, debió establecer claramente que el uso de los cupones de participación solo estarían permitidos para dichos titulares, sin posibilidad de disponer de los mismos.
28. Ripley señaló que también informó a los consumidores sobre las condiciones de acceso del concurso a través de medios publicitarios y del portal web diseñado para el referido concurso. Sin embargo, no acreditó que el denunciante haya tenido acceso a todos los anuncios publicitarios emitidos por su empresa y que, por tanto, haya tenido conocimiento de las condiciones del concurso señaladas en dichos medios. Asimismo, esta Sala ha podido advertir que en los anuncios publicitarios tampoco se informó sobre la naturaleza indisponible de los cupones, siendo que Ripley brindó la misma información consignada en el cupón, señalando en forma general que el concursante debía llenar sus datos personales.
29. Respecto del portal web, esta Sala ha podido apreciar que en el cupón de participación entregado a la señora Ruiz se indicó que para mayor información respecto de las condiciones de la promoción se podía recurrir a la página web www.lapollaenripley.com. En el referido portal se señaló lo siguiente:
- i. "Mecanismo de la promoción: Durante su desarrollo, las personas que compren UN producto en el Departamento de electro en una sola compra



únicamente con su Tarjeta Ripley por un monto superior a S/. 199.00 en nuestras Tiendas Ripley, tendrá derecho de recibir una (01) cartilla de juego en donde deberán llenar sus datos personales (...)"

30. Sobre el particular, es necesario precisar que el proveedor está obligado a brindar en forma clara, accesible y oportuna al consumidor toda la información relevante sobre las condiciones y características del bien o servicio ofertado, permitiendo de este modo que el consumidor se encuentre debidamente informado sobre dicho bien o servicio al momento de tomar una decisión de consumo.
31. Considerando la calificación de relevante de la información otorgada a los consumidores, dicha información debe ser trasladada por el proveedor a través de fuentes directas que permitan dejar constancia de la entrega de la misma a la generalidad de consumidores.
32. En tanto dicha información no haya sido trasladada de forma directa al consumidor, de acuerdo a los parámetros descritos, no podrá entenderse que el consumidor ha sido informado de forma adecuada.
33. Conforme lo señalado en el punto 23 de la presente resolución, considerando que el cupón de participación contenía la oferta final referida al concurso organizado y constituía la fuente de información directa a través de la cual Ripley comunicaba las condiciones del concurso a los consumidores, dicho documento debía consignar toda la información relevante del mismo.
34. Lo anterior, no significa que el proveedor esté prohibido de brindar determinada información a los consumidores a través de fuentes complementarias (portal web) a la principal (cupón); sin embargo, la información contenida en dichas fuentes, no deben contener datos relevantes respecto del bien ofertado y menos aún condiciones contradictorias con las consignadas en el medio principal. Esta exigencia es especialmente relevante en este tipo de servicios toda vez que en varias ocasiones el consumidor completa los datos del cupón de participación, en el mismo punto de venta donde éste es entregado y donde suelen encontrarse las ánforas de depósito de cupones, orientándose, de este modo, por la información entregada en el referido cupón.

- a. En el presente caso, de la información consignada en el portal web podría desprenderse que solo los titulares de la Tarjeta Ripley podían llenar sus datos en el cupón de participación; sin embargo, dicha restricción no resulta oponible al denunciante al no haberle sido brindada de forma accesible. En efecto, dicha restricción no le fue comunicada a través del medio principal (cupón), como las demás condiciones relevantes del concurso organizado, sino que



fue puesta a disposición a través de un mecanismo complementario consignado en el documento principal, del cual no se puede acreditar que el consumidor tuvo acceso antes del uso del cupón. Asimismo, considerando que el cupón establecía en forma genérica que el concursante debía llenar sus datos sin hacer restricción alguna sobre las personas que podían llenar el cupón, la información consignada en el portal web desnaturaliza la información brindada en dicho medio principal.

b." (todos los subrayados son nuestros)

Si bien es cierto que la resolución arriba transcrita en parte, ha sido expedida por un órgano resolutivo diferente al correspondiente a la segunda instancia para la Comisión, ello no puede de ninguna manera descalificar sus fundamentos en relación a lo que es información relevante así como a la necesidad que dicha información deba ser trasladada de forma directa al consumidor, y que en el caso concreto, la fecha de inicio de la promoción (03 de Mayo, según se menciona en los "términos y condiciones legales" de la promoción - punto VII⁶) no coincidió con la fecha del inicio de dicha campana- es decir, el 23 de Abril conforme la propia denunciada lo indica-, la cual era información que el consumidor debía tener en cuenta para saber si efectivamente estaba comprando un producto que pudiera tener alguno de los premios ofrecidos.

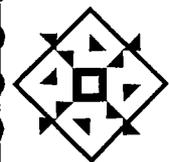
Ello se agrava más aún cuando como "estrategia de marketing"⁷ se decide no marcar los envases de los productos que pudieran entrar a dicha promoción,

⁶ Ver términos y condiciones en: http://www.facebook.com/ChocolateSublime/app_215040815225107

⁷ Según la opinión del señor Lusi Zelada Briceño presidente de Mercadeando S.A., prestigioso profesional del marketing, al opinar sobre la campaña denunciada menciona que:

"....."

Pero eso no es todo. Si revisamos detalladamente las bases de la campaña, publicadas en la página oficial en Facebook de Sublime @ dice en el punto VII que los premios serán sembrados ante la presencia de notario público en determinadas fechas. ¿Y ya leyeron cual es la primera fecha? Sí, el 03 de Mayo. Pero si la



lo cual ponía en total asimetría al consumidor y va en contra de los usos y costumbres que se usan en campañas de productos de consumo masivo, constituyendo dicha práctica además en una conducta que atenta con la leal competencia establecida como cláusula general en el Decreto Legislativo 1044⁸.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- Decreto Legislativo 1044: Artículos 6° y 8°
- Código del Consumidor: Artículos 2°, 18°, 84°, 85°

VI. MEDIOS PROBATORIOS:

- El video televisivo colocado por la propia denunciada en su Facebook
- Los avisos aparecidos en la página web de la denunciada y el Facebook de la misma.

campana fue lanzada el 24 de Abril y recién entró en vigencia el 30 de Abril, ¿Cómo es posible que los premios recién se siembren 03 días después en el mejor de los casos, pues en realidad serían 10 días después?

De esta manera, los miles de consumidores de Sublime ® que compraron sus chocolates entre el 30 de Abril (fecha oficial de entrada en vigencia de la campana) y el 03 de Mayo, no tenían la menor oportunidad de sacarse el premio porque sencillamente éste no existía, pero como los empaques no están marcados, nadie podía saberlo.

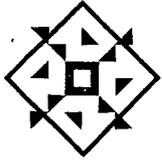
Una infeliz estrategia del chocolate más emblemático del Perú; una infeliz manera de jugar con la felicidad de los consumidores, una supuesta estrategia de "marketing" que en realidad es "gnitekram"."(Ver: <http://mercadeando.com/blog/marketing-en-peru-es-gnitekram-caso-sublime-la-felicidad-infeliz/>)

(subrayado nuestro)

⁸ Artículo 6°.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.



IDOM

Instituto del Derecho
Ordenador del Mercado

POR LO TANTO:

A los miembros de la Comisión, solicitamos se sirvan a admitir a trámite la presente **DENUNCIA POR ACTOS DE ENGAÑO Y VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL** en contra del ^{Nettie} **BANCO CONTINENTAL**, y en su oportunidad declararla **FUNDADA** en todos sus extremos considerando los argumentos anteriormente expuestos.

PRIMER OTROSÍ DECÍMOS: Que, los documentos de representación de Paul Castro García, para actuar en nombre de INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO se encuentran en el Expd. N°023-2012/CCD.

SEGUNDO OTROSÍ DECÍMOS: Adjunto comprobante de pago por los derechos respectivos.

TERCER OTROSÍ DECÍMOS: Que, adjuntamos copias suficientes de la denuncia y sus anexos completos para la otra parte.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS: Que, solicitamos que una vez declarada **FUNDADA** la presente denuncia, se disponga la devolución de los costos y costas incurridos en este procedimiento.

San Borja, Junio del 2012.

HERNÁN E. CASTRO CASÁN
CUI 33385



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000018

DENUNCIANTE : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO (IDOM)
 IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A. (NESTLÉ)
 MATERIAS : ADMISIÓN A TRÁMITE
 IMPUTACIÓN DE CARGOS
 REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

Lima, 16 de julio de 2012.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de junio de 2012, Idom denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, Idom habría tomado conocimiento a través diversos medios, de una campaña publicitaria iniciada el 23 de abril de 2012 por Nestlé y referida a una promoción denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", la misma que consistiría en encontrar dentro de los empaques de los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, un sticker marcado con el logo de la promoción y con la frase "Ganaste 10 Minutos de Felicidad", el mismo que permitiría ingresar por espacio de diez (10) minutos a uno de los establecimientos de Tiendas por Departamento Ripley S.A. a fin de recolectar todos los artículos deseados y que no estén excluidos de la promoción, por un monto total de hasta cinco mil Nuevos Soles (S/. 5000.00). Asimismo, dicha publicidad informaría que existirían cuarenta (40) premios principales y otros miles de premios en cupones de descuento.

En ese sentido, Idom manifestó que la publicidad audiovisual de dicha campaña y difundida mediante el sitio web www.youtube.com/watch?v=y2mJo6UOLCA, contenía un pantallazo con una duración aproximada de dos (2) segundos, el mismo que consignaría la siguiente afirmación: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, al decir de la denunciante, podría inducir a error a los consumidores, toda vez que llegarían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma. Condición que iría contra las prácticas comunes propias de una campaña promocional de consumo masivo.

Por otro lado, Idom sostuvo que la forma como discurrió el scroll en dicha publicidad audiovisual, así como aquella información consignada en letras pequeñas en la parte inferior de la publicidad difundida a través del sitio web y cuenta de Facebook de la imputada, inducirían a error a los consumidores, en tanto habrían concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012²; asimismo, habrían tenido la falsa expectativa de que los cuarenta (40) premios principales serían parte de la promoción a partir del 23 de abril de 2012 o, en su defecto, el 30 de ese mismo mes; sin embargo, recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.

Por dichas consideraciones, Idom solicitó que se dicten las medidas correctivas pertinentes, así como el pago de las costas y costos incurridos durante la tramitación del presente procedimiento.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

¹ La denunciante sostiene que dicha información habría sido verificada y extraída el 11 de abril de 2012 del sitio web <http://www.nestle.com.pe/Common/Nestleimages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg>.

² Idom sostiene en su denuncia que Nestlé no habría informado adecuadamente cuál sería la fecha de inicio de promoción, toda vez que no habría coincidencia entre la fecha de inicio de la campaña publicitaria con la fecha de inicio de la promoción.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD

000019

1. La admisión a trámite de la denuncia.
2. La imputación de cargos contra Nestlé.
3. La pertinencia de requerir información a la imputada.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. La admisión a trámite de la denuncia

Conforme a lo dispuesto por el numeral 26.1 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, conforme a lo establecido por el literal c) del numeral 26.2 del artículo 26 del citado cuerpo legal, la Secretaría Técnica es el órgano encargado de decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda.

De esta manera, en la medida que la denuncia presentada por Idom con fecha 19 de junio de 2012, cumple con los requisitos de admisibilidad contemplados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 085-2010-PCM, así como con aquellos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde admitir a trámite la presente denuncia.

De otro lado, debe informarse a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial de dicha información.³

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

3.2. La imputación de cargos contra Nestlé

En el presente caso, Idom denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sobre el particular, luego de un análisis de los argumentos y medios probatorios presentados por la denunciante, la Secretaría Técnica aprecia que conforme a los hechos descritos en los antecedentes de la presente resolución, corresponde imputar a Nestlé la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de

³ DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40°.- Información confidencial.-

- 40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:
 - a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
 - b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
 - c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
- (...)
- 40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000020

Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

En este extremo, corresponde informar a la imputada que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del numeral 25.2 del artículo 25 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Finalmente, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias⁴, sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.⁵ En este punto, corresponde informar a la imputada que en el transcurso del presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

4. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

5. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

- 55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:
- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
 - b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
 - c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
 - d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
 - e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
 - f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente;
 - o,
 - g) La publicación de la resolución condenatoria.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

3.3. La pertinencia de requerir información a la imputada

Según lo establecido por el literal a) del numeral 26.3 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. Asimismo, el literal d) del numeral 26.2 del artículo 26 del referido cuerpo legal, establece como atribución de la Secretaría Técnica, instruir el procedimiento realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del Indecopi.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de denuncia, la misma que se detalla en la parte resolutive.

4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, **IMPUTAR** a Nestlé Perú S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "**DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME**", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

SEGUNDO: AGREGAR al expediente la denuncia presentada por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado en contra de Nestlé Perú S.A. el 19 de junio de 2012, y correr traslado de dicha documentación a la imputada por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁶

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 32°.- Plazo para la presentación de descargos.-

El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD

000022

Corresponde informar a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información.

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

TERCERO: REQUERIR a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar la siguiente información:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El *brief* creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de *marketing* empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Dichos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.





INDECOPI

19

ccq

Expediente : N° 104-2012/CCD 097160
Escrito : N° 01 000025

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

SOLICITA PRÓRROGA DE PLAZO

ALA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLE PERU S.A., debidamente representada por Guido José Enrique Muñiz Pujalt, identificado con DNI N° 06430810, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado en nuestra contra, por la presunta infracción al principio de legalidad, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 26 de julio de 2012 hemos sido notificados con la Resolución de fecha 16 de julio de 2012, mediante la cual se admite a trámite la denuncia, se nos imputa la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y nos requiere información. Asimismo, se nos otorga un plazo de 10 días para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado.

Al respecto, ponemos en conocimiento de la Comisión que los 10 días otorgados para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado han resultado insuficientes, por lo que no ha sido posible recopilar adecuadamente la información que sustenta nuestra posición y producir y acopiar la información requerida, motivo por el cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal – solicitamos que el plazo sea prorrogado por el término de 5 días, a fin de poder dar cumplimiento al requerimiento efectuado por la Comisión y para poder sustentar nuestros descargos adecuadamente a fin de a fin de no ver afectado nuestro derecho a la defensa.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto, otorgando la prórroga de plazo solicitada.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos en calidad de anexos lo siguiente:

ANEXO 1-A: Copia del RUC de nuestra empresa.

ANEXO 1-B: Copia de los poderes de nuestro representante.

ANEXO 1-C: Copia del DNI de nuestro representante.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 115.1 del Artículo 115 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – otorgamos **PODER GENERAL** a los abogados miembros del ESTUDIO GHERSI ABOGADOS: Dr. Enrique Gherzi Silva y/o Martín Ruiz Andía y/o Dennis Vilchez Ramírez y/o Aníbal Saco Ortega y/o Jaime Rodríguez Talavera y/o Carlos Pariona Fonseca y/o Mauricio Espinoza de la Cuba y/o Luis Ricardo Morello Bustios, para que cualquiera de ellos indistintamente nos represente en el presente procedimiento.

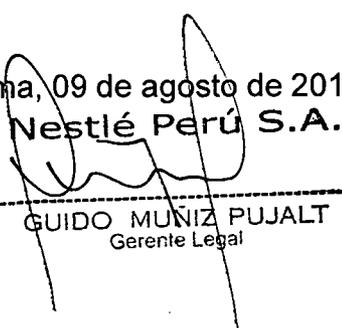
TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, fijamos como nuestro domicilio procesal la casilla N° 1547, del Colegio de Abogados de Lima, sito en cuarto piso de Palacio de Justicia ubicado en Av. Paseo de la República, cuadra 1 s/n, Cercado de Lima.



LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CAL: 43102

Lima, 09 de agosto de 2012.

Nestlé Perú S.A.



GUIDO MUÑOZ PUJALT
Gerente Legal

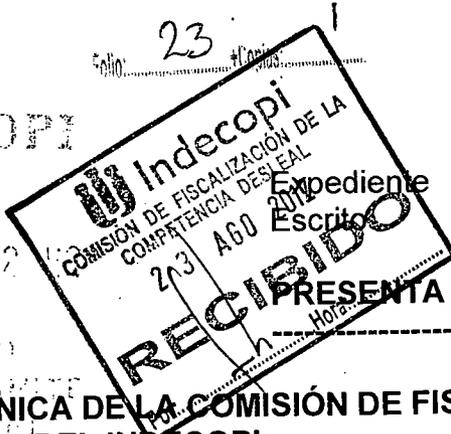
INDECOPI

23

103411

ccd

2012 AGO 22 PM 2:13



Expediente : N° 104-2012/CCD
Escrito : N° 02

000042

RECIBIDO
PRESENTA DESCARGOS

RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE
A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., debidamente representada por Guido José Enrique Muñiz Pujalt, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante IDOM) en nuestra contra, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 15 de agosto de 2012 hemos sido notificados con el Proveído N° 1, mediante el cual se nos otorga un plazo de adicional de 5 días hábiles para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado, por ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Legislativo N° 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI – dentro del plazo concedido, **presentamos nuestros descargos solicitando que la denuncia sea declarada INFUNDADA en todos sus extremos**, virtud a los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Conforme se puede apreciar de la Resolución de fecha 16 de julio de 2012, se admitió a trámite la denuncia presentada por IDOM contra nuestra empresa imputándonos la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal-

“Artículo 8.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que

desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”

Para ello, la Secretaría Técnica ha determinado la campaña publicitaria denominada “Diez Minutos de Felicidad con Sublime” daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la información “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”, podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

II. DE LA DENUNCIA

Conforme se puede apreciar del escrito de denuncia, IDOM sostiene que:

- Que nuestra emitió un spot publicitario, promocionando la campaña “Diez Minutos de Felicidad” en el cual discurre a gran velocidad e

imperceptibles al ojo humano, las condiciones y restricciones de promoción. 000044

- Los anuncios de la promoción, darían a entender que la misma se inicia el 23 de abril, cuando lo cierto es que inició el 30 de abril
- Las posibilidades que los consumidores se hagan acreedores de alguno de los premios eran nulas hasta el 03 de mayo, ya que recién a partir de dicha fecha se sembraron los premios.
- El hecho que se haya informado a los consumidores que los empaques no están marcados constituye una afectación de los derechos de los consumidores, ya que no podrían conocer con exactitud los productos que participan de la promoción.

Tal como acreditaremos en los puntos siguientes, **es falso que el scroll que contiene la información sobre la promoción no sea perceptible por los consumidores, asimismo es falso que spot televisivo sea engañoso, asimismo es falso que las opciones de obtener algún premio por parte de los consumidores haya sido nula hasta el 03 de mayo, asimismo es falso que el hecho que se haya informado a los consumidores que los empaques no se encuentran marcados constituya una afectación a sus derechos.**

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 25 de abril de 2012 dimos inicio a la campaña publicitaria televisiva de la promoción comercial denominada "10 minutos de felicidad", promoción que premiaba a los consumidores de chocolates de la marca "Sublime" con 40 premios de hasta S/. 5,000.00 Nuevos Soles en productos en Ripley y 3,000 vales de 50% de descuento para compras en la referida tienda.
2. La mecánica de la promoción, consistía en que los consumidores podían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un sticker premiado ya sea con los 40 premios mayores o con los 3,000 vales de consumo. Dicha promoción se ajustó a los términos y condiciones autorizados por la Dirección General de Gobierno

3. Conforme se aprecia del anuncio televisivo en cuestión, el mismo contiene un scroll mediante el cual se pone en conocimiento de los consumidores diversa información general sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, asimismo en dicho anuncio se deja constancia de las fuentes de información gratuita a las cuales pueden acceder para informarse sobre las condiciones y restricciones de la promoción.
4. **Se aprecia del anuncio televisivo que el referido scroll se transmite durante toda la duración del mismo (30 segundos), posee un alto contraste y está consignado con letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas, lo cual determina que en condiciones normales de visualización en un televisor se pueda dar lectura ininterrumpida de la información consignada.**

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5. El numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la difusión de publicidad debe respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
6. Por ello, en los casos en que existan normas específicas que regulen la actividad publicitaria de manera sectorial, dichas normas deberán ser observadas, en caso contrario el anunciante incurriría en una infracción al principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹
7. En el presente caso la publicidad de la promoción comercial de la campaña publicitaria "10 minutos de felicidad" del chocolate Sublime, no se

¹ Como por ejemplo en el caso de publicidad de tabaco, bebidas alcohólicas o medicamentos, en los cuales se regula expresamente las características de la información sobre las condiciones y restricciones de los productos.

encuentra sujeta a ninguna disposición sectorial, ya que no existe norma específica alguna que regule la publicidad de promociones comerciales. ←

8. En este orden de ideas, la publicidad de la promoción comercial en cuestión se debe ceñir únicamente a las pautas generales establecidas por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor el cual establece en el numeral 14.2 lo siguiente:

Artículo 14.- Publicidad de promociones

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios.

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante."

9. Conforme se puede apreciar del artículo antes transcrito, en el mismo no se determina cuales son las características específicas de tamaño de letra, ← contraste o duración en pantalla que debe contener un scroll publicitario televisivo.

10. Por ello, el anunciante se encuentra en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime convenientes, siempre y cuando la misma sea presentada de manera tal que sea perceptible para los consumidores, o en su defecto se señale en el anuncio las fuentes de información gratuitas complementarias, tal como lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 antes transcrito.

11. En el presente caso, conforme detallamos a continuación, la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción comercial es presentada de manera clara y perceptible para los consumidores, quienes en condiciones normales de visualización se encuentran en capacidad de leer ininterrumpidamente la misma.

EL SCROLL PUBLICITARIO TIENE CARACTERISTICAS ESPECIALES QUE LO HACEN PERCEPTIBLE A LOS CONSUMIDORES Y PERFECTAMENTE LEGIBLE EN CONDICIONES NORMALES DE VISUALIZACION

12. Tal como hemos expuesto en los fundamentos de hecho, el scroll que contiene la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, así como la información sobre la existencia de fuentes de información complementaria es perfectamente legible de manera ininterrumpida en condiciones normales de visualización en un televisor.

13. En efecto, este hecho se encuentra verificado por lo siguiente:

- Las letras del scroll son de color blanco, mientras que el fondo del anuncio publicitario es negro, lo cual le da un alto contraste al scroll y permite que el mismo pueda ser fácilmente diferenciado y destacado a la vista del consumidor.
- El tamaño de las letras es suficientemente grande para que puedan ser claramente advertidas por los consumidores.
- El tiempo que demora el mensaje en atravesar la pantalla (30 segundos) a una velocidad fija y constante es el suficiente para que sea apreciable por los consumidores.

- 000048
14. Desconocemos cuales han sido las condiciones de visualización en las que los representantes de IDOM han advertido que el scroll del anuncio publicitario televisivo en cuestión discurre a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida de la información que contiene el scroll.
15. Por el contrario, sostenemos que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll es perfectamente legible de manera ininterrumpida, sin la necesidad de utilizar ningún equipo de reproducción de video.
16. En efecto, luego de visualizar el mensaje publicitario en un televisor de tamaño promedio se puede advertir que el mismo es perfectamente legible de manera ininterrumpida, lo cual hace que sea perceptible a los consumidores. Por ello podemos concluir que tal vez las condiciones en las cuales los representantes de IDOM hayan visualizado el mensaje publicitario no hayan sido las normales, sino que el mismo haya sido visualizado en una computadora o un algún televisor muy pequeño.
17. Al respecto, se debe tener presente que el formato del scroll y del anuncio televisivo se encuentra grabado para ser reproducido en un televisor y no en una computadora o cualquier otro equipo, ya que el referido anuncio es precisamente un anuncio televisivo. Por ello para determinar la claridad del scroll es importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización en un televisor, tal y como ha sido difundido a los consumidores.
18. Consideramos de suma importancia el hecho que se aprecie el referido anuncio publicitario en un televisor y no en una computadora, ya que tal como lo hemos expuesto por razones técnicas los formatos de grabación de un video a ser reproducido en un televisor son distintos a los formatos de video a ser reproducidos en una computadora, por ello un anuncio publicitario televisivo puede verse distorsionado si es que se reproduce en una computadora.

19. Por estos motivos, estamos solicitando como medio probatorio que se convoque a una audiencia de visualización del anuncio publicitario materia de imputación, en la cual se deberá reproducir el referido anuncio en condiciones normales de visualización, a través de un televisor de tamaño promedio.
20. Ahora bien, con respecto al tiempo que debe demorar el scroll en discurrir por la pantalla, debemos de reiterar que al no existir imposición legal alguna sobre la materia, se debe tener presente que basta que dicha información debe ser perceptible por los consumidores para que se considere que los mismos han estado debidamente informados. ←
21. En efecto, tal como lo ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, *“El anunciante cuenta con la libertad de administrar el uso de sus espacios publicitarios, por lo que puede consignar la información sobre stock y vigencia como más le convenga, incluso utilizando tiempos y espacios menores que los asignados a la exposición de la información central, siempre y cuando la presentación de tales datos que la ley le obliga a consignar sea perceptible a los consumidores.”*² (negrita y subrayado añadidos)
22. Es por ello que si el scroll que contiene las restricciones y la indicación de las fuentes de información complementarias es emitido de manera tal que los consumidores pueden dar lectura del mismo de manera ininterrumpida, se debe considerar que el anunciante habrá cumplido con el deber de información exigido por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ya que los consumidores estuvieron en la posibilidad de acceder a dicha información. ←
23. En el presente caso, reiteramos una vez más, que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll que contiene la información sobre las restricciones y formas de información

² Resolución N° 2142-2010/SC1-INDECOPI

complementaria, es emitido de manera tal que es perceptible a los consumidores, quienes pueden leer el mismo de manera ininterrumpida.

INFORMACIÓN QUE DEBE SER PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS CONSUMIDORES A TRAVÉS DEL ANUNCIO PUBLICITARIO

24. Conforme lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, **cuando existan condiciones y restricciones a las promociones de ventas estas deben ser informadas en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta** siempre que se informe sobre la existencia de dichas restricciones así como de las referencias de localización de dicha fuente de información. ←

25. Es decir, el anunciante debe informar en cada anuncio publicitario las condiciones y restricciones de la promoción, o en su defecto se encuentra facultado para alternativamente señalar en cada anuncio publicitario la fuente de información gratuita donde pueda tener acceso a las condiciones y restricciones.³

26. En el presente caso, por un tema de transparencia y con la finalidad que los consumidores tengan acceso a la mayor cantidad de restricciones de la promoción directamente del mensaje publicitario, en el mismo se consignó no sólo la indicación de las fuentes de información gratuita donde podrían conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente consignamos en el scroll las restricciones y condiciones que consideramos resultaban de mayor relevancia.

27. En este sentido, se puede apreciar que el cumplimiento de la obligación de información establecido por el numeral 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor se verificó con la consignación en los anuncios de las fuentes de información gratuita de las condiciones y restricciones de la promoción, y adicionalmente con indicación de las principales condiciones y restricciones en el propio anuncio televisivo.

³ Así ha sido establecido por la Sala de Defensa de la Competencia N°1, en diversos pronunciamientos, ver por ejemplo Resolución N° 0924-2012/SC1-INDECOPI, 0889-2011/SC1-INDECOPI.

28. Por ello, en el supuesto y negado caso que se considere que en condiciones de visualización normales el scroll atraviesa la pantalla a una velocidad tal que resulta imposible su lectura ininterrumpida por los consumidores, se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario no supone una infracción al principio de legalidad. ←

29. En efecto, el hecho que "no se haya consignado en el anuncio publicitario la información sobre las restricciones y condiciones" no constituye una infracción, si es que en dicho anuncio se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita.

30. Por esta razón, de considerarse que la información sobre las restricciones transcurre de manera tal que resulta imposible su lectura, se debe tener presente que ello no ocurriría con la información sobre las fuentes de información gratuitas complementarias, información que se pasa al final del scroll lo cual (adicionado a las demás características del scrol como el contraste y tamaño de las letras) hace que sea de más fácil lectura y perfectamente perceptible por los consumidores.

31. En efecto, desde el segundo 22 hasta el segundo 30 del anuncio publicitario se aprecia el siguiente texto en el scroll "Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos". Es decir 8 segundos demora en transcurrir dicha frase en el scroll, tiempo más que suficiente para que los consumidores perciban la misma y tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones de los canales gratuitos para conocer las mismas.

32. En este orden de ideas, resulta claro que se ha informado adecuadamente a los consumidores que existen términos y condiciones de la promoción a través del mensaje publicitario, remitiéndose a las fuentes de información gratuita.

SE DEBE TENER PRESENTE QUE EL ANUNCIO MATERIA DE IMPUTACIÓN FORMA PARTE DE UNA CAMPAÑA PUBLICITARIA

33. Tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, al momento de absolver el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, el anuncio publicitario materia de la presente denuncia forma parte de una campaña publicitaria.

34. Dicha campaña publicitaria debe ser analizada en su conjunto, conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -, el cual establece que “(...) **en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.**” ←

35. En efecto, la referida campaña publicitaria de la promoción comercial “10 minutos de felicidad” se encuentra compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, páginas web, y de publicidad impresa, en los cuales se informan los términos y condiciones de la promoción comercial.

36. Así, en caso se considere que existe alguna dificultad en el anuncio televisivo para conocer las restricciones y condiciones de la promoción, se debe realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria, donde se aprecia que se ha informado adecuadamente a los consumidores los términos y condiciones de la promoción comercial incluso por medios impresos colocados principalmente en los puntos de venta y en las tiendas Ripley.

RESPECTO A LA FECHA DE INICIO DE LA PROMOCIÓN.

37. Sostiene IDOM en este punto, que habríamos incurrido en un acto de engaño a los consumidores por cuanto los diversos mensajes publicitarios darían a entender que la promoción iniciaría el 23 de abril de 2012, mientras que la misma recién entró en vigencia el 30 de abril de 2012.

38. Al respecto, debemos mencionar que es falso lo señalado por IDOM ya que ningún mensaje publicitario no da a entender a los consumidores ← que la promoción comercial se encuentra vigente, por el contrario **en los mismos mensajes publicitario televisivos e impresos (en el scroll) se ha consignado al inicio del mismo que la promoción entrará en vigencia a partir del 30 de abril de 2012.**

39. Se debe tener en consideración que no resulta necesario que los datos referidos a la vigencia de la promoción ocupe el mismo espacio y sea ← difundido de la misma manera en que se difunde el mensaje central de la publicidad.

40. En efecto, basta que se informe a los consumidores dentro del mismo mensaje publicitario la fecha de vigencia de la promoción, de manera tal → que les sea perceptible, para que se considere que el mensaje no resulta engañoso.

41. En el presente caso, tal como lo hemos señalado al inicio del scroll se consigna expresamente que la promoción comercial iniciará el 30 de abril de 2012, ¿O acaso está prohibido anunciar con días de anticipación el inicio de una promoción comercial?

42. Asimismo, conforme se aprecia de las propias pruebas ofrecidas por IDOM, que en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la página web de información complementaria gratuita que fue puesta en conocimiento de los consumidores a través del mensaje publicitario televisivo, se detalla la fecha de inicio y de término de la promoción comercial.

43. Por otro lado, se debe tener presente que el anuncio forma parte de una campaña publicitaria, y por lo tanto los consumidores han tenido acceso a otros medios de difusión de la campaña, en especial los afiches impresos que se distribuyeron en los diversos puntos de venta de

nuestros productos, en los cuales se hace expresa mención a la fecha de inicio de la promoción.

RESPECTO DEL SEMBRADO DE LOS PREMIOS.

44. Señala IDOM que las expectativas de los consumidores se habrían visto frustradas por cuanto no habrían tenido posibilidad alguna de ganar alguno de los premios que forman parte de la promoción, ya que recién a partir del 3 de mayo de 2012 fueron sembrados los premios.
45. IDOM en este punto no viene discutiendo ningún tema publicitario, sino más bien cuestiona el mecanismo de la promoción comercial en sí.
46. Al respecto, tal como lo hemos expuesto anteriormente, la promoción comercial y el mecanismo de la misma se encuentra autorizada por el Ministerio del Interior a través de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, es dicha institución la encargada de aprobar las condiciones bajo las cuales se realizan las promociones comerciales. ←
47. Es importante advertir, que en el presente caso nuestra empresa ha puesto a disposición de los consumidores información que no se encontraba en obligación de difundir, referida a las fechas en las cuales se realizaría el sembrado de los productos.
48. En efecto, dicha información no debe ser necesariamente conocido por los consumidores, por ello en el supuesto caso en el que hubiésemos decidido no poner a disposición de los consumidores dicha información, no habríamos incurrido en ninguna vulneración de ningún derecho, ya que dada la mecánica de la promoción, no existe obligación de poner dicha información al alcance de los consumidores.
49. Sin embargo, por una cuestión de transparencia, a fin de que los consumidores tengan conocimiento pleno del mecanismo de sembrado de los premios mayores y que no exista la menor duda la transparencia

de la promoción, pusimos a disposición de los consumidores la información referida a las fechas de sembrado de dichos premios.

50. Este hecho, sin embargo, no puede ser calificado como un acto de engaño, tal como lo plantea IDOM, sino por el contrario como una muestra de la transparencia excesiva con la cual hemos actuado durante la promoción comercial.

51. Se debe tener en cuenta que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios mayores, interviene el azar ya que los puntos de venta donde son sembrados los premios mayores son sorteados en presencia del representante del Ministerio del Interior y de un Notario Público, por ello las fechas y lugares de sembrado son determinados en conjunto con el Ministerio del Interior.

52. Por otro lado, es pertinente advertir que este mecanismo de promoción no perjudica los derechos de los consumidor, sino por el contrario los beneficia ya que al disponerse el sembrado de los premios mayores se evita que estos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden, o que puedan haberse vendido luego de culminada la promoción comercial.

53. En efecto, supongamos por un momento que los premios mayores no hayan sido sembrados, sino que los stickers premiados hayan sido introducidos aleatoriamente dentro de los empaques de los productos, tal como se hizo con los premios menores.

54. En este caso, sería bastante probable que muchos de los productos que contienen esos premios mayores no hayan llegado aún a ningún consumidor final, y se encuentren en alguna tienda. Podría darse el caso también que los productos que contienen dichos premios mayores sean devueltos a nuestra empresa por haber llegado la fecha de vencimiento del producto, sin que estos hayan sido adquiridos por los consumidores.

55. En este sentido, resulta claro que la forma de garantizar plenamente que los premios lleguen a los consumidores, es mediante el sembrado de los premios mayores, tal cual fue aprobado y autorizado por el Ministerio del Interior, por el contrario las expectativas de los consumidores se hubiesen visto frustradas si es que dichos premios se hubiesen "perdido" durante la cadena de comercialización.
56. Es pertinente advertir que dadas las características del sembrado de premios, los mismos deben ser realizados en fechas específicas aprobadas por el Ministerio del Interior, ya que es necesaria la presencia de un representante del referido ministerio, que fiscalice todo el procedimiento y garantizar de esta manera el cumplimiento en la entrega de los premios, sin embargo este hecho no puede ser considerado como una vulneración a las expectativas de los consumidores a obtener uno de dichos premios, ya que es finalmente el azar el que determina quienes son los ganadores.
57. Bajo el punto de vista de IDOM, sería cuestionable también el hecho que los premios no sean sembrados, sino distribuidos aleatoriamente dentro de los productos, ya que en el supuesto que los productos que contienen los premios mayores sean adquiridos al inicio de la promoción, los consumidores que adquieran los productos en fechas posteriores, a criterio de IDOM, verían frustradas sus expectativas de obtener uno de los premios ya que no tendrían posibilidad alguna de ganar uno de ellos, lo cual carece de toda lógica y no resiste el menor análisis.
58. Sin perjuicio de ello, debemos de señalar que es falso que los consumidores no hayan tenido la posibilidad de obtener algún premio desde el inicio de la promoción comercial, ya que desde dicha fecha se encontraban en el mercado productos que contenían los diversos premios ofrecidos en la promoción, siendo el caso que únicamente los

premios mayores (dado su carácter especial) fueron sembrados conforme los mecanismos establecidos por el Ministerio del Interior.

59. Asimismo, se debe tener en consideración que es una práctica usual que en las promociones comerciales se siembre los premios, sobre todo los premios mayores, con la finalidad de evitar que estos se "pierdan" dentro de la cadena de distribución, y que los consumidores finalmente reciban y tengan la posibilidad efectiva de hacerse acreedores de los premios ofrecidos.

60. Este mecanismo de distribución de los premios de una promoción comercial no constituye ninguna vulneración de las expectativas de los consumidores, ya que el ganar o no un premio se encuentra determinado por el azar, por esto un consumidor que no gane un premio no verá vulneradas sus expectativas, ya que está dentro de las posibilidades el adquirir un producto que no se encuentre premiado.

RESPECTO DEL MERCADO DE LOS EMPAQUES.

61. En este punto, sostiene IDOM que la afirmación que se transmite en el mensaje publicitario donde se señala que los empaque de la promoción no se encuentran marcados haría concluir a los consumidores que todos los productos Sublime forman parte de la promoción, cuando en realidad únicamente participan los productos producidos durante la vigencia de la misma.

62. Se debe de tener presente que participan de la promoción los productos de la marca Sublime, siendo el caso que los productos premiados han sido introducidos en el mercado desde el inicio de la promoción, lo cual no supone un engaño a los consumidores, no una frustración de sus expectativas.

63. Es preciso advertir, que no es obligación del proveedor el marcar de manera distintiva los productos que producidos luego de lanzada la

promoción, más aun si se tiene en cuenta que no todos los productos producidos contienen premios, sino sólo algunos de ellos (0.008% del stock mínimo). Sería absurdo pretender que se marquen los productos premiados.

64. Así, las expectativas de los consumidores no se ven afectadas, ya que la mayoría de los productos producidos no se encuentren premiados, sólo 3,040 productos del universo de productos en el mercado se encontrarán premiados (equivalentes al 0.008% del stock mínimo), así teniendo en consideración que el encontrar un producto premiado o no es cuestión de azar, no se afecta derecho alguno de los consumidores, no se incurre en acto de engaño alguno.

65. Cabe precisar que en el scroll publicitario se ha hecho mención al stock de los productos participantes con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 17.3 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual corresponde al stock mínimo de productos que se encontraría a disposición de los consumidores en el mercado, incluidos los productos elaborados con anterioridad a la fecha de inicio de la promoción comercial, ya que participan todos los productos de la marca Sublime.

IV. MEDIOS PROBATORIOS

Que, ofrecemos en calidad de medio probatorio:

- (i) La apreciación del anuncio materia de imputación en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, para ello se deberá convocar a una audiencia de visualización en la cual se deberá reproducir el anuncio publicitario en condiciones normales de visualización.
- (ii) La Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a Ley declarando INFUNDADA la denuncia en su oportunidad.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos al presente escrito en calidad de anexo copia de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial

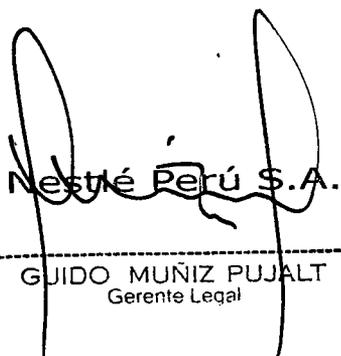
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, ponemos en conocimiento de la Secretaría Técnica, que pese a los esfuerzos realizados para acopiar la información requerida, no ha sido posible contar hasta la fecha con la misma.

Dada la naturaleza de la información, les informamos que la misma no se encuentra a disposición inmediata en nuestros sistemas, sino que ha sido necesario realizar un acopio manual de dicha información, el cual a la fecha lamentablemente no ha concluido.

Asimismo, les reiteramos nuestro compromiso de cumplir a cabalidad con los requerimientos que se nos formula, sin embargo, solicitamos tener presente que no ha sido posible cumplir a la fecha con el requerimiento formulado por razones de fuerza mayor e imposibilidad física de acopio de la información.

Por ello, por equidad y de manera excepcional solicitamos a se nos otorgue un plazo adicional de 2 días para dar cumplimiento a dicho requerimiento.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos copia del presente escrito para su notificación a la otra parte.


Nestlé Perú S.A.

GUIDO MUÑOZ PUJALT
Gerente Legal

Lima, 22 de agosto de 2012.

LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
EAL: 43102

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD

DENUNCIANTE : **INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO**
IMPUTADA : **NESTLÉ PERÚ S.A.**

PROVEÍDO N° : **2**

Lima, 24 de agosto de 2012.

VISTOS:

1. La Resolución de Secretaría Técnica de fecha 16 de julio 2012; y,
2. El escrito presentado por Nestlé Perú S.A. el 22 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

1. Que mediante la referida Resolución se dispuso lo siguiente:

*"**TERCERO: REQUERIR** a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar la siguiente información:*

1. *La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.*
2. *Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.*
3. *El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada.*
4. *El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.*
5. *La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.*
6. *El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.*
7. *El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.*

Dichos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi".

2. Que, mediante el referido escrito, la imputada manifestó que no le habría sido posible acopiar toda la información solicitada por la Secretaría Técnica en el plazo establecido en la mencionada resolución. Asimismo, solicitó la realización de una audiencia de visualización del anuncio televisivo de la promoción denominada "**DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME**" a través de un televisor de tamaño promedio.

SE HA RESUELTO:

1. Agregar al expediente el referido escrito y ponerlo en conocimiento de Instituto del Derecho Ordenador del Mercado.
2. Reiterar a Nestlé Perú S.A. los requerimientos formulados mediante Resolución de Secretaría Técnica de fecha 16 de julio de 2012 y, en consecuencia, requerirle que, en un

plazo improrrogable de dos (2) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de este proveído, cumpla con presentar:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El *brief* creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la resolución que admitió a trámite la denuncia.
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la resolución que admitió a trámite la denuncia.

Estos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada una multa no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, ni mayor de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, en caso de incumplimiento injustificado, conforme a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.¹

3. Informar a Nestlé Perú S.A. que su solicitud de audiencia de visualización del anuncio televisivo de la promoción denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME" será evaluada oportunamente por la Comisión.



ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

DENUNCIANTES : **INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**
IMPUTADA : **NESTLÉ PERÚ S.A.**
PROVEÍDO N° : **3**

Lima, 28 de agosto de 2012.

VISTOS:

1. La Resolución de fecha 27 de agosto de 2012, emitida por la Secretaria Técnica, en el Expediente N° 108-2012/CCD.
2. La Resolución de fecha 27 de agosto de 2012, emitida por la Secretaria Técnica, en el Expediente N° 172-2012/CCD.

CONSIDERANDO: Que, en las referidas Resoluciones, la Secretaria Técnica ordenó la acumulación de los procedimientos tramitados bajo los Expedientes N° 108-2012/CCD y N° 172-2012/CCD al presente expediente.

SE HA RESUELTO: Poner en conocimiento de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios lo actuado en el Expediente N° 172-2012/CCD.


ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

000068

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 24 de agosto de 2012.

Expediente N° 104-2012/CCD

Señores
INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
Casilla N° 78 del Indecopi
Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjuntas a la presente, copia del Proveído N° 2, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 24 de agosto de 2012 y del escrito presentado por Nestle Perú S.A. el 22 de agosto de 2012.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

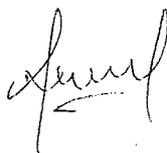


ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con el señor Roberto López y/o la señorita Miluska Palomino al teléfono 224-7800 anexo 1687.



Alfon Flores Barrantes
43529159



04-9-12

000069

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 28 de agosto de 2012.

Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

Señores
INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
Casilla N° 78 del Indecopi
Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente, copia del Proveído N° 3, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 28 de agosto de 2012.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con el señor Roberto López y/o la señorita Miluska Palomino al teléfono 224-7800 anexo 1687.



Adm Flores Gonzalez
43 53 71 89


08-9-12

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 28 de agosto de 2012.



Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

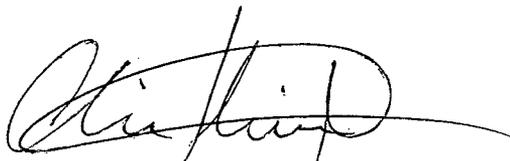
Señores
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
Av. José Ramírez Gastón N° 151
Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjuntas a la presente, copia del Proveído N° 3, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 28 de agosto de 2012 y copia de lo actuado en el Expediente N° 172-2012/CCD.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con el señor Roberto López y/o la señorita Miluska Palomino al teléfono 224-7800 anexo 1687.

INDECOPI-UCI



2012-CCI)-0001908

000071

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 24 de agosto de 2012.

Expediente N° 104-2012/CCD

Señores

NESTLÉ PERÚ S.A.

Casilla N° 1547 del Colegio de Abogados de Lima - Sede Palacio de Justicia
Lima Cercado.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente, copia del Proveído N° 2, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 24 de agosto de 2012.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

REGISTRADO
SEDE PALACIO DE JUSTICIA - RPC

2012 SEP 6 AM 9:00

COLEGIO DE ABOGADOS
DE LIMA

072971

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con el señor Roberto López y/o la señorita Miluska Palomino al teléfono 224-7800 anexo 1687.

INDECOPI-UCI

2012-CCD-0001913

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

000072

Lima, 28 de agosto de 2012.

**Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)**

Señores

NESTLÉ PERÚ S.A.

Casilla N° 1547 del Colegio de Abogados de Lima - Sede Palacio de Justicia
Lima Cercado.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente, copia del Proveído N° 3, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 28 de agosto de 2012.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

SEDE PALACIO DE JUSTICIA - R.P.C.
2012 SEP 6 AM 7 00

COLEGIO DE ABOGADOS

072889

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con el señor Roberto López y/o la señorita Miluska Palomino al teléfono 224-7800 anexo 1687.

INDECOPI-UCI



2012-CCD-0001909

102.200.0000073

SUMILLA: DENUNCIA POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA

SECRETARÍA TÉCNICA
LO TARJADO
NO VALE
COMPETENCIA DESLEAL
RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE
DOCUMENTARIA
1077455

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS - ASPEC, con RUC N° 20387407252, con domicilio en la Av. José Ramírez Gastón N° 175, Miraflores, representada por su Presidente **CRISÓLOGO LUIS CÁCERES VALLE**, identificado con D.N.I N° 08726151, a usted respetuosamente decimos:

Indecopi
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
26 JUN 2012
RECIBIDO
Hora 9:07h

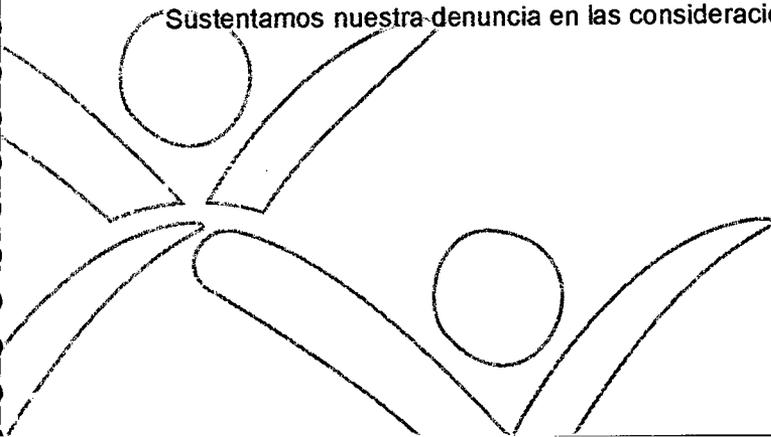
I.- PETITORIO

Que, al amparo de lo dispuesto por el numeral 7 del artículo VI y el artículo 707° de la Ley N° 29571- Código de Protección y Defensa del Consumidor, interponemos **DENUNCIA** en contra de la empresa **NESTLE PERU S.A.**, con RUC N° 20263322496, que difunde la publicidad de la promoción denominada **"SUBLIME... DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD"**, a quien deberá notificarse en su domicilio sito en la Av. Los Castillos N° C. 3. Z. I, SANTA ROSA (Ex Av. Los Castillos Mz D, Lote 5, sector 07) , ATE - Lima, por infracción al **PRINCIPIO DE VERACIDAD PUBLICITARIA** contenido en el numeral 8.1 del artículo 8° del **Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**. Asimismo por violación al Principio de Corrección de la Asimetría, contenido en el numeral 4 del artículo V y del derecho a la información del consumidor a que hacen referencia el Artículo 1° numeral 1.1 inciso b, el Artículo 3° y el artículo 31 del Código de Protección y Defensa al Consumidor.

Ello por cuanto **LA EMPRESA DENUNCIADA VIOLA EL PRINCIPIO DE VERACIDAD PUBLICITARIA AL TRANSMITIR UN MENSAJE ENGAÑOSO Y CONFUSO A LOS CONSUMIDORES RESPECTO DE LOS TERMINOS DE LA PROMOCION "SUBLIME... DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD", EN LA CUAL SE REPRODUCEN MENSAJES CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ QUE INDUCEN A ERROR AL CONSUMIDOR.**

Sustentamos nuestra denuncia en las consideraciones que se detallan a continuación.

Verónica I. Quispes, Abogada
ABOGADA
C.A.L. 53307



000074



II.- FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Descripción del spot

a) Con fecha 23 de abril del 2012 la denunciada dio inicio a una intensa campaña publicitaria denominada "**SUBLIME... DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD**". Parte medular de dicha campaña estaba constituida por un llamativo spot publicitario, en clave de comedia, de 29 segundos de duración en el cual se aprecia la historia de una familia de osos panda (padre y madre) que le hacen un obsequio a su hijo —un traje de oso panda— que no resulta del agrado de su vástago a quien se aprecia visiblemente molesto hasta que, posteriormente, va a la tienda por departamentos Ripley donde compra lo que quiere y donde sí se siente visiblemente feliz.

b) Mientras transcurre la historia, una entusiasta voz en off anuncia lo siguiente:

"¡Sólo tú sabes qué te hace feliz!... Por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad para que te lleves lo que quieras de Ripley por un valor hasta 5000 soles... Busca el billete dorado dentro de tus empaques de Sublime y gana. Serán 40 ganadores y además miles de cupones de descuento. ¡Nada más sublime que estar feliz!"

c) Paralelamente, en la parte inferior de la pantalla, se aprecia desde el inicio hasta el final del comercial un texto en letras blancas y pequeñas que discurre a gran velocidad y que contiene información relevante para el consumidor, en especial en lo que atañe a las características de la promoción pero que, en lugar de aclararle el tema, lo sume en la más profunda de las confusiones. El texto —del que pudimos tomar nota grabando el spot y poniendo constantes pausas durante su reproducción para poder transcribirlo— es el siguiente:

"MIN N°2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de Junio de 2012. Podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; sublime blanco 30 gr, 22 millones; sublime bombón 8gr.2.5 millones; sublime caja 20 x8gr, 610 mil; sublime 32 g, 13 millones; ~~sublime 66 g, 550 mil~~; sublime wafer 34 g 18 millones. No participan sublime galleta, ni huevo de pascua Sublime; 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento C/U, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas"

000075



en tiendas Ripley y Ripley Max. No valido para marcas en productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/productos".

2. Análisis del spot

De la revisión de la mencionada pieza publicitaria se evidencian algunos puntos fundamentales:

- a) La voz en off que se oye en el spot -que se empezó a propalar el 23 de abril- habla permanentemente en tiempo presente. Habla de "buscar", "llevarse", "ganar", "estar" feliz. Sin embargo, las pequeñas letras blancas que aparecen rápidamente en la parte inferior de la pantalla señalan que la oferta comienza una semana después (30 de abril), esto es, en el futuro. Entonces, el consumidor es inducido a creer que la oferta ya está vigente mientras mira el spot cuando lo cierto es que recién estará vigente en el futuro.

→ Este dato reviste singular importancia por cuanto los consumidores que vieron la publicidad durante los días comprendidos entre el 23 y el 30 de abril y que acudieron a comprar los productos ofertados, no tuvieron probabilidad alguna de encontrar el premio deseado porque simple y sencillamente -y a pesar de que se la promocionaba a través de los medios de comunicación- la oferta no era válida durante toda esa semana.

- b) Pero aún cuando la promoción entró en vigencia desde el 30 de abril, las posibilidades de que los consumidores que decidieron comprar los productos desde ese día encontraran los vales premiados, eran nulas porque los estos fueron "sembrados" en diferentes y posteriores fechas, empezando recién a partir del 03 de mayo, tal como se indica en los propios "Términos y Condiciones Legales" de la mencionada promoción.

Al respecto el cuadro siguiente resulta sumamente ilustrativo:

INICIO DE DIFUSIÓN	ENTRADA EN VIGENCIA DE PROMOCIÓN	SEMBRADO DE PREMIOS					VENCIMIENTO DE LA PROMOCIÓN
		03 de mayo 2012	16 mayo 2012	23 mayo 2012	06 junio 2012	13 junio 2012	
23 ABRIL 2012	30 ABRIL 2012						23 JUNIO 2012

000076



TÉRMINOS Y CONDICIONES LEGALES "10 Minutos de Felicidad"



I. Concepto promocional

¿Quién no quisiera por unos minutos sentirse dueño de una tienda por departamento y poder llevarse todo lo que quiera sin que nadie le diga nada? Sublime lo sabe, por eso trae la promoción "10 minutos de Felicidad" en donde 40 peruanos podrán entrar a una tienda por departamentos y por 10 minutos podrán llevarse todo lo que puedan hasta por el valor máximo de S/5,000 nuevos soles.

II. Vigencia

La promoción se inicia el 30 de Abril de 2012 y finaliza el 23 de Junio de 2012.

III. Mecánica de la promoción:

1. Por la compra de chocolates Sublime los consumidores mayores de 18 años podrán participar de la promoción "10 Minutos de Felicidad". El consumidor deberá verificar si el empaque del chocolate Sublime que compró trae dentro un sticker marcado con el logo de la promoción y la frase "Ganaste 10 Minutos de Felicidad" y automáticamente será uno de los 40 ganadores, sin sorteos. Cada ganador podrá ingresar a una tienda Ripley que los organizadores señalen dentro del ámbito de la promoción y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de S/5,000 nuevos soles.

2. Adicionalmente, habrá miles de stickers con la frase "Ganaste 50% de descuento" que les permitirán ganar cupones con 50% de descuento para comprar un artículo del departamento de Calzado, Zapatillas, Vestuario o Accesorios en tiendas Ripley o Ripley Max a nivel nacional.

VI. Ámbito de la promoción

La promoción es válida sólo en los departamentos de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo.

VII. Premiación

Los 40 premios principales se sembrarán ante la presencia de un notario y en las siguientes fechas:

- 3 de Mayo de 2012
- 16 de Mayo de 2012
- 23 de Mayo de 2012
- 6 de Junio de 2012
- 13 de Junio de 2012

Los 3,000 premios secundarios serán distribuidos en los puntos de venta dentro del ámbito de la promoción.

Luego de ser declarados ganadores, estos deberán acercarse a la Tienda Ripley que se le indique en las fechas y en los horarios señalados por los organizadores para hacer efectivos sus premios de hasta S/5,000 nuevos soles.

Los 3000 vales con 50% de descuento podrán ser cobrados en cualquier Tienda Ripley a nivel nacional y tienen vigencia de un año después de culminada la promoción para que puedan ser utilizados por los clientes ganadores.

- c) Los hechos referidos denotan que el spot materia de comentario es una pieza publicitaria por decir lo menos incongruente y confusa por cuanto la locución alude al tiempo presente mientras que el texto en letras pequeñas alude a una oferta futura, lo cual torna al aviso en algo ininteligible para el consumidor común y corriente. Recordemos que, para la legislación publicitaria vigente, la evaluación de los anuncios se realiza sobre todo el contenido de los mismos, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Ello porque el anuncio es una unidad indivisible y el consumidor percibe el mensaje principal, de modo que no se puede pretender que analice por separado todas y cada una de las partes que lo componen y más si algunas de ellas discurren en letra pequeña y a gran velocidad.

000077



→ Pretender lo contrario sería un exceso debido a que, si se aceptara como válida la práctica perpetrada por la denunciada, se estaría justificando una violación muy grave a los derechos del consumidor al exigírsele a éste que posea conocimientos y destrezas analíticas con las que es muy difícil contar. Además, se estaría enviando una señal negativa al mercado alentando a los proveedores a que hagan lo mismo. Por ello este caso reviste singular importancia.

d) Como si todo lo anterior no fuera suficiente, en las letras pequeñas del video se señala que ***"Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"***. Este hecho constituye otra afectación de los derechos del consumidor por cuanto éste no podrá conocer con exactitud los productos que participan en la promoción. Ni siquiera podrá tomar como referencia la fecha de producción de los mismos para decidir qué unidades comprar porque ese dato tampoco se consigna en el empaque sino tan sólo el número del lote y la fecha de vencimiento. En suma, el consumidor es llevado a creer que todos los productos que se encuentran en el mercado participan de la promoción cuando en verdad ello no es así lo que implica también una violación de su derecho a la información y a la protección de sus intereses económicos.

e) En adición a lo anterior, tanto la legislación vigente como la anterior reconocen que el consumidor realiza un escrutinio muy ligero de la publicidad. En tal sentido, el derogado Decreto Legislativo N° 691 – Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor establecía en el segundo párrafo de su art. 2° que: ***"Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario"***. (el subrayado es nuestro)

Como no podía ser de otra manera, el mismo principio ha sido recogido por el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal en cuyo art. 21.2 se consigna que: ***"el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe"***. (el subrayado también es nuestro)

Como se aprecia, las normas glosadas cuyo objetivo es, precisamente, la protección del consumidor, reconocen con claridad meridiana que las decisiones de

000078



→ compra de éste se basan esencialmente en la primera impresión que le suscitan los anuncios publicitarios al momento de adquirir un producto o servicio y no en un análisis metódico o elaborado.

- f) Concurrentemente, es oportuno recordar a la Comisión que la publicidad de la denunciada viola no sólo la ley sobre la materia sino también los criterios básicos en los que sustenta su accionar el INDECOPI y que se encuentran plasmados en el manual denominado **“ABC de Preguntas y respuestas sobre la Regulación Publicitaria”** elaborado precisamente por su Comisión de Represión de la Competencia Desleal y que busca transmitir de manera clara y sencilla el contenido de las normas que regulan esta actividad y los criterios aplicados por la jurisprudencia de dicha entidad. Se señala lo siguiente en relación a la interpretación de los anuncios publicitarios:

“32. ¿Cómo interpreta los anuncios publicitarios el Indecopi?”

Tanto la Comisión como la Sala antes señaladas, como órganos del Indecopi, interpretan los anuncios colocándose en la posición del consumidor al que va dirigido el anuncio publicitario, teniendo en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un EXAMEN SUPERFICIAL del mensaje publicitario, lo que significa que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio.” (el subrayado y resaltado son nuestros)

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. La empresa denunciada ha vulnerado el principio de veracidad publicitaria en el extremo de inducción a error al consumidor, toda vez que publicita su promoción **“SUBLIME DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD”** con un mensaje confuso y contradictorio.

Al respecto el numeral 8.1 del art. 8º del Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

Artículo 8º.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado



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

Capítulo II

Criterios para la determinación de responsabilidad

Artículo 21º.- Interpretación de la publicidad.-

21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

3.2 Del mismo modo, la denunciada ha infringido las disposiciones siguientes contenidas en la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor:

Artículo V.- Principios

3.- Principio de Transparencia

En la actualidad en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o



servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.

4.- Principio de Corrección de la Asimetría

Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

5.- Principio de Buena Fe

En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar las conductas del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

Capítulo I

Derechos de los Consumidores

Artículo 1º. - Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.**

Artículo 2º.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor



toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.3 *Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos.*

Artículo 3°.- Prohibición de información falsa o que induzca a error al consumidor.

Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

Artículo 14°.- Publicidad de promociones

14.1 *La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.*

14.2 *Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.*



14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores, idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios.

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.

IV. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS

A efectos de probar los hechos materia de denuncia ofrecemos los siguientes medios probatorios:

ANEXO A: 3 CD conteniendo la publicidad aludida

ANEXO B: Copia de "**Términos y Condiciones Legales**" de la promoción

ANEXO C: Copia de los reclamos presentados por los consumidores.

ANEXO D: Recibo de pago de la tasa correspondiente para la interposición de la denuncia.

ANEXO E: Copia de la ficha de inscripción de ASPEC.

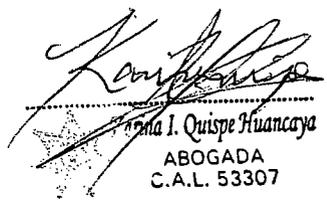
POR TANTO:

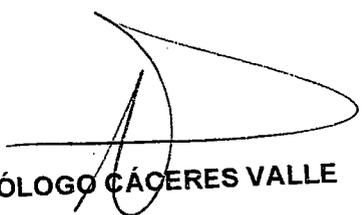
Solicitamos se sirva admitir a trámite la presente denuncia y en su oportunidad declararla **FUNDADA**, sancionando a la empresa infractora con la multa correspondiente y con expresa condena de costos y costas incurridos en el proceso, y ordenando como medida correctiva el cese definitivo de la infracción.

PRIMER OTRO SI DECIMOS: Que, solicitamos se cumpla lo dispuesto en la Ley N° 7311, Ley N° 27846, Ley N° 27846, artículo 3°, Resolución N° 048-2001-INDECOPI, artículo 6°, Resolución 074-2003-INDECOPI/DIR, Directiva N° 001-2003- INDECOPI/DIR y en el Convenio Interinstitucional N° 012-2001/CC, ADDENDUM 01.

Asimismo solicitamos la aplicación del Art. 156. 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor referente al porcentaje de la multa en virtud al citado Convenio de Cooperativa Institucional celebrado con el INDECOPI.

Lima, 20 de junio de 2012


Ana I. Quispe Huancaya
ABOGADA
C.A.L. 53307


CRISÓLOGO CÁCERES VALLE
PRESIDENTE

000083



RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

RECIBIDO
E TRAMITE
INDICOPRI
2012 JUN 25 PM 5 52

INDECOPI RUC : 20133840533
Calle De La Urosa 138 - San Borja
Tel.: 224-7500 Fax : 224-0348

Ticket Nro. : 996-0000089064 2012-06-25
May.Reg.Nro.: 240720700116 17:52:36
Cajero : FIORELLA GAGO FRIAS
Ruc : 20387407252
Nombre : ASOCIACION PERUANA DE
CONSUMIDORES ASPEC

Doc. Pago :
Direccion : JOSE RANIREZ GASTON 151-175
MIRAFLORES

Glosa :

9224 DENUNCIA POR PRESUNTA CONTRA. ACTO
5 ENGAÑO PUBLICID.

1	<	108.00	108.00
		SUB TOTAL 5/.	108.00
		IGV 10 / 5/.	0.00
		TOTAL 5/.	108.00

VERIFIQUE DATOS DEL COMPROBANTE DE PAGO
NO SE ACEPTAN CAMBIOS NI DEVOLUCIONES

TÉRMINOS Y CONDICIONES LEGALES

"10 Minutos de Felicidad"



000085

I. Concepto promocional

¿Quién no quisiera por unos minutos sentirse dueño de una tienda por departamento y poder llevarse todo lo que quiera sin que nadie le diga nada? Sumime lo sabe, por eso trae la promoción "10 minutos de Felicidad" en donde 40 personas podrán entrar a una tienda por departamentos y por 10 minutos se podrán llevar todo lo que puedan hasta por el valor máximo de S/. 5,000 nuevos soles.

II. Vigencia

La promoción se inicia el 30 de Abril de 2012 y finaliza el 23 de junio de 2012.

III. Mecánica de la promoción:

1. Por la compra de chocolates Sumime los consumidores mayores de 18 años podrán participar de la promoción "10 Minutos de Felicidad". El consumidor deberá verificar si el empaque del chocolate Sumime que compra trae dentro un sticker marcado con el logo de la promoción y la frase "Ganaste 10 Minutos de Felicidad" y automáticamente será uno de los 40 ganadores, sin sorteos. Cada ganador podrá ingresar a una tienda Ripley que los organizadores señalen dentro del ámbito de la promoción y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de S/. 5,000 nuevos soles.

2. Adicionalmente, habrá miles de stickers con la frase "Ganaste 50% de descuento" que les permitirán ganar cupones con 50% de descuento para comprar un artículo del departamento de Calzado, Zapatos, Vestuario o Accesorios en Tiendas Ripley o Ripley Max a nivel nacional.

3. Los empaques de los chocolates NO estarán marcados por fuera. Los presentes enser de chocolate Sumime que participan son:

- SUBLIME 16g
- SUBLIME 32g
- SUBLIME Bamba 30g
- SUBLIME Bamban 3g
- SUBLIME Caja 20x2g
- SUBLIME Extrema 55g
- SUBLIME Water 34g

IV. Premios

• 40 PREMIOS DE HASTA S/. 5,000.00 NUEVOS SOLES, CADA UNO EN ARTICULOS DE LAS TIENDAS RIPLEY SEÑALADAS POR LOS ORGANIZADORES DENTRO DEL AMBITO DE LA PROMOCIÓN, Y 3,000 VALES DE 50% DE DESCUENTO CADA UNO PARA COMPRAS EN CUALQUIER TIENDA RIPLEY O RIPLEY MAX DE 1 SOLO ARTICULO DE LOS DEPARTAMENTOS DE CALZADO, ZAPATO, LAS VESTUARIO O ACCESORIOS.

V. Redención de premios

40 PREMIOS DE HASTA S/. 5,000.00 NUEVOS SOLES

• Cada uno de los ganadores será citado a cobrar su premio en una tienda Ripley y en un horario que los organizadores asignen dentro de los 10 días posteriores a la verificación de haber sido ganador. Cada ganador tendrá un máximo de 10 minutos para llevarse todo lo que pueda de la tienda donde participó.

• En caso que durante la recolección de artículos el ganador exceda el máximo de S/. 5,000 nuevos soles, podrá retirar los artículos necesarios para no exceder el monto indicado.

• En caso que la cantidad de artículos recolectados sea inferior a S/. 5,000 nuevos soles, lo que resta no será reintegrado al ganador.

• Los artículos que se leve el ganador, como podrán ser recolectados únicamente en las Tiendas Ripley señaladas por los organizadores y dentro del ámbito de la promoción.

• Los artículos que se leve el ganador serán recolectados de la mercancía que las tiendas indicadas tengan en stock en el momento de la redención. Los premios y los premios de los artículos recolectados serán los precios vigentes en el momento de la recolección incluyendo las ofertas y descuentos vigentes el día de la redención del premio.

Sobre la recolección de los artículos

• Deberá ser realizado solo por la persona ganadora o su representante, sin ayuda, la seguridad.

• Continuar con zonas marcadas dentro de cada piso de la Tienda Ripley donde deberá llevar y depositar los artículos que desee.

• Como ayuda adicional se le dará un tag etiquetado para que marque los artefactos electrodomésticos, artículos de la línea tecnología o de muebles que desee llevarse.

• Los ganadores se citarán a estos y otros locales para que reciban de los organizadores el pago de la recolección, redención de sus premios de S/. 5,000 NUEVOS SOLES.

3,000 VALES DE DESCUENTO

000086



- Cada uno de los ganadores podrá cobrar su premio en cualquier tienda Ripley Mar o tienda nacional y en el horario de atención regular de la tienda.
- El descuento de 50% es válido sólo para artículos de los departamentos de Comida, Zapatos, Vestuario e Accesorios con límite de talla, marca e género.
- El descuento de 50% no es válido para marcas y productos en consignación o en concepción estable en ANEXOS.
- El descuento de 50% se aplica sobre el precio de etiqueta, no incluye los descuentos de otros descuentos. Ingresos al día de la redención del premio, o en combinación con otras promociones.

MEJORES DE EDAD

- Los ganadores menores de 18 años deberán contar con la autorización expresa de su padre o para cobrar cualquiera de los premios de S/ 3,000 NUEVOS SOLES o el uso del descuento del 50% al momento de cobrar algún premio, el menor de edad deberá acudir con su padre o apoderado legal. El menor de edad que no cumple con ese requisito no podrá cobrar su premio.
- El padre o apoderado tendrá la potestad de acompañar o no a su representante en la redención del premio por S/ 3,000 NUEVOS SOLES o el uso del descuento del 50% y se hace responsable por los artículos que el menor de edad que representa. En ningún caso le será permitido aceptar el uso de su representante para redimir artículos por su cuenta.
- Quedar exentos de los premios todos los productos que por ley estén prohibidos o la venta a menores de 18 años.

PARA TODOS LOS PREMIOS

- Los organizadores no se hacen cargo de ningún costo adicional generado ni relacionado con el cobro de arriendos de los premios, como por ejemplo movilidad, hospedaje, traslados, hoteles, impuestos, acciones, garantías extendidas, etc.
- Cada ganador podrá otorgar una Carta poder notarial a otra persona para que, en su representación, pueda retirar en la forma de obtener los premios, si fuera el caso. Los costos de este trámite serán asumidos por el ganador.
- Los organizadores no se responsabilizan por las consecuencias que deriven de la efectividad o uso de los artículos seleccionados.
- No aplica para compras en la tienda Ripley online (www.ripley.com.pe)
- En cualquier caso los premios no reclamados serán entregados a la Dirección General de Comercio Interior.

VI. Ambito de la promoción

La promoción es válida sólo en los departamentos de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo

VII. Premios de

Los 40 premios principales se sembrarán ante la presencia de un notario y en las siguientes fechas:
 9 de Mayo de 2012
 16 de Mayo de 2012
 23 de Mayo de 2012
 9 de Junio de 2012
 16 de Junio de 2012

Los 3,000 premios secundarios serán distribuidos en los puntos de venta dentro del ámbito de la promoción.
 Luego de ser declarados ganadores, estos deberán acercarse a la Tienda Ripley que se le indique en los fechas y en los horarios señalados por los organizadores para hacer efectivos sus premios de hasta S/ 3,000 nuevos soles.
 Los 3,000 vales con 50% de descuento podrán ser cobrados en cualquier Tienda Ripley a nivel nacional y tienen vigencia de un año después de culminada la promoción para que puedan ser utilizados por los clientes ganadores.

ANEXO: MARCAS Y PRODUCTOS EN CONSIGNACIÓN O EN CONCEPCIÓN

ALCANTARAS DEL	BAVIA	BISSOLI
AMONIO	BELEIC MITO	BOSEN
AMERICAN TOURISTER	BEAUBLET FASHIRE	DAVISONITE
AMERICA	BEAUBLET	DANS NA
BEARNA	BECO	DARTY
BENETTON	BERBERO	DECHERE
BEST	BENNINGTON	SONA
CANACON	BUNSTON	SONDEX
CAROLIF	BERNARD	SONSE MILITARY
CASA HALEPA	BERTECH	TOMMY HILF
CASE DALL	BOLLEFF	TSU
CLAN	BONDIANI	TRILIN
COGAS	BONJAFAR	TRISA
COTACAMA	BERTEL	VAN HOUZEN
CREPES	BONTEMI	WINS
DATO	CHIECO	VERGARA
DEWET	ESCALA LA PLATA	VERONICA
DR. M&P	LANZA	VOGUE
EPSON	FRANCO	WESTERN DIGITAL
ESSE	PIERRE CARDIN	ATREX
EXARBATOC	FOI	ZIVAZ
FANUS	FRISA	

REGISTRARTE EN LA PROMOCIÓN
 Desde el día 30 de abril hasta el 31 de junio de 2012, podrás participar activamente en esta promoción y acumular los puntos de tus compras a futuro. Valida en las tiendas de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Sólo para clientes que cumplan los requisitos de esta promoción. Para más detalles visita www.ripley.com.pe o llama al 011 222 2222. La promoción no aplica para compras en línea. El descuento de hasta S/ 3,000 nuevos soles para los ganadores de esta promoción se aplicará en cualquier tienda Ripley a nivel nacional y en los departamentos de Arequipa, Chiclayo y Trujillo. No aplica para compras en línea. El descuento de hasta S/ 3,000 nuevos soles para los ganadores de esta promoción se aplicará en cualquier tienda Ripley a nivel nacional y en los departamentos de Arequipa, Chiclayo y Trujillo. No aplica para compras en línea. El descuento de hasta S/ 3,000 nuevos soles para los ganadores de esta promoción se aplicará en cualquier tienda Ripley a nivel nacional y en los departamentos de Arequipa, Chiclayo y Trujillo. No aplica para compras en línea.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 108-2012/000



000092

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
(ASPEC)
 IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
 MATERIAS : ADMISIÓN A TRÁMITE
 IMPUTACIÓN DE CARGOS
 REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN
 REMISIÓN DE DENUNCIA A LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Lima, 16 de julio de 2012.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2012, Aspec denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, con fecha 23 de abril de 2012, Nestlé habría iniciado una campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", la misma que estaría conformada principalmente por un anuncio televisivo que informaría que la promoción consistiría en encontrar dentro de los empaques de los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, un sticker marcado con el logo de la promoción y con la frase "Ganaste 10 Minutos de Felicidad", el mismo que permitiría ingresar por espacio de diez (10) minutos a uno de los establecimientos de Tiendas por Departamento Ripley S.A. a fin de recolectar todos los artículos deseados y que no estén excluidos de la promoción, por un monto total de hasta cinco mil Nuevos Soles (S/. 5000.00). Asimismo, dicha publicidad informaría que existirían cuarenta (40) premios principales y otros miles de premios en cupones de descuento.

Paralelamente, en la parte inferior de dicha publicidad se consignaría la siguiente información: "MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas en productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos".

Sin embargo, al decir de Aspec, dicha información consignada en frases que iban de derecha a izquierda y en letras pequeñas, discurría a una velocidad tal que no permitiría que los consumidores puedan realizar una lectura ininterrumpida de la misma, situación que los induciría a error, toda vez que podrían haber concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012; por ende, la posibilidad de que los consumidores puedan encontrar un sticker marcado con algún premio antes de dicha fecha no sería posible. Asimismo, Aspec señaló que, aún en el supuesto que la promoción anunciada habría iniciado el 30 de abril de 2012, los premios principales recién habrían sido "sembrados" progresivamente a partir del 3 de mayo de 2012; por ende, antes de dicha fecha no habría posibilidad de encontrar un sticker marcado con uno de los premios principales.

Por otro lado, Aspec manifestó que la publicidad televisiva contenía la siguiente información en letras pequeñas: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, al decir de la denunciante, también podría inducir a error a los consumidores, toda vez que podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

EXPEDIENTE N° 11001-2012-000000000



ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos productos que se encuentran en la vigencia de la misma.

Por dichas consideraciones, Aspec solicitó a la Comisión que ordenara a Nestlé, el cese de las conductas denunciadas, así como el pago de las costas y los costos en los que incurriera en la tramitación del procedimiento. Asimismo, Aspec solicitó a la Comisión el cumplimiento del Convenio de Cooperación Interinstitucional N° 012-2001/CC, *Addendum* 01, con la finalidad de que pueda participar de un porcentaje de la multa que eventualmente se impusiera a la imputada.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

1. La admisión a trámite de la denuncia.
2. La imputación de cargos contra Nestlé.
3. La pertinencia de requerir información a la imputada.
4. La pertinencia de remitir copia de la denuncia a la Comisión de Protección al Consumidor.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. La admisión a trámite de la denuncia

Conforme a lo dispuesto por el numeral 26.1 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, conforme a lo establecido por el literal c) del numeral 26.2 del artículo 26 del citado cuerpo legal, la Secretaría Técnica es el órgano encargado de decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda.

De esta manera, en la medida que la denuncia presentada por Aspec con fecha 25 de junio de 2012, cumple con los requisitos de admisibilidad contemplados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 085-2010-PCM, así como con aquellos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde admitir a trámite la presente denuncia.

De otro lado, debe informarse a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial de dicha información.¹

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40°.- Información confidencial.-

- 40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:
 - a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
 - b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
 - c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
- (...)
- 40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 108-2012-0000



Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

3.2. La imputación de cargos contra Nestlé

En el presente caso, Aspec denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sobre el particular, luego de un análisis de los argumentos y medios probatorios presentados por la denunciante, la Secretaría Técnica aprecia que conforme a los hechos descritos en los antecedentes de la presente resolución, corresponde imputar a Nestlé la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

En este extremo, corresponde informar a la imputada que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del numeral 25.2 del artículo 25 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Finalmente, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias², sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal

² DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 198-2012/CCD



competencia en el mercado.³ En este punto, corresponde informar a la imputada que en el presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

3.3. La pertinencia de requerir información a la imputada

Según lo establecido por el literal a) del numeral 26.3 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. Asimismo, el literal d) del numeral 26.2 del artículo 26 del referido cuerpo legal, establece como atribución de la Secretaría Técnica, instruir el procedimiento realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del Indecopi.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de denuncia, la misma que se detalla en la parte resolutive.

3.4. La pertinencia de remitir copia de la denuncia a la Comisión de Protección al Consumidor

En su denuncia, Aspec indicó que la imputada también infringiría diversas disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo que a criterio de la Secretaría Técnica, corresponde poner en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor copia de la denuncia presentada por Aspec, para que la analice en el ámbito de su competencia y tome las acciones que estime pertinentes.

4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

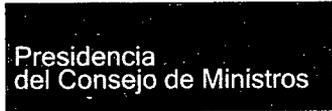
HA RESUELTO:

PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, **IMPUTAR** a Nestlé Perú S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria

³ **DECRETO LEGISLATIVO Nº 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 55º.- Medidas correctivas.-

- 55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado. las mismas que, entre otras, podrán consistir en:
- El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
 - La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
 - El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
 - El cierre temporal del establecimiento infractor;
 - La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
 - La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente;
 - La publicación de la resolución condenatoria.





denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

SEGUNDO: AGREGAR al expediente la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Nestlé Perú S.A. el 25 de junio de 2012, y correr traslado de dicha documentación a la imputada por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁴

Corresponde informar a los administrados que, en caso consideren que la información contenida en los escritos que presenten durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrán solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberán precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información.

Finalmente, en caso los administrados no comuniquen su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente y puesta en conocimiento de quienes se hayan apersonado al procedimiento.

TERCERO: REQUERIR a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar la siguiente información:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El *brief* creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de *marketing* empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
 Artículo 32°.- Plazo para la presentación de descargos.-
 El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.





EXPEDIENTE 108-2012-0000



presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Dichos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

CUARTO: REMITIR copia de la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios el 25 de junio de 2012 a la Comisión de Protección al Consumidor para que la analice en el ámbito de su competencia.

ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



Indecopi
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
9 de Julio 2012
RECIDIDO
Por:
Hora:

INDECOPI

2012 AUG -8 PM 3:50

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

14
000100
097161
ccd

Expediente : N° 108-2012/CCD
Escrito : N° 01

SOLICITA PRÓRROGA DE PLAZO 00-029

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLE PERU S.A., debidamente representada por Guido José Enrique Muñiz Pujalt, identificado con DNI N° 06430810, en la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en nuestra contra, por la presunta infracción al principio de legalidad, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 26 de julio de 2012 hemos sido notificados con la Resolución de fecha 16 de julio de 2012, mediante la cual se admite a trámite la denuncia, se nos imputa la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y nos requiere información. Asimismo, se nos otorga un plazo de 10 días para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado.

Al respecto, ponemos en conocimiento de la Comisión que los 10 días otorgados para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado han resultado insuficientes, por lo que no ha sido posible recopilar adecuadamente la información que sustenta nuestra posición y producir y acopiar la información requerida, motivo por el cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal – solicitamos que el plazo sea prorrogado por el término de 5 días, a fin de poder dar cumplimiento al requerimiento efectuado por la Comisión y para poder sustentar nuestros descargos adecuadamente a fin de a fin de no ver afectado nuestro derecho a la defensa.



000101



POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto, otorgando la prórroga de plazo solicitada.

000030

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos en calidad de anexos lo siguiente:

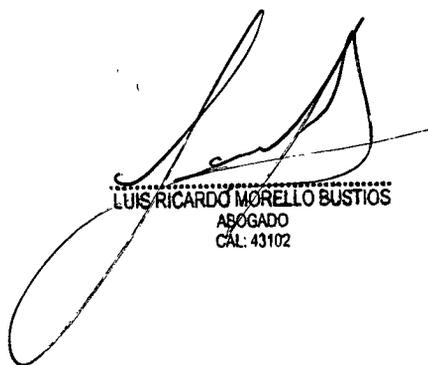
ANEXO 1-A: Copia del RUC de nuestra empresa.

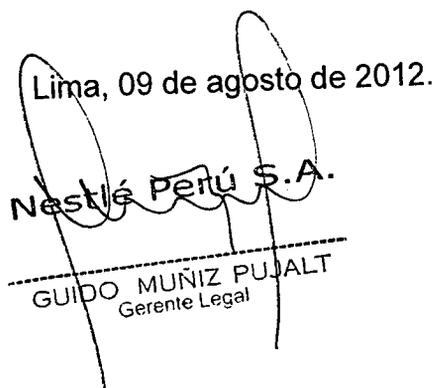
ANEXO 1-B: Copia de los poderes de nuestro representante.

ANEXO 1-C: Copia del DNI de nuestro representante.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 115.1 del Artículo 115 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – otorgamos **PODER GENERAL** a los abogados miembros del ESTUDIO GHERSI ABOGADOS: Dr. Enrique Gheresi Silva y/o Martín Ruiz Andía y/o Dennis Vilchez Ramírez y/o Aníbal Saco Ortega y/o Jaime Rodríguez Talavera y/o Carlos Pariona Fonseca y/o Mauricio Espinoza de la Cuba y/o Luis Ricardo Morello Bustios, para que cualquiera de ellos indistintamente nos represente en el presente procedimiento.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, fijamos como nuestro domicilio procesal la casilla N° 1547, del Colegio de Abogados de Lima, sito en cuarto piso de Palacio de Justicia ubicado en Av. Paseo de la República, cuadra 1 s/n, Cercado de Lima.


LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CAL: 43102

Lima, 09 de agosto de 2012.

Nestlé Perú S.A.
GUIDO MUÑOZ PUJALT
Gerente Legal

INDECOPI

2012 AGO 22 10:22



Expediente : N° 108-2012/
Escrito : N° 02



RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE

PRESENTA DESCARGOS

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., debidamente representada por Guido José Enrique Muñiz Pujalt, en la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante ASPEC) en nuestra contra, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 15 de agosto de 2012 hemos sido notificados con el Proveído N° 1, mediante el cual se nos otorga un plazo de adicional de 5 días hábiles para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado, por ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Legislativo N° 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI – dentro del plazo concedido, **presentamos nuestros descargos solicitando que la denuncia sea declarada INFUNDADA en todos sus extremos**, virtud a los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Conforme se puede apreciar de la Resolución de fecha 16 de julio de 2012, se admitió a trámite la denuncia presentada por ASPEC contra nuestra empresa imputándonos la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal-

“Artículo 8.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que



000118

desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”

Para ello, la Secretaría Técnica ha determinado la campaña publicitaria denominada “Diez Minutos de Felicidad con Sublime” daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la información “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”, podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

II. DE LA DENUNCIA

Conforme se puede apreciar del escrito de denuncia, ASPEC sostiene que:

- Dentro de la campaña publicitaria denominada “SUBLIME... DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD” se emitió un spot publicitario en el cual



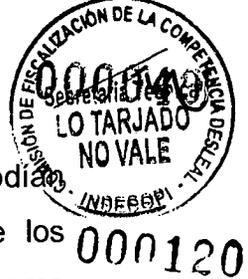
discurre a gran velocidad un texto de letras blancas y pequeñas que contiene información relevante para los consumidores.

- Dicha información es incongruente con el mensaje principal del anuncio publicitario, ya que en el scroll publicitario se menciona que la promoción comercial se inicia el 30 de abril, sin embargo en el mensaje principal propalado desde el 23 de abril se daría a entender que la promoción esta en vigencia desde el mismo 23 de abril.
- Las posibilidades que los consumidores se hagan acreedores de alguno de los premios eran nulas hasta el 03 de mayo, ya que recién a partir de dicha fecha se sembraron los premios.
- El hecho que se haya informado a los consumidores que los empaques no están marcados constituye una afectación de los derechos de los consumidores, ya que no podrían conocer con exactitud los productos que participan de la promoción.

Tal como acreditaremos en los puntos siguientes, **es falso que el scroll que contiene la información sobre la promoción no sea perceptible por los consumidores, asimismo es falso que spot televisivo sea engañoso, y que presente información incongruente entre el mensaje principal y el scroll publicitario, asimismo es falso que las opciones de obtener algún premio por parte de los consumidores haya sido nula hasta el 03 de mayo, asimismo es falso que el hecho que se haya informado a los consumidores que los empaques no se encuentran marcados constituya una afectación a sus derechos.**

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 25 de abril de 2012 dimos inicio a la campaña publicitaria televisiva de la promoción comercial denominada "10 minutos de felicidad", promoción que premiaba a los consumidores de chocolates de la marca "Sublime" con 40 premios de hasta S/. 5,000.00 Nuevos Soles en productos en Ripley y 3,000 vales de 50% de descuento para compras en la referida tienda.



2. La mecánica de la promoción, consistía en que los consumidores podían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un sticker premiado ya sea con los 40 premios mayores o con los 3,000 vales de consumo. Dicha promoción se ajustó a los términos y condiciones autorizados por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, mediante Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-501 (Anexo 2-A).
3. Conforme se aprecia del anuncio televisivo en cuestión, el mismo contiene un scroll mediante el cual se pone en conocimiento de los consumidores diversa información general sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, asimismo en dicho anuncio se deja constancia de las fuentes de información gratuita a las cuales pueden acceder para informarse sobre las condiciones y restricciones de la promoción.
4. **Se aprecia del anuncio televisivo que el referido scroll se transmite durante toda la duración del mismo (30 segundos), posee un alto contraste y está consignado con letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas, lo cual determina que en condiciones normales de visualización en un televisor se pueda dar lectura ininterrumpida de la información consignada.**

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5. El numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la difusión de publicidad debe respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
6. Por ello, en los casos en que existan normas específicas que regulen la actividad publicitaria de manera sectorial, dichas normas deberán ser observadas, en caso contrario el anunciante incurriría en una infracción al



000121

principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹

7. En el presente caso la publicidad de la promoción comercial de la campaña publicitaria "10 minutos de felicidad" del chocolate Sublime, no se encuentra sujeta a ninguna disposición sectorial, ya que no existe norma específica alguna que regule la publicidad de promociones comerciales.
8. En este orden de ideas, **la publicidad de la promoción comercial en cuestión se debe ceñir únicamente a las pautas generales establecidas por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor** el cual establece en el numeral 14.2 lo siguiente:

Artículo 14.- Publicidad de promociones

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios.

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario.

¹ Como por ejemplo en el caso de publicidad de tabaco, bebidas alcohólicas o medicamentos, en los cuales se regula expresamente las características de la información sobre las condiciones y restricciones de los productos.

La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante."



9. Conforme se puede apreciar del artículo antes transcrito, en el mismo no se determina cuales son las características específicas de tamaño de letra, contraste o duración en pantalla que debe contener un scroll publicitario televisivo.

000122

10. Por ello, **el anunciante se encuentra en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime convenientes, siempre y cuando la misma sea presentada de manera tal que sea perceptible para los consumidores, o en su defecto se señale en el anuncio las fuentes de información gratuitas complementarias, tal como lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 antes transcrito.**

11. En el presente caso, conforme detallamos a continuación, la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción comercial es presentada de manera clara y perceptible para los consumidores, quienes en condiciones normales de visualización se encuentran en capacidad de leer ininterrumpidamente la misma.

EL SCROLL PUBLICITARIO TIENE CARACTERISTICAS ESPECIALES QUE LO HACEN PERCEPTIBLE A LOS CONSUMIDORES Y PERFECTAMENTE LEGIBLE EN CONDICIONES NORMALES DE VISUALIZACION

12. Tal como hemos expuesto en los fundamentos de hecho, el scroll que contiene la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, así como la información sobre la existencia de fuentes de información complementaria es perfectamente legible de manera ininterrumpida en condiciones normales de visualización en un televisor.

13. En efecto, este hecho se encuentra verificado por lo siguiente:

- Las letras del scroll son de color blanco, mientras que el fondo del anuncio publicitario es negro, lo cual le da un alto contraste al scroll y permite que el mismo pueda ser fácilmente diferenciado y destacado a la vista del consumidor.



- El tamaño de las letras es suficientemente grande para que puedan ser claramente advertidas por los consumidores.
- El tiempo que demora el mensaje en atravesar la pantalla (30000123 segundos) a una velocidad fija y constante es el suficiente para que sea apreciable por los consumidores.

14. Desconocemos cuales han sido las condiciones de visualización en las que los representantes de ASPEC han advertido que el scroll del anuncio publicitario televisivo en cuestión discurre a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida de la información que contiene el scroll.
15. Por el contrario, sostenemos que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll es perfectamente legible de manera ininterrumpida, sin la necesidad de utilizar ningún equipo de reproducción de video.
16. En efecto, **luego de visualizar el mensaje publicitario en un televisor de tamaño promedio se puede advertir que el mismo es perfectamente legible de manera ininterrumpida**, lo cual hace que sea perceptible a los consumidores. Por ello podemos concluir que tal vez las condiciones en las cuales los representantes de ASPEC hayan visualizado el mensaje publicitario no hayan sido las normales, sino que el mismo haya sido visualizado en una computadora o un algún televisor muy pequeño.
17. Al respecto, se debe tener presente que el formato del scroll y del anuncio televisivo se encuentra grabado para ser reproducido en un televisor y no en una computadora o cualquier otro equipo, ya que el referido anuncio es precisamente un anuncio televisivo. Por ello para determinar la claridad del scroll es importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización en un televisor, tal y como ha sido difundido a los consumidores.



18. Consideramos de suma importancia el hecho que se aprecie referido anuncio publicitario en un televisor y no en una computadora ya que tal como lo hemos expuesto por razones técnicas los formatos de grabación de un video a ser reproducido en un televisor son distintos a los formatos de video a ser reproducidos en una computadora, por ello un anuncio publicitario televisivo puede verse distorsionado si es que se reproduce en una computadora.

000124

19. Por estos motivos, estamos solicitando como medio probatorio que se convoque a una audiencia de visualización del anuncio publicitario materia de imputación, en la cual se deberá reproducir el referido anuncio en condiciones normales de visualización, a través de un televisor de tamaño promedio.

20. Ahora bien, con respecto al tiempo que debe demorar el scroll en discurrir por la pantalla, debemos de reiterar que al no existir imposición legal alguna sobre la materia, se debe tener presente que basta que dicha información debe ser perceptible por los consumidores para que se considere que los mismos han estado debidamente informados.

21. En efecto, tal como lo ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, *"El anunciante cuenta con la libertad de administrar el uso de sus espacios publicitarios, por lo que puede consignar la información sobre stock y vigencia como más le convenga, incluso utilizando tiempos y espacios menores que los asignados a la exposición de la información central, siempre y cuando la presentación de tales datos que la ley le obliga a consignar sea perceptible a los consumidores."*² (negrita y subrayado añadidos)

22. Es por ello que si el scroll que contiene las restricciones y la indicación de las fuentes de información complementarias es emitido de manera tal que los consumidores pueden dar lectura del mismo de manera ininterrumpida,

² Resolución N° 2142-2010/SC1-INDECOPI



se debe considerar que el anunciante habrá cumplido con el deber de información exigido por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ya que los consumidores estuvieron en la posibilidad de acceder a dicha información.

000125

23. En el presente caso, reiteramos una vez más, que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll que contiene la información sobre las restricciones y formas de información complementaria, es emitido de manera tal que es perceptible a los consumidores, quienes pueden leer el mismo de manera ininterrumpida.

INFORMACIÓN QUE DEBE SER PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS CONSUMIDORES A TRAVÉS DEL ANUNCIO PUBLICITARIO

24. Conforme lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, **cuando existan condiciones y restricciones a las promociones de ventas estas deben ser informadas en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta** siempre que se informe sobre la existencia de dichas restricciones así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

25. Es decir, el anunciante debe informar en cada anuncio publicitario las condiciones y restricciones de la promoción, o en su defecto se encuentra facultado para alternativamente señalar en cada anuncio publicitario la fuente de información gratuita donde pueda tener acceso a las condiciones y restricciones.³

26. En el presente caso, por un tema de transparencia y con la finalidad que los consumidores tengan acceso a la mayor cantidad de restricciones de la promoción directamente del mensaje publicitario, en el mismo se consignó no sólo la indicación de las fuentes de información gratuita donde podrían conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que

³ Así ha sido establecido por la Sala de Defensa de la Competencia N°1, en diversos pronunciamientos, ver por ejemplo Resolución N° 0924-2012/SC1-INDECOPI, 0889-2011/SC1-INDECOPI.

adicionalmente consignamos en el scroll las restricciones y condiciones que consideramos resultaban de mayor relevancia.



000126

27. En este sentido, se puede apreciar que el cumplimiento de la obligación de información establecido por el numeral 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor se verificó con la consignación en los anuncios de las fuentes de información gratuita de las condiciones y restricciones de la promoción, y adicionalmente con indicación de las principales condiciones y restricciones en el propio anuncio televisivo.
28. Por ello, en el supuesto y negado caso que se considere que en condiciones de visualización normales el scroll atraviesa la pantalla a una velocidad tal que resulta imposible su lectura ininterrumpida por los consumidores, **se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario no supone una infracción al principio de legalidad.**
29. En efecto, el hecho que “no se haya consignado en el anuncio publicitario la información sobre las restricciones y condiciones” no constituye una infracción, si es que en dicho anuncio se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita.
30. Por esta razón, de considerarse que la información sobre las restricciones transcurre de manera tal que resulta imposible su lectura, **se debe tener presente que ello no ocurriría con la información sobre las fuentes de información gratuitas complementarias, información que se pasa al final del scroll lo cual (adicionado a las demás características del scroll como el contraste y tamaño de las letras) hace que sea de más fácil lectura y perfectamente perceptible por los consumidores.**
31. En efecto, **desde el segundo 22 hasta el segundo 30 del anuncio publicitario se aprecia el siguiente texto en el scroll “*Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos*”. Es decir 8 segundos demora en transcurrir dicha frase en el scroll, tiempo más que suficiente para**

que los consumidores perciban la misma y tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones de los canales gratuitos para conocer las mismas.

000127

32. En este orden de ideas, resulta claro que se ha informado adecuadamente a los consumidores que existen términos y condiciones de la promoción a través del mensaje publicitario, remitiéndose a las fuentes de información gratuita.

SE DEBE TENER PRESENTE QUE EL ANUNCIO MATERIA DE IMPUTACIÓN FORMA PARTE DE UNA CAMPAÑA PUBLICITARIA

33. Tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, al momento de absolver el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, el anuncio publicitario materia de la presente denuncia forma parte de una campaña publicitaria.

34. Dicha campaña publicitaria debe ser analizada en su conjunto, conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -, el cual establece que “(...) **en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.**”

35. En efecto, la referida campaña publicitaria de la promoción comercial “10 minutos de felicidad” se encuentra compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, páginas web, y de publicidad impresa, en los cuales se informan los términos y condiciones de la promoción comercial.

36. Así, en caso se considere que existe alguna dificultad en el anuncio televisivo para conocer las restricciones y condiciones de la promoción, se debe realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria, donde se aprecia que se ha informado adecuadamente a los consumidores los términos y condiciones de la promoción comercial incluso por medios impresos colocados principalmente en los puntos de venta y en las tiendas Ripley.



RESPECTO A LA FECHA DE INICIO DE LA PROMOCIÓN.

37. Sostiene ASPEC en este punto, que habríamos incurrido en un acto de engaño a los consumidores por cuanto el mensaje publicitario televisivo publicado desde el 23 de abril de 2012 daría a entender que la promoción se encuentra vigente, mientras que en el scroll se detalla que la promoción recién estará vigente a partir del 30 de abril de 2012.

000128

38. Al respecto, debemos mencionar que es falso lo señalado por ASPEC ya que el mensaje publicitario no da a entender a los consumidores que la promoción comercial se encuentra vigente, por el contrario **en el mismo mensaje publicitario (en el scroll) se ha consignado al inicio del mismo que la promoción entrará en vigencia a partir del 30 de abril de 2012.**

39. Se debe tener en consideración que no resulta necesario que los datos referidos a la vigencia de la promoción ocupe el mismo espacio y sea difundido de la misma manera en que se difunde el mensaje central de la publicidad.

40. En efecto, basta que se informe a los consumidores dentro del mismo mensaje publicitario la fecha de vigencia de la promoción, de manera tal que les sea perceptible, para que se considere que el mensaje no resulta engañoso.

41. En el presente caso, tal como lo hemos señalado al inicio del scroll se consigna expresamente que la promoción comercial iniciará el 30 de abril de 2012, ¿O acaso está prohibido anunciar con días de anticipación el inicio de una promoción comercial?

42. Asimismo, conforme se aprecia de las propias pruebas ofrecidas por ASPEC, que en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la página web de información complementaria gratuita que fue puesta en conocimiento de los consumidores a través del mensaje publicitario

televisivo, se detalla la fecha de inicio y de término de la promoción comercial.



000129

43. Por otro lado, se debe tener presente que el anuncio forma parte de una campaña publicitaria, y por lo tanto los consumidores han tenido acceso a otros medios de difusión de la campaña, en especial los afiches impresos que se distribuyeron en los diversos puntos de venta de nuestros productos, en los cuales se hace expresa mención a la fecha de inicio de la promoción.

RESPECTO DEL SEMBRADO DE LOS PREMIOS.

44. Señala ASPEC que las expectativas de los consumidores se habrían visto frustradas por cuanto no habrían tenido posibilidad alguna de ganar alguno de los premios que forman parte de la promoción, ya que recién a partir del 3 de mayo de 2012 fueron sembrados los premios.

45. ASPEC en este punto no viene discutiendo ningún tema publicitario, sino más bien cuestiona el mecanismo de la promoción comercial en sí.

46. Al respecto, tal como lo hemos expuesto anteriormente, la promoción comercial y el mecanismo de la misma se encuentra autorizada por el Ministerio del Interior a través de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, es dicha institución la encargada de aprobar las condiciones bajo las cuales se realizan las promociones comerciales.

47. Es importante advertir, que en el presente caso nuestra empresa ha puesto a disposición de los consumidores información que no se encontraba en obligación de difundir, referida a las fechas en las cuales se realizaría el sembrado de los productos.

48. En efecto, dicha información no debe ser necesariamente conocido por los consumidores, por ello en el supuesto caso en el que hubiésemos decidido no poner a disposición de los consumidores dicha información,



no habríamos incurrido en ninguna vulneración de ningún derecho, y que dada la mecánica de la promoción, no existe obligación de poner dicha información al alcance de los consumidores.

000130

49. Sin embargo, por una cuestión de transparencia, a fin de que los consumidores tengan conocimiento pleno del mecanismo de sembrado de los premios mayores y que no exista la menor duda la transparencia de la promoción, pusimos a disposición de los consumidores la información referida a las fechas de sembrado de dichos premios.
50. Este hecho, sin embargo, no puede ser calificado como un acto de engaño, tal como lo plantea ASPEC, sino por el contrario como una muestra de la transparencia excesiva con la cual hemos actuado durante la promoción comercial.
51. Se debe tener en cuenta que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios mayores, interviene el azar ya que los puntos de venta donde son sembrados los premios mayores son sorteados en presencia del representante del Ministerio del Interior y de un Notario Público, por ello las fechas y lugares de sembrado son determinados en conjunto con el Ministerio del Interior.
52. Por otro lado, es pertinente advertir que este mecanismo de promoción no perjudica los derechos de los consumidor, sino por el contrario los beneficia ya que al disponerse el sembrado de los premios mayores se evita que estos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden, o que puedan haberse vendido luego de culminada la promoción comercial.
53. En efecto, supongamos por un momento que los premios mayores no hayan sido sembrados, sino que los stickers premiados hayan sido introducidos aleatoriamente dentro de los empaques de los productos, tal como se hizo con los premios menores.



54. En este caso, sería bastante probable que muchos de los productos que contienen esos premios mayores no hayan llegado aún a ningún consumidor final, y se encuentren en alguna tienda. Podría darse el caso también que los productos que contienen dichos premios mayores sean devueltos a nuestra empresa por haber llegado la fecha de vencimiento del producto, sin que estos hayan sido adquiridos por los consumidores. 000131
55. En este sentido, resulta claro que la forma de garantizar plenamente que los premios lleguen a los consumidores, es mediante el sembrado de los premios mayores, tal cual fue aprobado y autorizado por el Ministerio del Interior, por el contrario las expectativas de los consumidores se hubiesen visto frustradas si es que dichos premios se hubiesen “perdido” durante la cadena de comercialización.
56. Es pertinente advertir que dadas las características del sembrado de premios, los mismos deben ser realizados en fechas específicas aprobadas por el Ministerio del Interior, ya que es necesaria la presencia de un representante del referido ministerio, que fiscalice todo el procedimiento y garantizar de esta manera el cumplimiento en la entrega de los premios, sin embargo este hecho no puede ser considerado como una vulneración a las expectativas de los consumidores a obtener uno de dichos premios, ya que es finalmente el azar el que determina quienes son los ganadores.
57. Bajo el punto de vista de ASPEC, sería cuestionable también el hecho que los premios no sean sembrados, sino distribuidos aleatoriamente dentro de los productos, ya que en el supuesto que los productos que contienen los premios mayores sean adquiridos al inicio de la promoción, los consumidores que adquieran los productos en fechas posteriores, a criterio de ASPEC, verían frustradas sus expectativas de obtener uno de los premios ya que no tendrían posibilidad alguna de



ganar uno de ellos, lo cual carece de toda lógica y no resiste el menor análisis.

000132

58. Sin perjuicio de ello, debemos de señalar que es falso que los consumidores no hayan tenido la posibilidad de obtener algún premio desde el inicio de la promoción comercial, ya que desde dicha fecha se encontraban en el mercado productos que contenían los diversos premios ofrecidos en la promoción, siendo el caso que únicamente los premios mayores (dado su carácter especial) fueron sembrados conforme los mecanismos establecidos por el Ministerio del Interior.

59. Asimismo, se debe tener en consideración que es una práctica usual que en las promociones comerciales se siembre los premios, sobre todo los premios mayores, con la finalidad de evitar que estos se "pierdan" dentro de la cadena de distribución, y que los consumidores finalmente reciban y tengan la posibilidad efectiva de hacerse acreedores de los premios ofrecidos.

60. Este mecanismo de distribución de los premios de una promoción comercial no constituye ninguna vulneración de las expectativas de los consumidores, ya que el ganar o no un premio se encuentra determinado por el azar, por esto un consumidor que no gane un premio no verá vulneradas sus expectativas, ya que está dentro de las posibilidades el adquirir un producto que no se encuentre premiado.

RESPECTO DEL MERCADO DE LOS EMPAQUES.

61. En este punto, sostiene ASPEC que la afirmación que se transmite en el mensaje publicitario donde se señala que los empaque de la promoción no se encuentran marcados haría concluir a los consumidores que todos los productos Sublime forman parte de la promoción, cuando en realidad únicamente participan los productos producidos durante la vigencia de la misma.

62. Se debe de tener presente que participan de la promoción los productos de la marca Sublime, siendo el caso que los productos premiados han sido introducidos en el mercado desde el inicio de la promoción, lo cual no supone un engaño a los consumidores, no una frustración de sus expectativas.



000133

63. Es preciso advertir, que **no es obligación del proveedor el marcar de manera distintiva los productos que producidos luego de lanzada la promoción,** más aun si se tiene en cuenta que no todos los productos producidos contienen premios, sino sólo algunos de ellos (0.008% del stock mínimo). Sería absurdo pretender que se marquen los productos premiados.

64. Así, las expectativas de los consumidores no se ven afectadas, ya que la mayoría de los productos producidos no se encuentren premiados, sólo 3,040 productos del universo de productos en el mercado se encontrarán premiados (equivalentes al 0.008% del stock mínimo), así teniendo en consideración que el encontrar un producto premiado o no es cuestión de azar, no se afecta derecho alguno de los consumidores, no se incurre en acto de engaño alguno.

65. Cabe precisar que en el scroll publicitario se ha hecho mención al stock de los productos participantes con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 17.3 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual corresponde al stock mínimo de productos que se encontraría a disposición de los consumidores en el mercado, incluidos los productos elaborados con anterioridad a la fecha de inicio de la promoción comercial, ya que participan todos los productos de la marca Sublime.

IV. MEDIOS PROBATORIOS

Que, ofrecemos en calidad de medio probatorio:



- (i) La apreciación del anuncio materia de imputación en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, para ello se deberá convocar a una audiencia de visualización en la cual se deberá reproducir el anuncio publicitario en condiciones normales de visualización.
- (ii) La Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a Ley declarando INFUNDADA la denuncia en su oportunidad.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos al presente escrito en calidad de anexo copia de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, ponemos en conocimiento de la Secretaría Técnica, que pese a los esfuerzos realizados para acopiar la información requerida, no ha sido posible contar hasta la fecha con la misma.

Dada la naturaleza de la información, les informamos que la misma no se encuentra a disposición inmediata en nuestros sistemas, sino que ha sido necesario realizar un acopio manual de dicha información, el cual a la fecha lamentablemente no ha concluido.

Asimismo, les reiteramos nuestro compromiso de cumplir a cabalidad con los requerimientos que se nos formula, sin embargo, solicitamos tener presente que no ha sido posible cumplir a la fecha con el requerimiento formulado por razones de fuerza mayor e imposibilidad física de acopio de la información.

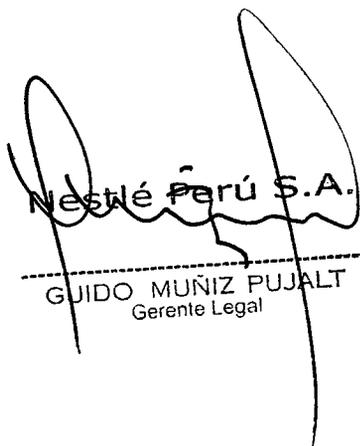
Por ello, por equidad y de manera excepcional solicitamos a se nos otorgue un plazo adicional de 2 días para dar cumplimiento a dicho requerimiento.

000135

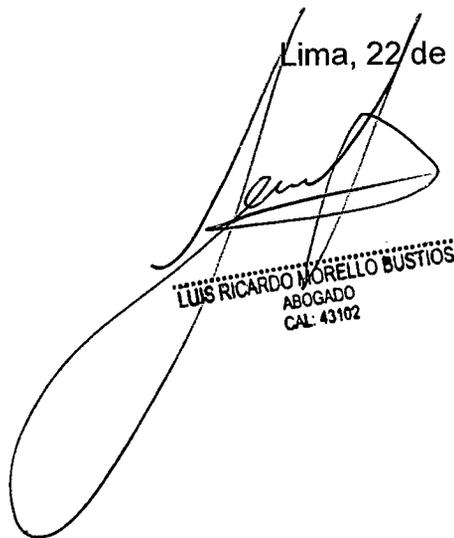
TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos copia del presente escrito para su notificación a la otra parte.



Lima, 22 de agosto de 2012


Nestlé Perú S.A.

GUIDO MUÑIZ PUJALT
Gerente Legal



LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CAL: 43102

000141

EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.

PROVEÍDO N° : 2

Lima, 24 de agosto de 2012.

VISTOS:

1. La Resolución de Secretaría Técnica de fecha 16 de julio 2012; y,
2. El escrito presentado por Nestlé Perú S.A. el 22 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

1. Que mediante la referida Resolución se dispuso lo siguiente:

*“**TERCERO: REQUERIR** a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar la siguiente información:*

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Dichos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi”.

2. Que, mediante el referido escrito, la imputada manifestó que no le habría sido posible acopiar toda la información solicitada por la Secretaría Técnica en el plazo establecido en la mencionada resolución. Asimismo, solicitó la realización de una audiencia de visualización del anuncio televisivo de la promoción denominada “**DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME**” a través de un televisor de tamaño promedio.

SE HA RESUELTO:

1. Agregar al expediente el referido escrito y ponerlo en conocimiento de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.
2. Reiterar a Nestlé Perú S.A. los requerimientos formulados mediante Resolución de Secretaría Técnica de fecha 16 de julio de 2012 y, en consecuencia, requerirle que, en un



plazo improrrogable de dos (2) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de este proveído, cumpla con presentar:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El *brief* creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la resolución que admitió a trámite la denuncia.
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la resolución que admitió a trámite la denuncia.

Estos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada una multa no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, ni mayor de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, en caso de incumplimiento injustificado, conforme a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.¹

3. Informar a Nestlé Perú S.A. que su solicitud de audiencia de visualización del anuncio televisivo de la promoción denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME" será evaluada oportunamente por la Comisión.

ALDO CHIRINOS MIÑANO
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD

000143

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A. (NESTLÉ)
MATERIA : ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Lima, 27 de agosto de 2012.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de junio de 2012, el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante, Idom) denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dicha denuncia se viene tramitando bajo el Expediente N° 104-2012/CCD.

Asimismo, con fecha 25 de junio de 2012, Aspec denunció a Nestlé por la presunta comisión de los referidos actos de competencia desleal, la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución de Secretaría Técnica de fecha 16 de julio de 2012 y que es materia de tramitación en el presente procedimiento.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar la pertinencia de acumular el presente procedimiento a aquél tramitado bajo el Expediente N° 104-2012/CCD.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

El artículo 149 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, puede disponer mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

De otro lado, la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil establece que sus disposiciones se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

En tal sentido, debe considerarse que el artículo 84 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento, establece que hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, pretensiones afines.

Por lo tanto, aplicando las normas expuestas en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que en el presente caso, existe identidad en la imputación que es materia del presente procedimiento, respecto de la imputación que es materia del procedimiento tramitado bajo Expediente N° 104-2012/CCD por cuanto los hechos cuestionados en ambos procedimientos se refieren a la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño que se habrían generado como consecuencia de la difusión de una campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME".

En consecuencia, corresponde ordenar la acumulación del presente procedimiento con el procedimiento tramitado bajo Expediente N° 104-2012/CCD.

4. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

PRIMERO: ORDENAR la acumulación de los procedimientos tramitados bajo los Expedientes N° 104-2012/CCD y N° 108-2012/CCD.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD

000144

SEGUNDO: PONER EN CONOCIMIENTO de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios lo actuado en el Expediente N° 104-2012/CCD.

TERCERO: PONER EN CONOCIMIENTO del Instituto del Derecho Ordenador del Mercado lo actuado en el Expediente N° 108-2012/CCD.

CUARTO: INFORMAR a las partes que los escritos que presenten en lo sucesivo, deberán estar acompañados de dos (2) copias adicionales incluyendo sus recaudos, a fin de que sean notificados a los distintos sujetos del procedimiento.

ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE



IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIAS : IMPUTACIÓN DE CARGOS
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

000150

Lima, 18 de julio de 2012.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de junio de 2012, la Secretaría Técnica tomó conocimiento de un (1) anuncio televisivo difundido por Nestlé, en el cual anunciaba la promoción denominada "10 Minutos de Felicidad". Esta promoción le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "billete dorado", que le permitiría ingresar a una tienda "Ripley" y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de 5000 Nuevos Soles.

Asimismo, dicha promoción también le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "cupón de descuento", que le permitiría acceder a un 50% de descuento para comprar en cualquier tienda "Ripley".

Mediante Carta N° 0190-2012/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 15 de junio de 2012, la Secretaría Técnica requirió a Nestlé que presentara la siguiente información: i) fecha de inicio de la difusión del anuncio televisivo antes mencionado; ii) número de productos "Sublime" puestos en el mercado que contienen los premios ofrecidos en la promoción ("Billetes dorados" y "Cupones de descuento"); iii) bases de la promoción publicadas en el Facebook de "Sublime"; iv) copia de toda la publicidad de la promoción; y, v) relación de consumidores que han ganado los premios ofrecidos en la promoción.

Con fecha 18 de junio de 2012, personal de la Secretaría Técnica accedió al Facebook de "Sublime" y tuvo acceso a los términos y condiciones legales de la promoción "10 Minutos de Felicidad".

Con fecha 26 de junio de 2012, Nestlé informó que la fecha de inicio de la difusión del anuncio televisivo investigado fue el 25 de abril de 2012; indicó además que dicho anuncio fue colgado en Youtube el día 24 de abril de 2012.

Asimismo, Nestlé señaló que el número de productos puestos en el mercado que contenían los premios ofrecidos correspondía a la cantidad de premios ofrecidos, es decir, 40 productos premiados con vales de consumo de hasta 5000 Nuevos Soles en tiendas "Ripley" y "Ripley Max" y 3000 productos premiados con vales de 50% de descuento para un artículo de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas en las referidas tiendas.

Nestlé adjuntó las bases de la promoción publicada en el Facebook de Sublime, cuatro (4) CDs con publicidad difundida en televisión, radio, en el sitio web de Nestlé y en su Facebook, un afiche y un jalavista de la promoción.

Por último, Nestlé adjuntó la relación de los 40 consumidores ganadores del premio de vales de consumo de hasta 5000 Nuevos Soles. Además indicó que, a la fecha de notificado el requerimiento de información, Ripley le había informado que 134 consumidores habían hecho efectivo el premio de los vales de 50% de descuento.

Mediante Informe de Secretaría Técnica de fecha 4 de julio de 2012, se puso en conocimiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) lo siguiente: i) el anuncio televisivo de la promoción "10 Minutos de Felicidad"; ii) el cargo de la Carta N° 190-2012/PREV-CCD-INDECOPI; iii) la documentación remitida por Nestlé en respuesta a dicho requerimiento de información; iv) una carta de representación de fecha 18 de junio de 2012; y, v) un acta de inspección de fecha 18 de junio de 2012, que adjuntó quince (15) hojas impresas del Facebook de "Sublime".





Cuando vieron el anuncio televisivo investigado, los miembros de la Comisión advirtieron que esa información que aparecía en la parte inferior de la pantalla, en frases que iban de derecha a izquierda, discurría a una velocidad tal que no les permitió realizar una lectura ininterrumpida de la misma, por lo que solamente logró determinar el contenido de tales frases utilizando un equipo de reproducción de video.

Dicha información decía lo siguiente: "MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos".

En consecuencia, la Comisión ordenó a la Secretaría Técnica que inicie un procedimiento de oficio contra Nestlé por la difusión del referido anuncio publicitario.¹

2. DESCRIPCIÓN DEL ANUNCIO TELEVISIVO MATERIA DE IMPUTACIÓN

El anuncio se inicia con una escena en la que se ve a tres (3) osos panda en el bosque: el padre, la madre y el hijo. Los padres le entregan un regalo al hijo, quien se alegra apenas toma el regalo, pero al abrirlo se decepciona y tira el regalo al suelo. En ese momento, aparece sobreimpresa en la pantalla la frase: "SÓLO TÚ SABES QUÉ TE HACE FELIZ", y el logotipo de la promoción "10 MINUTOS DE FELICIDAD SUBLIME", mientras que la voz de un locutor en off dice: "Sólo tú sabes qué te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad (...)".



(Handwritten signature)

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 25°.- La Comisión.-

- (...)
- 25.2.- Son atribuciones de la Comisión:
- a) Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal;
- (...)





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros



EXPEDIENTE N° 172-2013-00000

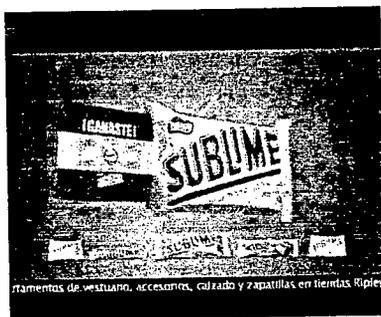


En la siguiente escena, se ve al hijo oso caminando en un local de tiendas "Ripley", tomando parte de la mercadería allí exhibida. Sobreimpreso en la pantalla, aparece el logotipo de "Sublime" y la frase: "S/. 5.000" sobre un círculo amarillo. Durante esta escena, la voz del locutor en off dice: "¡Para que te lleves lo que quieras de Ripley por un valor de hasta 5.000 soles".

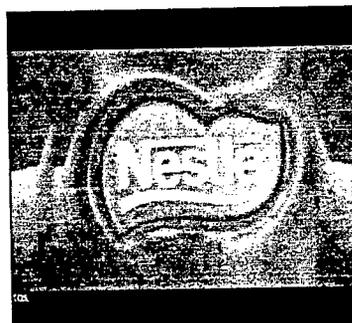
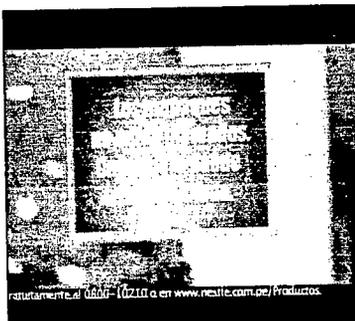
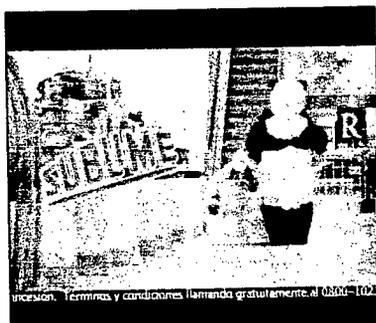


En la siguiente escena, se muestra la imagen de un empaque de "Sublime" en su presentación tradicional, y se ve que un cupón de colores marrón y amarillo sale de su interior; debajo de dicha imagen se muestran empaques de las otras cinco (5) presentaciones de "Sublime". Al mismo tiempo, se escucha al locutor en off que dice: "Busca el billete dorado dentro de los empaques de Sublime y gana".

Seguidamente, aparecen 20 cupones de color azul y blanco, sobresaliendo en el centro uno de los cupones. Sobreimpresa en la pantalla aparece la frase "40 ganadores" sobre un círculo amarillo, la misma que inmediatamente cambia a la frase "Miles de cupones"; al tiempo que la voz del locutor en off dice: "Serán 40 ganadores y además, miles de cupones de descuento".



A continuación, se ve al oso de espaldas, retirándose con bolsas de compras, para luego aparecer sosteniendo un cartel con el siguiente mensaje: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", mientras que la voz del locutor en off dice: "Nada más sublime que estar feliz". Finalmente, aparece el logotipo de Nestlé, sobresaliendo de un fondo de chocolate.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOP

EXPEDIENTE N° 3009-2012/COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL



Durante la transmisión del anuncio, en la parte inferior de la pantalla, en frases que aparecen ante el consumidor de derecha a izquierda, se difunde la siguiente información: "MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos".

Debido a la velocidad con la que discurren las frases difundidas en la parte inferior de la pantalla, no fue posible realizar la lectura ininterrumpida de la información allí consignada, por lo que es importante señalar que solamente se logró determinar el contenido de tales frases utilizando un equipo de reproducción de vídeo.

3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De acuerdo a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

1. Imputación de cargos.
2. El requerimiento de información a la imputada.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Imputación de cargos

Conforme a lo dispuesto por el artículo 26.1 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.²

Por su parte, la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

"Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
(...)"

En tal sentido, la Ley N° 29571 (en adelante, Código de Protección y Defensa del Consumidor) dispone lo siguiente:

² DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 28°.- Formas de iniciación del procedimiento.-

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

(...)





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD

010655

"Artículo 14.- Publicidad de promociones.-

(...)

14.2. Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

(...)"

En el presente caso, Nestlé difundió un (1) anuncio televisivo de la promoción denominada "10 Minutos de Felicidad". Esta promoción le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "billete dorado", que le permitiría ingresar a una tienda "Ripley" y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de 5000 Nuevos Soles.

Por otra parte, dicha promoción también le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "cupón de descuento", que le permitiría acceder a un 50% de descuento para comprar un producto en cualquier tienda "Ripley".

Al respecto, la Secretaría Técnica aprecia que, de acuerdo a la información difundida en la parte inferior de la pantalla, en frases que aparecían de derecha a izquierda, dicha promoción se encontraba sujeta a, entre otras, la siguiente restricción de acceso: "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo". No obstante, la Secretaría Técnica considera que dicha información discurría en pantalla a una velocidad tal que no permitiría su lectura ininterrumpida por los consumidores.

Asimismo, la Secretaría Técnica aprecia que en la información difundida en la parte inferior de la pantalla se mencionan fuentes de información complementaria ("Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos"), no obstante, dicha información discurría en pantalla a una velocidad tal que no permitiría su lectura ininterrumpida, por lo que los consumidores tampoco habrían podido tomar conocimiento de las fuentes de información complementaria.

En atención a ello, en aplicación de la norma anteriormente citada y del análisis integral del anuncio materia de imputación, a criterio de la Secretaría Técnica, existen indicios razonables para considerar que la restricción de acceso antes mencionada no habría sido informada por Nestlé en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor.

Por lo expuesto y de acuerdo a lo ordenado por la Comisión en su sesión del 4 de julio de 2012, la Secretaría Técnica considera oportuno iniciar un procedimiento contra Nestlé, a fin de determinar si infringió el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y, por tanto, el principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este extremo, corresponde informar a la imputada que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del artículo 25.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Asimismo, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE

172-2012/COMFISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL



de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias,³ sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.⁴ En este punto, corresponde informar a la imputada que en el transcurso del presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

De otro lado, debe informarse a la imputada que, en caso considere que la información contenida en los escritos que presente durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrá solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial de dicha información.⁵

Finalmente, en caso la imputada no comunique su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente público.

4.2. El requerimiento de información a la imputada

3. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

(...)

4. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- El cierre temporal del establecimiento infractor;
- La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- La publicación de la resolución condenatoria.

(...)

5. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40°.- Información confidencial.-

40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

(...)

40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



El numeral 26.3 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece literal a) que la Secretaría Técnica puede exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de imputación.

5. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: IMPUTAR a Nestlé Perú S.A. por la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: AGREGAR al expediente el Informe de Secretaría Técnica de fecha 4 de julio de 2012 y sus adjuntos; así como la información sobre el domicilio fiscal de la imputada, obtenida en el sitio web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat (www.sunat.gob.pe) y correr traslado de dicha documentación a la imputada, por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁶

Corresponde informar a la imputada que, en caso considere que la información contenida en los escritos que presente durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal o su Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrá solicitar que se ordene su reserva y confidencialidad, conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Finalmente, en caso la imputada no comunique su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente público.

TERCERO: REQUERIR a Nestlé Perú S.A., para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, presente la siguiente información:

1. Periodos, cantidad y frecuencia de la difusión del anuncio materia de imputación, indicando los medios de comunicación empleados.
2. El plan de medios y el *brief* de la promoción "10 Minutos de Felicidad".

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 32º.- El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

3. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la venta del producto "Sublime" (en las 6 presentaciones participantes de la promoción) en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012.
4. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la venta del producto "Sublime" (en las 6 presentaciones participantes de la promoción) en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 6 de marzo hasta el 29 de abril de 2012.
5. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la venta del producto "Sublime" (en las 6 presentaciones participantes de la promoción) en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción anunciada, desde el 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012.
6. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, obtenidos por la venta del producto "Sublime" (en las 6 presentaciones participantes de la promoción) en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción anunciada, desde el 6 de marzo hasta el 29 de abril de 2012.
7. El valor expresado en Nuevos Soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2011.

Estos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

CUARTO: Informar a Nestlé Perú S.A. que deberá fijar su domicilio procesal al momento de contestar la presente resolución.

CARLOS RODAS RAMOS
Secretario Técnico (e)
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal





INFORME DE SECRETARÍA TÉCNICA

PARA : Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

ASUNTO : Anuncio publicitario de la promoción "10 Minutos de Felicidad", difundido por Nestlé Perú S.A.

FECHA : 4 de julio de 2012

Con fecha 14 de junio de 2012, la Secretaría Técnica tomó conocimiento de un (1) anuncio televisivo difundido por Nestlé Perú S.A., en el cual anunciaba la promoción denominada "10 Minutos de Felicidad". Esta promoción le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "billete dorado", que le permitiría ingresar a una tienda "Ripley" y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de 5000 Nuevos Soles.

Asimismo, dicha promoción también le ofrecía al consumidor la posibilidad de encontrar dentro de los empaques del producto "Sublime" un "cupón de descuento", que le permitiría acceder a un 50% de descuento para comprar en cualquier tienda "Ripley".

Mediante Carta N° 0190-2012/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 15 de junio de 2012, la Secretaría Técnica requirió a Nestlé Perú S.A. que presentara la siguiente información: i) fecha de inicio de la difusión del anuncio televisivo antes mencionado; ii) número de productos "Sublime" puestos en el mercado que contienen los premios ofrecidos en la promoción ("Billetes dorados" y "Cupones de descuento"); iii) bases de la promoción publicadas en el Facebook de "Sublime"; iv) copia de toda la publicidad de la promoción; y, v) relación de consumidores que han ganado los premios ofrecidos en la promoción.

Con fecha 18 de junio de 2012, personal de la Secretaría Técnica accedió al Facebook de "Sublime" y tuvo acceso a los términos y condiciones legales de la promoción "10 Minutos de Felicidad".

Con fecha 26 de junio de 2012, Nestlé Perú S.A. informó que la fecha de inicio de la difusión del anuncio televisivo investigado fue el 25 de abril de 2012; indicó además que dicho anuncio fue colgado en Youtube el día 24 de abril de 2012.

Asimismo, Nestlé Perú S.A. señaló que el número de productos puestos en el mercado que contenían los premios ofrecidos correspondía a la cantidad de premios ofrecidos, es decir, 40 productos premiados con vales de consumo de hasta 5000 Nuevos Soles en tiendas "Ripley" y "Ripley Max" y 3000 productos premiados con vales de 50% de descuento para un artículo de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas en las referidas tiendas.

Nestlé Perú S.A. adjuntó las bases de la promoción publicada en el Facebook de Sublime, cuatro (4) CDs con publicidad difundida en televisión, radio, en el sitio web de Nestlé Perú S.A. y en su Facebook, un afiche y un jalavista de la promoción.

Por último, Nestlé Perú S.A. adjuntó la relación de los 40 consumidores ganadores del premio de vales de consumo de hasta 5000 Nuevos Soles. Además indicó que, a la fecha de notificado el requerimiento de información, Ripley le había informado que 134 consumidores habían hecho efectivo el premio de los vales de 50% de descuento.

En consecuencia, se adjunta al presente lo siguiente: i) el anuncio televisivo de la promoción "10 Minutos de Felicidad"; ii) el cargo de la Carta N° 190-2012/PREV-CCD-INDECOPI; iii) la documentación remitida por Nestlé Perú S.A. en respuesta a dicho

000159

requerimiento de información; iv) una carta de representación de fecha 18 de junio de 2012; y, v) un acta de inspección de fecha 18 de junio de 2012, que adjuntó quince hojas impresas del Facebook de "Sublime".



MARCELA HUAMÁN REINOSO
Ejecutivo 2
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Nombre:
Apellidos:
Firma:
DNI:
V Adjunto: Lo indicado.

Atentamente,

MARCELA HUAMÁN REINOSO
Ejecutivo 2
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

INDECOPI S.A.
CDL LIMA
19 JUN 2012
10:00 A.M.
UNIDAD



Fecha: Hrs:
LA PERSONA DADA EN RECEPCIONÓ
EL DOCUMENTO MOSTRANDO SU D.N.I.

DECRETO LEGISLATIVO N° 807.- LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciaos o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
- (...)

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información o se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000162

*Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú
Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad*

CARTA DE REPRESENTACIÓN

Lima, 18 de junio de 2012.

Señor
RAÚL VÁSQUEZ RODRÍGUEZ
Presente.-

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente y en ejercicio de las facultades dispuestas en el artículo 1 y en el inciso c) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807 (en adelante, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi),¹ designo al señor Raúl Vásquez Rodríguez, identificado con D.N.I N° 42974933, para que, en representación de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, acceda al Facebook de "Sublime", correspondiente a Nestlé Perú S.A., con la finalidad de verificar la información allí difundida sobre la promoción "10 Minutos de Felicidad".

Sea conveniente recordar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley sobre facultades, Normas y Organización del Indecopi,² quien impida o entorpezca las funciones de la Comisión, podrá ser sancionado con una multa no menor de una (1) ni mayor de cincuenta (50) UIT.

Atentamente,

ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:
(...)

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

² **DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.





facebook

Buscar personas, lugares y cosas

Raul Inicia

SUBLIME

Chocolate Sublime Biografía Ahora Lo más destacado

Me gusta

Crear una Página

SUBLIME

Chocolate Sublime

26 de mayo

Si encontraras el BILLETE DORADO y entraras a Ripley ¿Qué es lo primero que te llevarías?? La promoción es hasta el 23 de Junio :-D



Chat (Desconectado)

0000164

Porque sólo tú sabes qué te hace feliz... ¡Busca en mis empaques el BILLETE DORADO de los 10 MINUTOS DE FELICIDAD o los vales de descuento y prepárate para vivir el momento más emocionante de tu vida! Vamos, ¿te apuntas? :-D



¡Sublimero, esto te hará muuuuy feliz! Ahora en mis empaques podrás encontrar ¡EL BILLETE DORADO DE LOS 10 MINUTOS DE FELICIDAD! Con él, podrás entrar a una de las tiendas Ripley y llevarte todito lo que quieras. ¡Vamos! ¡Búscalo antes que te ganen! :-D



SUBLIME

Te regala 10 minutos para que te lleves todo lo que quieras de



por un valor de hasta **S/.5,000.**

Busca el billete dorado dentro de tus empaques de Sublime y gana. Serán 40 ganadores. Además miles de cupones de 50% de dscto.



MIN N° 2012-0157BB3 Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos

Chat (Desconectado)

Me gusta · Comentar · Compartir 643 28

Chocolate Sublime compartió un enlace. 27 de abril

Porque sólo tú sabes qué te hace feliz, busca en mis empaques el billete dorado de los 10 MINUTOS DE FELICIDAD y gana al instante la oportunidad de entrar a Ripley y llevarte hasta 5 MIL SOLES en todos los productos que quieras... ¿Buenaso, no? :-D

10 minutos de felicidad con SUBLIME bit.ly

Porque sólo tú sabes qué te hace feliz... Busca en mis empaques el billete dorado de los 10 MINUTOS DE FELICIDAD y gana al instante la oportunidad de entrar ...





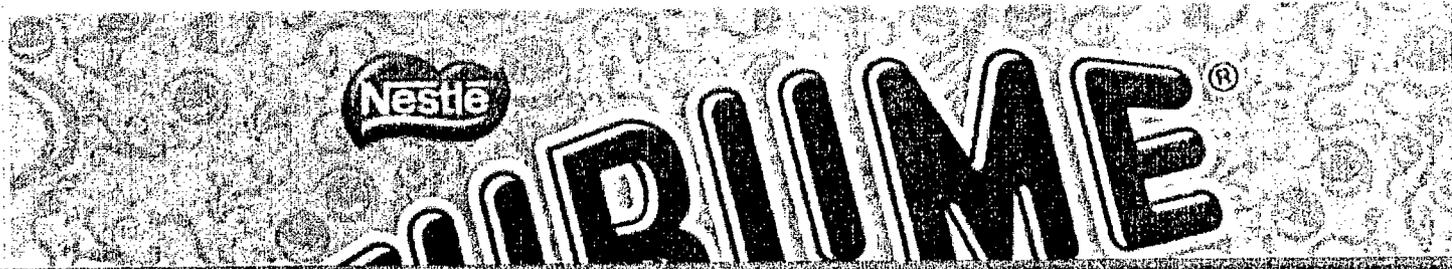
Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30g, 2.2 millones; Sublime

Me gusta · Comentar · Compartir

184 34 26

Chocolate Sublime cambió su foto de portada.
27 de abril

¡Llegaron los 10 minutos de felicidad SUBLIME! — con John Aldo Romero Huaracaya



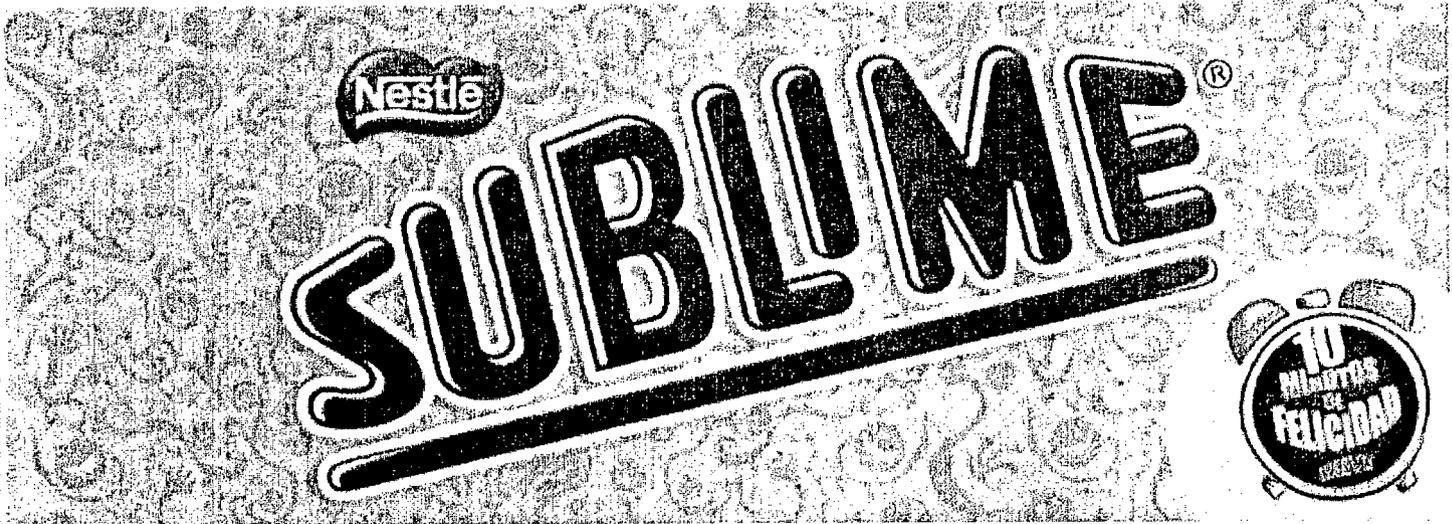
Chocolate Sublime Biografía ▾ 2012 ▾ Lo más destacado ▾

Me gusta

+ Crear una Página

Chocolate Sublime cambió su foto de portada.
27 de abril

¡Llegaron los 10 minutos de felicidad SUBLIME! — con John Aldo Romero Huaracaya



Me gusta · Comentar · Compartir

98 17

Chocolate Sublime
24 de abril

Chocolate Sublime
23 de abril

Chat (Desconectado)

SUBLIME Chocolate Sublime ¡10 minutos felicidad!

Me gusta

TeleMakingWeb

"10 Minutos de Felicidad con Sublime"



A todos nuestros queridos consumidores;

Hemos recibido algunos comentarios sobre la promoción "10 minutos de felicidad con SUBLIME" y queremos compartir con ustedes la información real sobre ésta. Nestlé, como marca comprometida con todos sus consumidores, siempre informó con detalle todo lo referido a esta promoción, de forma legal y transparente.

La promoción "10 minutos de felicidad con SUBLIME" consistía en 3,000 vales de descuento del 50% en tiendas Ripley y 40 premios grandes para comprar todo lo que el ganador pudiera en 10 minutos hasta por un valor de 5,000 Nuevos Soles. Y cumplimos con la entrega de todos los premios ofrecidos.

Iniciamos nuestra promoción el 30 de abril del presente año, con los vales de descuento ya a disposición de nuestros consumidores; el 3 de mayo sembramos los 15 primeros premios grandes con presencia

Chat (Desconectado)

00007700

Chocolate Sublime ¡10 minutos felicidad!

Me gusta

de un notario de acuerdo al reglamento de rifas y sorteos.

La comunicación de esta promoción la iniciamos una semana antes, el 23 de abril, con el fin de anunciar a todos la proximidad de la misma, indicándose su inicio en el comercial de TV y todas las piezas publicitarias. En Nestlé, cuidamos siempre el ser claros y veraces al comunicar a nuestros consumidores toda la información y las reglas de cada promoción.

El elemento divertido de la promoción consistía en que el consumidor busque los premios en los formatos participantes, durante la duración de la promoción, siendo ésta una práctica promocional utilizada en diferentes formas: tapas marcadas, empaques que vienen marcados por dentro, etc.

Adicionalmente, queremos clarificar los datos comerciales que se han compartido, con poca exactitud, como por ejemplo:

1.- El tamaño de mercado de chocolates es de aprox. 16,000 toneladas anuales considerando datos de CCR, empresa que audita ventas en puntos de venta. Lima más las 4 principales ciudades del Peru (Chiclayo, Trujillo, Huancayo y Arequipa) hacen un mercado de 9,137 toneladas. Si extrapolamos esto a nivel nacional, calculamos que pueden llegar a ser 16,000 toneladas, y de ninguna manera las 115,594 toneladas que se han mencionado.

2.- La participación de mercado de la marca Sublime es de 21.5% en volumen (al 2011, según CCR) y de ninguna manera el 56% al que se hace referencia. El estudio al que se hace referencia se ha efectuado sólo a 230 personas y es totalmente declarativo (es decir, es una base declarativa que hace referencia

Chat (Desconectado)

0000173

Chocolate Sublime ¡10 minutos felicidad!

Me gusta

a preferencia de consumo; no es correcto afirmar una participación de mercado en base al mismo).

3.- Es incorrecto afirmar que las ventas de los formatos que participan de la promoción de Sublime representen el 16% de la venta, ya que esta afirmación se basa en una venta de 2,861 toneladas cuando nuestra cifra real de ventas no llega ni a las 500 toneladas.

Para finalizar, reafirmamos que nuestros consumidores son lo más importante para nosotros, por eso todas las piezas publicitarias, las innovaciones de producto y las promociones, son consultadas y testeadas previamente por ellos mismos, de esta manera nos aseguramos de satisfacer sus expectativas, y así lograr seguir construyendo esta relación de más de 85 años, que ha hecho de Sublime una de las marcas más queridas por todos.

Nestlé reafirma su compromiso, una vez más, de seguir trabajando por todos los consumidores peruanos, ofreciéndoles productos de alta calidad y valor nutricional diferenciado, con una comunicación abierta y transparente, con la mejor intención de dar lo mejor de nosotros a todas las familias peruanas.



0001725

SIGUIR

Chocolate Sublime 110 minutos felicidad!

Me gusta

TÉRMINOS Y CONDICIONES LEGALES "10 Minutos de Felicidad"



I. Concepto promocional

¿Quién no quisiera por unos minutos sentirse dueño de una tienda por departamento y poder llevarse todo lo que quiere sin que nadie le diga nada? Sublime lo sabe, por eso trae la promoción "10 minutos de Felicidad" en donde 40 peruanos podrán entrar a una tienda por departamentos y por 10 minutos se podrán llevar todo lo que puedan hasta por el valor máximo de S/5.000 nuevos soles.

II. Vigencia

La promoción se inicia el 30 de Abril de 2012 y finaliza el 23 de junio de 2012.

III. Mecánica de la promoción:

1. Por la compra de chocolates Sublime los peruanos mayores de 8 años podrán participar de la promoción "10 Minutos de Felicidad". El consumidor deberá verificar si el empaque del chocolate Sublime que compró trae dentro un sticker marcado con el logo de la promoción y la frase "Ganaste 10 Minutos de Felicidad" y automáticamente será uno de los 40 ganadores, sin sorteos. Cada ganador podrá ingresar a una tienda Ripley que los organizadores señalen dentro del ámbito de la promoción y recolectar durante 10 minutos todos los artículos que desee hasta por un monto máximo de S/5.000 nuevos soles.

Chat (Desconectado)

000173

SUBLIME Chocolate Sublime 110 minutos felicidad!

Me gusta

2. Adicionalmente, habrá miles de stickers con la frase "Ganaste 50% de descuento" que les permitirán ganar cupones con 50% de descuento para comprar un artículo del departamento de Calzado, Zapatillas, Vestuario o Accesorios en tiendas Ripley o Ripley Max a nivel nacional.

3. Los empaques de los chocolates NO estarán marcados por fuera. Las presentaciones de chocolate Sublime que participan son:

- SUBLIME 16g
- SUBLIME 32g
- SUBLIME Blanco 30g
- SUBLIME Bombón 8g
- SUBLIME Caja 20x8g
- SUBLIME Extremo 60g
- SUBLIME Wafer 34g

IV. Premios

- 40 PREMIOS DE HASTA S/. 5,000.00 NUEVOS SOLES, CADA UNO EN ARTICULOS DE LAS TIENDAS RIPLEY SEÑALADAS POR LOS ORGANIZADORES DENTRO DEL ÁMBITO DE LA PROMOCIÓN; Y
- 3,000 VALES DE 50% DE DESCUENTO CADA UNO PARA COMPRAS EN CUALQUIER TIENDA RIPLEY O RIPLEY MAX DE 1 SOLO ARTÍCULO DE LOS DEPARTAMENTOS DE CALZADO, ZAPATILLAS, VESTUARIO O ACCESORIOS.

V. Redención de premios

- 40 PREMIOS DE HASTA S/. 5,000.00 NUEVOS SOLES
- Cada uno de los ganadores será citado a cobrar su premio en una tienda Ripley y en un horario que los organizadores asignen dentro de los 10 días posteriores a la notificación de haber sido ganador. Cada ganador tendrá un máximo de 10 minutos para llevarse todo lo que pueda de la tienda donde participó.
- En caso que, durante la recolección de artículos, el ganador exceda el máximo de S/. 5,000 nuevos

Chat (Desconectado)

0000174



Sublime

Chocolate Sublime 110 minutos felicidad!

Me gusta

- soles, podrá retirar los artículos necesarios para no exceder el monto indicado.
- En caso que la cantidad de artículos recolectados sea inferior a S/. 5,000 nuevos soles, la diferencia no será reintegrada al ganador.
 - Los artículos que se lleve al ganador, solo podrán ser recolectados físicamente en las tiendas Ripley señaladas por los organizadores y dentro del ámbito de la promoción.
 - Los artículos que se lleve el ganador serán recolectados de la mercadería que las tiendas indicadas tengan en stock en el momento de la redención del premio. Los precios de los artículos recolectados serán los precios vigentes en el momento de la recolección incluyendo las ofertas y descuentos vigentes el día de la redención del premio.

Sobre la recolección de los artículos

- Deberá ser realizada sólo por la persona ganadora o su representante, sin ayuda de terceros.
- Contarán con zonas marcadas dentro de cada piso de la Tienda Ripley donde deberá llevar y depositar los artículos que seleccione.
- Como ayuda adicional se le dará un tag (etiqueta) para que marque los artefactos electrodomésticos, artículos de la línea tecnología o de muebles que desee llevarse.
- Los ganadores se sujetan a éstas y otras indicaciones que reciban de los organizadores para la recolección/redención de sus premios de S/. 5,000 NUEVOS SOLES.

3,000 VALES DE DESCUENTO

- Cada uno de los ganadores podrá cobrar su premio en cualquier tienda Ripley o Ripley Max a nivel nacional y en el horario de atención regular de la tienda.
- El descuento de 50% es válido sólo para 1 artículo de los departamentos de Calzada, Zapatillas, Vestuario o Accesorios sin límite de talla, marca o género.
- El descuento de 50% no es válido para marcas y productos en consignación ni en concesión (ver detalle en ANEXO)
- El descuento de 50% se aplica sobre el precio de etiqueta, no incluye las ofertas ni descuentos vigentes el día de la redención del premio, ni es acumulable con otras promociones.

MENORES DE EDAD

- Los ganadores menores de 18 años deberán contar con la autorización expresa de su padre o tutor

Chat (Desconectado)

000175



SUBIRME

Chocolate Sublime 110 minutos felicidad!

Me gusta

para cobrar cualquiera de los premios de \$/5,000 NUEVOS SOLES o el uso del descuento del 60%. Al momento de cobrar algún premio, el menor de edad deberá asistir con su padre o apoderado legal. El menor de edad que no cumpla con ese requisito no podrá cobrar su premio.

- El padre o apoderado tendrá la potestad de acompañar o no a su representado en la recolección del premio por \$/5,000 NUEVOS SOLES o el uso del descuento del 60% y se hace responsable por los artículos que elija el menor de edad que representa. En ningún caso le será permitido separarse de su representado para recolectar artículos por su cuenta.
- Quedan exentos de los premios todos los productos que por ley estén prohibidos a la venta a menores de 18 años.

PARA TODOS LOS PREMIOS

- Los organizadores no se harán cargo de ningún costo adicional generado ni relacionado con el cobro de ninguno de los premios, como por ejemplo: movilidad, hospedaje, traslados, fletes, impuestos, accesorios, garantías extendidas, etc.
- Cada ganador podrá otorgar una Carta poder notarial a otra persona para que, en su representación, pueda participar en la forma de obtener los premios, si fuera el caso. Los costos de este trámite serán asumidos por el ganador.
- Los organizadores no se responsabilizan por las consecuencias que deriven de la elección o uso de los artículos seleccionados.
- No aplican para compras en la tienda Ripley online (www.ripley.com.pe)
- En cualquier caso los premios no reclamados serán entregados a la Dirección General De Gobierno Interior.

VI. Ambito de la promoción

La promoción es valida sólo en los departamentos de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo.

VII. Premiación

Los 40 premios principales se sembrarán ante la presencia de un notario y en las siguientes fechas: 3 de Mayo de 2012

Chat (Desconectado)

0000176

SUBLIME

Chocolate Sublime ¡10 minutos felicidad!

Me gusta

- 16 de Mayo de 2012
- 23 de Mayo de 2012
- 6 de Junio de 2012
- 13 de Junio de 2012

Los 3,000 premios secundarios serán distribuidos en los puntos de venta dentro del ámbito de la promoción.

Luego de ser declarados ganadores, éstos deberán acercarse a la Tienda Ripley que se le indique en las fechas y en los horarios señalados por los organizadores para hacer efectivos sus premios de hasta \$7.5,000 nuevos soles.

Los 3000 vales con 50% de descuento podrán ser cobrados en cualquier Tienda Ripley a nivel nacional y tienen vigencia de un año después de culminada la promoción para que puedan ser utilizados por los clientes ganadores.

ANEXO: MARCAS Y PRODUCTOS EN CONSIGNACIÓN O EN CONCESIÓN

ALFOMBRAS DEL MUNDO	HALION	RIZZOLI
AMERICAN TOURISTER	HELLO KITTY	ROSEN
ARROW	HEWLETT PACKARD	SAMSONITE
BEGOMA	IMATION	SANDISK
BENETTON	IZOD	SISTEC
BEST	KASPERSKY	SKECHERS
CANNON	KENSINGTON	SONY
CARDIF	KINGSTON	SUMDEX
CASA HELENA	KOMFORT	SWISS MILITARY
CASELOGIC	LOGITECH	TADDIKEN
CLARO	MCAFFE	TFX
COSAS	MICROSOFT	TP-LINK
CREATIVE	MOVISTAR	TRIAL
CREPIER	NEXTEL	VAN HEUSEN
	NINTENDO	VANS

Chat (Desconectado)

00001727



Chocolate Sublime ¡10 minutos felicidad!

Me gusta

DATO
DISNEY
DRIMER
EPSON
ESET
GARABATOS
GENIUS

OMEGA
OSCAR DE LA RENTA
PANDA
PARAISO
PIERRE CARDIN
POI
RIPLEY

VERBATIM
VICTORINOX
VOGUE
WESTERN DIGITAL
XTREM
ZIYAZ

MIN N° 2012-0167683. Valido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 15g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr, 610 mil; Sublime 52g, 13 millones; Sublime 66g, 850 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/ 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos

RIPLEY



Chat (Desconectado)

0000178

Indecopi
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
AGO 2012
RECIBIDO
Hora: 11:00 AM

INDECOPI

2012 AGO 22 PM 2:43

RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE

16

Nº

000211

Expediente : Nº 172-2012/CCD
Escrito : Nº 02

COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
Secretaría Técnica
LO CALADO
NO VALE
103410

PRESENTA DESCARGOS

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., debidamente representada por Guido José Enrique Muñiz Pujalt, en la denuncia de oficio seguida contra nuestra empresa por la presunta infracción al principio de legalidad, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 15 de agosto de 2012 hemos sido notificados con el Proveído Nº 1, mediante el cual se nos otorga un plazo de adicional de 5 días hábiles para presentar nuestros descargos y para absolver el requerimiento de información formulado, por ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Legislativo Nº 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI – dentro del plazo concedido, **presentamos nuestros descargos solicitando que la denuncia sea declarada INFUNDADA en todos sus extremos**, virtud a los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Conforme se puede apreciar de la Resolución de fecha 18 de julio de 2012, se ha resuelto iniciar procedimiento sancionador a nuestra empresa imputándonos la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo Nº 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -.

“Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.”

Para ello, se ha considerado que la información que aparece en la parte inferior de la pantalla del anuncio televisivo de la promoción “10 minutos de felicidad” discurre a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura



ininterrumpida de la misma, lo cual supone una infracci3n al art3culo 14.2 de la Ley N3 29571 – C3digo de Protecci3n y Defensa del Consumidor –, el cual establece que:

“14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, 3stas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea f3cilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de informaci3n distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, as3 como de las referencias de localizaci3n de dicha fuente de informaci3n.”

Tal como acreditaremos en los puntos siguientes, **el scroll del anuncio televisivo en cuesti3n, que contiene la informaci3n sobre las condiciones y restricciones de la promoci3n es perfectamente legible en condiciones normales de visualizaci3n en un televisor**

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Con fecha 25 de abril de 2012 dimos inicio a la campa3a publicitaria televisiva de la promoci3n comercial denominada “10 minutos de felicidad”, promoci3n que premiaba a los consumidores de chocolates de la marca “Sublime” con 40 premios de hasta S/. 5,000.00 Nuevos Soles en productos en Ripley y 3,000 vales de 50% de descuento para compras en la referida tienda.
2. La mec3nica de la promoci3n, consist3a en que los consumidores pod3an encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un sticker premiado ya sea con los 40 premios mayores o con los 3,000 vales de consumo. Dicha promoci3n se ajust3 a los t3rminos y condiciones autorizados por la Direcci3n General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, mediante Resoluci3n Directoral N3 3121-2012-IN-501 (Anexo 2-A).
3. Conforme se aprecia del anuncio televisivo en cuesti3n, el mismo contiene un scroll mediante el cual se pone en conocimiento de los consumidores diversa informaci3n general sobre las condiciones y restricciones de la



promoción incluida la restricción de acceso por localidad, asimismo en dicho anuncio se deja constancia de las fuentes de información gratuitas a las cuales pueden acceder para informarse sobre las condiciones y restricciones de la promoción.

4. **Se aprecia del anuncio televisivo que el referido scroll se transmite durante toda la duración del mismo (30 segundos), posee un alto contraste y está consignado con letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas, lo cual determina que en condiciones normales de visualización en un televisor se pueda dar lectura ininterrumpida de la información consignada.**

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5. El numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la difusión de publicidad debe respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
6. Por ello, en los casos en que existan normas específicas que regulen la actividad publicitaria de manera sectorial, dichas normas deberán ser observadas, en caso contrario el anunciante incurriría en una infracción al principio de legalidad contenido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹
7. En el presente caso la publicidad de la promoción comercial de la campaña publicitaria "10 minutos de felicidad" del chocolate Sublime, no se encuentra sujeta a ninguna disposición sectorial, ya que no existe norma específica alguna que regule la publicidad de promociones comerciales.
8. En este orden de ideas, **la publicidad de la promoción comercial en cuestión se debe ceñir únicamente a las pautas generales**

¹ Como por ejemplo en el caso de publicidad de tabaco, bebidas alcohólicas o medicamentos, en los cuales se regula expresamente las características de la información sobre las condiciones y restricciones de los productos.



establecidas por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

Consumidor el cual establece en el numeral 14.2 lo siguiente:

Artículo 14.- Publicidad de promociones

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios.

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante."

9. Conforme se puede apreciar del artículo antes transcrito, en el mismo no se determina cuales son las características específicas de tamaño de letra, contraste o duración en pantalla que debe contener un scroll publicitario televisivo.
10. Por ello, **el anunciante se encuentra en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime convenientes, siempre y cuando la misma sea presentada de manera tal que sea perceptible para los consumidores, o en su defecto se señale en el anuncio las fuentes de información gratuitas complementarias, tal como lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 antes transcrito.**



11. En el presente caso, conforme detallamos a continuación, la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción comercial es presentada de manera clara y perceptible para los consumidores, quienes en condiciones normales de visualización se encuentran en capacidad de leer ininterrumpidamente la misma.

EL SCROLL PUBLICITARIO TIENE CARACTERISTICAS ESPECIALES QUE LO HACEN PERCEPTIBLE A LOS CONSUMIDORES Y PERFECTAMENTE LEGIBLE EN CONDICIONES NORMALES DE VISUALIZACION

12. Tal como hemos expuesto en los fundamentos de hecho, el scroll que contiene la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, así como la información sobre la existencia de fuentes de información complementaria es perfectamente legible de manera ininterrumpida en condiciones normales de visualización en un televisor.

13. En efecto, este hecho se encuentra verificado por lo siguiente:

- Las letras del scroll son de color blanco, mientras que el fondo del anuncio publicitario es negro, lo cual le da un alto contraste al scroll y permite que el mismo pueda ser fácilmente diferenciado y destacado a la vista del consumidor.
- El tamaño de las letras es suficientemente grande para que puedan ser claramente advertidas por los consumidores.
- El tiempo que demora el mensaje en atravesar la pantalla (30 segundos) a una velocidad fija y constante es el suficiente para que sea apreciable por los consumidores.

14. Desconocemos cuales han sido las condiciones de visualización en las cuales los miembros de la Comisión han advertido que el scroll del anuncio publicitario televisado en cuestión discurre a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida de la información que contiene el scroll.



15. Por el contrario, sostenemos que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll es perfectamente legible de manera ininterrumpida, sin la necesidad de utilizar ningún equipo de reproducción de video. ←
16. En efecto, **luego de visualizar el mensaje publicitario en un televisor de tamaño promedio se puede advertir que el mismo es perfectamente legible de manera ininterrumpida,** lo cual hace que sea perceptible a los consumidores. Por ello podemos concluir que tal vez las condiciones en las cuales los miembros de la Comisión hayan visualizado el mensaje publicitario no hayan sido las normales, sino que el mismo haya sido visualizado en una computadora o un algún televisor muy pequeño.
17. Al respecto, se debe tener presente que el formato del scroll y del anuncio televisivo se encuentra grabado para ser reproducido en un televisor y no en una computadora o cualquier otro equipo, ya que el referido anuncio es precisamente un anuncio televisivo. Por ello para determinar la claridad del scroll es importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización en un televisor, tal y como ha sido difundido a los consumidores.
18. **Consideramos de suma importancia el hecho que se aprecie el referido anuncio publicitario en un televisor y no en una computadora, ya que tal como lo hemos expuesto por razones técnicas los formatos de grabación de un video a ser reproducido en un televisor son distintos a los formatos de video a ser reproducidos en una computadora, por ello un anuncio publicitario televisivo puede verse distorsionado si es que se reproduce en una computadora.** ←
19. Por estos motivos, estamos solicitando como medio probatorio que se convoque a una audiencia de visualización del anuncio publicitario materia de imputación, en la cual se deberá reproducir el referido anuncio en condiciones normales de visualización, a través de un televisor de tamaño promedio.



20. Ahora bien, con respecto al tiempo que debe demorar el scroll en
discurrir por la pantalla, debemos de reiterar que al no existir
imposición legal alguna sobre la materia, se debe tener presente que
 → basta que dicha información debe ser perceptible por los
consumidores para que se considere que los mismos han estado
 ↙ debidamente informados.

21. En efecto, tal como lo ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, "El anunciante cuenta con la libertad de administrar el uso de sus espacios publicitarios, por lo que puede consignar la información sobre stock y vigencia como más le convenga, incluso utilizando tiempos y espacios menores que los asignados a la exposición de la información central, siempre y cuando la presentación de tales datos que la ley le obliga a consignar sea perceptible a los consumidores."² (negrita y subrayado añadidos)

22. Es por ello que si el scroll que contiene las restricciones y la indicación de las fuentes de información complementarias es emitido de manera tal que los consumidores pueden dar lectura del mismo de manera ininterrumpida, se debe considerar que el anunciante habrá cumplido con el deber de información exigido por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ya que los consumidores estuvieron en la posibilidad de acceder a dicha información. ←

23. En el presente caso, reiteramos una vez más, que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll que contiene la información sobre las restricciones y formas de información complementaria, es emitido de manera tal que es perceptible a los consumidores, quienes pueden leer el mismo de manera ininterrumpida.

INFORMACIÓN QUE DEBE SER PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS CONSUMIDORES A TRAVÉS DEL ANUNCIO PUBLICITARIO

24. Conforme lo establece el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, cuando existan condiciones y

² Resolución N° 2142-2010/SC1-INDECOPI



restricciones a las promociones de ventas estas deben informadas en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta siempre que se informe sobre la existencia de dichas restricciones así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

25. Es decir, el anunciante debe informar en cada anuncio publicitario las condiciones y restricciones de la promoción, o en su defecto se encuentra facultado para alternativamente señalar en cada anuncio publicitario la fuente de información gratuita donde pueda tener acceso a las condiciones y restricciones.³
26. En el presente caso, por un tema de transparencia y con la finalidad que los consumidores tengan acceso a la mayor cantidad de restricciones de la promoción directamente del mensaje publicitario, en el mismo se consignó no sólo la indicación de las fuentes de información gratuita donde podrían conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente consignamos en el scroll las restricciones y condiciones que consideramos resultaban de mayor relevancia.
27. En este sentido, se puede apreciar que el cumplimiento de la obligación de información establecido por el numeral 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor se verificó con la consignación en los anuncios de las fuentes de información gratuita de las condiciones y restricciones de la promoción, y adicionalmente con indicación de las principales condiciones y restricciones en el propio anuncio televisivo.
28. Por ello, en el supuesto y negado caso que se considere que en condiciones de visualización normales el scroll atraviesa la pantalla a una velocidad tal que resulta imposible su lectura ininterrumpida por los consumidores, se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario no supone una infracción al principio de legalidad.

³ Así ha sido establecido por la Sala de Defensa de la Competencia N°1, en diversos pronunciamientos, ver por ejemplo Resolución N° 0924-2012/SC1-INDECOPI, 0889-2011/SC1-INDECOPI.



29. En efecto, el hecho que “no se haya consignado en el anuncio publicitario la información sobre las restricciones y condiciones” no constituye infracción, si es que en dicho anuncio se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita. ←
30. Por esta razón, de considerarse que la información sobre las restricciones transcurre de manera tal que resulta imposible su lectura, **se debe tener presente que ello no ocurriría con la información sobre las fuentes de información gratuitas complementarias, información que se pasa al final del scroll lo cual (adicionado a las demás características del scrol como el contraste y tamaño de las letras) hace que sea de más fácil lectura y perfectamente perceptible por los consumidores.**
31. En efecto, **desde el segundo 22 hasta el segundo 30 del anuncio publicitario se aprecia el siguiente texto en el scroll “Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos”. Es decir 8 segundos demora en transcurrir dicha frase en el scroll, tiempo más que suficiente para que los consumidores perciban la misma y tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones de los canales gratuitos para conocer las mismas.** ←
32. En este orden de ideas, resulta claro que se ha informado adecuadamente a los consumidores que existen términos y condiciones de la promoción a través del mensaje publicitario, remitiéndose a las fuentes de información gratuita.

SE DEBE TENER PRESENTE QUE EL ANUNCIO MATERIA DE IMPUTACIÓN FORMA PARTE DE UNA CAMPAÑA PUBLICITARIA

33. Tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, al momento de absolver el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, el anuncio publicitario materia de la presente denuncia forma parte de una campaña publicitaria.



34. Dicha campaña publicitaria debe ser analizada en su conjunto, conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -, el cual establece que “(...) en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.”

35. En efecto, la referida campaña publicitaria de la promoción comercial “10 minutos de felicidad” se encuentra compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, páginas web, y de publicidad impresa, en los cuales se informan los términos y condiciones de la promoción comercial.

36. Así, en caso se considere que existe alguna dificultad en el anuncio televisivo para conocer las restricciones y condiciones de la promoción, se debe realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria, donde se aprecia que se ha informado adecuadamente a los consumidores los términos y condiciones de la promoción comercial incluso por medios impresos colocados principalmente en los puntos de venta y en las tiendas Ripley.

IV. MEDIOS PROBATORIOS

Que, ofrecemos en calidad de medio probatorio:

- (i) La apreciación del anuncio materia de imputación en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, para ello se deberá convocar a una audiencia de visualización en la cual se deberá reproducir el anuncio publicitario en condiciones normales de visualización.
- (ii) Los demás documentos que obran en autos, obtenidos en el presente procedimiento durante la etapa de investigación previa efectuada por la Secretaría Técnica.
- (iii) La Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a Ley declarando INFUNDADA la denuncia en su oportunidad.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos al presente escrito en calidad de anexo copia de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, que autoriza la promoción comercial

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, ponemos en conocimiento de la Secretaría Técnica, que pese a los esfuerzos realizados para acopiar la información requerida, no ha sido posible contar hasta la fecha con la misma.

Dada la naturaleza de la información, les informamos que la misma no se encuentra a disposición inmediata en nuestros sistemas, sino que ha sido necesario realizar un acopio manual de dicha información, el cual a la fecha lamentablemente no ha concluido.

Asimismo, les reiteramos nuestro compromiso de cumplir a cabalidad con los requerimientos que se nos formula, sin embargo, solicitamos tener presente que no ha sido posible cumplir a la fecha con el requerimiento formulado por razones de fuerza mayor e imposibilidad física de acopio de la información.

Por ello, por equidad y de manera excepcional solicitamos a se nos otorgue un plazo adicional de 2 días para dar cumplimiento a dicho requerimiento.

Nestlé Perú S.A.

GUIDO MUNIZ PUNALTA
Gerente Legal

Lima, 22 de agosto de 2012.

LUIS RICARDO MORELLO BUSTOS
ABOGADO
CAL: 43102



INDECOPI

2012 SEP 10 PM 1 53

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO



Folio: 15 Copias: 111/100

000234
COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA DESLEAL
Secretaría Técnica
LO TRABAJADO
NO VALE
INDECOPI

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

NESTLÉ PERÚ S.A., identificada con RUC N° 20263322496, con domicilio en Av. Los Castillos cuadra 3, sin número, Urbanización Industrial Santa Rosa, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima, debidamente representada en este acto por su Apoderado, el Sr. Augusto Giancarlo Price Passalacqua, identificado con DNI N° 10586216 y poderes debidamente inscritos en la Partida Electrónica N° 00166308; en lo relacionado a la denuncia presentada por IDOM, recaída en el Expediente N° 104-2012/CCD, ante ustedes nos presentamos y decimos:

Que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, solicitó a NESTLÉ PERÚ, la siguiente información:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

000235



7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de las presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Que en cumplimiento de su requerimiento y dentro del plazo otorgado, cumplimos en este acto en presentar 04 ANEXOS:

ANEXO N°1, conteniendo 08 páginas.

ANEXO N°2, conteniendo 01 página.

ANEXO N°3, conteniendo 01 página.

ANEXO N°4, conteniendo 02 páginas.

Que para un correcto y ordenado entendimiento de la información que presentamos, señalamos en que ANEXO y en qué página de este, se encuentra la respuesta a cada punto en concreto, solicitado por la Comisión:

687

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada: **ANEXO N°1, página N°1.**
2. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N°1, páginas N° 2 a la 8.**
3. El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N° 2, página N°1.**
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N° 1, página N°1.**
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada: **ANEXO N°3, página N°1.**



6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución: **ANEXO N°4, página N°1, punto N°1.**
7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución: **ANEXO N°4, página N°2, punto N°2.**

POR LO TANTO:

Sírvase la Comisión tener por cumplido su requerimiento de información

PRIMER OTRO SI:

NESTLÉ PERÚ S.A. considera que la toda la información que en este acto se entrega, tiene carácter de **CONFIDENCIAL**, por tanto, le solicita a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo N° 40 del D.L. N°1044. Justificamos este hecho en el sentido que la información constituye un secreto comercial de nuestra empresa y resulta ser información sensible, la cual podría ser utilizada en perjuicio nuestro.

Cumplimos con precisar que dada la naturaleza de la información no es posible adjuntar un resumen no confidencial ya que la misma consiste en datos puntuales que no son posibles de resumir.

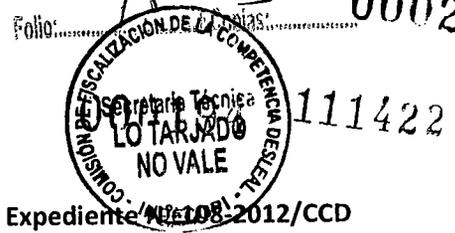
Lima, 10 de septiembre de 2012.



SINDECOPI

2012 SEP 10 PM 1 54

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO



ABSUELVE REQUERIMIENTO



A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

NESTLÉ PERÚ S.A., identificada con RUC N° 20263322496, con domicilio en Av. Los Castillos cuadra 3, sin número, Urbanización Industrial Santa Rosa, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima, debidamente representada en este acto por su Apoderado, el Sr. Augusto Giancarlo Price Passalacqua, identificado con DNI N° 10586216 y poderes debidamente inscritos en la Partida Electrónica N° 00166308; en lo relacionado a la denuncia presentada por IDOM, recaída en el Expediente N° 108-2012/CCD, ante ustedes nos presentamos y decimos:

Que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, solicitó a NESTLÉ PERÚ, la siguiente información:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada.
2. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada.
3. El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada.
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada.
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada.
6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución.



7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Que en cumplimiento de su requerimiento y dentro del plazo otorgado, cumplimos en este acto en presentar 04 ANEXOS:

ANEXO N°1, conteniendo 08 páginas.

ANEXO N°2, conteniendo 01 página.

ANEXO N°3, conteniendo 01 página.

ANEXO N°4, conteniendo 02 páginas.

Que para un correcto y ordenado entendimiento de la información que presentamos, señalamos en que ANEXO y en qué página de este, se encuentra la respuesta a cada punto en concreto, solicitado por la Comisión:

1. La fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada: **ANEXO N°1, página N°1.**
2. Los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N°1, páginas N° 2 a la 8.**
3. El brief creativo de la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N° 2, página N°1.**
4. El plan de medios de la campaña publicitaria cuestionada: **ANEXO N° 1, página N°1.**
5. La estrategia de marketing empleada para la promoción anunciada: **ANEXO N°3, página N°1.**



6. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresados en Nuevos Soles y detallados semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución: **ANEXO N°4, página N°1, punto N°1.**

7. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución: **ANEXO N°4, página N°2, punto N°2.**

POR LO TANTO:

Sírvase la Comisión tener por cumplido su requerimiento de información

PRIMER OTRO SI:

NESTLÉ PERÚ S.A. considera que la toda la información que en este acto se entrega, tiene carácter de **CONFIDENCIAL**, por tanto, le solicita a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo N° 40 del D.L. N°1044. Justificamos este hecho en el sentido que la información constituye un secreto comercial de nuestra empresa y resulta ser información sensible, la cual podría ser utilizada en perjuicio nuestro.

Cumplimos con precisar que dada la naturaleza de la información no es posible adjuntar un resumen no confidencial ya que la misma consiste en datos puntuales que no son posibles de resumir.

Lima, 10 de septiembre de 2012.

2012 DEC 11 PM 3: 51

Expediente : N° 104-2012/CCD
N° 108-2012/CCD
N° 172-2012/CCD

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

Sumilla:

154480



ABSUELVE REQUERIMIENTO
SOBRE PROVEÍDOS N°5 Y N°6.

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL:

NESTLE PERU S.A., con RUC N° 20263322496, debidamente representada por su apoderado legal Sr. Augusto Giancarlo Price Passalacqua, identificado con DNI N° 10586216, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y otros en nuestra contra, por la presunta comisión de actos de competencia desleal, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

I) SOBRE EL PROVEÍDO N° 5:

Que, con fecha 04 de diciembre de 2012 fuimos notificados con el Proveído N°5, mediante el cual nos requieren para que en un plazo de 3 días hábiles cumplamos con absolver el requerimiento de información formulado.

Mediante el presente escrito damos cumplimiento a dicho requerimiento en los siguientes términos:

- 67
- (i) *“Reiterar a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación del presente proveído, cumpla con precisar la fecha exacta del inicio de la publicidad de la campaña denominada “DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME”.*

Cumplimos nuevamente con precisar que la fecha de inicio de la publicidad de la campaña cuestionada fue el 23 DE ABRIL DEL AÑO 2012, conforme a la información ya presentada con fecha 10 de septiembre del presente año.

(ii) "Requerir a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación del presente proveído, cumpla con señalar, en números y letras:

- La cantidad de unidades que contiene un Display o Pack de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada.
- La cantidad de Displays o Packs vendidos de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada."

Cumplimos con dicho requerimiento, señalando que la cantidad de unidades que contiene un Display o Pack de cada una de las presentaciones de los productos Sublime que participaron de la promoción y la cantidad de Displays o Packs vendidos son las siguientes:

Presentación	Unidades por Caja	Displays/Packs por Caja	Unidades por Display/Pack
SUBLIME Blanco 30g	540	30	18
SUBLIME 16g	480	30	16
SUBLIME Box de 20 Bombones 8g	480	24	20
SUBLIME Bombón 8g	750	15	50
Sublime 32g	648	27	24
SUBLIME Extremo 66g	288	24	12

67 (iii) "Solicitar a Nestlé Perú S.A. para que en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación del presente proveído, cumpla con señalar en letras: (i) El volumen de los ingresos brutos obtenido por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta la fecha de notificación de la presente resolución; y, (ii) El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta la fecha de notificación de la presente resolución."

Cumplimos con dicho requerimiento, adjuntando al presente escrito el documento que contiene la información solicitada (Anexo 5)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI – y con lo dispuesto en la Directiva N° 001-2008/TRI-INDECOPI – Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del INDECOPI – solicitamos que se declare la reserva y confidencialidad indefinida de la información contenida en el anexo 5 por cuanto la misma constituye un secreto comercial de nuestra empresa y resulta ser información sensible, la cual podría ser utilizada en perjuicio nuestro por nuestros competidores.

Cumplimos con precisar que dada la naturaleza de la información no es posible adjuntar un resumen no confidencial ya que ya que la misma consiste en datos puntuales que no son posibles de resumir.

II) SOBRE EL PROVEÍDO N°6:

Que, con fecha 04 de diciembre de 2012 fuimos notificados con el Proveído N°6, mediante el cual nos requieren para que en un plazo de 3 días hábiles cumplamos con absolver el requerimiento de información formulado.

En lo relacionado al PROVEÍDO N°6, señalamos que la información solicitada ya fue entregada a vuestra Comisión, con fecha 10 de septiembre del presente año 2012, mediante 04 ANEXOS.

Que dichos anexos incluían de manera clara y legible toda la información solicitada, suscribiéndonos de esta manera al principio de transparencia y al cumplimiento de las normas del Procedimiento Administrativo.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley, dando por cumplido el requerimiento y declarando la reserva de la información cuya confidencialidad ha sido solicitada.

OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos en calidad de anexo lo siguiente:

ANEXO 5: El volumen de los ingresos brutos obtenido por la venta de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde los tres (3) meses anteriores al 23 de abril de 2012 hasta el 04 de diciembre de 2012; y, (ii) El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos Sublime en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción anunciada, desde los tres (3) meses anteriores a la fecha de inicio de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada hasta el 04 de diciembre de 2012.

Lima, 11 de diciembre de 2012.



NESTLE PERU S.A.
GIANCARLO PRICE PASSALACQUA
APODERADO LEGAL



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosEXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO (IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIA : RESERVA DE INFORMACIÓN
RESOLUCIÓN N° : 1

Lima, 20 de febrero de 2013.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resoluciones de fecha 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite las denuncias presentadas por Idom y Aspec en contra de Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Dichas denuncias fueron tramitadas bajo los Expedientes N° 104-2012/CCD y N° 108-2012/CCD, respectivamente.

Asimismo, mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, tramitada bajo el Expediente N° 172-2012/CCD, la Secretaría Técnica imputó a Nestlé una presunta infracción contra el principio de legalidad, supuesto ejemplificado en el artículo 17.1 del referido cuerpo legal.

Mediante Resoluciones de fecha 27 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica ordenó la acumulación de los procedimientos tramitados bajo los referidos expedientes.

Con fecha 10 de septiembre de 2012, Nestlé presentó tres (3) escritos solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la siguiente información: (i) la fecha de inicio de la publicidad de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME"; (ii) el plan de medios de la campaña publicitaria; (iii) los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria; (iv) el *brief* creativo de la campaña publicitaria; (v) la estrategia de *marketing* empleada para la campaña publicitaria; (vi) el volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (vii) el número de unidades vendidas en *displays* o *packs*, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (viii) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; (ix) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada, desde 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; y, (x) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2011.

Asimismo, con fecha 11 de diciembre de 2012, Nestlé presentó un (1) escrito solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la información referida: (i) al volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012; y, (ii) al número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosEXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar el pedido de reserva y confidencialidad formulado por Nestlé.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Normas y criterios aplicables

El numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que a solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Asimismo, el artículo 40.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala que de conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión, siempre que:

- a) Dicha información se trate de un conocimiento que tenga carácter reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Dicha información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Del mismo modo, conforme a lo establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. En tal sentido, a efectos de declarar confidencial la información presentada en un procedimiento, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

3.2. Aplicación al presente caso

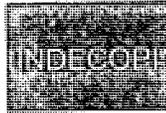
a) El cumplimiento de los requisitos de la solicitud de confidencialidad

Sobre el particular, teniendo en cuenta los requisitos de la solicitud de confidencialidad de la información contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión aprecia que Nestlé precisó su pedido de reserva y confidencialidad, justificando las razones de dicha solicitud. De otro lado, en relación con el resumen no confidencial de la información presentada, la imputada señaló que, dada la naturaleza de la información (cifras numéricas), no resultaría posible elaborar una versión no confidencial de ésta, en la medida que no puede ser sintetizada.

En consecuencia, la Comisión aprecia que Nestlé ha cumplido con los requisitos establecidos por la Ley de Represión de la Competencia Desleal para solicitar la confidencialidad de la información adjunta a los tres (3) escritos presentados con fecha 10 de septiembre de 2012, así como aquella adjunta a su escrito presentado con fecha 11 de diciembre de 2012.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosEXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

b) Sobre el pedido de confidencialidad

En el presente caso, con fecha 10 de septiembre de 2012, Nestlé presentó tres (3) escritos solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la siguiente información: (i) la fecha de inicio de la publicidad de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME"; (ii) el plan de medios de la campaña publicitaria; (iii) los periodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria; (iv) el *brief* creativo de la campaña publicitaria; (v) la estrategia de *marketing* empleada para la campaña publicitaria; (vi) el volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (vii) el número de unidades vendidas en *displays* o *packs*, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (viii) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; (ix) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada, desde 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; y, (x) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2011.

Asimismo, con fecha 11 de diciembre de 2012, Nestlé presentó un (1) escrito solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la información referida: (i) al volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012; y, (ii) el número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012.

b.1) Respecto de la fecha de inicio de la publicidad de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME"

Sobre el particular, la Comisión considera que dicha información no tiene carácter reservado, en la medida que no constituye un secreto comercial, puesto que no refleja el detalle contable de las operaciones económicas ni la estrategia comercial de Nestlé. En efecto, la Comisión considera que la fecha de inicio de la publicidad de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME" no constituye información que de ser conocida por terceros ajenos a Nestlé, le otorguen a éstos ventajas competitivas ilícitas o le genere perjuicios a la imputada, puesto que no constituye información que califique como un secreto comercial.¹

Adicionalmente, mediante Resolución N° 0045-2008/TDC-INDECOPI de fecha 16 de enero de 2008, la Sala señaló en un caso similar que:

¹ Al respecto, mediante Resolución N° 145-2008/SC1-INDECOPI de fecha 19 de diciembre de 2008, emitida por la Sala señaló lo siguiente en el Expediente N° 128-2008/CCD:

"14. El secreto comercial se encuentra relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa. No se trata de datos relacionados con los conocimientos tecnológicos con que cuenta una empresa para desarrollar su actividad económica, sino de *informes confidenciales que sin poderse considerar verdaderos y propios secretos, son mantenidos celosamente en reserva por cada fondo de comercio*. En tal sentido, constituye secreto comercial, entre otros, la relación de clientes, los volúmenes de ventas, los costos de producción y los planes de desarrollo, lo anterior, en tanto dicha información se encuentra directamente vinculada a la situación comercial y posición en el mercado de las empresas."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros
 EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
 (Acumulados)

- “28. La Comisión podrá declarar reservada la información que afecte:
- (i) el secreto comercial, es decir, aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;
 - (ii) el secreto industrial, entendido éste como un conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros;
 - (iii) la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento; y,
 - (iv) la información proveniente de terceras personas ajenas al procedimiento de investigación, cuya divulgación sin previa autorización, podría ocasionarles perjuicios.
29. La fecha de inicio de las importaciones de grifería proveniente de Asturias, no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos señalados previamente (...)”

Por lo expuesto, la Comisión considera que corresponde denegar el presente extremo del pedido de reserva y confidencialidad formulado por la imputada, en los tres (3) escritos presentados con fecha 10 de septiembre de 2012.

b.2) Respecto a la información adicional adjunta a los tres (3) escritos presentados por Nestlé con fecha 10 de septiembre 2012 y aquella adjunta a su escrito de fecha 11 de diciembre de 2012

Sobre el particular, la Comisión aprecia que dicha información ha sido presentada por Nestlé en cumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Secretaría Técnica, mediante Resoluciones de fechas 16 y 18 de julio de 2012, así como mediante Proveído N° 5 del 28 de noviembre de 2012, por lo que constituye información pertinente para la resolución de la materia controvertida en el presente procedimiento, en tanto permitirá a este órgano colegiado contar con mayores elementos para evaluar el efecto de la conducta cuestionada en el mercado, de ser considerada infractora por la Comisión.

Asimismo, la Comisión considera que la información presentada por Nestlé constituye un conocimiento de carácter reservado que recae sobre objetos determinados, por cuanto dicha información revela aspectos sensibles de sus operaciones comerciales e ingresos, en la medida que se detalla: (i) el plan de medios de la campaña publicitaria; (ii) los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria; (iii) el *brief* creativo de la campaña publicitaria; (iv) la estrategia de *marketing* empleada para la campaña publicitaria; (v) el volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos “Sublime” en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (vi) el número de unidades vendidas en *displays* o *packs*, mes a mes, de los productos “Sublime” en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012; (vii) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos “Sublime” en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; (viii) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos “Sublime” en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción en



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros
 EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
 (Acumulados)

317

las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada, desde 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012; (ix) el monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2011; (x) el volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012; y, (xi) el número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012.

De otro lado, la Comisión aprecia que Nestlé ha manifestado su voluntad e interés consciente de mantener en reserva la información materia de análisis, al solicitar que se declare la reserva y confidencialidad de la misma. Adicionalmente, la Comisión considera que la referida información tiene un valor comercial efectivo debido a que permitiría a los competidores de Nestlé conocer información sensible sobre sus operaciones comerciales e ingresos, por lo que su conocimiento por parte de terceros haría que se coloquen en una situación de ventaja competitiva respecto de la imputada, por medios distintos a la eficiencia económica.

En consecuencia, la Comisión considera que debe conceder el pedido de reserva y confidencialidad formulado por Nestlé respecto de la información analizada en este extremo, adjunta a los tres (3) escritos presentados con fecha 10 de septiembre de 2012, así como aquella presentada el 11 de diciembre de 2012.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

PRIMERO: DENEGAR la reserva y confidencialidad de la información referida a la fecha de inicio de la publicidad de la campaña publicitaria para la promoción denominada "*DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME*", adjunta a los tres (3) escritos presentados por Nestlé Perú S.A., con fecha 10 de septiembre de 2012, la misma que obra en las fojas 237, 255 y 272 del expediente, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Corresponde informar a las partes que la información cuya reserva y confidencialidad se deniega, se mantendrá en cuaderno reservado y sin ser notificada mientras la presente resolución quede consentida o sea confirmada por el superior jerárquico.

SEGUNDO: Calificar como **RESERVADA** y **CONFIDENCIAL**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, la información presentada por Nestlé Perú S.A., adjunta a los tres (3) escritos presentados con fecha 10 de septiembre de 2012, así como aquella presentada el 11 de diciembre de 2012:

1. El plan de medios de la campaña publicitaria, información que obra en las fojas 237, 255 y 272 del expediente.
2. Los períodos, cantidad y frecuencia de la difusión de todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria, información que obra de la foja 238 a la 244, de la 256 a la 262, y de la 273 a la 279 del expediente.
3. El *brief* creativo de la campaña publicitaria, información que obra en las fojas 245, 263 y 280 del expediente.
4. La estrategia de *marketing* empleada para la campaña publicitaria, información que obra en las fojas 246 y 264 del expediente.
5. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012, información que obra en las fojas 247 y 265 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosEXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

318

6. El número de unidades vendidas en *displays* o *packs*, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 25 de agosto de 2012, información que obra en las fojas 248 y 266 del expediente.
7. El monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, desde el 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012, información que obra en la foja 281 del expediente.
8. El monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada, desde 6 de marzo hasta el 23 de junio de 2012, información que obra en la foja 281 del expediente.
9. El monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles, percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2011, información que obra en la foja 281 del expediente.
10. El volumen de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, expresado en Nuevos Soles y detallado semana por semana, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012, información que obra de la foja 303 a la 306 del expediente.
11. El número de unidades vendidas, mes a mes, de los productos "Sublime" en cada una de sus presentaciones participantes de la promoción cuestionada, desde el 22 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012, información que obra de la foja 303 a la 306 del expediente.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
 Presidente
 Comisión de Fiscalización de
 la Competencia Desleal



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Resolución

N° 080-2013/CCD-INDECOPÍ

Lima, 17 de abril de 2013.

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
 EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
 (Acumulado)

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
 (IDOM)
 ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
 (ASPEC)

IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
 (NESTLÉ)
 PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM
 PROCESAL
 IMPROCEDENCIA DE MEDIO PROBATORIO

MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
 ACTOS DE ENGAÑO
 PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 MEDIDA CORRECTIVA
 COSTAS Y COSTOS
 GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE
 CHOCOLATES

SUMILLA: Se declara **IMPROCEDENTE** por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio publicitario televisivo que formaría parte de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME".

Se declara **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, toda vez que en aplicación del principio "non bis in idem" en su faz procesal, antes de la denuncia interpuesta por Aspec, existía una denuncia en trámite presentada por Idom, imputándole los mismos hechos.

Por otro lado, Se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por Idom en contra de Nestlé, por la comisión de actos competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Asimismo, se declara **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé, por infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se **SANCIONA** a la imputada con una multa de cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias y se le **ORDENA**, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia que, de un lado, informe a los consumidores sobre la promoción dando a entender que: (i) la misma empezaría junto con la fecha de inicio de la campaña publicitaria, siendo ello falso; (ii) los premios principales estarían a disposición de los consumidores desde la fecha de inicio de la promoción



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

anunciada, siendo ello falso; y, (iii) los productos participantes no están marcados y ello genere en los consumidores una confusa identificación de los mismos; y, de otro lado, no indique las condiciones y restricciones aplicables a dicha promoción en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por los consumidores.

Finalmente, se condena a Nestlé al pago de las costas y los costos incurridos por Idom en el trámite del presente procedimiento.

1. ANTECEDENTES

El 19 de junio de 2012, Idom denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, Idom habría tomado conocimiento a través diversos medios de la referida campaña publicitaria iniciada el 23 de abril de 2012 por Nestlé. Bajo dicho conocimiento, Idom manifestó que la publicidad audiovisual de dicha campaña y difundida mediante el sitio web www.youtube.com/watch?v=y2mJo6U0LCA, contenía un pantallazo con una duración aproximada de dos (2) segundos, el mismo que consignaría la siguiente afirmación: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, al decir de la denunciante, podría inducir a error a los consumidores, toda vez que llegarían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma. Condición que iría contra las prácticas comunes propias de una campaña promocional de consumo masivo.

Por otro lado, Idom sostuvo que la forma como discurrió el *scroll* en dicha publicidad audiovisual, así como aquella información consignada en letras pequeñas en la parte inferior de la publicidad difundida a través del sitio web¹ y cuenta de Facebook de la imputada, inducirían a error a los consumidores, en tanto habrían concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012²; asimismo, habrían tenido la falsa expectativa de que los cuarenta (40) premios principales serían parte de la promoción a partir del 23 de abril de 2012 o, en su defecto, el 30 de ese mismo mes; sin embargo, recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.

Por dichas consideraciones, Idom solicitó que se dicten las medidas correctivas pertinentes, así como el pago de las costas y costos incurridos durante la tramitación del presente procedimiento.

Posteriormente, con fecha 25 de junio de 2012, Aspec denunció a Nestlé también por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que habría tomado conocimiento de un anuncio publicitario de la mencionada campaña publicitaria que habría sido transmitido a través de la televisión. En dicha denuncia, al igual que Idom, Aspec manifestó que la información consignada en el *scroll* de la referida pieza publicitaria discurría a una velocidad tal que no permitiría que los consumidores puedan realizar una lectura ininterrumpida de la misma, situación que los induciría a error, toda vez que podrían haber concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012; por ende, la posibilidad de que los consumidores puedan encontrar un *sticker* marcado con algún premio antes de dicha fecha no sería posible. Asimismo, Aspec señaló que, aún en el supuesto que la promoción anunciada hubiese iniciado el 30 de abril de 2012, los premios principales recién habrían sido "sembrados" progresivamente a partir del 3 de mayo de 2012; por ende, antes de dicha fecha no habría posibilidad de encontrar un *sticker* marcado con uno de los premios principales.

Por otro lado, Aspec manifestó que la publicidad televisiva contenía la siguiente información en letras pequeñas: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, a decir

¹ La denunciante sostiene que dicha información habría sido verificada y extraída el 11 de abril de 2012 del sitio web <http://www.nestle.com.pe/Common/Nestleimages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg>.

² Idom sostiene en su denuncia que Nestlé no habría informado adecuadamente cuál sería la fecha de inicio de promoción, toda vez que no habría coincidencia entre la fecha de inicio de la campaña publicitaria con la fecha de inicio de la promoción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

de la denunciante, también podría inducir a error a los consumidores, toda vez que concluirían equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Por dichas consideraciones, Aspec solicitó a la Comisión que ordenara a Nestlé, el cese de las conductas denunciadas, así como el pago de las costas y los costos en los que incurriera en la tramitación del procedimiento. Asimismo, Aspec solicitó a la Comisión el cumplimiento del Convenio de Cooperación Interinstitucional N° 012-2001/CC, Addendum 01, con la finalidad de que pueda participar de un porcentaje de la multa que eventualmente se impusiera a la imputada.

Mediante Resoluciones de fecha 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite las denuncias presentadas por Idom y Aspec en contra de Nestlé, bajo los expedientes N° 104-2012/CCD y 108-2012/CCD, respectivamente, e imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "10 Minutos de Felicidad", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Posteriormente, mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, la Secretaría técnica imputó a Nestlé la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la pieza publicitaria televisiva referida a la promoción imputada, consignaba la siguiente restricción de acceso: Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo; Sin embargo, dicha información discurre en pantalla a una velocidad tal que no permite su lectura ininterrumpida por los consumidores, infringiendo el numeral 14.2 del artículo 14 de la Ley N° 29571 (en adelante, Código de Protección y Defensa del Consumidor).

Mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos en relación a los (3) tres procedimientos en trámite, manifestando que la mecánica de la promoción habría consistido en que los consumidores podrían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un sticker marcado, ya sea con uno de los cuarenta (40) premios principales o con uno de los tres mil (3000) vales de consumo. Asimismo, la imputada señaló que la promoción se habría ajustado a los términos y condiciones autorizadas por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior mediante Resolución N° 3121-2012-IN-501.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que el scroll se habría transmitido durante toda la duración del anuncio televisivo (30 segundos); del mismo modo, poseería un alto contraste y letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas por los consumidores, ello aunado a una visualización de la publicidad en condiciones normales. Del mismo modo, la imputada aseveró que el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor no determinaría cuales serían las características específicas de tamaño de letra, contraste o duración en pantalla que debería contener un scroll publicitario; por lo tanto, el anunciante se encontraría en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime conveniente, siempre y cuando la misma sea presentada de forma



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

perceptible para los consumidores, o en su defecto, se señale en el anuncio las fuentes de información complementaria y gratuita.

Bajo dichas consideraciones, Nestlé manifestó que desconocía cuáles habrían sido las condiciones en las que Idom, Aspec y la Comisión habrían advertido que el *scroll* discurría a una velocidad tal que no permitiría una lectura clara e ininterrumpida de la información.

Por ende, a decir de la imputada, se debería tener presente que el formato del *scroll* y del anuncio televisivo se encontrarían grabados para ser reproducidos en un televisor tamaño promedio y no en una computadora o cualquier otro equipo de pequeñas dimensiones, ya que el referido anuncio sería precisamente un anuncio televisivo. En consideración a ello, para determinar la claridad del *scroll*, la imputada solicitó a la Comisión que llevase a cabo una diligencia de visualización del referido anuncio televisivo, toda vez que sería importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización y en un televisor tamaño promedio, tal y como habría sido difundido a los consumidores, y no en una computadora.

Por otro lado, la imputada manifestó que de conformidad con el numeral-14,2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, habría consignado en el anuncio televisivo, no solo las fuentes de información gratuita a fin de que los consumidores puedan conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente habría consignado en el *scroll* las restricciones y condiciones que consideraría de mayor relevancia. En esa línea, Nestlé aseveró que inclusivamente en el supuesto que el anuncio televisivo no haya consignado la información sobre las restricciones y condiciones, ello no constituye una infracción, puesto que dicha pieza publicitaria informaría de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita, la misma que transcurrió desde el segundo 22 al 30 del anuncio en cuestión.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que partiendo del hecho que una campaña publicitaria se analiza en su conjunto, si existiese alguna dificultad en el anuncio televisivo, se debería realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria en cuestión, las misma que habría estado conformada por anuncios radiales, páginas web y publicidad impresa, en los cuales se informaría adecuadamente los términos y condiciones de la promoción.

Con referencia a la fecha de inicio de la promoción en cuestionamiento, la imputada sostuvo que dicha información habría estado consignada en su anuncio televisivo y en su publicidad escrita de forma perceptible para los consumidores; asimismo, sostuvo que no sería necesario que dicha información ocupe el mismo espacio que el mensaje principal del anuncio. Del mismo modo, Nestlé afirmó que no existiría una prohibición para anunciar con anticipación el inicio de un promoción comercial.

Con referencia al sembrado de los premios principales, la imputada manifestó que Idom y Aspec no estarían cuestionando algún tema publicitario, sino el mecanismo de la promoción comercial en sí, el cual se encontraría autorizado mediante la referida resolución N° 3121-2012-IN-501.

Asimismo, la imputada sostuvo que dicha información no debería ser necesariamente conocida por los consumidores; sin embargo, por cuestiones de transparencia se puso en conocimiento de los mismos.

Por otro parte, la imputada sostuvo que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios principales, intervendría el azar y que ello beneficiaría a los consumidores, puesto que al disponerse el sembrado de dichos premios se evitaría que éstos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden o se venden después de concluida la promoción.

Por otro lado, a decir de Nestlé, sería falso que los consumidores no hayan tenido la posibilidad de obtener algún premio desde el inicio de la promoción anunciada, toda vez que desde dicha el 30 de abril de 2012 se encontrarían en el mercado productos de la promoción que contenían diversos premios.

Con referencia al marcado de los empaques, Nestlé manifestó que no sería una obligación del proveedor marcar de manera distintiva los productos de la promoción, más aún considerando que los

000303



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

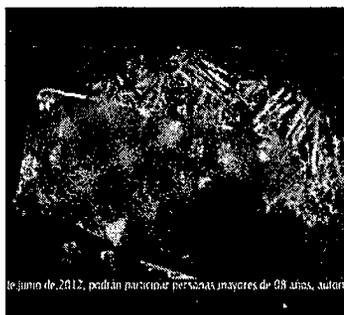
productos que contendrían premios sería únicamente el 0.008% del stock mínimo. Por lo tanto, los consumidores no se verían afectados, puesto que la mayoría de los productos no estarían premiados.

Finalmente, la Secretaría Técnica dispuso que se acumularan los procedimientos tramitados bajo los Expedientes N° 104-2012/CCD, N° 108-2012/CCD y N° 172-2012/CCD.

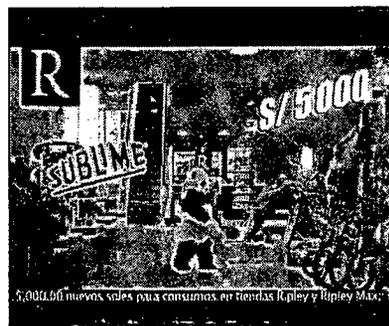
2. DESCRIPCIÓN E IMAGEN DE LOS ANUNCIOS IMPUTADOS

a) Anuncio publicitario televisivo y de la cuenta de Youtube de Nestlé (Chocolatesublimeperu)

El anuncio se inicia con una escena en la que se ve a tres (3) osos panda en el bosque: el padre, la madre y el hijo. Los padres le entregan un regalo al hijo, quien se alegra apenas toma el regalo, pero al abrirlo se decepciona y tira violentamente el regalo al suelo. En ese momento, aparece sobreimpresa en la pantalla la frase: "SÓLO TÚ SABES QUÉ TE HACE FELIZ", y el logotipo de la promoción "10 MINUTOS DE FELICIDAD SUBLIME", mientras que la voz de un locutor en off dice: "Sólo tú sabes qué te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad (...)".



En la siguiente escena, se ve al hijo oso caminando en un local de tiendas "Ripley", tomando parte de la mercadería allí exhibida. Sobreimpreso en la pantalla, aparece el logotipo de "Sublime", y la frase: "S/. 5.000" sobre un círculo amarillo. Durante esta escena, la voz del locutor en off dice: "(...) para que te lleves lo que quieras de Ripley por un valor de hasta 5.000 soles".





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

En la siguiente escena, se muestra la imagen de un empaque de "Sublime" en su presentación tradicional, y se ve que un cupón de colores marrón y amarillo sale de su interior; debajo de dicha imagen se muestran empaques de las otras cinco (5) presentaciones de "Sublime". Al mismo tiempo, se escucha al locutor en off que dice: "Busca el billete dorado dentro de los empaques de Sublime y gana".

Seguidamente, aparecen 20 cupones de color azul y blanco, sobresaliendo en el centro uno de los cupones. Sobreimpresa en la pantalla aparece la frase "40 ganadores" sobre un círculo amarillo, la misma que inmediatamente cambia a la frase "Miles de cupones"; al tiempo que la voz del locutor en off dice: "Serán 40 ganadores y además, miles de cupones de descuento".



A continuación, se ve al oso de espaldas, retirándose con bolsas de compras, para luego aparecer sosteniendo un cartel con el siguiente mensaje: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", mientras que la voz del locutor en off dice: "Nada más sublime que estar feliz". Finalmente, aparece el logotipo de Nestlé, sobresaliendo de un fondo de chocolate.



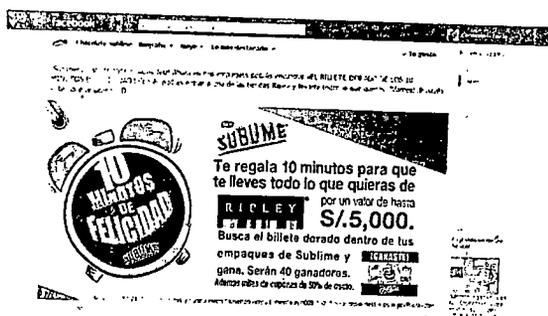
Durante la transmisión del anuncio, en la parte inferior de la pantalla, en frases que aparecen ante el consumidor de derecha a izquierda, se difunde la siguiente información: "MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

b) Anuncio publicado en el sitio web de Nestlé (*print de pantalla*)c) Anuncio publicado en la página de facebook de Nestlé (*print de pantalla*)

3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La procedencia de la denuncia formulada por Aspec en contra de Nestlé.
2. La pertinencia de la diligencia de visualización ofrecida por Nestlé como medio probatorio.
3. La presunta comisión de actos de engaño.
4. La presunta infracción al principio de legalidad.
5. La necesidad de ordenar una medida correctiva.
6. El pedido de costas y costos formulado por Idom.
7. La graduación de la sanción, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. La procedencia de la denuncia formulada por Aspec en contra de Nestlé

Con fecha 25 de junio de 2012, Aspec denunció a Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que habría tomado conocimiento de un anuncio publicitario de la mencionada campaña publicitaria que habría sido transmitido a través de la televisión. En dicha denuncia, Aspec manifestó que la información consignada en el *scroll* de la referida pieza publicitaria discurría a una velocidad tal que no permitiría que los consumidores puedan realizar una lectura ininterrumpida de la misma, situación que los induciría a error, toda vez que podrían haber concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012; por ende, la posibilidad de que los consumidores puedan encontrar un *sticker* marcado con algún premio antes de dicha fecha no sería posible. Asimismo, Aspec señaló que, aún en el supuesto que la promoción anunciada hubiese iniciado el 30 de abril de 2012, los premios principales recién habrían sido “sembrados” progresivamente a partir del 3 de mayo de 2012; por ende, antes de dicha fecha no habría posibilidad de encontrar un *sticker* marcado con uno de los premios principales.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Por otro lado, Aspec manifestó que la publicidad televisiva contenía la siguiente información en letras pequeñas: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, al decir de la denunciante, también podría inducir a error a los consumidores, toda vez que concluirían equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

En ese sentido, mediante Resolución de fecha 16 de julio de 2012, emitida bajo el Expediente N° 108-2012/CCD, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé y le imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Por su parte, con anterioridad a la denuncia interpuesta por Aspec, con fecha 19 de junio de 2012 y bajo el Expediente N° 104-2012/CCD, Idom denunció a Nestlé por los mismos hechos denunciados por Aspec en el referido Expediente N° 108-2012/CCD.

En este punto, debe considerarse que la potestad sancionadora del Estado se rige por los principios establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Al respecto, en relación con el principio de non bis in idem, previsto en el numeral 10 de la referida disposición, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (ahora, Sala Especializada en Defensa de la Competencia) ha señalado lo siguiente:

"11. El principio de *non bis in idem* se encuentra reconocido en el inciso 3 y 13 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y constituye una expresión del principio de debido proceso. En efecto, conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 19 de la Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-PA/TC, este principio tiene una doble configuración: una faz formal de naturaleza procesal y una faz material o de orden sustantivo:

- a. En su formulación material (...) expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho.

(...)

- b. En su vertiente procesal, tal principio significa 'nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos', es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto." (el subrayado es añadido)

"12. Esta garantía, entonces, configura un límite al poder sancionador, puesto que prohíbe aquellos excesos en los cuales la autoridad administrativa establece de manera



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción. Para su operatividad requiere la concurrencia de tres presupuestos, que son la identidad de sujeto, fundamento y hecho."
- "13. Así, en primer lugar es necesario que exista identidad subjetiva respecto del denunciado, que consiste en que la doble incriminación o imputación sea dirigida frente al mismo administrado. En segundo lugar, debe haber una identidad causal o de fundamento, esto es, debe existir coincidencia -entiéndase, superposición exacta- entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas. Como último presupuesto se requiere que exista identidad objetiva, siendo que los hechos constitutivos del supuesto infractor deben ser los mismos que fueron materia de análisis en un procedimiento previo."³

Sobre el particular, la Secretaría Técnica aprecia que la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, tramitada bajo el Expediente N° 108-2012/CCD, como la denuncia presentada por Idom, tramitada bajo Expediente N° 104-2012/CCD, guardan plena identidad, tanto del presunto infractor (identidad subjetiva), del bien-jurídico protegido-(identidad-de-fundamento), así como de los hechos cuestionados (identidad de hecho).

Al respecto, en el caso particular la identidad de sujetos se puede verificar si se tiene en cuenta que ambas denuncias han recaído sobre Nestlé. Asimismo, existe la posibilidad de enjuiciar en dos procedimientos a Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño; por lo tanto, se evidencia la existencia de identidad causal o de fundamento.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el bien jurídico protegido y el interés tutelado que trasciende la tipificación de los actos de competencia desleal es el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y, concretamente, en el caso de los actos de engaño, la observancia del principio de veracidad, en virtud del cual se busca evitar la inducción a error a los consumidores a través de la atribución de características que el producto o servicio ofertado no presentan en la realidad.

Finalmente, tanto Idom como Aspec expusieron los mismos hechos a efectos de imputar a Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño, con lo que se satisface el requisito referido a la existencia de identidad objetiva entre los hechos denunciados por Idom y aquéllos denunciados por Aspec.

En consecuencia, corresponde a la Comisión declarar improcedente la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, toda vez que se contravendría el principio de non bis in idem en su faz procesal, debido a que antes de la denuncia interpuesta por Aspec, existía una denuncia en trámite presentada por Idom, imputándole los mismos hechos.

4.2. La pertinencia de la diligencia de visualización ofrecida por Nestlé como medio probatorio

En el presente caso, Nestlé manifestó que desconocía cuáles serían las condiciones en las que se habría advertido que el scroll discurría a una velocidad tal que no permitiría una lectura clara e ininterrumpida de la información.

Por ende, para determinar la claridad del mencionado scroll, la imputada solicitó a la Comisión que llevase a cabo una diligencia de visualización del referido anuncio televisivo, toda vez que sería importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización y en un televisor tamaño promedio, tal y como habría sido difundido a los consumidores, y no en una computadora.

Sobre el particular, debe considerarse que el artículo 37 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permite a la Comisión rechazar los medios probatorios propuestos por la imputada, por quienes hayan presentado la denuncia de parte o por terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios, mediante resolución motivada.

³ Cita textual de la Resolución N° 0019-2008/SC1-INDECOPI de fecha 6 de octubre de 2008, emitida en el Expediente N° 029-2008/CCD, en el procedimiento tramitado por Embotelladora de Aguas Gaseosas Huancayo S.R.L. en contra de Gloria S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Al respecto, se debe tener en consideración que uno de los requisitos intrínsecos para la admisión de un medio probatorio consiste en su utilidad, el mismo que consiste en "(...) que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe prestar algún servicio, ser necesaria o, por lo menos, conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil."⁴

En tal sentido, luego de un análisis de los argumentos y los medios probatorios presentados por las partes en el procedimiento, la Comisión aprecia que la realización de dicha diligencia de visualización a efectos de observar la pieza audiovisual cuestionada a través de un televisor tamaño promedio deviene en impertinente por cuanto la finalidad de la misma sería la constatación de un anuncio publicitario que ya ha sido verificado por este colegiado en diversas oportunidades y a través de diversas fuentes. Asimismo, la imputada únicamente ha alegado las posibles deficiencias en su reproducción, sin acreditar a través de medios de prueba dichas deficiencias.

Por otro lado, este colegiado sostiene que la imputación de un acto de competencia desleal a través de publicidad no está vinculada a las dimensiones del equipo de reproducción (tamaño del televisor) en el cual se detectó la presunta infracción.

Por lo tanto, la Comisión aprecia que en la medida que el fin buscado con el medio probatorio ofrecido por Nestlé no cumple con el requisito de utilidad procesal para evaluar la existencia de la infracción imputada, corresponde declarar la impertinencia del mismo.

4.3. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la publicidad, deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. De otro lado, el referido precepto legal establece que en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio⁵. Asimismo, en cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.⁶

Por lo tanto, para determinar si algún anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

⁴ ECHANDÍA, Devis. "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo I. Página 331.

⁵ Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacífico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

⁶ Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradeco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000339

4.4. La presunta comisión de actos de engaño

4.4.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

"Artículo 8º.- Actos de engaño.-

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

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje."

Como se puede apreciar, la finalidad del citado artículo es proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan, de mejor manera, información relevante sobre las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen. Por ello, es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz, a fin de que los consumidores comparen en forma adecuada las alternativas que le ofrecen los diversos proveedores en el mercado y, de esta manera, puedan adoptar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses.

En consecuencia, la Comisión debe determinar si la campaña publicitaria materia de imputación ha podido inducir a error a los consumidores. Para ello, habrá de considerarse cómo lo interpretaría un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.3 precedente.

4.4.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Idom e imputó a Nestlé la presunta comisión de actos de engaño, debido a que la campaña publicitaria denominada "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
- (iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Al respecto, Nestlé presentó sus descargos, manifestando que la mecánica de la promoción habría consistido en que los consumidores podrían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un *sticker* marcado, ya sea con uno de los cuarenta (40) premios principales o con uno de los tres mil (3000) vales de consumo. Asimismo, la imputada señaló que la promoción se habría ajustado a los términos y condiciones autorizadas por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior mediante Resolución N° 3121-2012-IN-501.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que el *scroll* se habría transmitido durante toda la duración del anuncio televisivo (30 segundos); del mismo modo, poseería un alto contraste y letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas por los consumidores, ello aunado a una visualización de la publicidad en condiciones normales. Del mismo modo, la imputada aseveró que el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor no determinaría cuales serían las características específicas de tamaño de letra, contraste o duración en pantalla que debería contener un *scroll* publicitario; por lo tanto, el anunciante se encontraría en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime conveniente, siempre y cuando la misma sea presentada de forma perceptible para los consumidores, o en su defecto, se señale en el anuncio las fuentes de información complementaria y gratuita.

Bajo dichas consideraciones, Nestlé manifestó que desconocía cuáles habrían sido las condiciones en las que Idom y Aspec habrían advertido que el *scroll* discurría a una velocidad tal que no permitiría una lectura clara e ininterrumpida de la información.

Por ende, a decir de la imputada, se debería tener presente que el formato del *scroll* y del anuncio televisivo se encontraría grabado para ser reproducido en un televisor tamaño promedio y no en una computadora o cualquier otro equipo de pequeñas dimensiones, ya que el referido anuncio sería precisamente un anuncio televisivo. En consideración a ello, para determinar la claridad del *scroll*, la imputada solicitó a la Comisión que llevase a cabo una diligencia de visualización del referido anuncio televisivo, toda vez que sería importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización y en un televisor tamaño promedio, tal y como habría sido difundido a los consumidores, y no en una computadora.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que partiendo del hecho que una campaña publicitaria se analiza en su conjunto, si existiese alguna dificultad en el anuncio televisivo, se debería realizar una análisis integral y superficial de la campaña publicitaria en cuestión, las misma que habría estado conformada por anuncios radiales, páginas web y publicidad impresa, en los cuales se informaría adecuadamente los términos y condiciones de la promoción.

Con referencia a la fecha de inicio de la promoción en cuestionamiento, la imputada sostuvo que dicha información habría estado consignada en su anuncio televisivo y en su publicidad escrita de forma perceptible para los consumidores; asimismo, sostuvo que no sería necesario que dicha información ocupe el mismo espacio que el mensaje principal del anuncio. Del mismo modo, Nestlé afirmó que no existiría una prohibición para anunciar con anticipación el inicio de un promoción comercial.

Con referencia al sembrado de los premios principales, la imputada manifestó que Idom y Aspec no estarían cuestionando algún tema publicitario, sino el mecanismo de la promoción comercial en sí, el cual se encontraría autorizado mediante la referida resolución N° 3121-2012-IN-501.

Asimismo, la imputada sostuvo que dicha información no debería ser necesariamente conocida por los consumidores; sin embargo, por cuestiones de transparencia se puso en conocimiento de los mismos.

Por otro parte, la imputada sostuvo que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios principales, intervendría el azar y que ello beneficiaría a los consumidores, puesto que al disponerse el sembrado de dichos premios se evitaría que éstos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden o se venden después de concluida la promoción.

Por otro lado, a decir de Nestlé, sería falso que los consumidores no hayan tenido la posibilidad de obtener algún premio desde el inicio de la promoción anunciada, toda vez que desde dicha el 30 de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

abril de 2012 se encontrarían en el mercado productos de la promoción que contenían diversos premios.

Con referencia al mercado de los empaques, Nestlé manifestó que no sería una obligación del proveedor marcar de manera distintiva los productos de la promoción, más aún considerando que los productos que contendrían premios sería únicamente el 0.008% del stock mínimo. Por lo tanto, los consumidores no se verían afectados, puesto que la mayoría de los productos no estarían premiados.

De manera previa al análisis del fondo de la controversia, este colegiado considera necesario señalar que, en cuanto a la materialización de una infracción por la comisión de actos de engaño recogido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la doctrina señala que éstas pueden verificarse a través de la falsedad o la inducción a error. La falsedad implica que las afirmaciones empleadas no corresponden con la realidad, a diferencia de la inducción a error que puede ocurrir, incluso, cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas dependiendo de la forma en que las afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones, lo que puede llevar a un consumidor a considerar que la oferta publicitada posee determinadas características que en la realidad carece. En ese sentido, una forma de inducción a error se genera mediante la omisión de información que tiene naturaleza tal, que puede producir un engaño en los receptores del mensaje.

Por otro lado, la Comisión considera que la interpretación de un anuncio publicitario requiere efectuar un análisis integral y superficial que **parte únicamente de los elementos que son advertidos por el consumidor**. Así, el mensaje publicitario que percibe un consumidor no se determina a partir de elementos informativos ajenos al anuncio mismo, según lo establece el artículo 21 de la Ley de Represión de la competencia Desleal⁸.

Bajo ese marco conceptual, la Comisión considera que para efectos de delimitar cuál es el mensaje que efectivamente reciben los consumidores de las anuncios que forman parte de la **campaña publicitaria**⁹ cuestionada, corresponde prestar atención a la "parte captatoria"¹⁰ de los anuncios publicitarios, sobre todo, los audiovisuales. Al respecto, la doctrina¹¹ ha señalado que si bien los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios, debe considerarse que existen ciertas partes del anuncio identificadas como parte captatoria, que atraen de un modo especial la atención de los destinatarios, por ser más llamativas y destacadas, debido a que cobran mayor relevancia en el contexto del anuncio.

Sobre el particular, cabe recordar que los mensajes publicitarios denunciados son los siguientes: *anuncio*

⁷ FABRE, Régis et. al. Droit de la Publicité et de la Promotion des Ventes. 2^o ed. París: Dalloz, 2002. P.49. Cita extraída del punto 19 de la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI emitida bajo el expediente N° 189-2006/CCD seguido de oficio contra Hipermarcados Metro S.A.

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

(...)

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

⁹ Del expediente se observa que en referencia a la publicidad visual de *facebook* y del sitio *web* de Nestlé, a diferencia de la televisión o la radio, permiten una lectura clara, pausada y comprensible de la información contenida en las mismas, motivo por el cual los receptores del mensaje tienen la posibilidad de acceder a la información por un periodo de tiempo prolongado a fin de que puedan analizar todos los alcances de la oferta y puedan extraer sin ambigüedades el mensaje principal de dicha publicidad. Cabe agregar que mediante una inspección llevada a cabo por la Secretaría Técnica el 18 de junio de 2012 a la página de *facebook* de Nestlé, se pudo tener acceso a toda la información referida a la campaña publicitaria. Por lo tanto, los anuncios materia de análisis en el presente caso serán únicamente aquéllos de naturaleza audiovisual.

¹⁰ Es precisamente esta parte captatoria del anuncio donde se incluyen a menudo las informaciones creíbles y comprobables sobre características, prestaciones, atributos y/o condiciones de adquisición que se consideran más influyentes en la decisión de compra y consumo. Por tanto, la parte captatoria combina la facilidad de su percepción con el interés que provoca su contenido, y es por ello que esta parte resaltada del anuncio determinará en gran medida el significado, la idea principal o las expectativas que el público captará y entenderá respecto a características, prestaciones o condiciones de compra de productos y servicios.

¹¹ FERNANDEZ NOVOA, Carlos. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". En: Revista de Derecho Mercantil. Pg 107. Autor citado mediante Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI de fecha 10 de febrero de 2011, seguido de oficio contra Telefónica Móviles S.A.

- Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes.
- Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.
- Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

En ese sentido, **en referencia al primer mensaje publicitario cuestionado relacionado a la fecha de inicio de la promoción anunciada**, la Comisión aprecia que la "parte captatoria" de los anuncios cuestionados incluye las frases y palabras que llevan a concluir indefectiblemente que la promoción "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime" inició el 23 de abril de 2012 y no el 30 de ese mes; sin embargo, a fin de llegar a un real alcance de dicha conclusión, la parte captatoria debió entenderse de manera conjunta con la información contenida en el scroll consignado en la parte inferior de la publicidad; no obstante, ésta era imperceptible para los consumidores, puesto que discurría a un velocidad tal que no permitía una lectura clara y una comprensión adecuada. En consecuencia, la información percibida por un consumidor mediante un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios cuestionados es únicamente aquella contenida en la su parte captatoria y no la expuesta de manera secundaria en su parte inferior, lo que lleva a la Comisión a concluir que el mensaje publicitario fue engañoso.

Asimismo, sobre el argumento esgrimido por la imputada referente a que no sería necesario que la información concerniente a la fecha de inicio de la promoción ocupe el mismo espacio que el mensaje principal del anuncio, así como que no existiría una prohibición para publicitar una promoción antes del inicio de la misma, la Comisión considera pertinente resaltar que la libre disposición del tamaño y diagramación de los elementos publicitarios, así como el momento a dar a conocer información de la promoción anunciada a los consumidores no es irrestricto, puesto que tiene como límite el evitar la desnaturalización del mensaje publicitario. En ese sentido, este colegiado observa que para el caso concreto, estas libertades publicitarias tuvieron un efecto negativo en la publicidad, toda vez que diluyeron el real mensaje y generaron expectativas en los consumidores que no eran factibles de alcanzar.

Por otro lado, **respecto al segundo mensaje publicitario cuestionado relacionado a la fecha de siembra a los premios principales**, la Comisión observa que las piezas publicitarias audiovisuales imputadas no contienen información sobre ello, omisión que para este colegiado, a diferencia de lo esgrimido por Nestlé, desnaturaliza la intención de dicho mensaje y su real alcance.

Cabe acotar que la Comisión considera que el anunciante no tiene un "deber de exhaustividad" con referencia a la información que debe colocar en el anuncio que actuará como soporte publicitario de su oferta. Ello, tomando en consideración el carácter persuasivo y no neutral de la publicidad; sin embargo, dicho derecho potestativo de colocar la información que considere y de la forma que crea necesaria no es irrestricto, en tanto tiene como límite que el anuncio publicitario no sea engañoso para los consumidores.

En ese sentido, partiendo de un análisis superficial e integral de las piezas publicitarias, la Comisión aprecia que los consumidores pueden creer erróneamente que dichos premios principales formarán parte de la promoción anunciada desde el inicio de ésta; sin embargo, fueron sembrados en cuatro (4) momentos posteriores a su fecha de inicio; situación que a criterio de este colegiado, conllevó a que los consumidores establezcan relaciones de consumo con Nestlé sobre la base de una publicidad falseada o ambigua que frustró sus expectativas y, por ende, afectó su excedente del consumidor, puesto que antes de la fecha de la primera siembra de los premios principales (3 de mayo de 2012), los consumidores únicamente podían ganar premios secundarios, hecho que contradecía la intención primordial de la promoción anunciada y del objetivo principal de los consumidores que participaban de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

ésta.

Asimismo, vinculando el argumento planteado por Nestlé relacionado a que habría consignado en los anuncios cuestionados la existencia de fuentes de información complementaria (número telefónico 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos) con el señalado mensaje erróneo que los consumidores recogieron de la publicidad materia de análisis, la Comisión advierte que dicha precisión sobre la existencia de fuentes de información complementaria era relevante; sin embargo, estaba consignada en un *scroll* que no resultaba legible para los consumidores, hecho que limitó sus posibilidades de tomar conocimiento del real momento en que se sembraron los premios principales.

Ahora, en relación al tercer y último mensaje cuestionado relacionado con la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", la Comisión considera que el mismo fue claramente advertido por los consumidores, puesto que no es parte del *scroll*, sino que está consignado en un pantallazo que permite su lectura; sin embargo, ello no enerva la comisión de un acto de engaño, toda vez que con esta afirmación los consumidores no pueden advertir de manera alguna qué lotes (considerando fecha de producción, envasado, entre otros) de los productos Sublime dentro de la promoción formaron parte de la misma; por ende, los consumidores pueden adquirir aquéllos cuya fecha de producción es anterior a la promoción con la creencia errónea de que los mismos podrían contener algún *sticker* marcado, ello más allá de que la proporción de premios, según la imputada, sea del 0.008% del *stock* mínimo. Hecho que lleva a la Comisión a concluir que este mensaje publicitario también fue engañoso.

Por otra parte, cabe señalar que el hecho de que los mensajes publicitarios antes citados, hayan sido claramente consignados y transmitidos en otros medios publicitarios, tales como radio, afiches y volantes, no enerva la infracción cometida por Nestlé, en la medida que los consumidores no acceden necesariamente a todos los anuncios integrantes de una campaña publicitaria. Al respecto, por ejemplo, en la Resolución N° 1487-2010/SC1-INDECOPI de fecha 21 de abril de 2010, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala) señaló lo siguiente:

- "18. Solo en caso que ambas piezas publicitarias compartan un mismo mensaje se estará frente a una campaña. Aún en ese supuesto, no se puede afirmar que un consumidor accederá a todas las piezas de la campaña, por lo que el anunciante no puede, por ejemplo, omitir información relevante en el anuncio televisivo y si colocarla en la pauta radial. Si bien el análisis complementario entre anuncios es útil para determinar los alcances y nivel de impacto de la campaña, los cuales son importantes criterios para graduar la sanción, esta complementariedad no significa que un anuncio en el cual se omitió información relevante no sea ilícito porque en otra pieza de la campaña se 'completan' los datos que se omitieron en él."¹²

En lo que respecta al argumento de la imputada referente a que no existe normativa que establezca el tamaño de letra, contraste y duración en pantalla del *scroll*, debe señalarse que la Comisión no pretende regular alguno de estos elementos informativos publicitarios, pues, ciertamente, no existe norma legal en materia publicitaria que exija a los anunciantes comunicar los alcances de su oferta en un tamaño de letra determinado, entre otros. No obstante, la Comisión puede verificar si determinada información ha sido incluida en un anuncio publicitario de manera tal que pueda ser fácilmente percibida para los consumidores, en especial, cuando la omisión de dicha información (o su presentación de manera imperceptible) podría suponer un acto de engaño en perjuicio del consumidor.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, a fin de reforzar los argumentos esgrimidos por la Comisión respecto a la infracción cometida, es necesario mencionar que Nestlé, mediante escrito de fecha 26 de junio de 2012, presentó ante la Secretaría Técnica diversas piezas publicitarias que formaban parte de la campaña publicitaria materia de denuncia. En ese sentido, se observó que algunas de las piezas audiovisuales como radiales omitían información relevante a efectos de entender claramente los mismos mensajes cuestionados en el presente procedimiento.¹³

¹² Emitida en el Expediente N° 215-2008/CCD, seguido por Kraft Foods Perú S.A. en contra de Corpora Tresmontes Perú S.A.C.

¹³ Los mencionados medios probatorios se encuentran dentro de un disco compacto presentado por Nestlé como medio de prueba. Ver a fojas 189 del Expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Por lo expuesto, corresponde declarar fundada la denuncia presentada por Idom en contra de Nestlé, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.5. La presunta infracción al principio de legalidad

4.5.1. Normas y criterios aplicables

La libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.¹⁴ Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.¹⁵

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente y a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, conforme al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente:

"Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

(...)"

En ese contexto, es aplicable el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dispone lo siguiente:

"Artículo 14.- Publicidad de promociones.-

(...)

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

(...)"

Al respecto, dicha disposición exige a los proveedores que cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas sean informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor o que se encuentren en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información. En consecuencia, bastará que en un anuncio se difunda una promoción de ventas para que le sea exigible,

¹⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

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

¹⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000345

al anunciante, la obligación de consignar las condiciones y restricciones de acceso a la promoción en forma clara, destacada o de manera fácilmente advertible por el consumidor; o indicar las referencias de localización de una fuente de información distinta, de ser el caso.

4.5.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría técnica imputó a Nestlé la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la pieza publicitaria televisiva referida a la promoción imputada, consignaba la siguiente restricción de acceso: *Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo*; sin embargo, dicha información discurre en pantalla a una velocidad tal que no permite su lectura ininterrumpida por los consumidores, infringiendo el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Por su parte, Nestlé sostuvo que, de conformidad con el numeral 14,2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, habría consignado en el anuncio televisivo, no solo las fuentes de información gratuita a fin de que los consumidores puedan conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente habría consignado en el *scroll* las restricciones y condiciones que consideraría de mayor relevancia. En esa línea, Nestlé aseveró que inclusive en el supuesto que el anuncio televisivo no haya consignado la información sobre las restricciones y condiciones, ello no constituye una infracción, puesto que dicha pieza publicitaria informaría de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita, la misma que transcurrió desde el segundo 22 al 30 del anuncio en cuestión.

En este punto, la Comisión considera necesario precisar que conforme al numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, *"cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiquen o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información"*.

En tal sentido, para determinar la existencia de una infracción al principio de legalidad, corresponde a la Comisión verificar la sola trasgresión al texto de la norma correspondiente. Sobre el particular, luego de un análisis del anuncio cuestionado, la Comisión aprecia que el mismo no cumplió con informar en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor la restricción de acceso: *Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo*.

Lo anterior se debe a que la referida información fue expuesta al público a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida que permita a un consumidor conocerla de manera clara, lo cual equivale a su omisión. De esta manera, si bien la norma no establece un margen de tiempo determinado para la difusión de las condiciones y restricciones de acceso aplicables a las promociones, la inclusión de dicha información sí debe cumplir con los requisitos establecidos en la misma.

Asimismo, a criterio de este colegiado, aún cuando la imputada incluyó en el anuncio un teléfono y una página web¹⁶, dicha información se difundió conjuntamente con la restricción de acceso a la promoción, por lo cual tampoco fue legible para los consumidores.

Por lo tanto, la Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé por infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

¹⁶ En la parte inferior del texto difundido al final del anuncio se consigna la siguiente información: *"Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

4.6. La pertinencia de imponer una medida correctiva

De conformidad con el numeral 55.1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI¹⁷ que *"es importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado"*.

En el presente caso, ha quedado acreditado que la imputada incurrió en actos de engaño, así como en la difusión de publicidad que infringió el principio de legalidad, por lo que la posibilidad de que mensajes como los infractores sean difundidos en otra oportunidad, justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.7. El pedido de costas y costos formulado por Idom

En su denuncia, Idom solicitó a la Comisión que condenara a la imputada al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante Indecopi, la Comisión además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y los costos del procedimiento en que hubiera incurrido el denunciante o el Indecopi.

En la medida que en el presente caso se determinó la existencia de infracciones a los artículos 8 y 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión considera que corresponde acceder al pedido de la denunciante y ordenar a la infractora el pago de las costas y los costos del presente procedimiento.

4.8. Graduación de la sanción

4.8.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe lo siguiente en su artículo 52:

"Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,

¹⁷ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000341

- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.
- 52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal."

4.8.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la actividad publicitaria, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe empresarial, ordenar la imposición de una sanción a la infractora, así como graduar cada una de las infracciones cometidas.

4.8.2.1. Respecto a la comisión de actos de engaño

Conforme a lo analizado en el procedimiento, la Comisión considera que no se ha acreditado la veracidad de los mensajes que se extraen de la campaña publicitaria infractora. Por lo tanto este colgado graduará la sanción a imponerse sobre la base de cada uno de dichos mensajes:

- Sobre el mensaje referido a la fecha de inicio de la promoción anunciada**

Sobre el particular, la Comisión considera que, en primer lugar, corresponde determinar el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, para lo cual es pertinente analizar la relevancia del mensaje que se desprendería de la publicidad infractora. Al respecto, debe apreciarse que el hecho de que Nestlé haya difundido publicidad dando a entender a los consumidores que la fecha de inicio de la promoción sería el 23 de abril de 2012, siendo en realidad el 30 de abril de 2012, es un factor relevante en la decisión de consumo de los productos de la promoción, toda vez que la adquisición de los mismos durante este periodo de tiempo -siete (7) días- no se vería influenciado únicamente por el deseo de consumir dichos bienes, sino por la posibilidad de alcanzar algunos de los premios de la promoción, expectativa que finalmente los consumidores vieron frustrada, puesto que la mencionada promoción no había empezado en el momento que adquirieron los productos. Sin embargo, también



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000042

debe considerarse que existen otros factores que a criterio de esta Comisión tienen una relevancia similar, tales como recomendaciones de otros consumidores, posicionamiento de la infractora en el mercado, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, o su combinación de precio y calidad respecto de otros productos competidores o sustitutos, entre otros factores posibles. En ese sentido, la Comisión, en ejercicio de sus facultades discrecionales para determinar la magnitud del beneficio ilícito obtenido por la conducta infractora sobre la base de la relevancia del mensaje infractor, considera que el mismo asciende a ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias¹⁸, lo que constituye una base para evaluar los demás criterios establecidos por ley, los que serán considerados para atenuar o agravar la sanción impuesta en la presente resolución.

Por otro lado, este colegiado considera importante tener en cuenta la posibilidad de detección de la conducta infractora, en tanto es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito obtenido, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. Así, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria.¹⁹

En ese sentido, la Comisión observa que la probabilidad de detección del acto infractor es alta y equivale al 95%; por cuanto, la campaña publicitaria infractora fue difundida a través de la televisión, radio, folletos, internet (que al ser un medio de exposición permanente tiene la capacidad de llegar a un número significativo de usuarios), entre otros, desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo 2012, hecho que facilitó que la publicidad sea conocida por la autoridad administrativa, sin perjuicio de la denuncia presentada por Idom. Por ello, se tendrá que dividir el monto considerado como base o beneficio ilícito (ciento veinte [120] Unidades Impositivas Tributarias) entre la probabilidad de detección [0.95], lo cual da como resultado una multa de ciento veintiséis [126] Unidades Impositivas Tributarias.

En este punto, la Comisión considera pertinente agregar que la infracción declarada en la presente resolución reviste gravedad, debido a que el mensaje no comprobado que transmite la publicidad infractora es capaz de generar elecciones de consumo y transacciones ineficientes que no se generarían necesariamente en el mercado en beneficio del anunciante, si dicho mensaje no fuera comunicado al consumidor. Debe indicarse que el hecho de que un consumidor adquiera uno de los productos de la promoción con la expectativa de que la misma ya se dio por iniciada, siendo ello incorrecto, afecta su excedente y su nivel de bienestar en todos los casos.

De otro lado, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, del expediente se desprende que la publicidad cuestionada fue difundida de manera intensa en un mediano período de tiempo, puesto que la promoción fue anunciada desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo de 2012. En este punto, debe observarse que la promoción "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime" fue lanzada mediante una campaña publicitaria difundida a nivel nacional, utilizando medios masivos, tales como la radio y televisión, así como prensa escrita y

¹⁸ Cabe señalar que la Comisión ha podido identificar que, dependiendo de la relevancia de la información en las decisiones de consumo, ésta podrá considerarse como: (i) muy relevante; (ii) relevante; y (iii) poco relevante. Así tenemos que si la información omitida es muy relevante, el beneficio ilícito podría encontrarse constituido hasta por el 100% de los ingresos obtenidos por las ventas del producto o servicio anunciado; mientras que si se trata de información relevante podría alcanzar hasta el 60% de tales ingresos; y, finalmente, si es información poco relevante para el consumidor, el beneficio ilícito sería como máximo, del 30%.

¹⁹ La Resolución N° 0880-2012/SC1-INDECOPÍ de fecha 2 de abril de 2012, emitida en el Expediente N° 063-2011/CCD, en el expediente seguido de oficio en contra de Perfect Life S.A.C. estableció lo siguiente:

53. Por ello, para desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito obtenido, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. En el ejemplo anterior, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces, para desincentivar la conducta, la multa que se le imponga la vez que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. Así de cada diez veces que cometa la infracción el beneficio ilícito será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.
54. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa óptima en función del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, se realizará aplicando esta fórmula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio Ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

publicidad gráfica distribuida, incluso en su página web, lo que fue capaz de generar un alto nivel de expectativa y recordación en los consumidores²⁰.

Por lo expuesto, a criterio de la Comisión, corresponder imponer a Nestlé una multa de ciento veintiséis (126) Unidades Impositivas Tributarias por la emisión del referido mensaje infractor.

• **Sobre el mensaje referido a la fecha de disposición de los premios principales**

Sobre el particular, la Comisión considera que, en primer lugar, corresponde determinar el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, para lo cual es pertinente analizar la relevancia del mensaje que se desprendería de la publicidad infractora. Al respecto, debe apreciarse que el hecho de que Nestlé haya difundido publicidad dando a entender a los consumidores que los premios principales estaban a disposición de éstos desde el inicio de la promoción, es un factor relevante en la decisión de consumo de los productos de la promoción, toda vez que la adquisición de los mismos durante el período en el que únicamente estaban sembrados los premios secundarios no se vería influenciado únicamente por el deseo de consumir dichos bienes, sino por la posibilidad de alcanzar algunos de los cuarenta (40) premios principales de la mencionada promoción, expectativa que finalmente los consumidores vieron frustrada. Sin embargo, también debe considerarse que existen otros factores que a criterio de esta Comisión tienen una relevancia similar, tales como recomendaciones de otros consumidores, posicionamiento de la infractora en el mercado, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, o su combinación de precio y calidad respecto de otros productos competidores o sustitutos, entre otros factores posibles. En ese sentido, la Comisión, en ejercicio de sus facultades discrecionales para determinar la magnitud del beneficio ilícito obtenido por la conducta infractora sobre la base de la relevancia del mensaje infractor, considera que el mismo asciende a ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias, lo que constituye una base para evaluar los demás criterios establecidos por ley, los que serán considerados para atenuar o agravar la sanción impuesta en la presente resolución.

Por otro lado, este colegiado considera importante tener en cuenta la posibilidad de detección de la conducta infractora, en tanto es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito obtenido, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. Así, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria.

En ese sentido, la Comisión observa que la probabilidad de detección del acto infractor es alta y equivale al 95%; por cuanto, la campaña publicitaria infractora fue difundida a través de la televisión, radio, folletos, *internet* (que al ser un medio de exposición permanente tiene la capacidad de llegar a un número significativo de usuarios), entre otros, desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo 2012, hecho que facilitó que la publicidad sea conocida por la autoridad administrativa, sin perjuicio de la denuncia presentada por Idom. Por ello, se tendrá que dividir el monto considerado como base o beneficio ilícito (ciento veinte [120] Unidades Impositivas Tributarias) entre la probabilidad de detección [0.95], lo cual da como resultado una multa de ciento veintiséis [126] Unidades Impositivas Tributarias.

En este punto, la Comisión considera pertinente agregar que la infracción declarada en la presente resolución reviste gravedad, debido a que el mensaje no comprobado que transmite la publicidad infractora es capaz de generar elecciones de consumo y transacciones ineficientes que no se generarían necesariamente en el mercado en beneficio del anunciante, si dicho mensaje no fuera comunicado al consumidor. Debe indicarse que el hecho de que un consumidor adquiera uno de los productos de la promoción con la expectativa de que en los mismos puede estar contenido uno de los cuarenta (40) premios principales, siendo ello incorrecto, afecta su excedente y su nivel de bienestar en todos los casos.

De otro lado, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, del expediente se desprende que la publicidad cuestionada fue difundida de

²⁰ Al respecto, cabe señalar que el detalle de dicha información tiene el carácter de reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de febrero de 2013.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

manera intensa en un mediano período de tiempo, puesto que la promoción fue anunciada desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo de 2012. En este punto, debe observarse que la promoción "10 Minutos de Felicidad con Sublime" fue lanzada mediante una campaña publicitaria difundida a nivel nacional, utilizando medios masivos, tales como la radio y televisión, así como prensa escrita y publicidad gráfica distribuida, incluso en su página web, lo que fue capaz de generar un alto nivel de expectativa y recordación en los consumidores²¹.

Por lo expuesto, a criterio de la Comisión, corresponder imponer a Nestlé una multa de ciento veintiséis (126) Unidades Impositivas Tributarias por la emisión del referido mensaje infractor.

• **Sobre el mensaje referido a que los productos de la promoción no están marcados**

Sobre el particular, la Comisión considera que, en primer lugar, corresponde determinar el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, para lo cual es pertinente analizar la relevancia del mensaje que se desprendería de la publicidad infractora. Al respecto, debe apreciarse que el hecho de que Nestlé haya difundido publicidad dando a entender a los consumidores que los stickers marcados podrían estar en cualquiera de los productos de la promoción y que éstos no estaban marcados, es un factor relevante en la decisión de consumo de los productos de la promoción, toda vez que la adquisición de los mismos durante el período de duración de la promoción no se vería influenciada únicamente por el deseo de consumir dichos bienes, sino por la posibilidad de alcanzar algunos de los premios de la mencionada promoción, expectativa que finalmente se vio frustrada en la medida que erróneamente pudieron haber adquirido productos de lotes anteriores y por ende, fuera de la promoción anunciada. Sin embargo, también debe considerarse que existen otros factores que a criterio de esta Comisión tienen una relevancia similar, tales como recomendaciones de otros consumidores, posicionamiento de la infractora en el mercado, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, o su combinación de precio y calidad respecto de otros productos competidores o sustitutos, entre otros factores posibles. En ese sentido, la Comisión, en ejercicio de sus facultades discrecionales para determinar la magnitud del beneficio ilícito obtenido por la conducta infractora sobre la base de la relevancia del mensaje infractor, considera que el mismo asciende a ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias, lo que constituye una base para evaluar los demás criterios establecidos por ley, los que serán considerados para atenuar o agravar la sanción impuesta en la presente resolución.

A

Por otro lado, este colegiado considera importante tener en cuenta la posibilidad de detección de la conducta infractora, en tanto es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito obtenido, con la finalidad de que compense la dificultad de detección. Así, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria.

En ese sentido, la Comisión observa que la probabilidad de detección del acto infractor es alta y equivale al 95%; por cuanto, la campaña publicitaria infractora fue difundida a través de la televisión, radio, folletos, internet (que al ser un medio de exposición permanente tiene la capacidad de llegar a un número significativo de usuarios), entre otros, desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo 2012, hecho que facilitó que la publicidad sea conocida por la autoridad administrativa, sin perjuicio de la denuncia presentada por Idom. Por ello, se tendrá que dividir el monto considerado como base o beneficio ilícito (ciento veinte [120] Unidades Impositivas Tributarias) entre la probabilidad de detección [0.95], lo cual da como resultado una multa de ciento veintiséis [126] Unidades Impositivas Tributarias.

[Handwritten signature]

En este punto, la Comisión considera pertinente agregar que la infracción declarada en la presente resolución reviste gravedad, debido a que el mensaje no comprobado que transmite la publicidad infractora es capaz de generar elecciones de consumo y transacciones ineficientes que no se generarían necesariamente en el mercado en beneficio del anunciante, si dicho mensaje no fuera comunicado al consumidor. Debe indicarse que el hecho de que un consumidor adquiriera uno de los productos de la

²¹ Al respecto, cabe señalar que el detalle de dicha información tiene el carácter de reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de febrero de 2013.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

promoción con la expectativa de que en los mismos puede estar contenido uno de los *stickers* marcados, siendo ello incorrecto, puesto que puede estar adquiriendo un producto del lote anterior a aquéllos participantes de la promoción, afecta su excedente y su nivel de bienestar en todos los casos.

De otro lado, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, del expediente se desprende que la publicidad cuestionada fue difundida de manera intensa en un mediano período de tiempo, puesto que la promoción fue anunciada desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo de 2012. En este punto, debe observarse que la promoción "10 Minutos de Felicidad con Sublime" fue lanzada mediante una campaña publicitaria difundida a nivel nacional, utilizando medios masivos, tales como la radio y televisión, así como prensa escrita y publicidad gráfica distribuida, incluso en su página web, lo que fue capaz de generar un alto nivel de expectativa y recordación en los consumidores²².

Por lo expuesto, a criterio de la Comisión, corresponder imponer a Nestlé una multa de ciento veintiséis (126) Unidades Impositivas Tributarias por la emisión del referido mensaje infractor, la que sumada a las dos (2) multas anteriores da como resultado una multa total de trescientos setenta y ocho (378) Unidades Impositivas Tributarias.

No obstante, cabe señalar que bajo el Expediente acumulado N° 061-2009/CCD y N° 073-2009/CCD, Nestlé fue sancionada con cuatrocientos (400) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, razón por la cual en el presente caso, se debe considerar la reincidencia en la comisión de actos de competencia desleal, como un agravante de la multa a imponerse a la infractora, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente, de acuerdo a lo establecido por el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por lo tanto, de acuerdo a lo analizado en los puntos precedentes, corresponde imponer a Nestlé una multa total ascendente a cuatrocientos (400) Unidades Impositivas Tributarias. Cabe señalar que en el presente caso, no resulta aplicable el límite legal establecido en el numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone que la multa no podrá exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio anterior, puesto que el numeral 52.2 del artículo 52 del citado cuerpo legal, establece que si el infractor se encuentra en situación de reincidencia no será tomado en cuenta dicho límite al determinar la sanción aplicable.

4.8.2.2. Respecto a la infracción al principio de legalidad

Al respecto, para graduar la sanción, la Comisión ha tomado en cuenta, de manera referencial, el monto de los ingresos obtenidos por Nestlé referente a la venta de productos Sublime dentro de la promoción anunciada en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada, información calificada como reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de febrero de 2013. Al respecto, la Comisión considera pertinente precisar que dichos ingresos no necesariamente son consecuencia directa de la conducta infractora, sino que podrían haber sido generados como consecuencia de la aplicación de otros factores de competitividad, tales como recomendaciones de otros consumidores, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, entre otros factores posibles.

En razón a ello, la Comisión considera que el criterio bajo análisis, en el presente caso, no constituye un indicador causa-efecto que permita adjudicar directamente los beneficios obtenidos por la conducta imputada, sino que debe ser tomado de manera referencial como un punto de partida, a efectos de determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida. Al respecto, luego de una apreciación de la información sobre los ingresos obtenidos por Nestlé referente a la venta de productos Sublime dentro de la promoción anunciada en las regiones del territorio nacional en las que no era aplicable la promoción cuestionada en relación con los ingresos obtenidos en las ciudades donde aplicaba la promoción (Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo), la Comisión considera -en uso de sus facultades discrecionales- que el beneficio ilícitamente obtenido por la imputada asciende a treinta (30) Unidades

²² Al respecto, cabe señalar que el detalle de dicha información tiene el carácter de reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de febrero de 2013.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Impositivas Tributarias, a partir del cual se deben analizar otros criterios para graduar la sanción aplicable a Nestlé.

De otro lado, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, del expediente se desprende que la publicidad cuestionada fue difundida de manera intensa en un período mediano de tiempo, puesto que la promoción fue anunciada desde el 23 de abril de 2012 hasta finales de mayo de 2012. En este punto, debe observarse que la promoción "10 Minutos de Felicidad con Sublime" fue lanzada mediante una campaña publicitaria difundida a nivel nacional, utilizando medios masivos, tales como la radio y televisión, así como prensa escrita y publicidad gráfica distribuida, incluso en su página web, lo que fue capaz de generar un alto nivel de expectativa y recordación en los consumidores²³.

Asimismo, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria. Esta función es recogida por el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por ello, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como grave, con efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una multa de treinta y cinco (35) Unidades Impositivas Tributarias. Cabe señalar que en el presente caso, no resulta aplicable el límite legal establecido en el artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone que la multa no podrá exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio anterior, puesto que Nestlé no ha acreditado el monto de los ingresos obtenidos en todas sus actividades económicas en el año 2012.

Por lo expuesto, la Comisión considera que la multa total a imponer a Nestlé asciende a la suma de cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé Perú S.A., consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio publicitario televisivo que formaría parte de la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME".

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Nestlé Perú S.A., toda vez que en aplicación del principio "non bis in idem" en su faz procesal, antes de la denuncia interpuesta por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios, existía una denuncia en trámite presentada por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado, imputándole los mismos hechos.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado en contra de Nestlé Perú S.A., por la comisión de actos competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

²³ Al respecto, cabe señalar que el detalle de dicha información tiene el carácter de reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de febrero de 2013.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000353

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé Perú S.A. por infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

QUINTO: SANCIONAR a Nestlé Perú S.A. con una multa de cuatrocientas treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias.

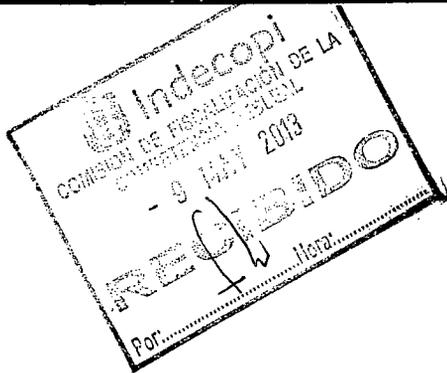
SEXTO: ORDENAR a Nestlé Perú S.A., en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia que, de un lado, informe a los consumidores sobre la promoción dando a entender que: (i) la misma empezaría junto con la fecha de inicio de la campaña publicitaria, siendo ello falso; (ii) los premios principales estarían a disposición de los consumidores desde la fecha de inicio de la promoción anunciada, siendo ello falso; y, (iii) los productos participantes no están marcados y ello genere en los consumidores una confusa identificación de los mismos; y, de otro lado, no indique las condiciones y restricciones aplicables a dicha promoción en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por los consumidores.

SÉPTIMO: CONDENAR a Nestlé Perú S.A. al pago de las costas y los costos incurridos por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado en el trámite del procedimiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

OCTAVO: ORDENAR a Nestlé Perú S.A. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



Expediente: 108 2012/CCD.

Sumilla: Interponemos recurso de apelación

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIA

055161

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC, en los seguidos contra NESTLE PERU S.A, respetuosamente decimos:

De conformidad con lo establecido en artículo 38° del Decreto Legislativo No. 807, y dentro del plazo establecido en la Decimotercera Disposición Complementaria de la Ley N° 27809, procedemos a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Resolución Final N° 080 – 2013/CCD - INDECOPI, de fecha 17 de abril del presente, el mismo que declaró IMPROCEDENTE nuestra denuncia en contra de la referida empresa, en aplicación del Principio **“Non bis in idem” en su faz procesal**. Al respecto señalamos lo siguiente:

1. La Comisión declaró IMPROCEDENTE nuestra denuncia, basándose en el Principio **“Non bis in idem” en su faz procesal**. Al respecto, la Resolución apelada señala que:

“La Secretaría Técnica aprecia que la denuncia presentada por ASPEC en contra de Nestle, tramitada bajo el expediente N° 108 – 2012/CCD, como la denuncia presentada por Idom, tramitada bajo el expediente N° 104/2012/CCD, guardan plena identidad: Tanto del presunto infractor (identidad subjetiva), del bien jurídico protegido (identidad de fundamento), así como de los hechos cuestionados (identidad de hecho),

por lo que corresponde declarar Improcedente la denuncia, toda vez que contravendría el Principio "**Non bis in idem**" en su faz procesal".

2. Es de extrañar, que bajo una sorpresiva –y desde nuestro punto de vista- errónea interpretación del principio **Non bis in idem**, la Comisión haya declarado IMPROCENTE nuestra denuncia, toda vez que **existe jurisprudencia expedida por el propio INDECOPI que ha resuelto muchos casos en basándose en una interpretación absolutamente distinta del mencionado principio**, lo cual nos llena de confusión. Dichos pronunciamientos se han dado cuando una de las partes ha cuestionado el derecho al Debido Proceso que las asiste. Un claro ejemplo de lo que señalamos es la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

Caso EDITORIAL BRUÑO

Expediente N° 239 -2012/CPC (ASPEC)

Expediente N° 220 -2012/CPC. (INDECOPI) (ACUMULADO)

Resolución Final N° 4517– 2012/CPC. (Página 15)

Sobre la procedencia de la denuncia de ASPEC.

.....

“El 21 de marzo de 2012, al presentar sus argumentos de defensa contra la denuncia interpuesta por ASPEC, Bruño indicó que la denuncia planteada por la Asociación debía ser declarada improcedente, en tanto existía un procedimiento de oficio previamente iniciado por la Comisión. En específico, la editorial denunciada señaló que la denuncia planteada por la Asociación transgredía el contenido formal/procesal del Principio Ne bis in idem.

De acuerdo al referido principio se restringe la posibilidad de establecer de manera simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción,

cuando se presenta de manera recurrente una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento entre dos procedimientos. En el ámbito administrativo, el *Ne bis in idem*, se encuentra comprendido dentro de los principios que debe regir los procedimientos sancionadores, tal como lo indica el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio tiene una doble vertiente: (i) una de carácter material o de orden sustantivo; y (ii) **una formal o de naturaleza procesal**. (El subrayado y negrita es nuestro)

En el aspecto material, el *ne bis in idem*, determina la imposibilidad de que, por un mismo hecho, se impongan dos sanciones al mismo administrado. De otro lado, **en su aspecto procesal**, el principio determina que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos infractores. (El subrayado y negrita es nuestro)

.....

En relación a la vertiente procesal, este colegiado, estima que en la medida que a través de la presente resolución **se está acumulando** el procedimiento iniciado por ASPEC al procedimiento de Oficio, **se elimina la posibilidad de que Bruño sea juzgado dos veces por el mismo hecho infractor. Ello en la medida que a través de la presente resolución se emitirá un único pronunciamiento sobre la presunta conducta infractora de bruño. De esta manera, se asegura no analizar ni eventualmente sancionar dos veces a la editorial investigada**". (El subrayado y negrita es nuestro)

3. Como se aprecia en los párrafos transcritos, en el mes de diciembre del año 2012, es decir, **hace apenas cuatro meses y medio**, la Comisión de

Protección al Consumidor dispuso la acumulación de ambos casos, aclarando y haciendo una interpretación precisa del Principio "*non bis in idem*" en su faz procesal, despejando toda duda sobre un supuesto de "doble enjuiciamiento" por el hecho de haberse denunciado el mismo bien jurídico protegido (identidad de fundamento), tanto por Aspec como por el Indecopi bajo distintos procedimientos. En consecuencia, si el Indecopi no procede bajo el mismo criterio para resolver el caso que nos ocupa, significaría priorizar y favorecer equivocadamente a quien interpone primero una denuncia, lo cual no es admisible, teniendo en cuenta lo ya resuelto por el mismo órgano en el caso Bruño.

Debe recordarse que, cuando el Indecopi inicia un procedimiento de oficio, y el caso ya ha sido denunciado, lo que queda es ACUMULAR, ambos procesos a fin de evitar pronunciamientos contradictorios por el mismo hecho. En caso contrario, allí sí estaría infringiendo el Principio *Non bis in idem*. ←

A mayor abundamiento, nos permitimos citar otro caso que, al igual que el anterior, fue materia de acumulación, al haberse denunciado los mismos hechos, tanto por ASPEC como por el Indecopi:

Caso DONOFRIO

Expediente N° 073 -2009/CCD (ASPEC)

Expediente N°061 -2009/CCD (INDECOPI) (ACUMULADO)

.....

"Con fecha 27 de marzo del 2009, Aspec interpuso denuncia contra NESTLE, por presunta comisión de de Actos de competencia desleal, en la modalidad de engaño - artículo 8°, inciso 8.1 del Decreto Legislativo 1044.

.....

.....

La Comisión en su sesión de de fecha 15 de abril de 2009, decide que la Secretaría Técnica inicie un procedimiento de oficio contra NESTLE, por la presunta infracción al principio de legalidad y presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de engaño - artículo 8°, inciso 8.1 del Decreto Legislativo 1044.

.....

ACUMULACIÓN DE PROCESOS:

Expediente N° 073 -2009/CCD.

El artículo 149° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la Autoridad responsable de la Instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, puede disponer mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

El artículo 84° del Código procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento al permitir este una dinámica de imputación y defensa similar en la dinámica de acción y contradicción que permite el proceso civil, indica que existe conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones, o por lo menos, pretensiones afines.

Por tanto, aplicando al presente caso las normas expuestas, la Secretaría Técnica considera que en el presente caso, existe identidad en una de las imputaciones que es materia del presente procedimiento, respecto de la imputación que es materia del procedimiento tramitado bajo el expediente N° 061 – 2009/ CCD, por cuanto en ambos procedimientos se cuestiona la Promoción ¡Gracias Perú! Viernes 27 y sábado 28. En triciclos. Todo S/1", mediante la cual Nestle habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño,

supuesto ejemplificado en el artículo 8° de la ley de Represión de la Competencia desleal. En consecuencia, corresponde ordenar la acumulación del presente procedimiento con el procedimiento tramitado bajo el expediente N° 061 – 2009 / CCD”.

4. Cabe precisar que el principio del *non bis in idem* procesal, consiste en que «nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos». En tal sentido, analizando el caso en concreto, las denuncias por actos de competencia desleal fueron interpuestas en distintas fechas por IDOM, INDECOPI y ASPEC por los mismos hechos. Sin embargo, hubo sólo una sanción mediante la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI. En tal virtud, no se estaría sancionando dos veces al administrado. Por tanto, **no comprendemos cómo se puede sostener que nuestra denuncia vulnera el referido principio, toda vez que no se abrieron dos procesos separados o distintos sino que se tramitó un único procedimiento ante la misma instancia administrativa y bajo la acumulación de los expedientes**.
5. Finalmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor respecto al rol de las asociaciones de consumidores, en el artículo 153° faculta a todas a interponer denuncias en defensa de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores. Así mismo, el artículo 54° establece las prohibiciones para las asociaciones de consumidores. Siendo que no prohíbe la interposición de denuncias por dos o más asociaciones porque una no tiene por qué saber lo que está haciendo la otra. Por ello es que cada organización de consumidores invierte tiempo y recursos para escudriñar el mercado y preparar y tramitar acciones legales. En tal sentido, resulta preocupante que el Indecopi deje a las asociaciones de consumidores litigar por meses e incluso años para luego resolver que no debió haberse seguido el proceso ya que otra asociación de consumidores había tomado la delantera.

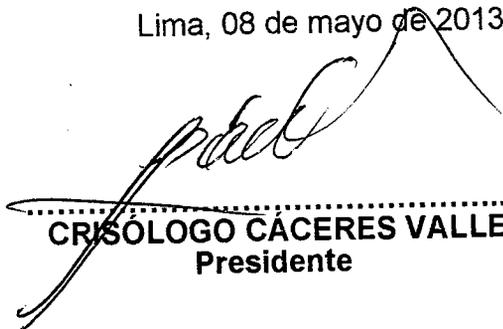
¿Cómo es posible que la Autoridad Nacional de Consumo les haga esto a organizaciones con escasos recursos? Nos resistimos a creer que, con este proceder, se esté buscando desincentivar la interposición de denuncias por parte de las organizaciones que representamos a los consumidores en el Perú.

POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión conceder el presente recurso de apelación y elevarlo a la Sala para mejor resolver a fin de que, en su oportunidad, **revoque o anule la Resolución impugnada en todos sus extremos y, declare FUNDADA nuestra denuncia.**

Lima, 08 de mayo de 2013


Karina I. Quijse Huancaya
ABOGADA
C.A.L. 53307


CRISÓLOGO CÁCERES VALLE
Presidente

Indecopi
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
10 MAY 2013
RECIBIDO
Hora:
Por: 55596

000364

ccd

RECIBIDO
UNIDAD DE TRÁMITE
DOCUMENTARIO

Expediente : N° 104-2012/CCD

**INTERPONE RECURSO DE
APELACIÓN**

**A LA COMISIÓN DE DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
DEL INDECOPI:**

NESTLÉ PERÚ S.A. (en adelante **NESTLÉ**), debidamente representada por Augusto Giancarlo Price Passalacqua, identificado con DNI N° 10586216, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante **IDOM**) y la denuncia seguida de oficio contra nuestra empresa, por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y por infracción al principio de legalidad, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, habiendo sido notificados con la Resolución N° 080-2013/CCD, de fecha 17 de abril de 2013, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 207 y 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 – y del artículo 46 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal –Decreto Legislativo 1044-, interponemos recurso de **APELACIÓN** contra la misma, al no encontrarla arreglada a Ley.

ol

Nuestra apelación se sustenta en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

Que, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI declare la **NULIDAD y/o REVOQUE la resolución impugnada**, y consecuentemente deje sin efecto las medidas correctivas ordenadas, la multa impuesta y la condena al pago de las costas y costos, o en todo caso reduzca la sanción de multa impuesta. ← *contradictorio*

II. DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Mediante la resolución materia del presente recurso de apelación, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) resolvió:

- Declarar IMPROCEDENTE por impertinente la actuación del medio probatorio de audiencia de visualización del anuncio ofrecido por nuestra empresa.
- Declarar IMPROCEDENTE la denuncia presentada por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.
- Declarar FUNDADA la denuncia presentada por IDOM por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.
- Declarar FUNDADA la imputación hecha de oficio por la supuesta infracción al principio de legalidad.
- SANCIONAR a nuestra empresa con una multa de 435 UIT.
- ORDENAR el cese definitivo de la difusión de la campaña publicitaria.
- CONDENAR a Nestlé al pago de las costas y costos incurridos por IDOM.

La Comisión consideró principalmente lo siguiente:

- 687
- Que la realización de la audiencia de visualización del anuncio materia de imputación es impertinente por cuanto la finalidad de la misma sería la constatación de un anuncio publicitario que ha sido verificado por el Comisión en diversas oportunidades y a través de diversas fuentes, siendo el caso que nuestra empresa ha alegado las posibles deficiencias en su reproducción sin acreditar a través de medios de prueba dichas deficiencias.
 - Que el anuncio publicitario contiene tres mensajes que son materia de cuestionamiento:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.
- (iii) Que sobre la base de la información *“Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”*, podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

- 687
- Con respecto al primer mensaje sostiene que la parte captatoria de anuncio lleva a concluir indetectablemente que la promoción inició el 23 de abril de 2012 y no el 30 de ese mes, porque el scroll consignado en la parte inferior de la publicidad era imperceptible para los consumidores puesto que discurría a una velocidad tal que no permitía una lectura clara y una comprensión adecuada.
 - Con respecto al segundo mensaje sostiene que los consumidores pueden creer erróneamente que los premios principales formarán parte de la promoción desde el inicio de ésta, sin embargo fueron sembrados en 4 momentos posteriores situación que conllevó a que los consumidores establezcan relaciones de consumo sobre la base de una publicidad falseada o ambigua que frustró sus expectativas. Asimismo señaló que si bien dicha información se encontraba a disposición de los consumidores en una fuentes de información complementaria, ésta estaba consignada en un scroll que no resultaba legible para los consumidores.

- Con respecto al tercer mensaje sostiene que con la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera de ellos puede estar premiado" los consumidores no pueden advertir que lotes de productos forman parte de la promoción.
- Con respecto a la infracción al principio de legalidad, sostiene que la publicidad de la promoción contenía una restricción de acceso ya que solo era válida en las ciudades de Lima, Arequipa Chiclayo y Trujillo, sin embargo dicha información discurre en la pantalla a una velocidad tal que no permite su lectura ininterrumpida por los consumidores.

III. AGRAVIO CAUSADO POR LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

La resolución que se apela nos causa agravio de índole patrimonial ya que impone una multa de 435 UIT, y nos causa agravio de índole procesal puesto que ha sido emitida en un procedimiento en el cual no se ha garantizado nuestro derecho de defensa.

IV. ERRORES DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

687 Consideramos que la resolución que se impugna contiene los errores de hecho y de derecho que mencionamos a continuación, y detallamos en el principal del presente escrito:

- Incurre en error al sostener que la audiencia de visualización del anuncio materia de imputación ofrecida como medio probatorio es impertinente, por cuanto la misma tendría como finalidad la constatación de un anuncio publicitario que ha sido verificado en diversas oportunidades por la Comisión. El error radica en el hecho que la finalidad de la referida audiencia no es solo constatar la claridad del anuncio publicitario, sino que principalmente tiene como finalidad constatar las condiciones en las cuales la Comisión ha apreciado el referido anuncio, y verificar si estas son las condiciones normales de visualización del mismo, para que en caso esto no sea así tener la posibilidad de ejercer nuestro derecho de defensa y

producir las pruebas necesarias que acrediten las deficiencias en la reproducción. Si no sabemos cuáles son las condiciones de reproducción bajo las cuales se ha analizado el anuncio es imposible que podamos probar las deficiencias de la reproducción.

- Incurre en error al resolver que los tres mensajes publicitarios son engañosos, ya que no se tiene presente la información difundida a través del scroll publicitario y resuelve respecto a aspectos de la promoción comercial que no son materia del presente procedimiento ya que no están relacionados con la publicidad difundida, sino que constituyen cuestionamiento de la promoción comercial en sí.
- Incurre en error al resolver que existe una infracción al principio de legalidad, sosteniendo que el scroll discurre a una velocidad tal que no permite su lectura ininterrumpida, ya que dicho scroll si resulta legible en condiciones normales de visualización. ←
- 687 - Incurre en error al momento de motivar y de graduar la sanción impuesta ya que: (i) No se ha aplicado el principio de concurso de infracciones, establecido en el numeral 6, del artículo 230 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General; No se han detallado cual es el beneficio ilícito obtenido por la supuesta conducta infractora y se ha determinado el mismo sin tener presente el real supuesto beneficio ilícito obtenido y no se han aplicado otros criterios relevantes para graduar las sanciones vulnerando el principio de razonabilidad. No existe una debida motivación; (iii) No resulta aplicable la reincidencia invocada por la Comisión. Falta de motivación.; y (iv) En caso se consideren a las conductas imputadas como reincidentes, no se ha tenido presente que en el antecedente invocado por la Comisión la sanción de 400 UIT fue impuesta por diversas infracciones y no solo por un supuesto acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, motivo por el cual no se puede tomar como multa base dicha sanción. ↗

IV.1 CON RESPECTO A LA VULNERACIÓN DE NUESTRO DERECHO DE DEFENSA.

1. Consideramos que se ha incurrido en error al declarar improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por nuestra empresa consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio publicitario cuestionado.
2. Para efectos de demostrar ello recurriremos a lo que la doctrina entiende por Principio de Pertinencia de los medios probatorios, el mismo que consiste en lo siguiente:

*"Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógica-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento. Los medios probatorios que resulten impertinentes deben ser rechazados de plano -in limine- por el Juezador."*¹

3. En el presente caso, las imputaciones efectuadas por la Comisión mediante Resolución de fecha 16 de julio de 2012 (Expediente 104-2012) y Resolución de fecha 18 de julio de 2012 (Expediente 172-2012) tienen sustento principalmente en que la información brindada al consumidor a través del scroll publicitario del anuncio imputado discurre a una velocidad tal que no resulta posible su lectura ininterrumpida.

4. Por ello en nuestro escrito de descargos señalamos que desconocíamos ^{que se consideraba como "condiciones normales"} cuales habían sido las condiciones bajo las cuales la Comisión había visualizado el anuncio en cuestión, pero que en condiciones normales de visualización el scroll publicitario sí resultaba legible, para acreditar ello ofrecimos como medio probatorio la realización de una audiencia de exhibición del anuncio en condiciones normales de visualización para acreditar que sí es legible el anuncio, o en todo caso para verificar las condiciones en las que la Comisión visualizaba el anuncio.

¹ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo y otros. "Derecho Procesal Civil Estudios." Jurista Editores EIRL. Lima. 2009. P. 277.

5. La Comisión ha declarado improcedente por impertinente el referido medio probatorio señalando que la finalidad de la audiencia de visualización sería la constatación de un anuncio publicitario que ha sido verificado por el Comisión en diversas oportunidades y a través de diversas fuentes, siendo el caso que nuestra empresa ha alegado las posibles deficiencias en su reproducción sin acreditar a través de medios de prueba dichas deficiencias.

6. Consideramos que el medio probatorio ofrecido no es impertinente, ya que el mismo guarda relación con los hechos que sustentan la imputación y la materia controvertida principal del presente procedimiento: Si el scroll publicitario es o no legible, es por ello que resulta de extrema utilidad que se practique dicha diligencia ya que así nuestra empresa podrá tomar conocimiento de las condiciones bajo las cuales la Comisión ha visualizado el anuncio publicitario y poder cuestionar las mismas, en caso se considere que la visualización se ha efectuado en condiciones que no son consideradas normales (como pueden ser en una computadora o en un televisor pequeño).

617
7. Tal como hemos señalado anteriormente, uno de los principios que delimitan el contenido del derecho a probar es el Principio de Pertinencia el cual exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógica-jurídica con los hechos materia de controversia que en este caso se encuentra comprobada la relación que guarda el medio probatorio ofrecido con el hecho controvertido, siendo el caso que la pertinencia de que se practique dicha diligencia radica también en que mediante la misma se otorgará a nuestra empresa la posibilidad de tomar conocimiento de las condiciones de visualización y poder de esta manera desplegar la actividad probatoria que estimemos conveniente para cuestionar dichas condiciones, de ser el caso.

8. Es por ello que consideramos contradictorio el argumento utilizado por la Comisión para declarar impertinente la audiencia de visualización señalando que "la imputada ha alegado las posibles deficiencias en su reproducción, sin

acreditar a través de medios de prueba dichas deficiencias." Al respecto nos preguntamos ¿Cómo es posible ofrecer medios probatorios que acrediten las deficiencias en la reproducción del anuncio si no sabemos cuáles han sido las condiciones de su reproducción?

9. Atendiendo a lo antes expuesto, se evidencia la necesidad de que se practique dicha diligencia, para poder luego de ello probar las deficiencias en la reproducción, en este estado en el que no conocemos cuáles son las condiciones de visualización únicamente podemos alegar algunas posibles deficiencias en las que se puede haber incurrido, sin embargo no podemos probar las mismas ya que no conocemos las condiciones de visualización. Para poder probar se nos tiene que otorgar la posibilidad de producir las pruebas.

10. En virtud de ello, se puede apreciar que el presente procedimiento ha sido resuelto sin respetar nuestro derecho fundamental a probar que forma parte del contenido esencial del debido proceso.

68
11. En efecto, al ser el procedimiento el instrumento por excelencia de efectiva tutela de derechos, resulta fundamental el estricto respeto de aquellos institutos y mecanismos que cumplen con la función de asegurar tanto la tutela del derecho invocado como la defensa de quien contradice dicha invocación. Sólo así se puede obtener la efectiva tutela jurisdiccional a la que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución y sólo así se entiende lo expuesto por el Código Procesal Civil en el artículo I de su Título Preliminar, de aplicación supletoria al presente procedimiento, cuando señala que: "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso"

12. Conforme a ello, todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva. Por otro lado, todo sujeto de

derecho deberá tener también la garantía de que no será afectado ni sancionado si antes no se siguió un debido proceso, en el cual se le garantice su derecho de defensa.

13. En ese orden de ideas, para que la defensa de las partes en un procedimiento sea realmente efectiva (y, en consecuencia, para que pueda hablarse de un debido proceso) no es suficiente que las partes tengan la real oportunidad de alegar los argumentos de hecho y de derecho para la defensa de sus derechos materiales, sino que además resulta absolutamente necesario, que ellas puedan acreditar los hechos que invocan como sustento de su defensa para de esta manera lograr convencer a la autoridad administrativa respecto de su posición. Sin posibilidad de acreditar no existiría posibilidad de convencer y sin esta última el derecho de defensa sería una mera declaración. ↩

14. Por ello, uno de los institutos básicos dentro del debido proceso (y, por ello, de un procedimiento justo) es el derecho fundamental a probar. Así lo ha establecido la doctrina nacional al señalar que:

→ *“En nuestra opinión, el **derecho a probar** (...) es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo – o simplemente debido proceso – pues, **éste es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean objetivas y – materialmente justas**”.* (negrita y subrayado añadidos).

15. Así también lo ha señalado ya la Corte Suprema reiteradamente, como ejemplo de ello podemos citar lo expuesto en la sentencia en casación N° 2415-99-Tacna de fecha 23 de junio de 2000 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de agosto de 2000:

“Que, la nueva orientación contemporánea en materia de derecho probatorio está dirigida a concebir la prueba como derecho fundamental o de rango constitucional al integrar,

² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”. ARA editores. Lima, 2001.pág. 81.

junto con otros presupuestos procesales, el debido proceso; (...)”.

16. No cabe duda entonces que el **derecho a probar es una manifestación del derecho al debido proceso** y, como tal, parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

17. Habiendo quedado establecido que tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia, el derecho a probar es parte esencial del derecho al debido proceso, ahora corresponde establecer cómo es que se ha vulnerado el derecho a probar de nuestra dentro del presente procedimiento.

18. Al respecto, se debe tener presente que el derecho a probar en el procedimiento administrativo sancionador no sólo consiste en el derecho de ofrecer medios de prueba ni sólo en que éstos se admitan y actúen, sino que **parte del contenido esencial del derecho a probar es también que la administración otorgue al administrado la posibilidad de controlar las pruebas actuadas de oficio para que éste pueda actuar y producir sus pruebas de descargos, sin lo cual el derecho a probar sería una mera declaración.** Es el caso que la resolución impugnada ha sido dictada vulnerando el derecho a controlar la prueba y a producir y ofrecer pruebas de descargos que, como hemos visto, es parte integrante del derecho a probar.

19. En efecto, conforme se puede apreciar de los actuados en el presente procedimiento, la Comisión ha actuado una prueba de oficio consistente en la visualización del anuncio publicitario. Esta prueba se actuó sin la participación de nuestra empresa y solo pudimos tomar conocimiento de la existencia de la misma con la notificación de la resolución de imputación de cargos, es por ello que al formular nuestros descargos solicitamos que se practique una diligencia de visualización para poder apreciar las condiciones en las cuales la Comisión había visualizado el anuncio, sin embargo dicho derecho nos ha sido negado

impidiéndonos de esta manera ejercer nuestro derecho a controvertir dicha prueba, vulnerando así el principio al debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 que tiene claro sustento con el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución.

687

20. Con respecto a la violación al debido procedimiento, en este aspecto, debemos mencionar que no sólo existen razones jurídicas que han de tomarse en cuenta para admitir la participación del interesado en la actuación de prueba, sino que también han de tenerse en cuenta consideraciones de una buena administración. Si resulta ser una práctica de la Autoridad Administrativa el actuar una prueba, la buena administración exige que esa prueba sea actuada o notificada al interesado dándole de esta manera la oportunidad de producir o actuar sus pruebas de descargo. Gordillo³ afirma que la tramitación correctamente efectuada es la de abrir a prueba la cuestión, notificando al particular de la iniciación del término - por el cual puede ofrecer las pruebas que considere pertinentes a su derecho- y donde la administración por su parte puede actuar aquellas que considere oportunas, de manera que terminado el periodo de actuación de la prueba y habiendo obtenido el particular una oportunidad para alegar sobre la prueba producida, pueda la administración seguir adelante con el procedimiento, sin que exista razonable duda o temor de estar trabajando en falso ←

21. Gordillo⁴ sugiere que *"sería prudente que el órgano que dispone la apertura a prueba: (a) en caso de serle factible, citar a la parte interesada para discutir verbalmente los puntos sobre los que habrá de versar la prueba principalmente (no exclusivamente) o los puntos sobre los que no será necesario prueba, por constarles a la administración o al administrado; (b) en el evento de no poder hacerlo, indicará de todos modos en el acto por el que se dispone la apertura a prueba, cuales son los hechos sobre los que la administración estaría*

³ Gordillo, Agustín, Op. Cit., página VI-13

⁴ Gordillo, Agustín, Op. Cit., página XI-9

interesada en conocer la prueba que pudiera producir la parte o actuar ella misma”.

22. El artículo 163 de la Ley N° 27444 establece que cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá disponer la actuación de prueba, en cuyo caso, en aplicación del principio del debido procedimiento, debió actuar fijando un plazo y notificando al administrado de la actuación de la prueba, garantizando la participación del administrado al momento de analizar las nuevas pruebas que den sustento al objeto del pronunciamiento, en este caso ello se aplica a la visualización del anuncio publicitario que es finalmente la que sustenta la imposición de la sanción.
- 6/3
23. No se trata en incurrir en exceso de formalismos, pero tampoco es conveniente que la autoridad administrativa, recurriendo al mínimo de formalismos, haga estéril la resolución que emita. Como afirma Gordillo⁵, debe disponerse la apertura a prueba mediante un acto concreto, señalando el contenido preciso y naturaleza de la materia en litigio, las cuestiones previas cuya decisión pondría fin al litigio o permitiría resolverlo eventualmente y los hechos que se tengan por reconocidos, debiéndose, en un solo periodo probatorio, acreditar los hechos alegados por las partes y aquellos que la autoridad considere necesarios para dictar la resolución.
24. ¿Pero qué es y cómo se manifiesta la denunciada violación al debido proceso y al derecho de defensa? Debe tenerse presente que la protección al debido proceso y nuestro irrestricto derecho de defensa está contemplado en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución, que establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “la observancia del debido proceso”. Los principios constitucionales, por tener contenido y orientación axiológica y “por ser de su esencia que ese contenido y esa valoración estén

⁵ Gordillo, Agustín, Op. Cit., página VI-8 y 9

presentes en todos los actos estatales, transforman en inconstitucional todo acto que no tenga su misma valoración⁶

25. Así, el principio al debido proceso es un principio general del derecho, de carácter universal. Es aplicable también al procedimiento administrativo, al punto que lo reconoce el artículo IV acápite 1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444-. Según Wade⁷ “este principio es de aplicación por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales de derecho publicitario por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de Derecho”.

26. Como lo afirma Gordillo⁸, **“toda persona tiene derecho a defenderse con amplitud en sede administrativa y este derecho comprende como primer elemento insustituible su conocimiento de las actuaciones que la afectan,**

es decir, la vista de las actuaciones”. Continúa Gordillo afirmando que **“forma parte de la garantía constitucional de la defensa en sede**

administrativa, el tener acceso a las actuaciones en las cuales se ha

dictado el acto que afecta los derechos del recurrente ...” (donde) **“es una obligación constitucional de la administración de otorgar vista de las actuaciones que afectan a un administrado”**. Dar vista a las actuaciones, es

decir, permitir al administrado tomar conocimiento que se va a actuar una prueba, tiene consideraciones prácticas y consideraciones legales que la justifican y responde a razones elementales de justicia. **Así donde la**

administración está facultada para requerir y producir las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica

objetiva, debe informar al administrado que medios de prueba se actuarían, que finalidad (alcance) tiene tal actuación y conceder al administrado la facultad de controlar la prueba actuada, de manera que

⁶ Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ara Editores, Lima 2003, página VII-42.

⁷ C. Wade: Towards Administrative Justice, página 16-63, citado por Agustín Gordillo en Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, página IX-II

⁸ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, editado por Fundación de Derecho Administrativo, Lima, 2003, página IV-4.

éste pueda presentar alegatos y pruebas de descargos una vez actuada dicha prueba.

687

27. Así las cosas, se debe tener presente que la garantía de defensa como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento comprende el derecho de controlar la prueba sustanciada por la Administración, donde “la garantía constitucional de la defensa en juicio exige, fundamentalmente, que la parte interesada tenga la oportunidad de exponer sus defensas y ofrecer las pruebas que hacen a su descargo”⁹, pues corresponde a los órganos que intervienen en el proceso administrativo realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos que fundamentan la decisión, sin perjuicio del derecho de los interesados de ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes, reiterando Dromí que “la necesidad de aclarar suficientemente ciertos aspectos del caso, se vincula no sólo con el derecho del recurrente a que se produzca la prueba pertinente, sino con los principios de instrucción e impulsión de oficio, verdad material y legalidad objetiva que rigen el procedimiento administrativo”¹⁰

28. Consideramos que es claro que en el presente procedimiento administrativo se han vulnerado los principios esenciales al debido procedimiento pues se evidencia que no ha existido una real posibilidad para que podamos ejercer nuestro derecho de defensa, al no habernos otorgado la posibilidad de verificar las condiciones bajo las cuales la Comisión ha visualizado el anuncio publicitario materia de cuestionamiento, lo cual sin duda deja a la recurrente en un estado de indefensión pues se vulnera el principio contradictorio en materia probatoria.

IV.2 CON RESPECTO A LOS SUPUESTOS ACTOS DE ENGAÑO E INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

A) Respecto a la infracción al principio de legalidad

⁹ Dromí, Roberto, en Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Año 1994, página 627.

¹⁰ Dromí, Roberto, Op. Cit., página 627

29. Antes de analizar uno por uno los supuestos mensajes publicitarios que resultarían engañosos conforme ha resuelto la Comisión, consideramos necesario resaltar el hecho que la comisión o no de las infracciones imputadas radica básicamente en el hecho que la información que se brinda a los consumidores a través del scroll publicitario discurría a una velocidad tal que no permitía una lectura ininterrumpida.

30. Por ello, consideramos necesario destacar que, contrariamente lo resuelto por la Comisión, consideramos que **EL SCROLL PUBLICITARIO TIENE CARACTERISTICAS ESPECIALES QUE LO HACEN PERCEPTIBLE A LOS CONSUMIDORES Y PERFECTAMENTE LEGIBLE EN CONDICIONES NORMALES DE VISUALIZACION.** ←

67
31. Tal como hemos expuesto a lo largo del presente procedimiento, el scroll que contiene la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción incluida la restricción de acceso por localidad, así como la información sobre la existencia de fuentes de información complementaria es perfectamente legible de manera ininterrumpida en condiciones normales de visualización en un televisor.

32. En efecto, este hecho se encuentra verificado por lo siguiente:

- Las letras del scroll son de color blanco, mientras que el fondo del anuncio publicitario es negro, lo cual le da un alto contraste al scroll y permite que el mismo pueda ser fácilmente diferenciado y destacado a la vista del consumidor.
- El tamaño de las letras es suficientemente grande para que puedan ser claramente advertidas por los consumidores.
- El tiempo que demora el mensaje en atravesar la pantalla (30 segundos) a una velocidad fija y constante es el suficiente para que sea apreciable por los consumidores.

33. Desconocemos cuales han sido las condiciones de visualización en las que los miembros de la Comisión han advertido que el scroll del anuncio publicitario televisivo en cuestión discurre a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida de la información que contiene el scroll.
34. Consideramos que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll es perfectamente legible de manera ininterrumpida, sin la necesidad de utilizar ningún equipo de reproducción de video.
35. En efecto, luego de visualizar el mensaje publicitario en un televisor de tamaño promedio se puede advertir que el mismo es perfectamente legible de manera ininterrumpida, lo cual hace que sea perceptible a los consumidores. Por ello podemos concluir que tal vez las condiciones en las cuales los miembros de la Comisión hayan visualizado el mensaje publicitario no hayan sido las normales, sino que el mismo haya sido visualizado en una computadora o un algún televisor muy pequeño.
- 617 36. Al respecto, se debe tener presente que el formato del scroll y del anuncio televisivo se encuentra grabado para ser reproducido en un televisor y no en una computadora o cualquier otro equipo, ya que el referido anuncio es precisamente un anuncio televisivo. Por ello para determinar la claridad del scroll es importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización en un televisor, tal y como ha sido difundido a los consumidores.
37. Consideramos de suma importancia el hecho que se aprecie el referido anuncio publicitario en un televisor y no en una computadora, ya que tal como lo hemos expuesto por razones técnicas los formatos de grabación de un video a ser reproducido en un televisor son distintos a los formatos de video a ser reproducidos en una computadora, por ello un anuncio publicitario televisivo puede verse distorsionado si es que se reproduce en una computadora.

38. Por estos motivos, en su oportunidad ofrecimos como medio probatorio que se convoque a una audiencia de visualización del anuncio publicitario materia de imputación, en la cual se deberá reproducir el referido anuncio en condiciones normales de visualización, a través de un televisor de tamaño promedio.

39. Ahora bien, con respecto al tiempo que debe demorar el scroll en discurrir por la pantalla, debemos de reiterar que al no existir imposición legal alguna sobre la materia, se debe tener presente que basta que dicha información debe ser perceptible por los consumidores para que se considere que los mismos han estado debidamente informados.

40. En efecto, tal como lo ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, *"El anunciante cuenta con la libertad de administrar el uso de sus espacios publicitarios, por lo que puede consignar la información sobre stock y vigencia como más le convenga, incluso utilizando tiempos y espacios menores que los asignados a la exposición de la información central, siempre y cuando la presentación de tales datos que la ley le obliga a consignar sea perceptible a los consumidores."*¹¹ (negrita y subrayado añadidos)

41. Es por ello que si el scroll que contiene las restricciones y la indicación de las fuentes de información complementarias es emitido de manera tal que los consumidores pueden dar lectura del mismo de manera ininterrumpida, se debe considerar que el anunciante habrá cumplido con el deber de información exigido por el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ya que los consumidores estuvieron en la posibilidad de acceder a dicha información.

42. En el presente caso, reiteramos una vez más, que en condiciones normales de visualización en un televisor de tamaño promedio, el scroll que contiene la información sobre las restricciones y formas de información complementaria,

¹¹ Resolución N° 2142-2010/SC1-INDECOPI

es emitido de manera tal que es perceptible a los consumidores, quienes pueden leer el mismo de manera ininterrumpida.

43. Con respecto a la información consignada en el scroll debemos mencionar que ésta debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece que **cuando existan condiciones y restricciones a las promociones de ventas estas deben ser informadas en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta** siempre que se informe sobre la existencia de dichas restricciones así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

44. Es decir, el anunciante debe informar en cada anuncio publicitario las condiciones y restricciones de la promoción, o en su defecto se encuentra facultado para alternativamente señalar en cada anuncio publicitario la fuente de información gratuita donde pueda tener acceso a las condiciones y restricciones.¹²

6h
45. En el presente caso, por un tema de transparencia y con la finalidad que los consumidores tengan acceso a la mayor cantidad de restricciones de la promoción directamente del mensaje publicitario sin necesidad de acudir a fuentes de información complementarias, en el mismo anuncio se consignó no sólo la indicación de las fuentes de información gratuita donde podrían conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente consignamos en el scroll las restricciones y condiciones que consideramos resultaban de mayor relevancia, hecho que pueda haber ocasionado que el scroll discorra a una velocidad que pueda ser considerada como veloz. Sin embargo el mismo resulta perceptible y legible.

¹² Así ha sido establecido por la Sala de Defensa de la Competencia N°1, en diversos pronunciamientos, ver por ejemplo Resolución N° 0924-2012/SC1-INDECOPI, 0889-2011/SC1-INDECOPI.

46. En este sentido, se puede apreciar que el cumplimiento de la obligación de información establecido por el numeral 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor se verificó con la consignación en los anuncios de las fuentes de información gratuita de las condiciones y restricciones de la promoción, y adicionalmente con indicación de las principales condiciones y restricciones en el propio anuncio televisivo.

47. Por ello, en el supuesto y negado caso que se considere que en condiciones de visualización normales el scroll atraviesa la pantalla a una velocidad tal que resulta imposible su lectura ininterrumpida por los consumidores, se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario no supone una infracción al principio de legalidad. ←

6h
48. En efecto, el hecho que “no se haya consignado en el anuncio publicitario la información sobre las restricciones y condiciones” no constituye una infracción, si es que en dicho anuncio se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita.

49. Por esta razón, de considerarse que la información sobre las restricciones transcurre de manera tal que resulta imposible su lectura, se debe tener presente que ello no ocurriría con la información sobre las fuentes de información gratuitas complementarias, información que se pasa al final del scroll lo cual (adicionado a las demás características del scroll como el contraste y tamaño de las letras) hace que sea de más fácil lectura y perfectamente perceptible por los consumidores. ←

50. En efecto, desde el segundo 22 hasta el segundo 30 del anuncio publicitario se aprecia el siguiente texto en el scroll “Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos”. Es decir 8 segundos demora en transcurrir dicha frase en el scroll, tiempo más que suficiente para que los consumidores perciban la misma y tengan pleno conocimiento de la ←

existencia de restricciones de los canales gratuitos para conocer las mismas.

51. En este orden de ideas, resulta claro que se ha informado adecuadamente a los consumidores que existen términos y condiciones de la promoción a través del mensaje publicitario, remitiéndose a las fuentes de información gratuita.

SE DEBE TENER PRESENTE QUE EL ANUNCIO MATERIA DE IMPUTACIÓN FORMA PARTE DE UNA CAMPAÑA PUBLICITARIA

52. Tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, al momento de absolver el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, el anuncio publicitario materia de la presente denuncia forma parte de una campaña publicitaria.

67
53. Dicha campaña publicitaria debe ser analizada en su conjunto, conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -, el cual establece que “(...) en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.”

54. En efecto, la referida campaña publicitaria de la promoción comercial “10 minutos de felicidad” se encuentra compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, páginas web, y de publicidad impresa, en los cuales se informan los términos y condiciones de la promoción comercial.

55. Así, en caso se considere que existe alguna dificultad en el anuncio televisivo para conocer las restricciones y condiciones de la promoción, se debe realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria, donde se aprecia que se ha informado adecuadamente a los consumidores los términos y condiciones de la promoción comercial incluso por medios impresos colocados principalmente en los puntos de venta y en las tiendas Ripley.



56. Así queda acreditado que no existe intencionalidad alguna por parte de nuestra empresa de inducir a engaño a los consumidores, ya que se ha informado por diversos medios cuales son las condiciones y restricciones de la promoción, y no solo a través del anuncio televisivo imputado.

B) Respecto a los supuestos actos de engaño

57. Ahora bien, a continuación analizamos cada uno de los mensajes publicitarios cuestionados por la Comisión.

En referencia al mensaje (i) sobre la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes.

58. Al respecto la Comisión ha señalado que la parte captatoria del anuncio debe ser analizada de manera conjunta con la información contenida en el scroll.

67 59. Así ha concluido que la parte captatoria del anuncio daría a entender que la promoción comenzaba el 23 de abril de 2012 y no el 30 de ese mes, y que la información que se consignada en el scroll era imperceptible para los consumidores debido a la velocidad a la que transcurría.

60. Discrepamos con lo resuelto por la Comisión ya que el mensaje publicitario no da a entender a los consumidores que la promoción comercial inicia el 23 de abril de 2012, por el contrario en el mismo mensaje publicitario se ha consignado al inicio del mismo que la promoción entrará en vigencia a partir del 30 de abril de 2012. Con respecto a la velocidad a la que discurre el scroll y a la perceptibilidad del mismo, nos remitimos a lo expuesto anteriormente sobre este tema, reiterando que en condiciones normales de visualización en un televisor dicha información sí es perceptible.

61. Se debe tener en consideración que no resulta necesario que los datos referidos a la vigencia de la promoción ocupen el mismo espacio y sea

difundido de la misma manera en que se difunde el mensaje central de la publicidad.

62. En efecto, basta que se informe a los consumidores dentro del mismo mensaje publicitario la fecha de vigencia de la promoción, de manera tal que les sea perceptible, para que se considere que el mensaje no resulta engañoso. ✎

63. En el presente caso, tal como lo hemos señalado al inicio del scroll se consigna expresamente que la promoción comercial iniciará el 30 de abril de 2012.

64. Asimismo, conforme se aprecia de las demás pruebas que obran en autos, que en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la página web de información complementaria gratuita que fue puesta en conocimiento de los consumidores a través del mensaje publicitario televisivo, se detalla la fecha de inicio y de término de la promoción comercial.

65. Por otro lado, se debe tener presente que el anuncio forma parte de una campaña publicitaria, y por lo tanto los consumidores han tenido acceso a otros medios de difusión de la campaña, en especial los afiches impresos que se distribuyeron en los diversos puntos de venta de nuestros productos, en los cuales se hace expresa mención a la fecha de inicio de la promoción, por lo que resulta evidente que no ha existido intencionalidad alguna de nuestra empresa en inducir a error a los consumidores.

En referencia al mensaje (ii) de que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.

66. Al respecto la Comisión ha señalado que las piezas publicitarias cuestionadas no contienen información respecto a la fecha de siempre de los premios principales, considerando que dicha omisión constituye un acto de engaño ya

que los premios principales fueron sembrados en momentos posteriores a la fecha de inicio de la promoción.

67. En este punto, consideramos que no se viene discutiendo ningún tema publicitario, sino más bien se cuestiona el mecanismo de la promoción comercial en sí, hecho que no es materia de investigación dentro de presente procedimiento. En efecto, lo que se cuestiona es que la promoción comercial y el proceso de sembrado de premios autorizado por el Ministerio del Interior resultaría engañoso. (?)

68. Al respecto, debemos de señalar que la promoción comercial y el mecanismo de la misma se encuentra autorizada por el Ministerio del Interior a través de la Resolución Directoral N° 3121-2012-IN-1501, es dicha institución la encargada de aprobar las condiciones bajo las cuales se realizan las promociones comerciales.

69. Es importante advertir, que en el presente caso nuestra empresa ha puesto a disposición de los consumidores información que no se encontraba en obligación de difundir, referida a las fechas en las cuales se realizaría el sembrado de los productos, mediante un anuncio en nuestra página web.

70. Consideramos que dicha información no debe ser necesariamente conocida por los consumidores, ya que dada la mecánica de la promoción y el proceso de sembrado de premios, la misma perdería todo sentido al quitarle el carácter del azar si es que se informara a los consumidores las fechas de sembrado de productos, por ello consideramos que no existe obligación de poner dicha información al alcance de los consumidores. ¶

71. El hecho de no haber incluido dicha información en las piezas publicitarias televisivas no debe ser calificado como un acto de engaño, ya que de haberlo hecho así la promoción comercial y la expectativa generada por el azar de

obtener alguno de los premios mayores se perdería y se desnaturalizaría la promoción comercial.

72. En efecto, si existiera la obligación de informar las fechas de sembrado de premios la campaña promocional carecería de todo sentido, puesto que los consumidores, al saber la fecha exacta del sembrado de los premios optarían por no comprar el producto promocionado durante los días en lo que no existe sembrado de premios, desnaturalizándose de esta manera la promoción comercial, en la cual interviene el azar y en la cual se autoriza al proveedor a hacer publicidad durante toda la vigencia de la promoción.

73. Tomando como válido el argumento esgrimido por la Comisión, sería cuestionable también el hecho que no se haya informado a los consumidores los lugares exactos en los cuales se realizaría el sembrado de los premios, ya que los consumidores que compraron productos en lugares distintos habrían visto defraudadas sus expectativas.

68 74. Asimismo, resultaría cuestionable también el hecho que los premios no sean sembrados, sino distribuidos aleatoriamente dentro de los productos, ya que en el supuesto que los productos que contienen los premios mayores sean adquiridos al inicio de la promoción, los consumidores que adquieran los productos en fechas posteriores y durante la vigencia de la promoción verían frustradas sus expectativas de obtener uno de los premios ya que no tendrían posibilidad alguna de ganar uno de ellos.

75. Se debe tener en cuenta que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios mayores, interviene el azar ya que los puntos de venta donde son sembrados los premios mayores son sorteados en presencia del representante del Ministerio del Interior y de un Notario Público, por ello las fechas y lugares de sembrado son determinados en conjunto con el Ministerio del Interior.

76. Por otro lado, es pertinente advertir que este mecanismo de promoción no perjudica los derechos de los consumidor, sino por el contrario los beneficia ya que al disponerse el sembrado de los premios mayores se evita que estos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden, o que puedan haberse vendido luego de culminada la promoción comercial.

77. En efecto, supongamos por un momento que los premios mayores no hayan sido sembrados, sino que los stickers premiados hayan sido introducidos aleatoriamente dentro de los empaques de los productos, tal como se hizo con los premios menores.

78. En este caso, sería bastante probable que muchos de los productos que contienen esos premios mayores no hayan llegado aún a ningún consumidor final, y se encuentren en alguna tienda. Podría darse el caso también que los productos que contienen dichos premios mayores sean devueltos a nuestra empresa por haber llegado la fecha de vencimiento del producto, sin que estos hayan sido adquiridos por los consumidores.

687
79. En este sentido, resulta claro que la forma de garantizar plenamente que los premios llegan a los consumidores, es mediante el sembrado de los premios mayores, tal cual fue aprobado y autorizado por el Ministerio del Interior, por el contrario las expectativas de los consumidores se hubiesen visto frustradas si es que dichos premios se hubiesen "perdido" durante la cadena de comercialización.

80. Es pertinente advertir que dadas las características del sembrado de premios, los mismos deben ser realizados en fechas específicas aprobadas por el Ministerio del Interior, ya que es necesaria la presencia de un representante del referido ministerio, que fiscalice todo el procedimiento y garantizar de esta manera el cumplimiento en la entrega de los premios, sin embargo este hecho

no puede ser considerado como una vulneración a las expectativas de los consumidores a obtener uno de dichos premios, ya que es finalmente el azar el que determina quienes son los ganadores.

81. Sin perjuicio de ello, debemos de señalar que los consumidores durante la vigencia de toda la promoción han tenido la posibilidad de obtener algún premio, ya que desde la fecha de inicio se encontraban en el mercado productos que contenían los diversos premios ofrecidos en la promoción, siendo el caso que únicamente los premios mayores (dado su carácter especial) fueron sembrados conforme los mecanismos establecidos por el Ministerio del Interior.

82. Asimismo, se debe tener en consideración que es una práctica usual que en las promociones comerciales se siembre los premios, sobre todo los premios mayores, con la finalidad de evitar que estos se "pierdan" dentro de la cadena de distribución, y que los consumidores finalmente reciban y tengan la posibilidad efectiva de hacerse acreedores de los premios ofrecidos.

687

83. Este mecanismo de distribución de los premios de una promoción comercial no constituye ninguna vulneración de las expectativas de los consumidores, ya que el ganar o no un premio se encuentra determinado por el azar, por esto un consumidor que no gane un premio no verá vulneradas sus expectativas, ya que está dentro de las posibilidades el adquirir un producto que no se encuentre premiado.

En referencia al mensaje (ii) Que sobre la base de la información "Los paquetes no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

84. En este punto, la Comisión ha señalado que "con esta afirmación los consumidores no pueden advertir de manera alguna qué lotes (considerando

fecha de producción, envasado, entre otros) de los productos Sublime dentro de la promoción formaron parte de la misma (...) Hecho que lleva a la Comisión a concluir que ese mensaje publicitario también fue engañoso”

85. Se debe de tener presente que participan de la promoción los productos de la marca Sublime, siendo el caso que los productos premiados han sido introducidos en el mercado desde el inicio de la promoción, lo cual no supone un engaño a los consumidores, ni una frustración de sus expectativas.
86. Es preciso advertir, que no es obligación del proveedor el marcar de manera distintiva los productos que producidos luego de lanzada la promoción, más aun si se tiene en cuenta que no todos los productos producidos contienen premios, sino sólo algunos de ellos y porque esta no ha sido una condición requerida por el Ministerio del Interior al autorizar la promoción.
- 68 87. En el presente caso, consideramos que en realidad la Comisión no está cuestionando el aviso publicitario en sí mismo, en el cual como bien afirma se señala que los empaques de los productos no están marcados, sino más bien lo que se está cuestionado una vez más es el mecanismo de la propia promoción comercial autorizada por el Ministerio del Interior, lo cual no es materia de análisis dentro del presente procedimiento.
88. En efecto, en la pieza publicitaria cuestionada no se emite ningún mensaje engañoso o que induzca a error a los consumidores respecto de las características la promoción, sino que por el contrario se señala expresamente que los empaques de los productos no están marcados, hecho cierto y real, por ello consideramos que no sería posible concluir que dicho mensaje resulta engañoso y que hayamos incurrido en un acto de competencia desleal.

IV.3 CON RESPECTO A LA GRADUACION DE LA SANCIÓN

89. Consideramos que la Comisión ha incurrido en una serie de errores y omisiones al momento de motivar y graduar la sanción, motivo por el cual se deberá declarar la nulidad de la resolución impugnada.

(i) No se ha aplicado el principio de concurso de infracciones

90. En el presente caso la Comisión no ha aplicado el principio de concurso de infracciones establecido en el numeral 6, del artículo 230 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala expresamente lo siguiente:

“6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”

68
91. Este principio ha sido utilizado por la diversas Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Así por ejemplo la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 mediante Resolución N° 0752-2012/SC2-INDECOPI resolvió *“Revocar la Resolución 2522-2001/CPC emitida el 21 de setiembre de 2011 por la Comisión de Protección al Consumidor Sede Lima Sur N° 1 que determinó en el caso de Soyuz S.A. multas de 100 UIT y 200 UIT por infracción de los artículos 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor, y aplicó a Soyuz S.A. la sanción más gravosa de 200 UIT en atención al concurso de infracciones verificado en el procedimiento. En consecuencia, y en aplicación del principio de predictibilidad, se fijan dichas multas en 60 UIT y 110 UIT, respectivamente, imponiendo a Soyuz S.A. solo esta última tomando en cuenta el referido concurso de infracciones.”* (negrita y subrayado añadidos).

92. Es por ello que, si la Comisión consideró que a raíz de la difusión del anuncio materia de imputación incurrimos en diversas infracciones debió aplicar únicamente la sanción de multa considerada para la infracción más

grave, y no sumar la multa impuesta por cada una de las infracciones que consideró que habíamos cometido. ←

93. En efecto, conforme se aprecia de la resolución impugnada, la Comisión al momento de graduar la sanción ha sumado cada una de las multas impuestas por las diferentes infracciones que fueron materia de sanción, sin tener presente el principio de concurso de infracciones antes aludido.

94. En tal sentido, aplicando dicho principio en el presente caso solo debió imponerse la sanción de multa correspondiente a la infracción calificada como de mayor gravedad, y no sumarse las multas de cada una de las infracciones verificadas.

(ii) No se han detallado cual es el beneficio ilícito obtenido por la supuesta conducta infractora y se ha determinado el mismo sin tener presente el real supuesto beneficio ilícito obtenido y no se han aplicado otros criterios relevantes para graduar las sanciones vulnerando el principio de razonabilidad. No existe una debida motivación.

6h 95. Conforme se aprecia de lo expuesto por la Comisión al momento de graduar la sanción por los supuestos tres actos de engaño, con respecto al supuesto beneficio ilícito obtenido por la comisión de las infracciones, el único elemento utilizado para determinar el mismo ha sido la relevancia del mensaje que se desprendería de la publicidad infractora y no ha tenido en cuenta otros elementos necesarios para determinar el supuesto beneficio ilícito, tales como el incremento de los ingresos en la venta de los productos con respecto a periodos en los cuales no se anuncia ninguna promoción, y otros elementos cuantitativos que han podido ser utilizados para calcular el supuesto beneficio ilícito.

96. Consideramos que no se ha tenido presente como circunstancia atenuante la existencia de otros anuncios de la campaña publicitaria de la promoción como la publicidad impresa presente en los diversos puntos de venta, en los cuales no se aprecia el defecto alegado por la Comisión.

97. Por ello, consideramos que la graduación de las sanciones no se encuentran debidamente motivadas.

(iii) No resulta aplicable la reincidencia invocada por la Comisión. Falta de motivación.

98. En el presente caso, la Comisión ha considerado que somos reincidentes en la supuesta conducta infractora, ya que mediante Expediente acumulado N° 061-2009/CCD y N° 073-2009/CCD se impuso una sanción de multa de 400 UIT por la supuesta comisión de actos de engaño, sin embargo **no se han expuesto las razones por las cuales se concluye que resulta aplicable la figura de la reincidencia en el presente caso.**

99. En efecto, en los considerandos de la resolución impugnada no se hace mención alguna a las causas y razones que llevaron a la Comisión a concluir que la conducta materia del presente procedimiento es una conducta reincidente.

6h 100. Sin perjuicio de ello, consideramos que **no existe relación de semejanza entre las conductas que fueron materia de denuncia en los expedientes antes citados y las conductas que son materia de investigación dentro del presente procedimiento, como para poder calificar a estas últimas como conductas reincidentes.**

101. En efecto, en el procedimiento seguido bajo el Expediente acumulado N° 061-2009/CCD y N° 073-2009/CCD sancionaron a nuestra empresa por hechos sustancialmente distintos (tal como no haber puesto a disposición de los consumidores la selección completa de helados que regularmente ofrecíamos en el mercado), que reiteramos, no guardan relación de semejanza con los hechos que son materia de este procedimiento.

102. Consideramos que **la multa calculada y graduada en su oportunidad para aplicar una sanción por una promoción comercial de helados, con**

supuestos beneficios ilícitos obtenidos en dicha oportunidad, son totalmente distintos a los beneficios obtenidos por las ventas del producto Sublime, motivo por el cual no se puede aplicar dicha multa base al considerarse una supuesta reincidencia, ya que ello vulneraría el principio de razonabilidad.

103. En efecto, en el presente caso nos encontramos frente a un producto de naturaleza totalmente distinta al de los productos que fueron materia de una sanción previa, nos encontramos también frente a dos promociones comerciales de naturaleza completamente distintas, siendo el caso que los beneficios de la promoción comercial del conjunto de helados por nosotros fabricados fueron de envergadura totalmente distinta a los beneficios obtenidos por la promoción comercial de un solo producto, en este caso Sublime.

(iv) En caso se consideren a las conductas imputadas como reincidentes, no se ha tenido presente que en el antecedente invocado por la Comisión la sanción de 400 UIT fue impuesta por diversas infracciones y no solo por un supuesto acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, motivo por el cual no se puede tomar como multa base dicha sanción.

687 104. La Comisión ha considerado para graduar las sanciones impuestas por los supuestas actos de engaño que las conductas materia del presente procedimiento son reincidentes, lo que constituiría un agravante y por lo tanto la sanción a imponerse no debería ser menor que la sanción precedente, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 -.

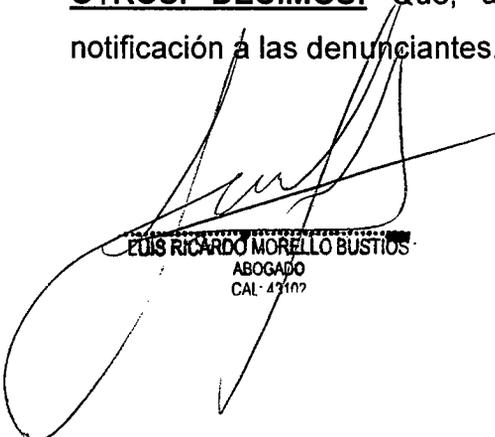
105. No se ha tenido presente al momento de establecer la multa base de 400 UIT, ateniendo a la supuesta reincidencia, que en el procedimiento invocado nuestra empresa fue sancionada no solo por la comisión de un acto de engaño, sino que dicha sanción de 400 UIT abarcaba también la sanción por infracciones distintas.

106. En tal sentido, la anterior sanción de 400 UIT no puede ser utilizada como multa base para la graduación de la sanción en el presente procedimiento, ya que esta incluye multas por diversas infracciones.

POR TANTO:

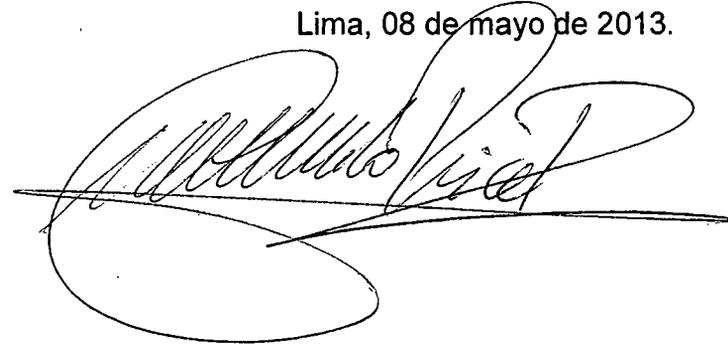
Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley, declarando la **NULIDAD y/o REVOCANDO** la resolución impugnada.

OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos copias del presente escrito para la notificación a las denunciantes.



LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CAL: 47117

Lima, 08 de mayo de 2013.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO (IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ASPEC)

IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)

MATERIA : CONCESORIO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN N° : 2

Lima, 15 de mayo de 2013.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, toda vez que en aplicación del principio "non bis in idem" en su faz procesal, antes de la denuncia interpuesta por Aspec, existía una denuncia en trámite presentada por Idom, imputándole los mismos hechos.

La mencionada resolución fue notificada a Aspec el 23 de abril de 2013, quien interpuso recurso de apelación contra la misma el 8 de mayo de 2013.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Comisión analizar si debe conceder el recurso de apelación presentado por Aspec.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

El artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, establece que las resoluciones de las Comisiones podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

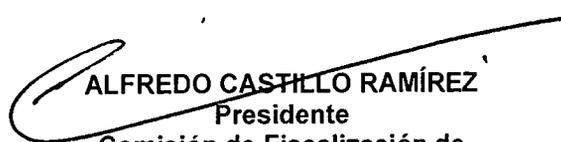
Para tal efecto, el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal establece un plazo de diez (10) días hábiles para interponer el recurso de apelación contra la resolución final de la Comisión.

Debe considerarse que, en el presente caso, Aspec ha presentado recurso de apelación contra la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI, dentro del plazo establecido por ley y ha cumplido con los requisitos establecidos por las normas vigentes.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

CONCEDER el recurso de apelación presentado por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios el 8 de mayo de 2013.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
 Presidente
 Comisión de Fiscalización de
 la Competencia Desleal



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
(IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
(ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIA : CONCESORIO DE APELACIÓN
RESOLUCIÓN N° : 3

Lima, 15 de mayo de 2013.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, la Comisión declaró: (i) fundada la denuncia presentada por Idom en contra de Nestlé, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal; y, (ii) fundada la imputación hecha de oficio por la Secretaría Técnica en contra de Nestlé por la infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 del mencionado cuerpo normativo; sancionándola con una multa de cuatrocientas treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias.

La mencionada resolución fue notificada a Nestlé el 24 de abril de 2013, quien interpuso recurso de apelación contra la misma el 9 de mayo de 2013.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Comisión analizar si debe conceder el recurso de apelación presentado por Nestlé.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

El artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, establece que las resoluciones de las Comisiones podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Para tal efecto, el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal establece un plazo de diez (10) días hábiles para interponer el recurso de apelación contra la resolución final de la Comisión.

Debe considerarse que, en el presente caso, Nestlé ha presentado recurso de apelación contra la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI dentro del plazo establecido por ley y ha cumplido con los requisitos establecidos por las normas vigentes.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

CONCEDER el recurso de apelación presentado por Nestlé Perú S.A. el 9 de mayo de 2013.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

MEMORÁNDUM N° 235-2013/CCD

000404

A : **Mónica Gálvez Paiba**
Secretaria Técnica
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

DE : **Abelardo Aramayo Baella**
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

ASUNTO : **Eleva Expedientes**

Adjunto al presente los siguientes expedientes:

1. Expediente N° 103-2012/CCD (3 tomos, 617 fojas), seguido por Novatronic S.A. en contra de Sanms Servicios de Ingeniería S.A., que se remite conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 3 emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.
2. Expediente acumulado N° 104-2012/CCD, 108-2012/CCD y 172-2012/CCD (2 tomos, 403 fojas), seguido por Instituto del Derecho Ordenador de Mercado y Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios -ASPEC en contra de Nestlé Perú S.A., que se remite conforme a lo dispuesto por las Resoluciones N° 2 y N° 3 emitidas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.


Lima, 4 de junio de 2013



Adj.-

- Cuaderno de información confidencial del Expediente N° 103-2012/CCD presentado por Novatronic S.A.C. (Fojas 287 a 411 y 414 a 418).
- Cuaderno de información confidencial del Expediente N° 103-2012/CCD presentado por Sanms Servicios de Ingeniería S.A. (Fojas 253 a 256).
- Cuaderno de información confidencial del Expediente acumulado N° 104-2012/CCD, 108-2012/CCD y 172-2012/CCD presentado por Nestlé Perú S.A. (Fojas 237 a 248, 255 a 266, 272 a 281 y 303 a 306).

Calle La Prosa 104 – San Borja

EXPEDIENTES EN COMISIÓN N° : 104-2012/CCD - 108-2012/CCD - 172-
2012/CCD (ACUMULADOS)

EXPEDIENTE EN SALA N°: 909-2013/SDC

DENUNCIANTE : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIADO : NESTLÉ PERÚ S.A.

PROVEIDO N° : 1

Lima, 10 de julio de 2013

El 4 de junio de 2013, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha recibido los Expedientes N° 104-2012/CCD - 108-2012/CCD - 172-2012/CCD (Acumulados) remitido como resultado de los recursos de apelación interpuestos por Nestlé Perú S.A. y por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI.

En ese sentido, póngase en conocimiento de las partes los recursos de apelación para que, de considerarlo pertinente y en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la presente, hagan conocer su posición respecto de los argumentos expuestos en dicho recurso y aporten cualquier elemento, hecho o fundamento que pueda ser de utilidad para resolver el asunto que es materia de discusión en esta instancia.

De conformidad con el artículo 31 inciso 2 del Decreto Legislativo 1033, el Presidente de la Comisión, el Secretario Técnico de la Comisión o la persona designada por el primero, podrá apersonarse ante esta instancia a fin de sustentar y defender la resolución apelada.

MÓNICA GÁLVEZ PAIBA
Secretaria Técnica

MAZ/ebh

2013 JUL 25 PM 12: 56

Expediente : N° 909-2013/SDC

SOLICITA INFORME ORAL

092402

RECIBIDO

UNIDAD DE TRAMITE

A LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., debidamente representado por su abogado Luis Ricardo Morello Bustíos con registro CAL 43102, en el procedimiento seguido en nuestra contra por la presunta comisión de actos de competencia desleal, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, con fecha 18 de julio de 2013 hemos sido notificados con el Proveído N° 1, mediante el cual nos informan que han recibido el presente expediente atendiendo al recurso de apelación presentado contra la Resolución N° 080-2013/CCD.

Atendiendo a que se encuentra pendiente de resolver el referido recurso, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política y del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI –, solicitamos se convoque a audiencia de informe oral y se otorgue el uso de la palabra a nuestros abogados patrocinantes Dr. Enrique Gherzi Silva y/o Martín Ruiz Andía y/o Luis Ricardo Morello Bustíos a fin de que sustenten oralmente el referido recurso y puedan exponer los argumentos de defensa de nuestra empresa.

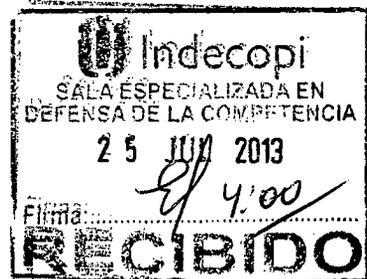
POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y se conceda el informe oral solicitado.



LUIS RICARDO MORELLO BUSTÍOS
ABOGADO
CAL: 43102

Lima, 23 de julio de 2013.



2013 AGO 8 PM 4 30

RECIBIDO
UNIDAD DE
DOCUMENTACIÓN

Expediente en Sala: N° 909-2013/SDC.

Copias: 1
000411

Sumilla: Téngase presente.

099072

A LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI.-

ASOCIACION PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC, en los seguidos contra NESTLE PERU S.A, ante usted nos presentamos respetuosamente y exponemos lo siguiente:

Que, siendo notificados con el proveído N° 1, de fecha 17 de julio del presente, donde se nos solicita aportar hechos o fundamentos que pudiesen ser de utilidad para resolver el asunto que es materia de discusión en este procedimiento.

Cumplimos con presentar nuestros descargos y contradecimos los argumentos aludidos por la denunciada, por las razones que a continuación exponemos:

La denunciada cuestiona la resolución emitida por la Comisión, considerando que se ha incurrido en errores de hecho y derecho; vulnerando el Debido Procedimiento y el Principio de Legalidad. A continuación contradecimos los argumentos esgrimidos por la denunciada contra la resolución:

- 1) **Se incurre en error al resolver que los tres mensajes publicitarios son engañosos, ya que no se tiene presente la información difundida a través del scroll publicitario y resuelve respecto a aspectos de la promoción comercial.**

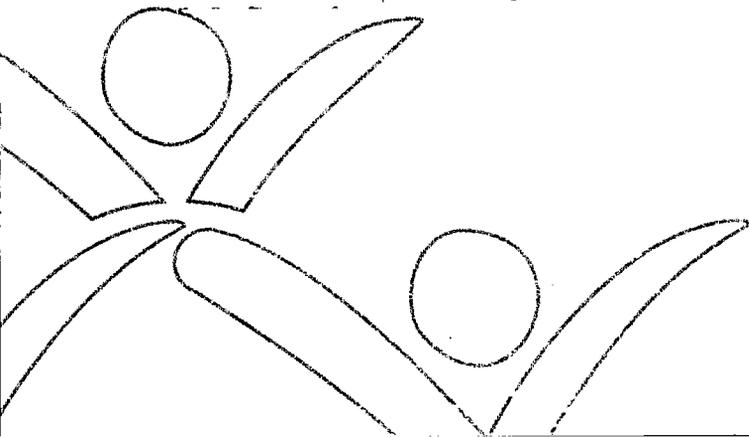
Hay que considerar que, cualitativamente, la empresa no considera que la velocidad del scroll no llega a ser perceptible para los consumidores comunes y corrientes en condiciones normales. Lo cual implica, en la práctica, una violación del derecho a la información que asiste a los consumidores.

Norma I. Quispe Huancaya
ABOGADA
C.A.L. 53307

 Indecopi
SALA ESPECIALIZADA EN
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
09 AGO 2013
9:40
Firma: _____
RECIBIDO

www.aspec.org.pe

Av. José Ramírez Gastón 175
Miraflores - Lima - Perú
Teléfono (511) 448 5000
Telefax (511) 260 8279
✉ aspec@aspec.org.pe



Asimismo, es necesario acotar que las condiciones de visualización deben estar acorde a los Principios de Transparencia y de Corrección de Asimetría y al Art 2° del CPDC, que consigna la obligación inexcusable del proveedor de ofrecer información relevante al consumidor.

Siguiendo esta línea de ideas, debemos mencionar también que cuantitativamente, no se ha determinado qué porcentaje del total de los anuncios estuvo constituido por los mencionados scrolls.

- 2) *Se incurre en error al momento de graduar la sanción impuesta.(i) no se ha aplicado el principio de concurso de infracciones(ii) no se ha detallado el beneficio ilícito (iii) no resulta aplicable la reincidencia aplicada(IV) no se ha tenido presente el antecedente invocado que la sanción aplicada anteriormente fue por diversas infracciones.*

El beneficio ilícito se traduce en los miles de consumidores que son influenciados por el mensaje engañoso y que, confiando en su contenido, adquieren el producto promocionado. De esta forma se vulnera, la buena fe de los consumidores que incentivados por los premios que pueden ganar, no advierten con precisión una serie de detalles que le son reiteradamente comunicados en forma deliberadamente inadecuada. ←
Ejemplo: La fecha de vigencia del sorteo.

- 3) *Se vulnera el derecho de defensa de la denunciada, al no admitir que se lleve a cabo una audiencia de visualización del mensaje publicitario.*

Para objetar de manera adecuada este argumento, nos permitimos citar, el art 35° del D.L 807 – **Facultades, Normas y Organización de INDECOPI**- que detalla lo siguiente:

“Una vez puesto en conocimiento de la comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante esta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedara a criterio de la comisión, según la importancia y trascendencia del caso”.

Del texto transcrito queda claro que, si la empresa –fuera de la etapa probatoria- quiere que se lleve a cabo la referida “Visualización”, la Comisión está en toda su potestad derecho de denegar la mencionada solicitud, debido a que dicha norma contempla la facultad “exclusiva” de la comisión el conceder a cualquiera de las partes el informe oral. ←

RESULTA IGUALMENTE SORPRENDENTES LOS ARGUMENTOS DE LA DENUNCIADA QUE NOS PERMITIMOS RESPONDER A CONTINUACION:

- 1) *El texto es perfectamente legible de manera ininterrumpida en condiciones normales de visualización en un televisor. Por ello, es necesario que el anuncio sea analizado en condiciones normales en un televisor.*

Este argumento resulta completamente inaudito. El mensaje sólo podría ser visualizado "en condiciones normales" siempre que:

- El consumidor no vea lo que ocurre en las escenas que se muestran en el anuncio sino que sólo preste atención a las diminutas letras que aparecen en la parte inferior de la pantalla del Televisor.
- El consumidor esté capacitado para leer con extrema rapidez
- La vista del consumidor se encuentre en tan buen estado (20/20) que le permita distinguir desde una distancia razonable los textos mencionados.

En todo caso, se trata de una serie de exigencias que sobrepasan con creces los estándares normales exigibles a un consumidor promedio. En efecto, la información debe ser comprensible para los consumidores de toda edad, aun cuando padezcan alguna deficiencia, en el sentido de la vista. Esta información debe ser además perceptible, tanto en un televisor como en una computadora, dado que a través de estos dos aparatos, se difunde en masa la publicidad. X

- 2) *No existe disposición legal con respecto al tiempo que debe demorar el scroll, basta solo tener presente que dicha información sea perceptible para los consumidores, así se estaría cumpliendo con el art 14 del CPDC.*

Se debe considerar que el derecho a la información implica, el deber de los proveedores de consignar en los anuncios publicitarios la parte sustancial y vital de la publicidad, pero de manera que el consumidor capte, comprenda y analice el mensaje que transmite el anunciante. En consecuencia, un texto que discurre a toda velocidad en la parte inferior de una escena destinada a captar la atención de los consumidores constituye una clara vulneración de sus derechos. }

- 3) **Basta que se informe a los consumidores, dentro del mismo mensaje publicitario la fecha de vigencia de la promoción, de manera tal que se les sea perceptible, para que no se le considere engañoso.**

No basta que el proveedor emita la información, sino que dicha información debe ser perceptible por el consumidor durante la fecha efectiva de vigencia de la promoción, no antes ni después, porque sino confundiría y, eventualmente, perjudicaría los derechos a la información y a la protección de los intereses económicos que asisten al consumidor.

- 4) **Es importante advertir que la empresa ha puesto a disposición de los consumidores información que no se encontraba en obligación de difundir, referente a las fechas en la cuales se realizaría el sembrado de los productos, mediante un anuncio en su página web.**

En base al razonamiento aplicado por la empresa, las relaciones de consumo se verían gravemente afectadas al no tomar en cuenta la asimetría informativa, que se hace evidente en el presente caso y que causa un perjuicio a los consumidores al momento de acceder a las promociones.

- 5) **No se ha detallado el beneficio ilícito obtenido por la supuesta conducta infractora y se ha determinado el mismo sin tener presente el real supuesto. No existe una debida motivación.**

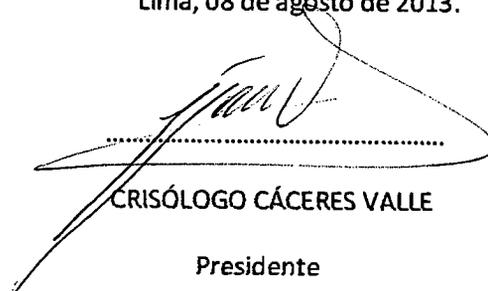
El beneficio que obtiene la empresa, se origina por todos aquellos productos que fueron adquiridos por los consumidores que erróneamente creyeron que la promoción ya se encontraba vigente cuando en verdad no era así. Ellos compraron los productos basados en una expectativa que la denunciada generó en ellos y que, en la práctica, no era real. Esto motivo que la empresa obtuviera un lucro a expensas de los consumidores que, de otro modo, no hubiera percibido.

POR TANTO:

Solicitamos a la sala tener en cuenta lo expuesto al momento de resolver y en tal virtud, pedimos que se confirme en todos sus extremos la resolución apelada.

Lima, 08 de agosto de 2013.


 Karina A. Quispe Huancaya
 ABOGADA
 C.A.L. 53307


 CRISÓLOGO CÁCERES VALLE
 Presidente

EXPEDIENTE EN COMISIÓN N°: 000104-2012/CCD -- 000108-2012/CCD --
000172-2012/CCD (ACUMULADOS)
EXPEDIENTE EN SALA N° : 000909-2013/SDC
DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO
ORDENADOR DEL MERCADO/
ASOCIACIÓN PERUANA DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS/
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIADO : NESTLÉ PERÚ S.A.
PROVEÍDO N° : 2

Lima, 20 de marzo de 2014

El 25 de julio de 2013, Nestlé Perú S.A. presentó un escrito solicitando que se conceda a sus representantes el uso de la palabra.

Teniendo en consideración que la Sala va a emitir su pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, debe citarse a audiencia de informe oral, la misma que se realizará el día 3 de abril de 2014 a las 14:15 horas en el local del INDECOPI, sito calle La Prosa 104, San Borja. Para estos efectos, cada parte dispondrá de cinco (5) minutos para hacer uso de la palabra. A efecto de facilitar el desarrollo de las exposiciones, sólo podrá utilizarse el equipo que pone a disposición el INDECOPI, previa solicitud de éste con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.

Asimismo, debe ponerse en conocimiento de las partes que, constituye potestad de la Sala determinar qué medios probatorios serán admitidos en la presentación del informe oral.


ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

BDZ

M-SDC-04/1A

Notificación N° 1927-2014/SDC-INDECOPI

CARGO



**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN
PROVEÍDO N° 2**

Lima, 20 de marzo de 2014

Expediente en Comisión N° 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(ACUMULADOS)
Expediente en Sala N° 000909-2013/SDC

Señores

COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Calle de la Prosa N° 104

San Borja.-

Cumplo con remitirles la presente, en atención al pedido formulado por Nestlé Perú S.A., para que se conceda a sus representantes el uso de la palabra.

Teniendo en consideración que la Sala va a emitir su pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, se cita a audiencia de informe oral el día 3 de abril de 2014 a las 14:15 horas en el local del INDECOPI sito calle La Prosa 104, San Borja. Para estos efectos, cada parte dispondrá de cinco (5) minutos para hacer uso de la palabra. A efecto de facilitar el desarrollo de las exposiciones, sólo podrá utilizarse el equipo que pone a disposición el INDECOPI, previa solicitud de éste con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.

Asimismo, pongo en su conocimiento que, constituye potestad de la Sala determinar qué medios probatorios serán admitidos en la presentación del informe oral.

Atentamente,


ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

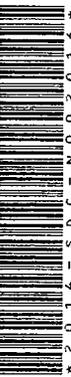
Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, favor considerar lo siguiente:

Atención Telefónica:

Horario de atención de lunes a viernes de 8:30 am. a 12:00 pm.

Teléfono 224-7800, anexo 7723

BDZ



000017



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

CARGO

Notificación N° 1925-2014/SDC-INDECOPÍ

**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN
PROVEÍDO N° 2**

Lima, 20 de marzo de 2014

*Yari Nodalí Pizarro Lora
Laboral*

47475368

25-03-2014. 03:59 pm.

Expediente en Comisión N° 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(ACUMULADOS)
Expediente en Sala N° 000909-2013/SDC

Señores
INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
Casilla N° 78 del Indecopi
San Borja.-

Cumplo con remitirles la presente, en atención al pedido formulado por Nestlé Perú S.A., para que se conceda a sus representantes el uso de la palabra.

Teniendo en consideración que la Sala va a emitir su pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, se cita a audiencia de informe oral el día 3 de abril de 2014 a las 14: 15 horas en el local del INDECOPÍ sito calle La Prosa 104, San Borja. Para estos efectos, cada parte dispondrá de cinco (5) minutos para hacer uso de la palabra. A efecto de facilitar el desarrollo de las exposiciones, sólo podrá utilizarse el equipo que pone a disposición el INDECOPÍ, previa solicitud de éste con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.

Asimismo, pongo en su conocimiento que, constituye potestad de la Sala determinar qué medios probatorios serán admitidos en la presentación del informe oral.

Atentamente,

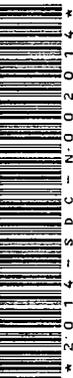
ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, favor considerar lo siguiente:

- **Atención Telefónica:**
Horario de atención de lunes a viernes de 8:30 am. a 12:00 pm.
Teléfono 224-7800, anexo 7723

BDZ

M-SDC-04/1A



25 MAR 2014

000418



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

ASPEC
Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios

25 MAR. 2014 25/3/14

RECIBIDO

Hora: 09:45 Firma: [Signature]

CARGO

Notificación N° 1926-2014/SDC-INDECOPÍ

**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN
PROVEÍDO N° 2**

INMEDIATO

Lima, 20 de marzo de 2014

Expediente en Comisión N° 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(ACUMULADOS)
Expediente en Sala N° 000909-2013/SDC

Señores
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
Av. José Ramírez Gastón N° 151
Miraflores.-

Cumplo con remitirles la presente, en atención al pedido formulado por Nestlé Perú S.A., para que se conceda a sus representantes el uso de la palabra.

Teniendo en consideración que la Sala va a emitir su pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, se cita a audiencia de informe oral el día 3 de abril de 2014 a las 14:15 horas en el local del INDECOPÍ sito calle La Prosa 104, San Borja. Para estos efectos, cada parte dispondrá de cinco (5) minutos para hacer uso de la palabra. A efecto de facilitar el desarrollo de las exposiciones, sólo podrá utilizarse el equipo que pone a disposición el INDECOPÍ, previa solicitud de éste con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.



Asimismo, pongo en su conocimiento que, constituye potestad de la Sala determinar qué medios probatorios serán admitidos en la presentación del informe oral.

Atentamente,

[Signature]
ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, favor considerar lo siguiente:

- **Atención Telefónica:**
Horario de atención de lunes a viernes de 8:30 am. a 12:00 pm.
Teléfono 224-7800, anexo 7723
- BDZ

23 MAR 2014

CARGO

Notificación N° 1924-2014/SDC-INDECOPI

**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN
PROVEÍDO N° 2**

INMEDIATO

Lima, 20 de marzo de 2014

Expediente en Comisión N° 104-2012/CCD

108-2012/CCD

172-2012/CCD

(ACUMULADOS)

Expediente en Sala N° 000909-2013/SDC

OF. DE NOTIFICACIONES JUDICIALES
SEDE PALACIO DE JUSTICIA - R.P.C.

2014 MAR 26 PM 1:42

OFICINA DE ABOGADOS
DE LIMA

013262

Señores
NESTLÉ PERÚ S.A.

Casilla N° 1547 del Colegio de Abogados de Lima, Sede Palacio de Justicia
Lima Cercado.-

Se remite la presente, en atención al pedido formulado por ustedes, para que se conceda a sus representantes el uso de la palabra.

Teniendo en consideración que la Sala va a emitir su pronunciamiento sobre el tema materia de controversia, se cita a audiencia de informe oral el día 3 de abril de 2014 a las 14:15 horas en el local del INDECOPI sito calle La Prosa 104, San Borja. Para estos efectos, cada parte dispondrá de cinco (5) minutos para hacer uso de la palabra. A efecto de facilitar el desarrollo de las exposiciones, sólo podrá utilizarse el equipo que pone a disposición el INDECOPI, previa solicitud de éste con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles.

Asimismo, pongo en su conocimiento que, constituye potestad de la Sala determinar qué medios probatorios serán admitidos en la presentación del informe oral.

Atentamente,

ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

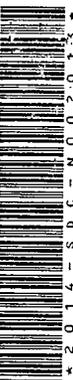
Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, favor considerar lo siguiente:

Atención Telefónica:

Horario de atención de lunes a viernes de 8:30 am. a 12:00 pm.
Teléfono 224-7800, anexo 7723

BDZ

M-SDC-04/1A





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000424

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL
MERCADO
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL

IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.¹
COMPETENCIA DESLEAL

MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
NULIDAD

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCATEOS

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC contra Nestlé Perú S.A. La razón es que no se ha verificado una vulneración al principio del non bis in ídem en su vertiente procesal, en tanto que al momento en que la referida asociación presentó su denuncia, no existía un pronunciamiento previo al respecto, por tal motivo, lo que correspondía, era acumular la denuncia de ASPEC al procedimiento que ya se encontraba en trámite.

De otro lado, se declara la **NULIDAD** de la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013 en los extremos que: (i) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé Perú S.A., (ii) declaró fundada la denuncia presentada por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (IDOM) contra Nestlé Perú S.A. por la comisión de actos de engaño, (iii) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé Perú S.A. con una multa ascendente a 435 Unidades Impositivas Tributarias; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. Ello, toda vez que se ha contravenido el artículo IV numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, y el artículo 166 del referido cuerpo normativo.

¹ Identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) 20263322496.
M-SDC-02/1A

000421

LO TARJADO NO VALE



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000425

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

La razón es que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, vulneró el derecho a probar de Nestlé Perú S.A. al rechazar la actuación de un medio probatorio pertinente para dilucidar la controversia, sin fundamentar adecuadamente su decisión.

4

Lima, 11 de abril de 2014

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de junio de 2012, el Instituto Ordenador del Mercado (en adelante, IDOM), interpuso una denuncia contra Nestlé Perú S.A. (en lo sucesivo, Nestlé), por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto de infracción previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). IDOM sustentó su denuncia en lo siguiente²:
 - (i) Nestlé difundió una campaña publicitaria a través de distintos medios, en la que se ofrecía la posibilidad de encontrar dentro de los chocolates Sublime, 40 (cuarenta) vales de compra de S/. 5 000,00 (Cinco mil y 00/100 Nuevos Soles) y vales de descuento para ser usados en la tienda Ripley;
 - (ii) la fecha de inicio de la promoción, no coincidía con la fecha de inicio de la difusión de la publicidad;
 - (iii) en dicha campaña se señaló que los productos que entrarían en la promoción no estarían marcados, lo que puede generar que el consumidor no se encuentre en la capacidad de distinguir de manera clara, fácil y oportuna entre el producto que sí podría contener la promoción del que no, debido a que por ejemplo, fue producido antes de su entrada en vigencia;
 - (iv) los cuarenta premios principales, esto es, los cuarenta vales de compras en Ripley, serían puestos a disposición de los consumidores recién a partir del 3 de mayo de 2012, a pesar de que la publicidad de la campaña fue difundida desde el 23 de abril de 2012;
 - (v) se han creado falsas expectativas en quienes acudieron a comprar los productos Sublime, pues Nestlé no ha consignado de forma clara las restricciones y condiciones de su promoción; y,

² Denuncia tramitada bajo el Expediente 104-2012/CCD.
2/19



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

(vi) solicitó el pago de costas y costos.

2. El 25 de junio de 2012, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, ASPEC) interpuso una denuncia contra Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño, sobre la base de las mismas conductas y argumentos señalados por IDOM en su denuncia. Asimismo, solicitó el reintegro de costas y costos y participar de un porcentaje de la multa a imponerse a Nestlé³.
3. Mediante Resolución s/n del 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Nestlé la presunta comisión de actos de engaño, debido a que la campaña publicitaria denominada "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime" daría a entender erróneamente a los consumidores que:
 - (i) la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando se habría iniciado realmente el 30 de abril de 2012, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha;
 - (ii) los 40 (cuarenta) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de los consumidores a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los referidos premios recién habrían sido puestos a disposición de estos a partir del 3 de mayo de 2012, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha; y,
 - (iii) sobre la base de la afirmación "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime –en sus presentaciones participantes– ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante su vigencia.
4. Por Resolución s/n del 18 de julio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó de oficio a Nestlé una presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al existir indicios razonables que en la publicidad televisiva de la promoción "Sublime", la restricción de acceso referida a

³ Denuncia tramitada bajo el Expediente 108-2012/CCD
3/19



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

000423
LO TARJADO
NO VALE

000427

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

que la promoción es "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo", discurre a tal velocidad que no permitiría su lectura ininterrumpida, hecho que podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 14.2 del Código de Consumo⁴.

5. El 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos respecto a la presunta comisión de actos de engaño, señalando lo siguiente:
- (i) la promoción "10 minutos de felicidad" consistía en que los consumidores podían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un *sticker* premiado con cualquiera de los premios antes mencionados. Dicha promoción fue aprobada por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, por Resolución Directoral 3121-2012-IN-501;
 - (ii) entre los medios con los que se difundió la promoción en cuestión, se encontró la televisión donde se presentó un anuncio que contiene un *scroll* por el que se pone a conocimiento de los consumidores diversa información sobre las condiciones y restricciones de la promoción, asimismo se deja constancia de las fuentes de información gratuita a la que estos consumidores pueden acceder;
 - (iii) el referido *scroll* se muestra durante la totalidad del anuncio publicitario, posee un alto contraste y está consignado con caracteres de un tamaño y color adecuados. En condiciones normales de exposición en un televisor se puede dar lectura ininterrumpida a la información que contiene;
 - (iv) las características del referido *scroll* se encuentran sujetas únicamente a las pautas generales establecidas en el artículo 14 de la Ley 29571 –Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), dispositivo que establece que las condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sean fácilmente perceptibles por el consumidor;
 - (v) en caso se considere que las condiciones y restricciones señaladas en el *scroll* transcurren a una velocidad tal que no es posible su lectura ininterrumpida por los consumidores, se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario

⁴ Tramitada bajo el Expediente 172-2012/CCD.

LO 100000494
NO VALE 24



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000428

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

no supone una infracción al principio de legalidad, si es que se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita;

- (vi) desde el segundo 22 hasta el 30 del anuncio televisivo en cuestión, se aprecia el siguiente texto en el *scroll*: "Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Producto". Por 8 (ocho) segundos la referida frase ha sido puesta en conocimiento de los consumidores para que perciban y tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones y los canales gratuitos para conocerlas;
- (vii) el anuncio imputado fue difundido como parte de una campaña publicitaria. Debido a ello, de considerarse que existe alguna dificultad para conocer las restricciones y condiciones a las promociones de venta de los chocolates Sublime, se debe tener en cuenta que existen otros anuncios pertenecientes a la campaña publicitaria mediante los cuales se comunicó a los consumidores de esta información;
- (viii) la promoción entró en vigencia a partir del 30 de abril de 2012, lo que se consignó en los mensajes publicitarios televisivos e impresos a efectos de que sea conocido por los consumidores;
- (ix) IDOM al cuestionar que los premios principales fueron sembrados en el mercado el 3 de mayo de 2012, cuestiona los términos de la promoción "Sublime" y no si se ha difundido alguna afirmación engañosa. Asimismo, el mecanismo de sembrado ha sido previamente aprobado por el Ministerio del Interior; y,
- (x) no es obligación del proveedor identificar qué productos son parte de la promoción. El encontrar un producto premiado es cuestión del azar, razón por la cual no se afecta derecho alguno de los consumidores.

6. Asimismo, en su escrito de descargos del 22 de agosto de 2012, Nestlé solicitó la actuación de un medio probatorio consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio imputado a través de un televisor promedio, argumentando que en condiciones normales de exposición, se puede dar lectura ininterrumpida a la información que el referido anuncio contiene.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

000425
LO TARJADO
NO VALE

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

7. El 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos por la presunta infracción al principio de legalidad, en los que reiteró los argumentos señalados en su escrito de descargos por una presunta comisión de actos de engaño.
8. Mediante Resolución s/n del 27 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión acumuló los procedimientos originados por la denuncia de IDOM y de ASPEC. De otro lado, en la misma fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión acumuló los procedimientos tramitados por una presunta comisión de actos de engaño y por una presunta infracción al principio de legalidad.
9. Mediante Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, la Comisión:
- (i) declaró improcedente la denuncia formulada por ASPEC;
 - (ii) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio imputado utilizando un televisor promedio;
 - (iii) declaró fundada la denuncia por la comisión de actos de engaño y sancionó a la imputada con una multa ascendente a 400 UIT;
 - (iv) declaró fundada la imputación de oficio contra Nestlé por infringir el principio de legalidad, y sancionó a Nestlé con una multa ascendente a 35 UIT ; y,
 - (v) ordenó a Nestlé en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de denuncia en tanto que, de un lado, informe a los consumidores sobre la promoción en cuestión dando a entender que: (i) la misma empezaría junto con la fecha de inicio de la campaña publicitaria, siendo ello falso; (ii) los premios principales estarían a disposición de los consumidores desde la fecha de inicio de la promoción anunciada, siendo ello falso; y, (iii) los productos participantes no se encuentren marcados y ello genere en los consumidores una confusa identificación de los mismos. Y, de otro lado, no indique las condiciones y restricciones aplicables a dicha promoción en forma, clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por los consumidores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

COPIA
NO VALE

000430

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

10. La primera instancia sustentó su decisión en los siguientes argumentos:

Respecto a la improcedencia de la denuncia formulada por ASPEC:

- (i) la denuncia presentada por la referida asociación, guarda plena identidad del presunto infractor (identidad subjetiva), del bien jurídico protegido (identidad de fundamento), y de los hechos cuestionados (identidad de hecho), motivo por el cual de admitir la referida denuncia se afectaría el principio del *non bis in ídem* en su vertiente procesal, debido a que antes de la denuncia interpuesta por ASECA existía una denuncia en trámite presentada por IDOM imputándole a Nestlé los mismos hechos;

Respecto a la impertinencia de la actuación de visualización del anuncio controvertido:

- (ii) la Comisión consideró que no resultaba necesario visualizar nuevamente el anuncio televisivo de la campaña Sublime, pues lo ha visualizado en reiteradas oportunidades y Nestlé no ha presentado medio probatorio alguno que acredite alguna deficiencia en la visualización por parte de la Comisión;

Respecto a los actos de engaño:

- (iii) la parte captatoria del anuncio, lleva a concluir que la promoción inició el 23 de abril de 2012 y no el 30 de dicho mes. Ello, en tanto el *scroll* donde se señalaba la vigencia de la promoción, era imperceptible para los consumidores al discurrir a una velocidad tal que no permitía una lectura clara y una comprensión adecuada;
- (iv) el anuncio en cuestión no contiene información sobre la fecha de siembra de los premios principales, por lo que dicha omisión desnaturaliza la intención y el alcance del mensaje en cuestión;
- (v) los consumidores pudieron creer erróneamente que los premios principales formarían parte de la promoción anunciada desde su inicio; sin embargo, fueron sembrados en cuatro (4) momentos posteriores, situación que llevó a que los consumidores establezcan relaciones de consumo con la imputada sobre la base de una publicidad falseada o ambigua, lo que afectó su excedente del consumidor, pues antes del 3 de mayo de 2012, únicamente podían ganar premios secundarios;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

LO TARDADO
NO VALE

000431

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (vi) la afirmación “*Los empaques están marcados. Cualquiera puede estar premiado*”, lleva a que los consumidores puedan adquirir los productos Sublime, sin poder advertir qué lotes forman parte de la promoción. En consecuencia, los consumidores pueden adquirir productos cuya fecha de producción es anterior a la promoción bajo la creencia de que pueden conseguir un *sticker* marcado;
- (vii) el hecho de que los mensajes infractores hayan sido claramente consignados y transmitidos en otros medios publicitarios, tales como radio, afiches y volantes, no enerva la infracción cometida por Nestlé en la medida que los consumidores no acceden necesariamente a todos los anuncios integrantes de una campaña publicitaria;

Respecto a la vulneración al principio de legalidad:

- (i) el anuncio no cumplió con informar de forma clara, destacada y de manera fácilmente advertible por el consumidor, la restricción de que la promoción únicamente era válida en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Ello, debido a que la información fue expuesta al público a tal velocidad que no era posible realizar una lectura ininterrumpida, lo que equivale a su omisión;
- (ii) aun cuando la imputada incluyó en el anuncio una página web que complementaría al mensaje principal, dicha información se difundió conjuntamente con la restricción de acceso a la promoción, por lo que no fue legible para los consumidores;

Respecto a la sanción por la comisión de actos de engaño:

- (iii) en todos los casos se consideró como beneficio ilícito 120 UIT y como probabilidad de detección 95%, lo que arrojó un resultado de 126 UIT por cada acto de engaño imputado;
- (iv) a pesar de que la sumatoria de las multas dio un total de 378 UIT, se consideró que en el Expediente acumulado 061-2009/CCD y 073-2009/CCD, Nestlé fue sancionada con 400 UIT, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, razón por lo cual al encontrarnos ante un supuesto de reincidencia, de acuerdo a lo establecido por el numeral 52.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la multa no puede ser menor que la sanción precedente;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000428

000432

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (v) considerando lo antes expuesto se impone una multa por la comisión de actos de engaño, ascendente de 400 UIT;

Respecto a la sanción por la infracción al principio de legalidad:

- (vi) se tomó en cuenta los ingresos de Nestlé por el producto Sublime en aquellos lugares en los que la promoción no estuvo vigente. En consecuencia, se consideró como beneficio ilícito 30 UIT y considerando los criterios de modalidad y alcance de la conducta infractora, así como duración de la misma, se le impuso por esta infracción una multa ascendente a 35 UIT.
11. El 8 de mayo de 2013, ASPEC apeló la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) existe jurisprudencia del INDECOPI (Resolución 4517-2012/CPC) que interpreta de forma distinta el principio del *Non bis in idem*, siendo que ante dos denuncias que guardan conexión, lo que corresponde es la acumulación de los procedimientos en trámite; y,
- (ii) cuando INDECOPI inicia un procedimiento de oficio y el caso ya ha sido denunciado, corresponde acumular ambos procesos a fin de evitar pronunciamientos contradictorias, caso contrario se estaría infringiendo el principio del *Non bis in idem*, así como sucedió con la denuncia sobre la promoción de Nestlé denominada "Gracias Perú".
12. El 9 de mayo de 2013, Nestlé apeló la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, reafirmando los argumentos expuestos durante el procedimiento. Adicionalmente, alegó lo siguiente:
- (i) se ha vulnerado su derecho de defensa, con lo cual se ha vulnerado su derecho al debido procedimiento, pues la audiencia de visualización de anuncios ofrecida como medio de prueba era pertinente, al tener como finalidad constatar las condiciones en que el anuncio imputado había sido presentado a la Comisión y verificar si estas eran las mismas bajo las cuales el anuncio imputado era apreciado por los consumidores;
- (ii) la resolución apelada adolece de un vicio de nulidad al momento de motivar y graduar la sanción, pues no se ha tomado en consideración el beneficio ilícito ni otros criterios relevantes para establecerla, ni resulta aplicable la reincidencia invocada pues en el antecedente tomado por la primera instancia, la multa fue impuesta



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000433
LO TARJADO
NO VALE

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

por varias infracciones y no solo por un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño;

- (iii) corresponde aplicar el principio del concurso ideal de infracciones, mediante el cual se establece que en caso una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad;
 - (iv) se debe tener en cuenta como circunstancia atenuante la existencia de otros anuncios que formaban parte de la campaña publicitaria a la cual pertenecía el anuncio presuntamente infractor;
 - (v) la Comisión cuestiona el mecanismo de la promoción comercial autorizada por el Ministerio del Interior, pues en la publicidad se señala expresamente que los empaques de los productos no están marcados.
13. Mediante escrito del 25 de julio de 2013 Nestlé solicitó una audiencia de informe oral ante la Sala.
14. El 8 de agosto de 2013, ASPEC presentó un escrito reiterando los argumentos presentados en sus descargos.
15. Se citó a las partes a una audiencia de informe oral programada para el 3 de abril de 2014. No obstante, ninguna de las partes asistió a la referida audiencia, razón por la cual no se llevó a cabo.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. Determinar si:
- (i) la denuncia de ASPEC es procedente; y,
 - (ii) se ha vulnerado el derecho a probar y el derecho al debido procedimiento de Nestlé.

III. ANÁLISIS

III.1 Sobre la procedencia de la denuncia de ASPEC

17. ASPEC interpuso una denuncia contra Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño el 25 de junio de 2012, toda vez que dicha empresa habría difundido afirmaciones engañosas en la promoción de los



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

LO TARJADO
NO 00430

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI 000434

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- chocolates Sublime. Dicha denuncia, se interpuso días después de la denuncia presentada por IDOM contra el mismo administrado, por los mismos hechos y bajo el mismo supuesto de actos de engaño.
18. La Secretaría Técnica de la Comisión admitió la denuncia de ASPEC mediante Resolución s/n del 16 de julio de 2012, bajo el Expediente 108-2012/CCD; y, posteriormente acumuló dicho procedimiento con el seguido por IDOM mediante Resolución s/n del 27 de agosto de 2012.
 19. Pese a ello, mediante Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por ASPEC, pues consideró que constituía una vulneración al principio del *Non bis in ídem* en su vertiente procesal, debido a que entre la denuncia presentada por IDOM y la denuncia presentada por ASPEC había una identidad de sujeto imputado, hecho y fundamento.
 20. Al respecto, tal como ha sido señalado mediante la Resolución 0402-2014/SDC-INDECOPI, la garantía del *non bis in ídem*, como elemento conformante del derecho al debido proceso, vincula a todos los poderes públicos en la medida que configura un límite a la potestad sancionadora estatal en general, al prohibir aquellos excesos en los cuales la autoridad judicial o administrativa establece de manera simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción. Para cuya aplicación se debe verificar la concurrencia de tres presupuestos, que son la identidad de sujetos, hechos y fundamentos
 21. Ciertamente, el principio del *non bis in ídem* busca evitar que se den dos pronunciamientos contradictorios entre sí. En su vertiente procesal, el referido principio busca evitar que se inicie un nuevo pronunciamiento existiendo previamente una decisión sobre una determinada controversia. ←
 22. En atención a ello, en el presente procedimiento, se evidenciaría una infracción a dicho principio, en caso el procedimiento iniciado como consecuencia de la denuncia interpuesta por IDOM hubiera concluido, con prescindencia si la autoridad de competencia sancionó o no a Nestlé.
 23. Sin embargo, en caso dos procedimientos en trámite, guarden conexión entre sí, corresponde que la autoridad disponga su acumulación, tal como lo señala el artículo 149 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento ✕



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

000437
LO TARJADO
NO VALE

RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000441

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

47. Por tanto, la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013 adolece de un vicio de nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵, en los extremos que: (i) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, (ii) declaró fundada la denuncia presentada por IDOM contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, (iii) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé con una multa ascendente a 435 UIT; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. Ello, toda vez que contraviene el artículo IV numeral 1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 166 de dicho cuerpo normativo, dispositivos que consagran el derecho a probar en sede administrativa.
48. En consecuencia, se dispone remitir los actuados a la Comisión para que, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución, resuelva la controversia, subsanando los vicios advertidos.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA:

PRIMERO: revocar la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, en el extremo que declaró improcedente la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) el 25 de junio de 2012; y, en consecuencia, declararla procedente, disponiendo que la referida asociación continúe con la tramitación del procedimiento en la etapa en que se encuentra.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, en los extremos que: (i) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé Perú S.A., (ii) declaró fundada la denuncia presentada por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (IDOM) contra Nestlé Perú S.A. por la comisión de actos de engaño, (iii) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé Perú S.A. con una multa ascendente a 435 Unidades Impositivas Tributarias; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. En

¹⁵ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia



RESOLUCIÓN 0461-2014/SDC-INDECOPI

000442

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

consecuencia, se dispone remitir los actuados a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, para que emita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, luego de haber subsanado los vicios advertidos.

Con la intervención de los señor vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, José Luis Bonifaz Fernández, Julio Carlos Lozano Hernández y, Sergio Alejandro León Martínez.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta



2014 JUN 3 PM 4 11

RECIBIDO EXPEDIENTE EN SALA Nº 000909-2013/SDC
UNIDAD DE TRAMITE TENGASE PRESENTE
DOCUMENTARIO

A LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI

INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO - IDOM, identificado con RUC Nº20519336643, debidamente representada por su presidente **PAUL H. CASTRO GARCIA**, con domicilio procesal en CASILLA Nº78 DEL INDECOPI; sobre la denuncia por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño contra NESTLE PERU S.A. en su campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", indicamos lo siguiente:

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi con fecha 17 de abril de 2013 emite la Resolución Nº080-2013/CCD-INDECOPI, en el extremo que sanciono a NESTLE PERU SA con una multa de cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias y declarando fundada muestra denuncia.

Con fecha 16 de julio de 2013 hemos tomado conocimiento mediante célula de notificación con el Proveído Nº1 de fecha 10 de julio de 2013, del recurso de Apelación presentado por NESTLE PERÚ SA con fecha 9 de mayo de 2013, al respecto señalamos lo siguiente:

Indecopi
SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA
04 JUN 2014
Firma:
RECIBIDO

I. SOBRE LA PRETENDIDA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN INCOADA POR NESTLE

Como parte de su recurso de apelación, Nestle ha solicitado la nulidad de la resolución emitida por la CCD, fundamentándose principalmente en que su solicitud para que se realice una diligencia de la visualización de la publicidad en cuestión fue declarada improcedente.

Al respecto la primera instancia fundamentó dicha decisión, ahora cuestionada, en el numeral 4.2 párrafo de su resolución señalando lo siguiente:

“En tal sentido luego, de un análisis de los argumentos y los medios probatorios presentados por las partes en el procedimiento, la Comisión aprecia que la realización de dicha diligencia de visualización a efectos de observar la pieza audiovisual cuestionada a través de un televisor tamaño promedio deviene en impertinente por cuanto la finalidad de la misma sería la constatación de un anuncio publicitario que ya ha sido verificado por este colegiado en diversas oportunidades y a través de diversas fuentes. Asimismo, la imputada únicamente ha alegado las posibles deficiencias en reproducción, sin acreditar a través de medios de pruebas dichas deficiencias.”¹

Es decir la Comisión ha explicado de manera clara a la denunciada - y no como pretende sorprender a esta instancia que no ha sido así - que han analizado la pieza audiovisual a través de diferentes fuentes, entendiéndose que no únicamente a través del monitor de una PC o el de una laptop, sin embargo la denunciada ante la falta de argumento jurídico consistente pretende que la autoridad realice el análisis del anuncio en cuestión según su parecer y conveniencia, tratando inclusive de decir a la Comisión y a ahora a vuestro colegiado, como es que se debe visualizar dicho anuncio sin mayor fundamento que su propio dicho y sin aportar

¹ Numeral 4.2 - párrafo quinto de la Resolución N°080-2013/CCD-INDECOPI

pruebas de la supuesta deficiencia de la visualización en que habría incurrido la primera instancia.

Y en esta "lógica jurídica" Nestlé pretende introducir de contrabando una vulneración al derecho de defensa y al debido proceso, lo cual estamos seguros la Sala oportunamente denegará tan impertinente pedido y confirmará la decisión de la primera instancia.

II. SOBRE LA INTERPRETACION DE LA PUBLICIDAD DENUNCIADA

Los argumentos de la denunciada en su apelación son aquellos que utilizaron en la primera instancia y que en su momento se tuvieron en consideración para emitir la resolución incoada. En tal sentido y conforme la Comisión lo ha manifestado, Nestle ahora insiste en que las libertades publicitarias son irrestrictas, así como el deber de exhaustividad, queriendo así dejar a un lado una obligación superior - por decirlo de alguna forma - que todo anunciante debe tener en consideración y que está referido a que los anuncios y los actos realizados por los agentes económicos, no deben inducir a error a los consumidores quienes son los destinatarios finales principalmente.

Asimismo sostenemos nuestros cargos imputados en la denunciada, en tal sentido solicitamos que la Sala declare infundada la apelación interpuesta por Nestle Perú S.A. y confirme la Resolución venida en grado.

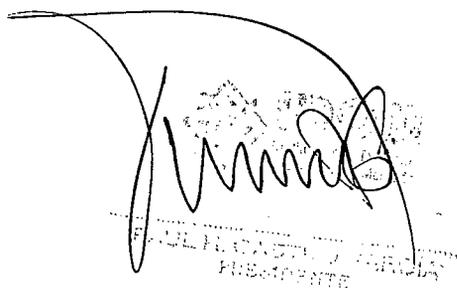
POR LO TANTO:

A la Sala Especializada en Defensa de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicito que se tenga presente lo expuesto y proveer conforme a ley.



HERMAN E. CASTRO GARCIA
ABOGADO
C.A.L. 33589

San Borja, 30 de Mayo de 2014



JUAN CARLOS J. GARCIA
PRESIDENTE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

453

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
(IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
(ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIAS : AVOCACIÓN AL PROCEDIMIENTO
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN
RESOLUCIÓN N° : 4

Lima, 20 de agosto de 2014.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI de fecha 17 de abril de 2013, la Comisión declaró, entre otros, improcedente la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), toda vez que en aplicación del principio de *non bis in idem* en su faz procesal, antes de la denuncia interpuesta por Aspec, existía una denuncia en trámite presentada por Idom, imputándole los mismos hechos.

Asimismo, la referida resolución declaró fundada la denuncia presentada por Idom en contra de Nestlé, por la comisión de actos competencia desleal en la modalidad de engaño y fundada la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé, por infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se sancionó a la imputada con una multa de cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias.

Mediante Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI de fecha 11 de abril de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) revocó la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Aspec, en tanto consideró que no se ha verificado una vulneración al principio del *non bis in idem* en su vertiente procesal, dado que al momento en que la referida asociación presentó su denuncia, no existía un pronunciamiento previo al respecto, por tal motivo, lo que correspondía, era acumular la denuncia de Aspec al procedimiento que ya se encontraba en trámite.

Asimismo, la Sala declaró la nulidad de la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI en los extremos que: (i) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé (ii) declaró fundada la denuncia presentada por IDOM contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, (iii) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé con una multa ascendente a cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. Ello, toda vez que se ha contravenido el artículo IV numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, y el artículo 166 del referido cuerpo normativo; señalando, entre otros, lo siguiente:

"(...)

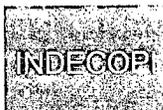
Aplicación al caso en concreto

37. En su escrito de descargos, Nestlé solicitó que se lleve a cabo una audiencia de visualización frente a los miembros de la Comisión, en la que se debería utilizar un



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD

(Acumulados)

45

televisor de tamaño normal, con la finalidad de visualizar el video del anuncio cuestionado, a efectos de dilucidar si el mensaje contenido en el *scroll* del anuncio televisivo de la campaña Sublime, se difundía de tal manera que era imperceptible para los consumidores.

38. Sobre el particular, Nestlé manifestó que si el anuncio de la campaña Sublime era visualizado en condiciones normales de exposición en un televisor de tamaño promedio, sí era posible dar una correcta lectura a la información contenida en el *scroll*.
39. La Comisión denegó la solicitud de Nestlé argumentando que de conformidad con lo señalado en el artículo 37 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede rechazar los medios probatorios propuestos, cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios. A criterio de la primera instancia, la realización de una diligencia de visualización del anuncio en cuestión es impertinente, debido a que su finalidad sería la constatación de un anuncio publicitario que ha sido verificado por la Comisión en diversas oportunidades y a través de diversas fuentes.
40. Dicha instancia, además manifestó que Nestlé no ha presentado medio probatorio alguno que acredite las posibles deficiencias de la reproducción del referido anuncio. Finalmente, señaló que la imputación de un acto de competencia desleal a través de publicidad no está vinculada a las dimensiones del equipo de reproducción, por lo que el medio probatorio es impertinente.
- (...)
42. Tal como ha sido señalado en el apartado precedente, el derecho a probar, es un derecho fundamental y parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Entre sus manifestaciones se encuentran el derecho a que los medios de prueba sean admitidos siempre que sean pertinentes, útiles, lícitos, y presentados en el momento oportuno. Caso contrario, la administración deberá motivar su decisión al rechazar el medio probatorio presentado.
43. En el presente caso, se observa que la controversia se circunscribe en dilucidar si las condiciones y restricciones de la promoción Sublime, mostradas en el *scroll* del anuncio televisivo bajo análisis, son comprobables por un consumidor. Ello, en tanto, era en dicho apartado donde se observaba desde que día se encontraba vigente la promoción, a partir de cuándo se podían obtener los premios principales, y las ciudades donde la promoción era válida. No obstante, la Comisión consideró que bastaba con señalar que ya había tomado conocimiento del anuncio en cuestión.
44. Conforme a lo señalado en el apartado anterior, el derecho a probar se encuentra estrechamente vinculado al principio de inmediación, razón por la cual al centrarse la controversia en las condiciones en las que fue difundido el *scroll* del anuncio en cuestión, resultaba pertinente convocar a una audiencia de visualización.
45. Ciertamente, a efectos de poder verificar las circunstancias en las que el mensaje fue difundido a los consumidores, era necesario que la Comisión visualice el anuncio conjuntamente con Nestlé, pues ello hubiera permitido que la referida empresa pueda ejercer plenamente su derecho de defensa al poder manifestar su posición al respecto durante la audiencia.
46. Considerando lo antes señalado, se observa que la actuación del medio probatorio en cuestión era pertinente para esclarecer la presente controversia y que la primera instancia no fundamentó adecuadamente las razones por las cuales rechazó la referida actuación. Atendiendo a ello, esta Sala opina que la denegatoria de la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



46

audiencia de visualización vulneró el derecho a probar de Nestlé.

47. Por tanto, la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013 adolece de un vicio de nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en los extremos que: (i) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, (ii) declaró fundada la denuncia presentada por IDOM contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, (iii) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé con una multa ascendente a 435 UIT; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. Ello, toda vez que contraviene el artículo IV numeral 1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 166 de dicho cuerpo normativo, dispositivos que consagran el derecho a probar en sede administrativa.

(...)

En consecuencia, la Sala resolvió:

“remitir los actuados a la Comisión para que, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución, resuelva la controversia, subsanando los vicios advertidos. (...)”.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La pertinencia de avocarse al procedimiento, conforme al mandato contenido en la Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI.
2. La pertinencia de requerir información a la imputada.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. La pertinencia de avocarse al procedimiento, conforme al mandato contenido en la Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI

En el presente caso, mediante Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI, la Sala dispuso lo siguiente: “remitir los actuados a la Comisión para que, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución, resuelva la controversia, subsanando los vicios advertidos. (...)”.

Por ello, en estricto cumplimiento del mandato dispuesto por la Sala, corresponde a la Comisión avocarse al conocimiento del presente procedimiento, tomando en consideración los criterios establecidos en la Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI.

3.2. El requerimiento de información a la imputada

Según lo establecido por el literal a) del artículo 26.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

Asimismo, el literal d) del artículo 26.2 del referido cuerpo legal, establece como atribución de la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



461

Secretaría Técnica, instruir el procedimiento realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del Indecopi.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Comisión considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de información conforme a lo detallado en la parte resolutive.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

PRIMERO: AVOCARSE al conocimiento del presente procedimiento conforme al mandato de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi establecido en la Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI de fecha 11 de abril de 2014.

SEGUNDO: REQUERIR a Nestlé Perú S.A. para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, cumpla con presentar el monto, expresado en nuevos soles, de los ingresos brutos obtenidos en todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio 2013.

Con la intervención de los miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Edward Tovar Mendoza, Ana Rosa Martinelli Montoya y José Tavera Colugna.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



ESTUDIO GHERSI

132528

ccd

465

2014 SEP 26 PM 2 02

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

ABOGADOS

Indecopi
COMISION DE FISCALIZACION DE LA
COMPETENCIA DESLEAL

9 SEP 2014

RECIBIDO

Por: Hora:

Expediente : N° 104-2012/CCD

CUMPLE REQUERIMIENTO

A LA COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., representada por su abogado Luis Ricardo Morello Bustíos, con registro CAL N° 43102, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y otros, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño e infracción al principio de legalidad, antes Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, el 12 de septiembre de 2014 fuimos notificados con la Resolución N° 04, mediante el cual nos requieren para que presentemos el monto, expresado en Nuevos Soles y detallado mes a mes, de los ingresos brutos obtenidos en todas nuestras actividades económicas correspondientes al ejercicio 2013.

Mediante, el presente escrito, dentro del plazo concedido, cumplimos con dicho requerimiento, adjuntando la información solicitada como Anexo A.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI – y con lo dispuesto en la Directiva N° 001-2008/TRI-INDECOPI – Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del INDECOPI – solicitamos que se declare la reserva y confidencialidad indefinida de la información contenida en el Anexo A, por cuanto la misma ser información contable sensible.

Dada la naturaleza contable del mismo no resulta posible resumirla, ya que consiste en datos puntuales.

SE RECIBIÓ SOBRE CERRADO
SIN VERIFICAR CONTENIDO

NO SE ADJUNTA COPIA DE
 ESCRITO
 RECAUDOS

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y dar por absuelto el requerimiento formulado.

OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos en calidad de anexo la información contable requerida que se adjunta en sobre cerrado.

Lima, 26 de septiembre 2014.



LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CAL. 43102



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

103

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
(IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
(ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIA : RESERVA DE INFORMACIÓN
RESOLUCIÓN N° : 5

Lima, 9 de octubre de 2014.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resoluciones de fecha 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite las denuncias presentadas por Idom y Aspec en contra de Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Dichas denuncias fueron tramitadas bajo los Expedientes N° 104-2012/CCD y N° 108-2012/CCD, respectivamente.

Asimismo, mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, tramitada bajo el Expediente N° 172-2012/CCD, la Secretaría Técnica imputó a Nestlé una presunta infracción contra el principio de legalidad, supuesto ejemplificado en el artículo 17.1 del referido cuerpo legal.

Mediante Resoluciones de fecha 27 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica ordenó la acumulación de los procedimientos tramitados bajo los referidos expedientes.

El 26 de septiembre de 2014, Nestlé presentó un escrito solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la información referida al monto, expresado en Nuevos Soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas en el año 2013.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar el pedido de reserva y confidencialidad formulado por Nestlé.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 40.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que, a solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Asimismo, el artículo 40.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala que de conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión, siempre que:

- a) Dicha información se trate de un conocimiento que tenga carácter reservado o privado



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



- b) sobre un objeto determinado;
- b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Dicha información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Del mismo modo, conforme a lo establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. En tal sentido, a efectos de declarar confidencial la información presentada en un procedimiento, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

3.2. Aplicación al presente caso

a) El cumplimiento de los requisitos de la solicitud de confidencialidad

Sobre el particular, teniendo en cuenta los requisitos de la solicitud de confidencialidad de la información contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión aprecia que Nestlé precisó su pedido de reserva y confidencialidad, justificando las razones de dicha solicitud. Cabe señalar que no es posible elaborar un resumen no confidencial de la información presentada, por cuanto dicha información - cifras numéricas - no es susceptible de ser sintetizada.

En consecuencia, la Comisión aprecia que Nestlé ha cumplido con los requisitos establecidos por la Ley de Represión de la Competencia Desleal para solicitar la confidencialidad de la información adjunta a su escrito presentado el 26 de septiembre de 2014.

b) Sobre el pedido de confidencialidad

En el presente caso, Nestlé solicitó a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de la información referida al monto, expresado en Nuevos Soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas en el año 2013.

Sobre el particular, la Comisión considera que la referida información constituye un conocimiento de carácter reservado que recae sobre objetos determinados, por cuanto revela aspectos sensibles de sus ingresos obtenidos en el marco de sus actividades, los mismos que constituyen un secreto comercial de la imputada.

Adicionalmente, la Comisión aprecia que la referida información tiene un valor comercial efectivo debido a que permitiría a los competidores de Nestlé conocer información sensible sobre sus ingresos, por lo que su conocimiento por parte de terceros haría que se coloquen en una situación de ventaja competitiva respecto de la imputada, por medios distintos a la eficiencia económica.

En consecuencia, la Comisión considera que debe conceder el pedido de reserva y confidencialidad formulado por Nestlé respecto de la información adjunta a su escrito del 26 de septiembre de 2014.

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

Calificar como **RESERVADA** y **CONFIDENCIAL**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución, la información presentada por Nestlé Perú S.A., adjunta a su escrito de fecha 26 de septiembre de 2014, referida al monto, expresado en Nuevos Soles,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas en el año 2013, que obra en la foja 467 del expediente.

Con la intervención de los miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Edward Tovar Mendoza, Ana Rosa Martinelli Montoya y José Tavera Colugna.

ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ

Presidente

Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

100-412

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 24 de octubre de 2014.

28 OCT 2014

Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

Señores

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Av. José Ramírez Gastón N° 151.

Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente copia de la Resolución N° 5, emitida por la Comisión d Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, en su sesión de fecha 9 de octubre d 2014.¹

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


Abelardo Aramayo Baella
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la
Competencia Desleal

Adjunto el siguiente documento:

(i) Copia de Resolución N° 5 (3 fojas).

RLB

¹ Se hace de su conocimiento que la presente resolución puede ser objeto de impugnación dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

INDECOPI - UCI



28 OCT 2014

000472

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 24 de octubre de 2014.

Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

Señores
NESTLÉ PERÚ S.A.
Casilla N° 1547 del Colegio de Abogados de Lima – Sede Palacio de Justicia.
Lima Cercado.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente copia de la Resolución N° 5, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, en su sesión de fecha 9 de octubre de 2014.¹

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


Abelardo Aramayo Baella
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la
Competencia Desleal

OF DE NOTIFICACIONES JUDICIALES
SEDE PALACIO DE JUSTICIA-RPC

2014 OCT 29 AM 9 51


COLEGIO DE ABOGADOS
DE LIMA

INDECOPI-UCI



167342

Adjunto el siguiente documento:
(i) Copia de Resolución N° 5 (3 fojas).

RLB

¹ Se hace de su conocimiento que la presente resolución puede ser objeto de impugnación dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
PROVEÍDO N° : 10

Lima, 26 de noviembre de 2014.

VISTO: El estado del expediente; y,

CONSIDERANDO: Que, mediante Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPi de fecha 11 de abril de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia señaló lo siguiente:

45. *Ciertamente, a efectos de poder verificar las circunstancias en las que el mensaje fue difundido a los consumidores, era necesario que la Comisión visualice el anuncio conjuntamente con Nestlé, pues ello hubiera permitido que la referida empresa pueda ejercer plenamente su derecho de defensa al poder manifestar su posición al respecto durante la audiencia.*
46. *Considerando lo antes señalado, se observa que la actuación del medio probatorio en cuestión era pertinente para esclarecer la presente controversia y que la primera instancia no fundamentó adecuadamente las razones por las cuales rechazó la referida actuación. Atendiendo a ello, esta Sala opina que la denegatoria de la audiencia de visualización vulneró el derecho a probar de Nestlé.*

SE HA RESUELTO:

1. Citar a las partes a la audiencia de visualización del anuncio publicitario televisivo materia de imputación en el presente procedimiento, la misma que se llevará a cabo el día miércoles 3 de diciembre de 2014 a horas 14:00, para lo cual deberán apersonarse a la Recepción del primer piso del Edificio "E" del Indecopi, ubicado en Calle de La Prosa N° 104, distrito de San Borja, Lima, a horas 13:45.
2. Indicar a las partes que a efectos de llevar a cabo la respectiva audiencia de visualización deberán acercarse con sus respectivos representantes acreditados en el presente expediente o, en su defecto, deberán señalar un representante en un plazo máximo de un (1) día antes de la fecha señalada para la realización de la mencionada audiencia.


ROBERTO LÓPEZ BACA
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

000488

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 26 de noviembre de 2014.

**Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)**

Señores
INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
Casilla N° 78 del Indecopi
San Borja.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente, copia del Proveído N° 10, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 26 de noviembre de 2014.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


ROBERTO LÓPEZ BACA
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

28 NOV 2014

9234

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con la señorita Michelle Fujii al teléfono 224-7800 anexo 2517.

26 NOV 2014

INMEDIATO

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 26 de noviembre de 2014.

Expediente N° 104-2012/CCD
Expediente N° 108-2012/CCD
Expediente N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

Señores

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Av. José Ramírez Gastón N° 151

Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunta a la presente, copia del Proveído N° 10, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el 26 de noviembre de 2014.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

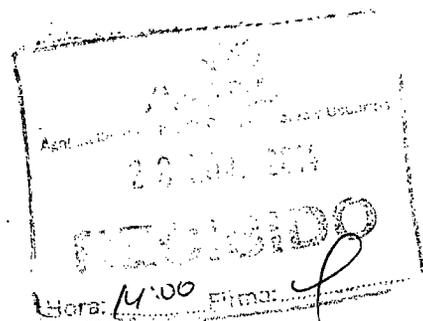
Atentamente,


ROBERTO LÓPEZ BACA
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Para cualquier información adicional sobre el procedimiento, les agradeceremos que se comuniquen con la señorita Michelle Fujii al teléfono 224-7800 anexo 2517.

INDECOPI-UCI

2014-CCD-0003032


Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios
26 NOV 2014
RECIBIDO
Hora: 14:00 Firmat: 



2014 DIC 1 PM 3 46 168877

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

002479

Expediente: N° 104-2012/CCD
N° 108-2012/CCD
N° 172-2012/CCD

Sumilla: Designamos representantes

1-2
ccd

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DE INDECOPI.-

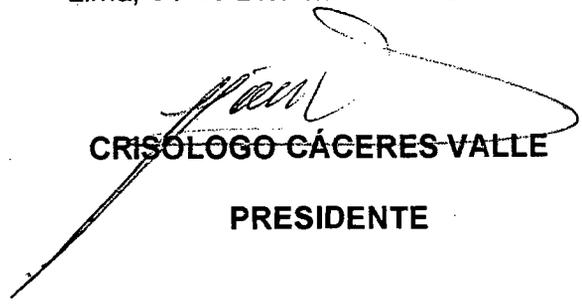
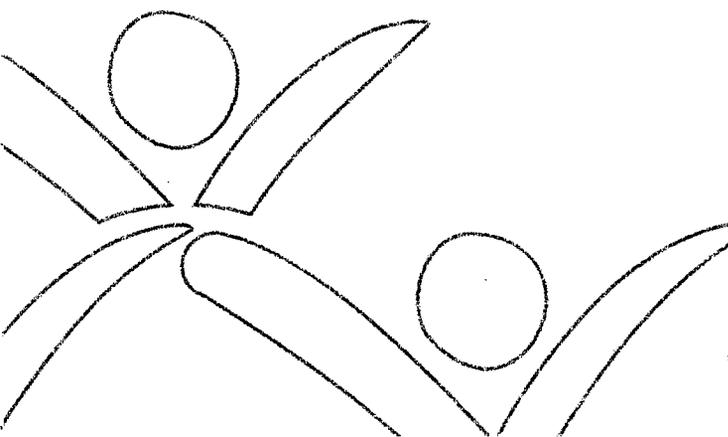
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS - ASPEC, en los seguidos contra **NESTLÉ PERÚ S.A.**, a usted respetuosamente decimos:

Que, habiéndose fijado fecha para la audiencia de visualización del anuncio publicitario del presente procedimiento para el día miércoles 03 de Diciembre del 2014 a las 14:00 horas, en las instalaciones del INDECOPI; designamos como representantes de ASPEC a **Javier Segundo Chiyong Rebaza con DNI. N°70429597, Luis Ore Pizarro con DNI. N°44129232 y Omar Damián Medina con DNI. N°46822773** para que, de manera conjunta o individualmente, puedan asistir a la mencionada audiencia de visualización del anuncio.

POR TANTO:

A la Comisión, solicitamos acceder a nuestro pedido.

Lima, 01 de Diciembre del 2014


CRISOLOGO CÁCERES VALLE**PRESIDENTE**
www.aspec.org.peAv. José Ramírez Gastón 17
Miraflores - Lima - Perú
Teléfono (511) 448 5000
Telefax (511) 260 8279
✉ aspec@aspec.org.pe

001483

EXPEDIENTE N° 104-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 108-2012/CCD
EXPEDIENTE N° 172-2012/CCD
(Acumulados)

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
PROVEÍDO N° : 11

Lima, 3 de diciembre de 2014.

VISTO: El estado del expediente; y, **CONSIDERANDO:** Que, con fecha 3 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión todo lo actuado, por considerar que en el procedimiento obran los medios probatorios y sucedáneos suficientes para la resolución del caso;

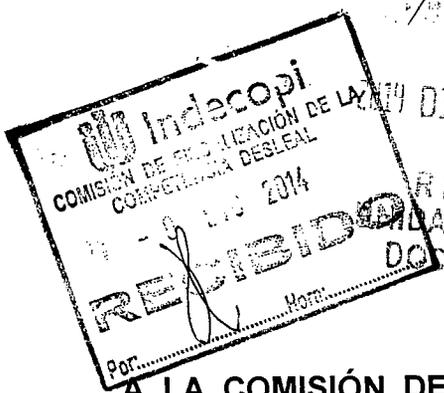
SE HA RESUELTO:

1. Informar a las partes que el período de prueba concluirá en un plazo de diez (10) días hábiles, conforme a lo establecido por el numeral 41.1 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
2. Informar a las partes que podrán presentar escritos, argumentar y ofrecer medios de prueba hasta antes de concluir el período de prueba, conforme a lo establecido por el numeral 44.1 del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
3. Informar a las partes que la Comisión emitirá su pronunciamiento en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la finalización del período de prueba, conforme a lo establecido por el numeral 45.1 del artículo 45 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.


ROBERTO LOPEZ BACA
Secretaría Técnica
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

171568

5



Indecopi
ESTUDIO GHERSI
ABOGADOS

19 DIC 5 PM 2 22

ca

000493

Expediente : N° 104-2012/CCD

SOLICITA TENER PRESENTE

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., representada por su abogado Luis Ricardo Morello Bustíos, con registro CAL N° 43102, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y otros, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño e infracción al principio de legalidad, antes Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, atendiendo a lo dispuesto por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 461-2014/SDC-INDECOPI, por la cual se declaró la nulidad de la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI, el 03 de diciembre de 2014 se realizó la audiencia de visualización del anuncio publicitario televisivo materia de imputación.

I. Con respecto a la actuación del referido medio probatorio tenemos a bien manifestar lo siguiente:

Conforme se apreció en la referida audiencia, obran en el expediente 3 videos que contienen el anuncio publicitario materia de imputación, los cuales fueron reproducidos en la misma:

- uno recabado por la autoridad administrativa a través de un tercero.
- uno aportado por la denunciante Aspec.
- uno aportado por nuestra empresa.

Se apreció que existe una marcada diferencia en definición y calidad entre los referidos videos. El video obtenido la Comisión y el de Aspec, se veían

057401

bastante borrosos, y con una calidad bastante disminuida, con relación al video aportado por nuestra empresa, que tenía mayor claridad.

La razón de las diferencias es bastante sencilla: el video aportado por nuestra empresa contiene el archivo original tal cual fue transmitido a través de los medios de comunicación, mientras que los otros dos videos (el de la Comisión y el de Aspec) constituyen grabaciones de la señal transmitida por televisión, por lo que calidad y definición de estos no resultan ser iguales.

Una situación se genera, por ejemplo, en el campo de la fotografía, donde una fotografía original tiene cierta calidad, mientras que las fotografías tomadas de la fotografía, sin duda pierden calidad, ya que no constituye el archivo original de la misma.

Pues bien, **la diferencia de calidad de las grabaciones resulta determinante para apreciar si las frases: "Válido desde el 30 de abril ..." y "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo", son efecto legibles o no.**

De una simple apreciación del anuncio publicitario en su versión original, tal como fue reproducido en la audiencia de visualización, se pudo apreciar con toda claridad que las frases antes aludidas son perfectamente legibles.

De una simple apreciación del anuncio publicitario en su versión grabada, se pudo apreciar que, con algo de dificultad, se logran leer dichas frases.

Con respecto al supuesto acto de engaño por no haber informado la verdadera fecha de inicio de la promoción, se ha sostenido que el mensaje publicitario daría a entender a los consumidores que la fecha inicio de la promoción sería el 23 de abril de 2012 (fecha de difusión del anuncio televisivo), cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de abril de 2012.

Tal como se aprecia con toda claridad del video del mensaje publicitario, en su versión original, conforme fue constatado en la audiencia de visualización, nuestra empresa sí puso en conocimiento de los consumidores que la

promoción iniciaba el 30 de abril de 2012, motivo por el cual esta imputación resulta infundada. ←

Con respecto a la supuesta infracción al principio de legalidad, se ha sostenido que nuestra empresa no habría cumplido con informar la restricción de acceso de la promoción, en la medida que la misma era válida en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo.

Tal como se aprecia con toda claridad del video del mensaje publicitario, en su versión original, conforme fue constatado en la audiencia de visualización, nuestra empresa sí puso en conocimiento de los consumidores que la promoción Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo, motivo por el cual esta imputación resulta infundada. ←

En este orden de ideas, **teniendo en cuenta la versión original del video que contiene en anuncio publicitario materia de cuestionamiento, versión que es la que debe ser usada para la evaluación de la publicidad materia de cuestionamiento, ya que es el archivo original tal como fue transmitido y no una grabación de menor calidad, resulta evidente que las imputaciones efectuadas contra nuestra empresa resultan infundadas.**

Ahora bien, existen dos imputaciones adicionales que no guardan relación con la calidad y nitidez del video, con respecto a las cuales consideramos conveniente realizar las siguientes precisiones: ←

II. Con respecto a la supuesta comisión de actos de engaño referidos a la fecha de siembra de los productos.

Se debe de tener presente que el mecanismo de siembra de productos en las promociones comerciales es adoptado como una exigencia de la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, a fin de garantizar que los premios sean efectivamente entregados a los consumidores que participen de la promoción.

En efecto, conforme se aprecia del TUPA de la referida entidad donde se detallan los requisitos exigidos para autorizar una promoción comercial (como la que es materia de cuestionamiento)¹ “en los casos de canje que incluya premios cuyos valores unitarios sean iguales o mayores al 50% de una UIT serán ofrecidos bajo la modalidad de sembrado.”

Atendiendo a que los premios mayores ofrecidos en la promoción comercial consistieron en cuarenta premios de hasta S/. 5,000.00 (Cinco Mil y 00/100 Nuevos Soles), monto que excede el 50% de la UIT, **resultaba necesario que la entrega de los referidos premios se realice mediante el mecanismo de sembrado**, conforme a las disposiciones que para dichos efectos dictó la Dirección General de Gobierno Interior mediante R.D. N° 3121-2012-IN-1501.

Nuestra empresa pudo haber puesto a disposición de los consumidores los premios mayores, al igual que los demás premios menores que formaron parte de la promoción, mediante un sticker ganador dentro del producto, sin embargo dado el monto de los referidos premios resultaba necesario utilizar el mecanismo de sembrado de premios requerido por la Dirección General de Gobierno Interior.

Consideramos acertada la medida adoptada por el Ministerio del Interior, en el sentido que los premios que tengan un valor considerable deben de ser puestos a disposición de los consumidores a través de **la modalidad del sembrado, ya que es la única forma que garantiza que los premios lleguen a manos de los consumidores, y no se pierdan dentro de la cadena de comercialización de miles de productos**, donde finalmente el producto que contenga el premio mayor pueda no ser adquirido durante la vigencia de la promoción, o pueda ser devuelto al proveedor por haber llegado a la fecha de vencimiento del mismo, o cualquier otra circunstancia por la cual no llegue a manos de los consumidores.

¹ Número de Orden 1 dentro del TUPA, procedimiento denominado “AUTORIZACIÓN DE PROMOCIONES COMERCIALES Y RIFAS CON FINES SOCIALES”

0049

Sin embargo, el hecho que los premios sean entregados a través del sembrado, no impide que los proveedores puedan difundir los anuncios publicitarios durante el periodo de vigencia de la promoción anunciando la misma, independientemente de la fecha en la cual la Dirección General de Gobierno Interior haya autorizado el sembrado.

La promoción comercial perdería sentido y eficacia, si se obligase a los proveedores a informar a los consumidores, a través del propio anuncio publicitario, la fecha en la que se realizará el sembrado del producto. La promoción comercial tiene como propósito promover las ventas mediante la entrega de premios a los consumidores, los cuales pueden ser obtenidos de forma aleatoria con la compra de productos. Si los consumidores tuviesen conocimiento exacto de la fecha y/o lugar de siembra de los premios, la promoción perdería todo sentido, ya que el consumidor no se haría acreedor del premio de manera aleatorio, sino con pleno conocimiento del lugar y la fecha en la que tiene que adquirir el producto para resultar ganador.

Teniendo en cuenta entonces que, el proveedor se encuentra facultado para publicitar la promoción comercial conforme a los términos aprobados por el Ministerio, y que el sembrado de productos resulta ser una exigencia para la realización de la promoción comercial a fin de garantizar que los consumidores se hagan acreedores de los premios, resulta evidente que no existe engaño alguno hacia los consumidores.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley.

Lima, 05 de diciembre de 2014.



LUIS RICARDO MORELLO BUSTOS
ABOGADO
CAL. 43102

2014 DIC 22 PM 2 45

 RECIBIDO
 UNIDAD DE TRÁMITE
 DOCUMENTARIO


CCD

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., representada por su abogado Luis Ricardo Morello Bustíos, con registro CAL N° 43102, en la denuncia interpuesta por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y otros, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño e infracción al principio de legalidad, antes Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, el 05 de diciembre de 2014 fuimos notificados con el Proveído N° 11, mediante el cual nos informan que el periodo de prueba concluirá en el plazo de diez días hábiles, por lo que hasta el vencimiento de dicho periodo nos encontramos facultados para presentar escritos, argumentar y ofrecer medios de prueba.

Atendiendo a ello, mediante el presente escrito formulamos tacha y solicitamos la improcedencia de algunos medios probatorios, y proponemos la actuación de otros medios probatorios, en aplicación de las normas del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento, en virtud a los siguientes argumentos:

Conforme se apreció en la audiencia de visualización de medios probatorios, obran en el expediente 3 videos que contienen el anuncio publicitario materia de imputación, los cuales fueron reproducidos en la misma:

- uno recabado por la autoridad administrativa a través de un tercero.
- uno aportado por la denunciante Aspec.

- uno aportado por nuestra empresa.

000499

Como es de vuestro conocimiento, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de las infracciones imputadas, y sirven para fundamentar las decisiones administrativas.

Sin embargo, dichos medios probatorios pueden ser cuestionados de hallarse alguna irregularidad que afecte su eficacia probatoria a través de lo que el Código Procesal Civil denomina como "Cuestiones Probatorias". <

Así, de conformidad con las normas del Código Procesal Civil es posible interponer tachas u oposiciones contra los medios probatorios. **En el presente caso formulamos tacha contra el video del comercial televisivo materia de imputación obtenido por la Secretaría Técnica o la Comisión, y del video del comercial televisivo materia de imputación ofrecido por ASPEC.**

En la audiencia de visualización de medios probatorios, se pudo advertir que existe una marcada diferencia en definición y calidad entre los referidos videos grabados obtenidos por la Secretaría Técnica o la Comisión, y del video presentado como medio probatorio por ASPEC, con respecto al video original aportado como medio probatorio por nuestra empresa.

Desconocemos las condiciones bajo las cuales los referidos videos han sido grabados, ya que dentro de la tramitación del presente procedimiento en modo alguno se han acreditado las condiciones en las cuales se practicaron dichas grabaciones, como para que pueda ser posible para nuestra empresa el poder cuestionar que las condiciones de grabación no han sido las adecuadas.

No se debe perder de vista que, gran parte de las imputaciones materia del presente procedimiento tienen sustento en el supuesto hecho que las frases "Válido desde el 30 de abril ..." y "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo" que forman parte del scroll publicitario, resultan ilegibles; y

tal como se ha podido apreciar en la audiencia de visualización de medios probatorios la legibilidad o no de las mismas, varía considerablemente dependiendo de si se visualiza el video original o los videos grabados.

Por este motivo, resulta fundamental, para el adecuado ejercicio de nuestro derecho a la defensa, que conozcamos las condiciones bajo las cuales los videos que obran en el expediente han sido grabados. Sin embargo, tal como lo hemos expuesto, no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite cuales han sido las condiciones de grabación de los referidos videos.

Al respecto, se debe de tener presente lo señalado por la prestigiosa agencia de publicidad y medios JWT (cuyo informe técnico adjuntamos como medio probatorio), en el cual señalan que:

"Resulta necesario conocer las condiciones de grabación de un determinado comercial, a fin de poder emitir una opinión detallada y fundamentada respecto de si las mismas son condiciones adecuadas o no (...)"

Sin perjuicio de lo antes expuesto, atendiendo a que dichos videos son grabaciones distintas del original, y por lo tanto de calidad inferior, no resultan adecuados para producir certeza respecto de si las frases "Válido desde el 30 de abril ..." y "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo" son o no legibles, por lo tanto carecen de eficacia probatoria dentro del presente procedimiento.

En efecto, tal como lo sostiene JWT en el informe antes aludido cualquiera que fuera la forma de grabación de un video emitido por televisión (ya sea mediante la grabación de la pantalla a través de un dispositivo móvil, o mediante algún dispositivo de grabación de la señal de televisión) puede considerarse como fiel reflejo del original, por lo que los videos objeto de tachà carecen de eficacia probatoria, y son impertinentes para resolver la imputación efectuada a nuestra empresa, ya que no reflejan la realidad de los hechos objeto de cuestionamiento.

MEDIOS PROBATORIOS

Ofrecemos en calidad de medio probatorio lo siguiente:

1. Copia del informe emitido por la agencia JWT.
2. Peritaje que deberá practicarse a las grabaciones aportadas al procedimiento por la Secretaría Técnica o la Comisión, y por ASPEC, para determinar si las mismas son de calidad inferior respecto del video original.

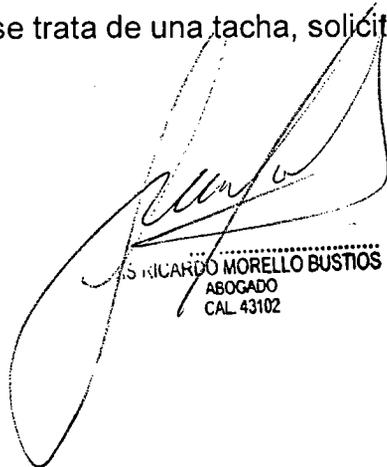
POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a Ley.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, adjuntamos al presente escrito copia del informe emitido por la agencia JWT.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, en caso se considere que el cuestionamiento a los videos formulado en el principal del presente escrito no se trata de una tacha, solicitamos que sea tramitado como una oposición.

Lima, 22 de diciembre de 2014.



RICARDO MORELLO BUSTOS
ABOGADO
CAL 43102



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000507

Resolución

Nº 021-2015/CCD-INDECOPI

Lima, 11 de febrero de 2015.

EXPEDIENTE Nº 104-2012/CCD
EXPEDIENTE Nº 108-2012/CCD
EXPEDIENTE Nº 172-2012/CCD
(Acumulados)

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
(IDOM)
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
(ASPEC)
IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.
(NESTLÉ)
MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
ACTIVIDAD : ELABORACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE
CHOCOLATES

SUMILLA: Se declaran **INFUNDADAS** las denuncias presentadas por *Idom* y *Aspec*, respectivamente, en contra de *Nestlé*, por la presunta comisión de actos competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Asimismo, se declara INFUNDADA la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé, por la presunta infracción al principio de legalidad, supuesto ejemplificado en el numeral 17.1 del artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

1. ANTECEDENTES

El 19 de junio de 2012, *Idom* denunció a *Nestlé* por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, *Idom* habría tomado conocimiento a través diversos medios de la referida campaña publicitaria iniciada el 23 de abril de 2012 por *Nestlé*. Bajo dicho conocimiento, *Idom* manifestó que la publicidad audiovisual de dicha campaña y difundida mediante el sitio [web www.youtube.com/watch?v=y2mJo6U0LCA](http://www.youtube.com/watch?v=y2mJo6U0LCA), contenía un pantallazo con una duración aproximada de dos (2) segundos, el mismo que consignaría la siguiente afirmación: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"; hecho que, a decir de la denunciante, podría inducir a error a los consumidores, toda vez que llegarían a concluir equivocadamente que todos los productos *Sublime*, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma. Condición que iría contra las prácticas comunes propias de una campaña promocional de consumo masivo.

Por otro lado, *Idom* sostuvo que la forma como discurrió el *scroll* en dicha publicidad audiovisual, así como aquella información consignada en letras pequeñas en la parte inferior de la publicidad difundida



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000000

a través del sitio *web*¹ y cuenta de *Facebook* de la imputada, inducirían a error a los consumidores, en tanto habrían concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012²; asimismo, habrían tenido la falsa expectativa de que los cuarenta (40) premios principales serían parte de la promoción a partir del 23 de abril de 2012 o, en su defecto, el 30 de ese mismo mes; sin embargo, recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.

Por dichas consideraciones, Idom solicitó que se dicten las medidas correctivas pertinentes, así como el pago de las costas y costos incurridos durante la tramitación del presente procedimiento.

Posteriormente, con fecha 25 de junio de 2012, Aspec denunció a Nestlé también por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que habría tomado conocimiento de un anuncio publicitario de la mencionada campaña publicitaria que habría sido transmitido a través de la televisión. En dicha denuncia, al igual que Idom, Aspec manifestó que la información consignada en el *scroll* de la referida pieza publicitaria discurría a una velocidad tal que no permitiría que los consumidores puedan realizar una lectura ininterrumpida de la misma, situación que los induciría a error, toda vez que podrían haber concluido equivocadamente que la promoción habría iniciado el 23 de abril de 2012, cuando en realidad habría iniciado el 30 de abril de 2012; por ende, la posibilidad de que los consumidores puedan encontrar un *sticker* marcado con algún premio antes de dicha fecha no sería posible. Asimismo, Aspec señaló que, aún en el supuesto de que la promoción anunciada hubiese iniciado el 30 de abril de 2012, los premios principales recién habrían sido "sembrados" progresivamente a partir del 3 de mayo de 2012; por ende, antes de dicha fecha no habría posibilidad de encontrar un *sticker* marcado con uno de los premios principales.

Por otro lado, Aspec manifestó que la publicidad televisiva contenía la siguiente información en letras pequeñas: "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*"; hecho que, a decir de la denunciante, también podría inducir a error a los consumidores, toda vez que concluirían equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Por dichas consideraciones, Aspec solicitó a la Comisión que ordenara a Nestlé, el cese de las conductas denunciadas, así como el pago de las costas y los costos en los que incurriera en la tramitación del procedimiento. Asimismo, Aspec solicitó a la Comisión el cumplimiento del Convenio de Cooperación Interinstitucional N° 012-2001/CC, *Addendum* 01, con la finalidad de que pueda participar de un porcentaje de la multa que eventualmente se impusiera a la imputada.

Mediante Resoluciones de fecha 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite las denuncias presentadas por Idom y Aspec en contra de Nestlé, bajo los expedientes N° 104-2012/CCD y 108-2012/CCD, respectivamente, e imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la campaña publicitaria denominada "*10 Minutos de Felicidad*", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.

¹ La denunciante sostiene que dicha información habría sido verificada y extraída el 11 de abril de 2012 del sitio *web* <http://www.nestle.com.pe/Common/Nestleimages/PublishingImages/Brands/promocion-sublime.jpg>.

² Idom sostiene en su denuncia que Nestlé no habría informado adecuadamente cuál sería la fecha de inicio de promoción, toda vez que no habría coincidencia entre la fecha de inicio de la campaña publicitaria con la fecha de inicio de la promoción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

CAI 509

(iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Posteriormente, mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, la Secretaría técnica imputó a Nestlé la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la pieza publicitaria televisiva referida a la promoción imputada, consignaba la siguiente restricción de acceso: *Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo*; Sin embargo, dicha información discurre en pantalla a una velocidad tal que no permite su lectura ininterrumpida por los consumidores, infringiendo el numeral 14.2 del artículo 14 de la Ley N° 29571 (en adelante, Código de Protección y Defensa del Consumidor).

Mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos en relación a los (3) tres procedimientos en trámite, manifestando que la mecánica de la promoción habría consistido en que los consumidores podrían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un *sticker* marcado, ya sea con uno de los cuarenta (40) premios principales o con uno de los tres mil (3000) vales de consumo. Asimismo, la imputada señaló que la promoción se habría ajustado a los términos y condiciones autorizadas por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior mediante Resolución N° 3121-2012-IN-501.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que el *scroll* se habría transmitido durante toda la duración del anuncio televisivo (30 segundos); del mismo modo, poseería un alto contraste y letras lo suficientemente grandes para ser claramente advertidas por los consumidores, ello aunado a una visualización de la publicidad en condiciones normales. Del mismo modo, la imputada aseveró que el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor no determinaría cuales serían las características específicas de tamaño de letra, contraste o duración en pantalla que debería contener un *scroll* publicitario; por lo tanto, el anunciante se encontraría en plena libertad de consignar dicha información en las condiciones que estime conveniente, siempre y cuando la misma sea presentada de forma perceptible para los consumidores, o en su defecto, se señale en el anuncio las fuentes de información complementaria y gratuita.

Bajo dichas consideraciones, Nestlé manifestó que desconocía cuáles habrían sido las condiciones en las que Idom, Aspec y la Comisión habrían advertido que el *scroll* ocurría a una velocidad tal que no permitiría una lectura clara e ininterrumpida de la información.

Por ende, a decir de la imputada, se debería tener presente que el formato del *scroll* y del anuncio televisivo se encontrarían grabados para ser reproducidos en un televisor tamaño promedio y no en una computadora o cualquier otro equipo de pequeñas dimensiones, ya que el referido anuncio sería precisamente un anuncio televisivo. En consideración a ello, para determinar la claridad del *scroll*, la imputada solicitó a la Comisión que llevase a cabo una diligencia de visualización del referido anuncio televisivo, toda vez que sería importante que el mismo sea analizado en condiciones normales de visualización y en un televisor tamaño promedio, tal y como habría sido difundido a los consumidores, y no en una computadora.

Por otro lado, la imputada manifestó que de conformidad con el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, habría consignado en el anuncio televisivo, no solo las fuentes de información gratuita a fin de que los consumidores puedan conocer las condiciones y restricciones de la promoción, sino que adicionalmente habría consignado en el *scroll* las restricciones y condiciones que consideraría de mayor relevancia. En esa línea, Nestlé aseveró que inclusive en el supuesto que el anuncio televisivo no haya consignado la información sobre las restricciones y condiciones, ello no constituye una infracción, puesto que dicha pieza publicitaria informaría de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita, la misma que transcurrió desde el segundo 22 al 30 del anuncio en cuestión.

Por otra parte, Nestlé sostuvo que partiendo del hecho de que una campaña publicitaria se analiza en su conjunto, si existiese alguna dificultad en el anuncio televisivo, se debería realizar una análisis integral y superficial de la campaña publicitaria en cuestión, la misma que habría estado conformada



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000510

por anuncios radiales, páginas *web* y publicidad impresa, en los cuales se informaría adecuadamente los términos y condiciones de la promoción.

Con referencia a la fecha de inicio de la promoción en cuestionamiento, la imputada sostuvo que dicha información habría estado consignada en su anuncio televisivo y en su publicidad escrita de forma perceptible para los consumidores; asimismo, sostuvo que no sería necesario que dicha información ocupe el mismo espacio que el mensaje principal del anuncio. Del mismo modo, Nestlé afirmó que no existiría una prohibición para anunciar con anticipación el inicio de una promoción comercial.

Con referencia al sembrado de los premios principales, la imputada manifestó que Idom y Aspec no estarían cuestionando algún tema publicitario, sino el mecanismo de la promoción comercial en sí, el cual se encontraría autorizado mediante la referida resolución N° 3121-2012-IN-501.

Asimismo, la imputada sostuvo que dicha información no debería ser necesariamente conocida por los consumidores; sin embargo, por cuestiones de transparencia se puso en conocimiento de los mismos.

Por otra parte, la imputada sostuvo que en el mecanismo aprobado por el Ministerio del Interior para el sembrado de los premios principales, intervendría el azar y que ello beneficiaría a los consumidores, puesto que al disponerse el sembrado de dichos premios se evitaría que éstos se pierdan en el universo de productos que muchas veces no se venden o se venden después de concluida la promoción.

Por otro lado, a decir de Nestlé, sería falso que los consumidores no hayan tenido la posibilidad de obtener algún premio desde el inicio de la promoción anunciada, toda vez que desde el 30 de abril de 2012 se encontrarían en el mercado productos de la promoción que contenían diversos premios.

Con referencia al marcado de los empaques, Nestlé manifestó que no sería una obligación del proveedor marcar de manera distintiva los productos de la promoción, más aún considerando que los productos que contendrían premios serían únicamente el 0.008% del *stock* mínimo. Por lo tanto, los consumidores no se verían afectados, puesto que la mayoría de los productos no estarían premiados.

Finalmente, la Secretaría Técnica dispuso que se acumularan los procedimientos tramitados bajo los Expedientes N° 104-2012/CCD, N° 108-2012/CCD y N° 172-2012/CCD.

Mediante Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI de fecha 17 de abril de 2013, la Comisión declaró, entre otros, improcedente la denuncia presentada por Aspec en contra de Nestlé, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que en aplicación del principio de *non bis in idem* en su faz procesal, antes de la denuncia interpuesta por Aspec, existía una denuncia en trámite presentada por Idom, imputándole los mismos hechos.

Asimismo, la referida resolución declaró fundada la denuncia presentada por Idom en contra de Nestlé, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y fundada la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé, por infracción al principio de legalidad. En consecuencia, se sancionó a la imputada con una multa de cuatrocientos treinta y cinco (435) Unidades Impositivas Tributarias.

Mediante Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI de fecha 11 de abril de 2014, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) revocó la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Aspec, en tanto consideró que no se ha verificado una vulneración al principio del *non bis in idem* en su vertiente procesal, dado que al momento en que la referida asociación presentó su denuncia, no existía un pronunciamiento previo al respecto, por tal motivo, lo que correspondía, era acumular la denuncia de Aspec al procedimiento que ya se encontraba en trámite.

Asimismo, la Sala declaró la nulidad de la Resolución N° 080-2013/CCD-INDECOPI, entre otros extremos, aquel referido a la improcedencia por impertinente de la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, el mismo que consistía en la realización de una audiencia de visualización del anuncio televisivo imputado que formaría parte de la campaña publicitaria. Al respecto dicha instancia



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

000 511

consideró que el derecho a probar, es un derecho fundamental y parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto, se observa que la actuación del medio probatorio en cuestión era pertinente para esclarecer la presente controversia y que la primera instancia no fundamentó adecuadamente las razones por las cuales rechazó la referida actuación. Atendiendo a ello, la Sala opina que la denegatoria de la audiencia de visualización vulneró el derecho a probar de Nestlé, por lo que ordenó que la Comisión emita un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, luego de haber subsanado los vicios advertidos.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 20 de agosto de 2014, la Comisión se avocó al mandato de la Sala ordenado mediante Resolución N° 0461-2014/SDC-INDECOPI.

Mediante Proveído N° 10 de fecha 26 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica citó a las partes a una audiencia de visualización de anuncio televisivo materia de imputación. Dicha actuación se llevó a cabo el 3 de diciembre de 2014.

2. DESCRIPCIÓN E IMAGEN DE LOS ANUNCIOS IMPUTADOS

a) Anuncio publicitario televisivo y de la cuenta de Youtube de Nestlé (Chocolatesublimeperu)

El anuncio se inicia con una escena en la que se ve a tres (3) osos panda en el bosque: el padre, la madre y el hijo. Los padres le entregan un regalo al hijo, quien se alegra apenas toma el regalo, pero al abrirlo se decepciona y tira violentamente el regalo al suelo. En ese momento, aparece sobreimpresa en la pantalla la frase: "SÓLO TÚ SABES QUÉ TE HACE FELIZ", y el logotipo de la promoción "10 MINUTOS DE FELICIDAD SUBLIME", mientras que la voz de un locutor en off dice: "Sólo tú sabes qué te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad (...)".



En la siguiente escena, se ve al hijo oso caminando en un local de tiendas "Ripley", tomando parte de la mercadería allí exhibida. Sobreimpreso en la pantalla, aparece el logotipo de "Sublime", y la frase: "S/. 5.000" sobre un círculo amarillo. Durante esta escena, la voz del locutor en off dice: "(...) para que te lleves lo que quieras de Ripley por un valor de hasta 5.000 soles".

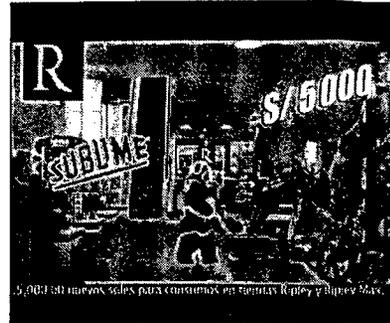
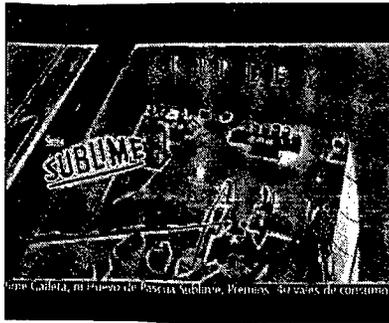


PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

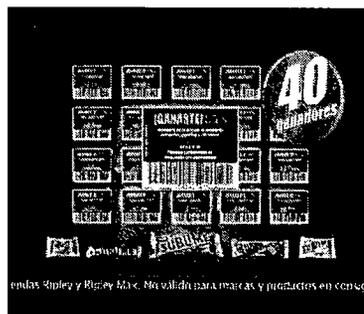
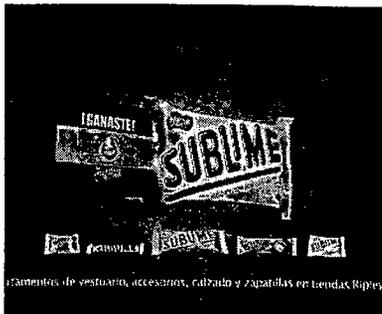
INDECOPI

000512

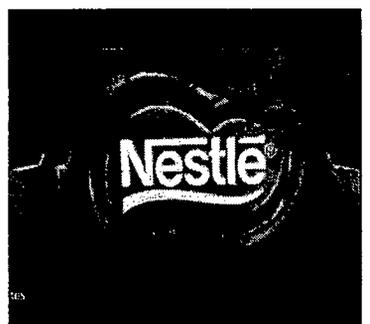
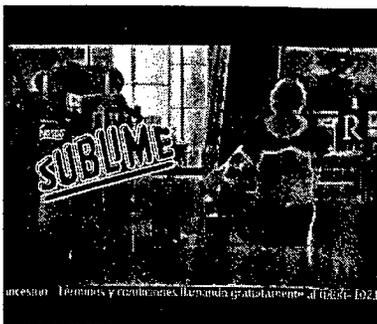


En la siguiente escena, se muestra la imagen de un empaque de "Sublime" en su presentación tradicional, y se ve que un cupón de colores marrón y amarillo sale de su interior; debajo de dicha imagen se muestran empaques de las otras cinco (5) presentaciones de "Sublime". Al mismo tiempo, se escucha al locutor en off que dice: "Busca el billete dorado dentro de los empaques de Sublime y gana".

Seguidamente, aparecen 20 cupones de color azul y blanco, sobresaliendo en el centro uno de los cupones. Sobreimpresa en la pantalla aparece la frase "40 ganadores" sobre un círculo amarillo, la misma que inmediatamente cambia a la frase "Miles de cupones"; al tiempo que la voz del locutor en off dice: "Serán 40 ganadores y además, miles de cupones de descuento".



A continuación, se ve al oso de espaldas, retirándose con bolsas de compras, para luego aparecer sosteniendo un cartel con el siguiente mensaje: "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", mientras que la voz del locutor en off dice: "Nada más sublime que estar feliz". Finalmente, aparece el logotipo de Nestlé, sobresaliendo de un fondo de chocolate.



Durante la transmisión del anuncio, en la parte inferior de la pantalla, en frases que aparecen ante el consumidor de derecha a izquierda, se difunde la siguiente información: "MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 08 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

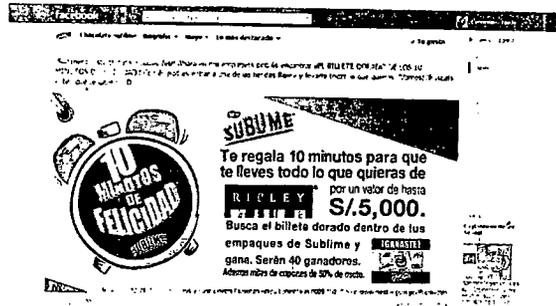
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

nuevos soles para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos".

b) Anuncio publicado en el sitio web de Nestlé (print de pantalla)



c) Anuncio publicado en la página de facebook de Nestlé (print de pantalla)



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar la presunta comisión de actos de engaño e infracción al principio de legalidad.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la publicidad deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. De otro lado, el referido precepto legal establece que en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman. ←

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio³. Asimismo, en cuanto al

³ Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacifico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacifico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

014

análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.⁴

Por lo tanto, para determinar si algún anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

4.2. La presunta comisión de actos de engaño e infracción al principio de legalidad

4.2.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

"Artículo 8º.- Actos de engaño.-

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

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje."

Como se puede apreciar, la finalidad del citado artículo es proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan, de mejor manera, información relevante sobre las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen. Por ello, es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz, a fin de que los consumidores comparen en forma adecuada las alternativas que le ofrecen los diversos proveedores en el mercado y, de esta manera, puedan adoptar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses.

En consecuencia, la Comisión debe determinar si la campaña publicitaria materia de imputación ha podido inducir a error a los consumidores. Para ello, habrá de considerarse cómo lo interpretaría un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.1 precedente.

Por otro lado, en relación al principio de legalidad, la libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.⁵ Por su

⁴ Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradevco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.⁶

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente y a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, conforme al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente:

"Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
(...)"

En ese contexto, es aplicable el numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dispone lo siguiente:

"Artículo 14.- Publicidad de promociones.-

(...)

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten (o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

(...)"

Al respecto, dicha disposición exige a los proveedores que cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas sean informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor o que se encuentren en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información. En consecuencia, bastará que en un anuncio se difunda una promoción de ventas para que le sea exigible, al anunciante, la obligación de consignar las condiciones y restricciones de acceso a la promoción en forma clara, destacada o de manera fácilmente advertible por el consumidor; o indicar las referencias de localización de una fuente de información distinta, de ser el caso.

4.2.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Idom e imputó a Nestlé la presunta comisión de actos de engaño, debido a que la campaña publicitaria denominada "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime", daría a entender erróneamente a los consumidores:

- (i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
- (ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo,

país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

800510

los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.

(iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

Asimismo, la Secretaría Técnica imputó a Nestlé por la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, toda vez que no se podría observar la siguiente restricción de acceso: "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo".

Con fecha 3 de diciembre de 2014, la Comisión llevó a cabo una audiencia de visualización del anuncio televisivo materia de imputación, en dicha actuación se apreció el referido anuncio en los diversos soportes en los cuales estaba presente en el expediente.

De manera previa al análisis del fondo de la controversia, este colegiado considera necesario señalar que el contenido esencial del derecho a la información de los consumidores es la puesta a disposición del consumidor, de manera clara, efectiva y comprensible, de todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios, en particular, las advertencias, riesgos previsible, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia, sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten o en todo caso derivar a una fuente de información complementaria que sea idónea con su finalidad informativa. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido.

Asimismo, en cuanto a la materialización de una infracción por la comisión de actos de engaño recogido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la doctrina señala que éstas pueden verificarse a través de la falsedad o la inducción a error. La falsedad implica que las afirmaciones empleadas no corresponden con la realidad, a diferencia de la inducción a error que puede ocurrir, incluso, cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas dependiendo de la forma en que las afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones; lo que puede llevar a un consumidor a considerar que la oferta publicitada posee determinadas características que en la realidad carece. En ese sentido, una forma de inducción a error se genera mediante la omisión de información que tiene naturaleza tal, que puede producir un engaño en los receptores del mensaje.

Sobre el particular, de un análisis superficial e integral de los anuncios en cuestión, la Comisión observa que la publicidad visual de facebook y del sitio web de Nestlé, a diferencia de la televisión o la radio, permiten una lectura mucho más clara, pausada y comprensible de la información contenida en las mismas, motivo por el cual los receptores del mensaje tienen la posibilidad de acceder a la información por un periodo de tiempo prolongado a fin de que puedan analizar todos los alcances de la oferta y puedan extraer sin ambigüedades el mensaje principal de dicha publicidad.

Cabe agregar que mediante una inspección llevada a cabo por la Secretaría Técnica el 18 de junio de 2012 a la página de facebook de Nestlé, se pudo tener acceso a toda la información referida a la campaña publicitaria.

Asimismo, dentro del marco de la audiencia de visualización realizada, la Comisión considera que la información que discurre en la parte inferior del anuncio televisivo cuestionado, en cualquiera de las fuentes recabadas por la Secretaría y/o presentadas por la partes durante el procedimiento, por su

⁷ FABRE, Régis et. al. Droit de la Publicité et de la Promotion des Ventes. 2^o ed. París: Dalloz, 2002. P.49. Cita extraída del punto 19 de la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI emitida bajo el expediente N° 189-2006/CCD seguido de oficio contra Hipermercados Metro S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000517

contraste y velocidad, permiten de forma clara y comprensible, observar los alcances de la promoción anunciada, esto es, la fecha de inicio, la fecha de inserción de los premios principales, así como las ciudades participantes, las mismas que son Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Por lo tanto, si bien la publicidad televisiva tuvo una difusión anterior a la fecha efectiva del inicio de la promoción, dicha particularidad estuvo claramente informada por el anunciante, lo que conlleva a sostener que los consumidores no vieron afectado su derecho a la información, el mismo que los hubiese conducido a tomar decisiones erróneas que afecten su excedente.

Por otro lado, en relación a la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", a criterio de la Comisión, dicha afirmación no genera un acto de engaño, toda vez que la referida promoción y sus alcances ha sido autorizada por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior mediante Resolución N° 3121-2012-IN-1501 de fecha 27 de abril de 2012, la misma que señala los siguientes parámetros obligatorios para el desarrollo de la misma:

"MECÁNICA

La Promoción va dirigida a los consumidores de Chocolates Sublime en cualquiera de sus presentaciones, (...). El mecanismo de la campaña consiste en que, durante su desarrollo, las personas naturales que compren un chocolate Sublime en cualquier de sus distintas presentaciones: Sublime 32gr. Sublime Blanco 30gr. (...) tienen la posibilidad de encontrar en el interior de las envolturas:

- Un sticker con la frase "GANASTE 10 MINUTOS DE FELICIDAD", que equivale a un premio de hasta S/. 5,000.00 Nuevos Soles (...).
- Un sticker con la frase "GANASTE 50% DE DESCUENTO" para compras en cualquier tienda Ripley (...)

(subrayado añadido)

Por lo expuesto, la autorización en cuestión no establece que deba existir en los productos de la promoción un distintivo en la parte exterior que permita a los consumidores identificar aquellos que se encuentren dentro de la misma; por ende, de la observación de los alcances de la promoción, Nestlé únicamente se encontraba obligada a que dentro de las envolturas de cualquiera de sus productos se encuentre un sticker con el respectivo premio, condición que no ha sido materia de cuestionamiento en el presente procedimiento.

Por lo expuesto, corresponde declarar infundadas las denuncias presentadas por Idom y Aspec, respectivamente, en contra de Nestlé, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, se declara infundada la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé por la presunta infracción al principio de legalidad, supuesto ejemplificado en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.3. Los pedidos accesorios formulados por Idom y Aspec

En el presente caso, Idom solicitó que se dicten las medidas correctivas pertinentes, así como el pago de las costas y costos incurridos durante la tramitación del presente procedimiento.

Por otro lado, Aspec solicitó a la Comisión que ordenara a Nestlé, el cese de las conductas denunciadas, así como el pago de las costas y los costos en los que incurriera en la tramitación del procedimiento. Asimismo, Aspec solicitó a la Comisión el cumplimiento del Convenio de Cooperación Interinstitucional N° 012-2001/CC, *Addendum* 01, con la finalidad de que pueda participar de un porcentaje de la multa que eventualmente se impusiera a la imputada.

Al respecto, conforme a lo señalado en los puntos precedentes, la Comisión considera que, al devenir en infundadas las denuncias, corresponde denegar dichas solicitudes.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000515

5. **DECISIÓN DE LA COMISIÓN**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADAS** las denuncias presentadas por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios, respectivamente, en contra de Nestlé Perú S.A., por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Nestlé Perú S.A., por la presunta infracción al principio de legalidad, supuesto ejemplificado en el numeral 17.1 del artículo 17 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: **DENEGAR** los pedidos accesorios formulados por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con la intervención de los miembros de Comisión: Edward Tovar Mendoza, Ana Rosa Martinelli Montoya y José Tavera Colugna.

Edward Tovar Mendoza
Vicepresidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



VOTO EN DISCORDIA DEL MIEMBRO DE COMISIÓN, SR. ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ

No concuerdo con el análisis realizado por la mayoría de la Comisión al declarar infundadas las denuncias presentadas por Idom y Aspec, respectivamente, en contra de Nestlé por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, establecido en los artículos 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, discrepo con el sentido adoptado respecto a la imputación realizada de oficio en contra de la imputada por la presunta infracción al principio de legalidad, supuesto establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 del referido cuerpo normativo.

Al respecto, considero que la interpretación de un anuncio publicitario requiere efectuar un análisis integral y superficial que parte únicamente de los elementos que son advertidos por el consumidor. Así, el mensaje publicitario que percibe un consumidor no se determina a partir de elementos informativos ajenos al anuncio mismo, según lo establece el artículo 21 de la Ley de Represión de la competencia Desleal¹.

Bajo ese marco conceptual, soy de la opinión que para efectos de delimitar cuál es el mensaje que efectivamente reciben los consumidores del anuncio televisivo en cuestión², corresponde prestar atención a la "parte captatoria"³ del anuncio publicitario. Al respecto, la doctrina⁴ ha señalado que si bien los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios, debe considerarse que existen ciertas partes del anuncio identificadas como parte captatoria, que atraen de un modo especial la atención de los destinatarios, por ser más llamativas y destacadas, debido a que cobran mayor relevancia en el contexto del anuncio.

Sobre el particular, cabe recordar que los mensajes publicitarios denunciados por la comisión de actos de engaño son los siguientes:

- Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes.
- Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012.
- Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

(...)
21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

² Del expediente se observa que en referencia a la publicidad visual de facebook y del sitio web de Nestlé, a diferencia de la televisión o la radio, permiten una lectura clara, pausada y comprensible de la información contenida en las mismas, motivo por el cual los receptores del mensaje tienen la posibilidad de acceder a la información por un periodo de tiempo prolongado a fin de que puedan analizar todos los alcances de la oferta y puedan extraer sin ambigüedades el mensaje principal de dicha publicidad.

Cabe agregar que mediante una inspección llevada a cabo por la Secretaría Técnica el 18 de junio de 2012 a la página de facebook de Nestlé, se pudo tener acceso a toda la información referida a la campaña publicitaria. Por lo tanto, los anuncios materia de análisis en el presente caso serán únicamente aquellos de naturaleza audiovisual.

³ Es precisamente esta parte captatoria del anuncio donde se incluyen a menudo las informaciones creíbles y comprobables sobre características, prestaciones, atributos y/o condiciones de adquisición que se consideran más influyentes en la decisión de compra y consumo. Por tanto, la parte captatoria combina la facilidad de su percepción con el interés que provoca su contenido, y es por ello que esta parte resaltada del anuncio determinará en gran medida el significado, la idea principal o las expectativas que el público captará y entenderá respecto a características, prestaciones o condiciones de compra de productos y servicios.

⁴ FERNANDEZ NOVOA, Carlos. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". En: Revista de Derecho Mercantil. Pg 107. Autor citado mediante Resolución Nº 0371-2011/SC1-INDECOPI de fecha 10 de febrero de 2011, seguido de oficio contra Telefónica Móviles S.A.



sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.

En ese sentido, en referencia al primer mensaje publicitario cuestionado relacionado a la fecha de inicio de la promoción anunciada, considero que la "parte captatoria" de los anuncios cuestionados incluye las frases y palabras que llevan a concluir indefectiblemente que la promoción "Diez (10) Minutos de Felicidad con Sublime" inició el 23 de abril de 2012 y no el 30 de ese mes; sin embargo, a fin de llegar a un real alcance de dicha conclusión, la parte captatoria debió entenderse de manera conjunta con la información contenida en el scroll consignado en la parte inferior de la publicidad; no obstante, ésta era imperceptible para los consumidores, puesto que discurría a un velocidad tal que no permitía una lectura clara y una comprensión adecuada. En consecuencia, la información percibida por un consumidor mediante un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios cuestionados es únicamente aquella contenida en su parte captatoria y no la expuesta de manera secundaria en su parte inferior, lo que me lleva a concluir que el mensaje publicitario fue engañoso.

Asimismo, sobre el argumento esgrimido por la imputada referente a que no sería necesario que la información concerniente a la fecha de inicio de la promoción ocupe el mismo espacio que el mensaje principal del anuncio, así como que no existiría una prohibición para publicar una promoción antes del inicio de la misma, considero pertinente resaltar que la libre disposición del tamaño y diagramación de los elementos publicitarios, así como el momento a dar a conocer información de la promoción anunciada a los consumidores no es irrestricto, puesto que tiene como límite el evitar la desnaturalización del mensaje publicitario. En ese sentido, este colegiado observa que para el caso concreto, estas libertades publicitarias tuvieron un efecto negativo en la publicidad, toda vez que diluyeron el real mensaje y generaron expectativas en los consumidores que no eran factibles de alcanzar.

Por otro lado, respecto al segundo mensaje publicitario cuestionado relacionado a la fecha de siembra a los premios principales, aprecio que las piezas publicitarias audiovisuales imputadas no contienen información sobre ello, omisión que, a diferencia de lo esgrimido por Nestlé, desnaturaliza la intención de dicho mensaje y su real alcance.

Soy de la opinión que el anunciante no tiene un "deber de exhaustividad" con referencia a la información que debe colocar en el anuncio que actuará como soporte publicitario de su oferta. Ello, tomando en consideración el carácter persuasivo y no neutral de la publicidad; sin embargo, dicho derecho potestativo de colocar la información que considere y de la forma que crea necesaria no es irrestricto, en tanto tiene como límite que el anuncio publicitario no sea engañoso para los consumidores.

En ese sentido, partiendo de un análisis superficial e integral de las piezas publicitarias, considero que los consumidores pueden creer erróneamente que dichos premios principales formarán parte de la promoción anunciada desde el inicio de ésta; sin embargo, fueron sembrados en cuatro (4) momentos posteriores a su fecha de inicio; situación que a mi criterio, conllevó a que los consumidores establezcan relaciones de consumo con Nestlé sobre la base de una publicidad ambigua que frustró sus expectativas y, por ende, afectó su excedente como consumidor, puesto que antes de la fecha de la primera siembra de los premios principales (3 de mayo de 2012), los consumidores únicamente podían ganar premios secundarios, hecho que contradecía la intención primordial de la promoción anunciada y del objetivo principal de los consumidores que participaban de ésta.

Asimismo, vinculando el argumento planteado por Nestlé relacionado a que habría consignado en los anuncios cuestionados la existencia de fuentes de información complementaria (número telefónico 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos) con el señalado mensaje erróneo que los consumidores recogieron de la publicidad materia de análisis, advierto que dicha precisión sobre la existencia de fuentes de información complementaria era relevante; sin embargo, estaba consignada en un scroll que no resultaba legible para los consumidores, hecho que limitó sus



posibilidades de tomar conocimiento del real momento en que se sembraron los premios principales.

En relación al tercer mensaje cuestionado relacionado con la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", considero que el mismo fue claramente advertido por los consumidores, puesto que no es parte del scroll, sino que está consignado en un pantallazo que permite su lectura; sin embargo, ello no enerva la comisión de un acto de engaño, toda vez que con esta afirmación los consumidores no pueden advertir de manera alguna qué lotes (considerando fecha de producción, envasado, entre otros) de los productos Sublime dentro de la promoción formaron parte de la misma; por ende, los consumidores pueden adquirir aquellos cuya fecha de producción es anterior a la promoción con la creencia errónea de que los mismos podrían contener algún sticker marcado, ello más allá de que la proporción de premios, según la imputada, sea del 0.008% del stock mínimo. Hecho que lleva a concluir que este mensaje publicitario también fue engañoso.

Por otra parte, cabe señalar que el hecho de que los mensajes publicitarios antes citados, hayan sido claramente consignados y transmitidos en otros medios publicitarios, tales como radio, afiches y volantes, no enerva la infracción cometida por Nestlé, en la medida que los consumidores no acceden necesariamente a todos los anuncios integrantes de una campaña publicitaria. Al respecto, por ejemplo, en la Resolución N° 1487-2010/SC1-INDECOP de fecha 21 de abril de 2010, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal del INDECOP (en adelante, la Sala) señaló lo siguiente:

- "18. Solo en caso que ambas piezas publicitarias compartan un mismo mensaje se estará frente a una campaña. Aún en ese supuesto, no se puede afirmar que un consumidor accederá a todas las piezas de la campaña, por lo que el anunciante no puede, por ejemplo, omitir información relevante en el anuncio televisivo y sí colocarla en la pauta radial. Si bien el análisis complementario entre anuncios es útil para determinar los alcances y nivel de impacto de la campaña -los cuales son importantes criterios para graduar la sanción-, esta complementariedad no significa que un anuncio en el cual se omitió información relevante no sea ilícito porque en otra pieza de la campaña se 'completan' los datos que se omitieron en él."⁵

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario señalar que no se pretende regular alguno de estos elementos informativos publicitarios, pues, ciertamente, no existe norma legal en materia publicitaria que exija a los anunciantes comunicar los alcances de su oferta en un tamaño de letra determinado, entre otros. No obstante, la autoridad competente puede verificar si determinada información ha sido incluida en un anuncio publicitario de manera tal que pueda ser fácilmente percibida para los consumidores, en especial, cuando la omisión de dicha información (o su presentación de manera imperceptible) podría suponer un acto de engaño en perjuicio del consumidor.

Ahora, en relación a la infracción al principio de legalidad cometida por la difusión de la siguiente restricción de acceso: *Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo*; que discurriría en pantalla a una velocidad tal que no permitiría una lectura corrida por los consumidores, considero necesario precisar que conforme al numeral 14.2 del artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, "cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información".

⁵ Emitida en el Expediente N° 215-2008/CCD, seguido por Kraft Foods Perú S.A. en contra de Corpora Tresmontes Perú S.A.C.



En buena cuenta, para determinar la existencia de una infracción al principio de legalidad, corresponde verificar la sola trasgresión al texto de la norma correspondiente. Por ello, luego de un análisis del anuncio cuestionado, apreció que el mismo no cumplió con informar en forma clara, destacada y fácilmente comprensible por el consumidor la restricción de acceso geográfico: Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo.

En mi opinión, la información expuesta se expuso a una velocidad tal que no fue posible realizar una lectura ininterrumpida que permitiera a un consumidor conocerla de manera efectiva, lo cual equivale a su omisión. De esta manera, si bien la norma no establece un margen de tiempo determinado para la difusión de las condiciones y restricciones de acceso aplicables a las promociones, la inclusión de dicha información sí debe cumplir con los requisitos establecidos en la misma.

Si bien es cierto la imputada incluyó en el anuncio un número telefónico y una página web⁶, dicha información se difundió al unísono con la restricción de acceso a la promoción, por lo cual tampoco fue legible para el consumidor.

En atención a las consideraciones expuestas, soy de la opinión que deben declararse fundadas las denuncias presentadas por Idom y Aspec por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño; así como también debería declararse fundada la imputación hecha de oficio por la Secretaría Técnica referida a la infracción al principio de legalidad.


ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

⁶ En la parte inferior del texto difundido al final del anuncio se consigna la siguiente información: "Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestlé.com.pe/Productos".

2015 AYO 3 FO 4 18

030918

45

1

000526

Ccd

RECIBIDO Decenio de las personas con discapacidad en el Perú
UNIDAD DE FISCALIZACIÓN DE LA Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación
DOCUMENTARIO



Expediente: 104-2012/CCD-INDECOPI
108-2012/CCD-INDECOPI
172-2012/CCD-INDECOPI

Especialista: Roberto López Baca
Cuaderno: Principal
Sumilla: Recurso de Apelación

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC, en los seguidos contra **NESTLÉ PERÚ S.A.** (En adelante, Nestlé), ante ustedes exponemos:

I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

Que, dentro del término de ley, interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** contra la **Resolución Final N° 021-2015/CCD-INDECOPI** que declara infundada nuestra denuncia, a efectos que el superior jerárquico la revoque y proceda conforme a lo peticionado.

II. CUESTIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE REPOSAN SOBRE LO IRREGULARMENTE RESUELTO POR LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y QUE MOTIVAN EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN

II.1 EN REFERENCIA A LOS MENSAJES PUBLICITARIOS DENUNCIADOS

1. Los mensajes publicitarios en cuestión son los siguientes:



www.aspec.org.pe
Av. José Ramírez Gastón 17
Miraflores - Lima - Perú
Teléfono (511) 448 5000
Telefax (511) 260 8279
✉ aspec@aspec.org.pe

«10 minutos de Felicidad»
Análisis de los Mensajes Publicitarios

Mensaje	Realidad
"Inicio de la promoción anunciada: 23 de abril del 2012"	Real inicio de la promoción: 3 de Mayo (Primer Sembrado).
"Son cuarenta (40) premios hasta por S/.5,000 para obtener lo que quieras de Ripley"	(1) Los cuarenta premios no fueron sembrados desde el inicio de la promoción, sino que fueron insertados en cuatro etapas. (2) Los consumidores no pueden obtener de Ripley "lo que quieren" a partir una precisada lista de productos que no participaban de la promoción y que se detallaban en la última hoja de los "Términos y Condiciones Legales" de la Promoción.
"Además, miles de cupones de descuento"	"Válido sólo para un (01) sólo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión".
"Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"	Los consumidores no pueden advertir de manera alguna qué productos de Sublime participan y cuáles no de la promoción.

2. A partir de lo expuesto, algunas primeras cuestiones que nos deja este primer cuadro de exposición, son las siguientes:

- **¿El mensaje publicitario se condice con la realidad?**
- ¿Acaso la información real –no expuesta al mercado– no se constituye como una **información relevante** que debió ser trasladada a los consumidores de manera veraz, oportuna, adecuada y suficientemente para efectuar un consumo plenamente informado discerniendo de otros productos y/o promociones en el mercado?
- Bajo esa premisa, ¿Qué mensaje se transmitió real y efectivamente a través de la **parte captatoria** del mensaje publicitario?
- En lógica consecuencia: Si la parte captatoria resultó disímil de la realidad, ¿No vuelve a esta campaña publicitaria como una serie de **actos de competencia desleal** y a su par como una **publicidad engañosa** en todos sus extremos?
- Asimismo, desde el lado de la Protección y Defensa del Consumidor: ¿Qué acaso los consumidores no tienen derecho a elegir libremente entre productos y

servicios **idóneos** y a ser oportuna y debidamente informados por el proveedor sobre todas las circunstancias (entiéndase promociones o campañas publicitarias) que rodean el consumo?

- Desde ese corte de ideas, ¿Qué acaso la **idoneidad** no se define en razón a la correspondencia que existe entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe en función a lo que **se le hubiera ofrecido en la publicidad e información transmitida**? En razón a lo expuesto, ¿Cabe señalar que estamos frente a un oleaje de productos idóneos? Y en lógica consecuencia, ¿Qué acaso no es el proveedor quien responde por la idoneidad de los productos y servicios que ofrece y expende al mercado?

○ En el mismo sentido, ¿Qué acaso las autorizaciones por parte de los organismos del Estado (entiéndase ONAGI) **no son eximentes de responsabilidad del proveedor**? Ello, teniendo en consideración que además sus resoluciones (concesorias) provienen de **Procedimientos Administrativos de Aprobación Automática que no evalúan la repercusión sobre lo petitionado por el administrado** sino tan sólo si cumple o no con los requisitos detallados que la Ley de la materia o el TUPA lo señalan y a partir de ello se expide la autorización.

- Sin perder de vista el protagonismo que ocupa la notoria ausencia de la información relevante, ¿Qué acaso el proveedor no tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la **información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo** de los productos que expende al mercado?
- En ese mismo sentido, ¿Qué acaso al momento de evaluarse la **información relevante**, no debe considerarse toda aquella (información) sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos, **evaluándose si la información (relevante) omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor**?
- Finalmente, ¿Qué acaso al momento de evaluarse la información, no deben considerarse los problemas que la **falta de veracidad** y consecuentes **actos de deslealtad** ocasionan en perjuicio del mercado?

3. A la luz de lo expuesto, a continuación detallaremos las razones por las cuales corresponde el mérito del presente Recurso de Apelación, toda vez que la cuestionada resolución: (i) Es totalmente contraria de los derechos de los consumidores; (ii) Adolece de una errada interpretación del espíritu del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor y de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General; (iii) Evidencia la improrrogable necesidad de una adecuada y razonable fundamentación fáctica que se ajuste correctamente a derecho; (iv) Dista de las políticas públicas que emanan desde nuestra Constitución Política del Estado que se orientan hacia el equilibrio del mercado; y (v) Desconoce sobremanera el deber especial de protección y defensa del consumidor y el deber de la buena fe mercantil en los actos de la libre competencia.
4. Señalamos que en razón del principio **IURA NOVIT CURIA**¹, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, debió atender adecuadamente al tenor del artículo 12º y ss. del Código de Protección y Defensa del Consumidor, referidos a la «Protección del Consumidor frente a la Publicidad», a efectos de entender que:

«La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la **asimetría informativa** en la que se encuentran y de la **publicidad engañosa o falsa** que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial (...)».

5. En atención a lo expuesto, queda claro que el tenor que esgrime la referida norma, persigue como finalidad esencial, la protección de los consumidores frente a la asimetría informativa², a efectos de **corregir y eliminar todas aquellas conductas y prácticas que afecten a sus legítimos intereses.**

¹ Código Procesal Civil

Artículo VII – Título Preliminar

Principio Iura Novit Curia (Juez y Derecho): El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

² Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores

6. En ese sentido, la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, proyecta desde su tenor como finalidad esencial: Corregir las distorsiones y malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea antes, durante o posterior a la contratación, o en cualquier otra situación relevante que los coloquen en una situación de desventaja al momento de actuar en el mercado.
7. Para hacer afrenta a ello, nuestro Código, recoge el **Principio de Corrección de la Asimetría**³, por el cual dota de la obligación a todo proveedor de suministrar toda aquella **INFORMACIÓN RELEVANTE** que debe ser trasladada a los consumidores de manera veraz, oportuna, adecuada, suficiente y fácilmente accesible para efectuar un consumo plenamente informado discerniendo de otros productos y/o promociones que proyectan hacia el mercado.

II.2 EN REFERENCIA A LA DESCRIPCIÓN E IMAGEN DE LOS ANUNCIOS IMPUTADOS

8. De manera preliminar cabe señalar que las imágenes que nos traen los *screenshots* (capturas de pantalla) del spot publicitario de Nestlé (Véase fojas 5 de la referida resolución) **NI SIQUIERA PERMITE ADVERTIR MEDIANTE ESAS TOMAS PAUSADAS TODA LA INFORMACIÓN RELEVANTE QUE EXPONGA LAS CIRCUNSTANCIAS (PROMOCIONES Y CONDICIONES DETERMINANTES) QUE RODEAN EL CONSUMO**, las mismas que a través de su recepción y conocimiento, podría generar algunas de las siguientes respuestas por parte de los diferentes agentes del mercado:

Agente	Respuesta
Estado	Iniciar acciones oficiosas en contra de las indebidas prácticas cometidas por el proveedor o permitir las si éstas se realizan en un marco de leal competencia.
Consumidores	(i) Adoptar una decisión de consumo (Sin sacrificios). (ii) Adoptar una decisión de consumo (Sacrificando necesidades y asumiendo costos de transacción). (iii) No adoptar una decisión de consumo.
Proveedores	(i) Competir con una oferta similar. (ii) Competir con una oferta diferente. (iii) No competir.

³ Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

9. Indudablemente, en una **ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**, como el contexto económico actual que nos envuelve, permite advertir que: «Toda actuación producida por cualquier agente en el mercado, siempre traerá consigo una serie de reacciones por parte de los demás agentes económicos que se sitúan en el mismo escenario».
10. Entonces, si desde el tenor que irroga la interpretación del numeral 1 del artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal: «La publicidad debe ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios» y en esa misma línea de ideas, el numeral 2 del referido artículo, señala que «(...) **dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio**, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, **considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe**», el siguiente paso es confrontar el mensaje publicitario con la realidad a fin de determinar si éste es falso o induce a error por omisión o ambigüedad.
11. En ese orden esencial de ideas, conviene señalar que «La publicidad comercial se juzga en función de la interpretación natural e integral que el consumidor hace del mensaje publicitario. Así, la interpretación jurídica de las alegaciones publicitarias parte de la impresión global del anuncio. (...) Por ello el deber del (proveedor) anunciante –en lo que al principio de veracidad se refiere– se limita a la información que difunda en el mercado **no sea susceptible de inducir a error a los consumidores**»⁴.
12. Por su parte, el análisis superficial e integral de los anuncios no se realizará sobre la totalidad de la información contenida en ellos, sino únicamente sobre la que pueda ser percibida efectivamente por el consumidor⁵. Exigir lo contrario implicaría que los consumidores tengan que paralizar la imagen o disminuir la velocidad del audio para poder informarse⁶.

⁴ SOSA, Alex. ¿Cómo se analiza la información ininteligible en la Publicidad Comercial? En, *AndaNews*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Criterio desarrollado por el CONAR en sus pronunciamientos N° 003-2010/CPE de fecha 14 de Diciembre de 2010 y N° 01-2011/JD de fecha 03 de mayo de 2011.

13. En ese sentido, a la luz de lo expuesto en el Cuadro N° 01: «10 minutos de Felicidad. Análisis de los Mensajes Publicitarios» (Véase fojas 2 del presente recurso), la verdad material de los hechos permite dar cuenta de manera indubitable que **EL MENSAJE PUBLICITARIO (LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA AL MERCADO) NO SE CONDICE CON LA REALIDAD Y QUE LOS ACTOS DESPLEGADOS POR EL PROVEEDOR SON CONTRARIOS A LA BUENA FE MERCANTIL QUE TODO AGENTE DEL MERCADO DEBE INVOCAR EN SU ACCIONAR.**

14. Finalmente, sobre cada uno de los particulares disímiles de la realidad que existen en referencia al anuncio publicitario en cuestión, cabe resaltar que si bien uno de ellos expresamente señala: **«Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado»**, es imprescindible traer a colación el tenor –olvidado por la Comisión– contenido en el numeral 1.3. del Artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, señala taxativamente que: **«Es nula la renuncia a los derechos reconocidos por la presente norma, siendo nulo todo pacto en contrario»**. En lógica consecuencia de lo expuesto, admitir lo contrario, significaría que el INDECOPI consentiría plenamente el **ABUSO IRRESTRICTO DE DERECHO**. → qué renuncia?

II.3 EN REFERENCIA A LA CONTRAVENCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL Y MUY GRAVES ATENTADOS CONTRA A LA BUENA FE COMERCIAL EN PERJUICIO DE LOS CONSUMIDORES, PROVEEDORES Y EL MERCADO EN SU CONJUNTO

15. De manera preliminar, resulta imperativo señalar que: **«En una economía social de mercado, la actuación de una empresa que ofrece mejores precios, condiciones de venta más favorables o una mejor calidad, puede representar una oportunidad comercial perdida para sus competidores (daño concurrencial lícito), lo cual, en principio, no constituiría un acto de competencia desleal. A fin de determinar si un acto es o no desleal, LA COMISIÓN EVALUARÁ SI LA CONDUCTA DE LOS SUPUESTOS INFRACTORES ES O NO CONTRARIA A LA BUENA FE COMERCIAL Y A LAS NORMAS DE CORRECCIÓN QUE DEBEN REGIR EN EL MERCADO O SI ATENTA CONTRA EL NORMAL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS**, teniendo en cuenta que la clientela, la fuerza de trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales, son factores dinámicos

en el mercado, y que la pérdida de los mismos ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible dentro del marco del sistema de economía social de mercado, **SE ENTIENDE POR “BUENA FE” Y POR “NORMAS DE CORRECCIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS” A LA COMPETENCIA REALIZADA POR LOS DIVERSOS AGENTES QUE CONCURREN EN ÉL Y QUE SE SUSTENTA EN LA EFICIENCIA Y EN LA EFICACIA DE LAS PRESTACIONES QUE BRINDAN A LOS CONSUMIDORES**; lo cual se manifiesta entre otros, en la mejor calidad de los productos y servicios que ofrecen, en poner a disposición de sus clientes bienes a precios competitivos y en brindar servicios post – venta eficientes y oportunos».

16. A crisol de lo expuesto, queda claro que frente al presente caso de fojas, estamos frente a la comisión de **ACTOS DE INFRACCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL**, contemplada en el artículo 6º del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal:

Cláusula general (Artículo 6º)

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

17. En ese corte de ideas, la precitada disposición legal considera como acto de competencia desleal **toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado.**
18. Asimismo, a la luz de lo expuesto, dentro del modelo de economía social de mercado que nos envuelve, se entiende por “buena fe” y por “normas de corrección de las actividades económicas” las que caracterizan a la competencia que se sustenta en la eficiencia y en la eficacia de las prestaciones que se brinda a los consumidores, como son, entre otras, ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos, brindar servicios post – venta eficientes y oportunos.

19. En lógica consecuencia:

«La cláusula general pretende abarcar en una definición amplia todas aquellas conductas desleales que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley, puesto que no resulta posible enumerar todos los posibles supuestos de deslealtad en las prácticas comerciales. En este sentido, **para que un acto sea considerado desleal es suficiente que encuadre dentro del supuesto contenido en la cláusula general**, no siendo necesario que se encuentre expresamente tipificado en alguno de los supuestos contenidos en la Ley, los cuales sólo tienen carácter enunciativo».

20. Desde las premisas expuestas, sin lugar a dudas, queda claro que el cuadro que exponemos nuevamente a continuación, permite entrever y dejar en clara evidencia la muy grave contravención a la buena fe y a las normas de corrección de las actividades económicas, en perjuicio del mercado:

«10 minutos de Felicidad» Análisis de los Mensajes Publicitarios	
Mensaje	Realidad
"Inicio de la promoción anunciada: 23 de abril del 2012"	Real inicio de la promoción: 3 de Mayo (Primer Sembrado).
"Son cuarenta (40) premios hasta por S/.5,000 para obtener lo que quieras de Ripley"	(1) Los cuarenta premios no fueron sembrados desde el inicio de la promoción, sino que fueron insertados en cuatro etapas. (2) Los consumidores no pueden obtener de Ripley "lo que quieren" a partir una precisada lista de productos que no participaban de la promoción y que se detallaban en la última hoja de los "Términos y Condiciones Legales" de la Promoción.
"Además, miles de cupones de descuento"	"Válido sólo para un (01) sólo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión".
"Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado"	Los consumidores no pueden advertir de manera alguna qué productos de Sublime participan y cuáles no de la promoción.

Conclusiones:

- El mensaje publicitario NO se condice con la realidad.

- La información real –no expuesta al mercado– se constituye como una **información relevante** que debió ser trasladada a los consumidores de manera veraz, oportuna, adecuada y suficientemente para efectuar un consumo plenamente informado discerniendo de otros productos y/o promociones en el mercado
- Bajo esa premisa, ¿Qué mensaje se transmitió real y efectivamente a través de la **parte captatoria** del mensaje publicitario?
- En lógica consecuencia: «El mensaje publicitario –y además, la parte captatoria– resultaron disímiles de la realidad, hechos que terminan por volver a esta campaña publicitaria (y en estricto a sus diferentes spots publicitarios) como una serie de **actos de competencia desleal** y a su par como **publicidades engañosas** en todos sus extremos».

21. Aunado a lo expuesto, cabe señalar además lo siguiente:

- **NO EXISTEN RAZONES FÁCTICAS NI JURÍDICAS OBJETIVAMENTE JUSTIFICABLES QUE SUSTENTEN EL ACCIONAR ILÍCITO (NO CUMPLIR CON SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN RELEVANTE) DE NESTLÉ.**

¿ENCUENTRA LA DIFERENCIA?	
Producto que NO es de la promoción	Producto de la Promoción
	

- **NO ES CIERTO QUE SEA UNA PRÁCTICA DE MARKETING UTILIZADA EN DIFERENTES FORMAS EN EL MERCADO.**



Sobre el particular, atiéndase: «Análisis de una campaña: ¿Es válida la última promoción de Sublime?» Artículo de Fernando Zelada Briceño (Director Técnico de Mercadeando S.A.) para Diario El Comercio dedicado a la Protección al Consumidor desde el análisis del Marketing.

Véase completo a través del siguiente Enlace:

<http://mercadeando.com/blog/wp-content/uploads/2012/06/sublime-mercadeando-elcomercio.jpg>

Véase además:

Análisis – Parte 1	http://mercadeando.com/blog/epilogo-caso-sublime-10-minutos-de-felicidad-marketing-al-reves/
Análisis – Parte 2	http://mercadeando.com/blog/sublime-10-minutos-de-felicidad-marketing-al-reves-felicidad-infeliz/

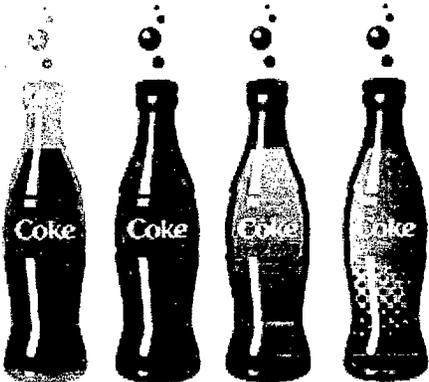
- ¿EL ELEMENTO DIVERTIDO ES QUE EL CONSUMIDOR BUSQUE LOS PREMIOS? ¿ES ESTA UNA PRÁCTICA PROMOCIONAL UTILIZADA EN DIFERENTES FORMAS?

RESULTA CATEGÓRICAMENTE FALSO QUE SEA UNA PRÁCTICA PROMOCIONAL UTILIZADA EN DIFERENTES FORMAS

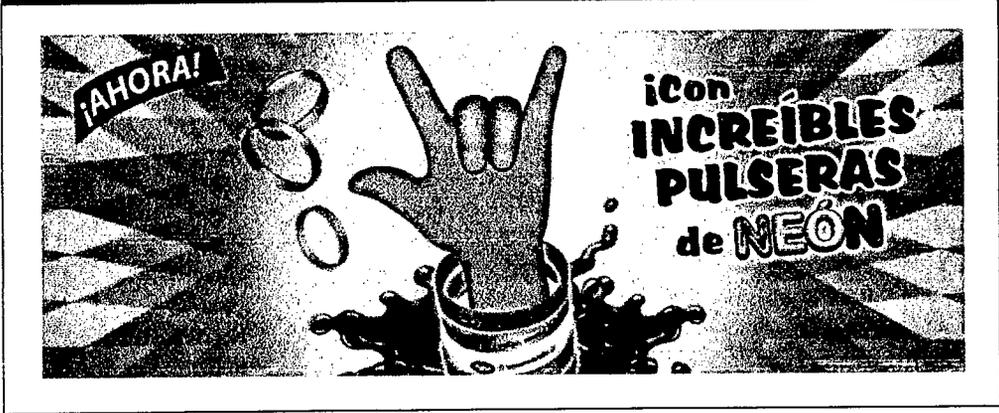
Informar a los consumidores sobre los alcances de una promoción e informarles que participan de ésta, no supone costos elevados de transacción. A modo de ejemplo: Coca-Cola cuando lanza al mercado alguna promoción no utiliza nuevas etiquetas sino que sólo cambia el color de sus tapas para informar a los consumidores.

Entendiéndose así:

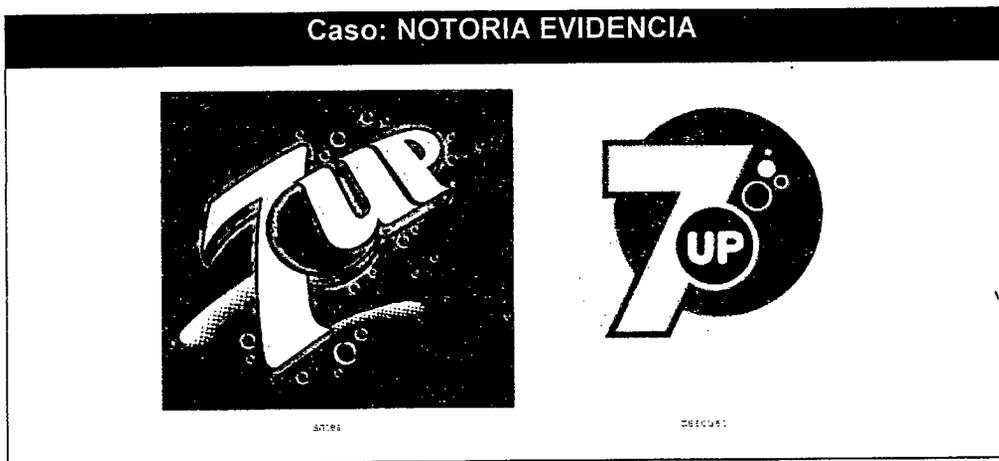
- Tapa Verde:** Botellas Ecológicas.
- Tapa Amarilla:** Participa en la Promoción. Posibilidad de encontrar premio.
- Tapa Roja:** Sin promoción. Producto ordinario.



- NO existe necesidad de marcar los productos se da cuando toda su línea de producción en promoción, tienen algún premio explícitamente advertible. A manera de ejemplo: **FOCHIS Y SUS PULSERAS DE NEÓN.**



- Asimismo, otra muestra tangible de la NO necesidad de marcar los productos se da cuando toda su línea de producción en promoción cambia de empaque y/o presentación:



- INELUDIBLEMENTE** Informar a los consumidores si un producto participa o no en una Promoción es una **INFORMACIÓN SUMAMENTE RELEVANTE** toda vez que la misma desencadena necesariamente una reacción por parte del mercado:

Agente	Respuesta
Estado	Iniciar acciones oficiosas en contra de las indebidas prácticas cometidas por el proveedor o permitir las si éstas se realizan en un marco de leal competencia.
Consumidores	(i) Adoptar una decisión de consumo (Sin sacrificios). (ii) Adoptar una decisión de consumo (Sacrificando necesidades y asumiendo costos de transacción). (iii) No adoptar una decisión de consumo.
Proveedores	(i) Competir con una oferta similar. (ii) Competir con una oferta diferente. (iii) No competir.

- Asimismo, ¿De qué sirve a los consumidores que se inicie una promoción si esta no incluye el sembrado de los premios desde el inicio de la promoción?

II.4 EN REFERENCIA A LA MUY GRAVE COMISIÓN DE ACTOS DE CONFUSIÓN Y DE ENGAÑO EN PERJUICIO DEL MERCADO

22. De manera preliminar, resulta trascendente señalar que el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, contempla en su expreso tenor, la protección contra los actos de confusión y actos de engaño, los cuales traemos a colación para un mejor panorama procesal:

Actos de engaño (Artículo 8°)

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

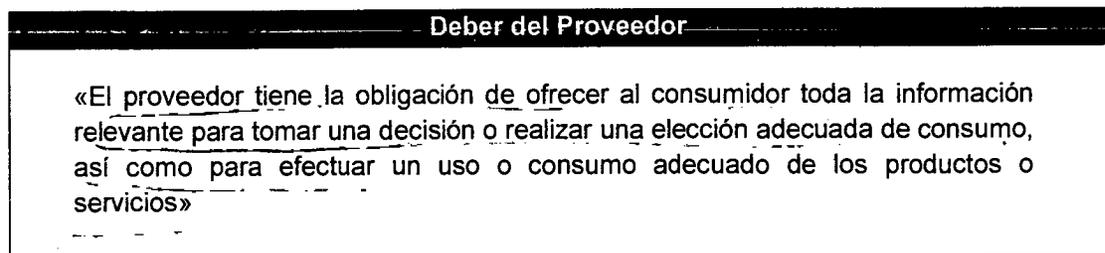
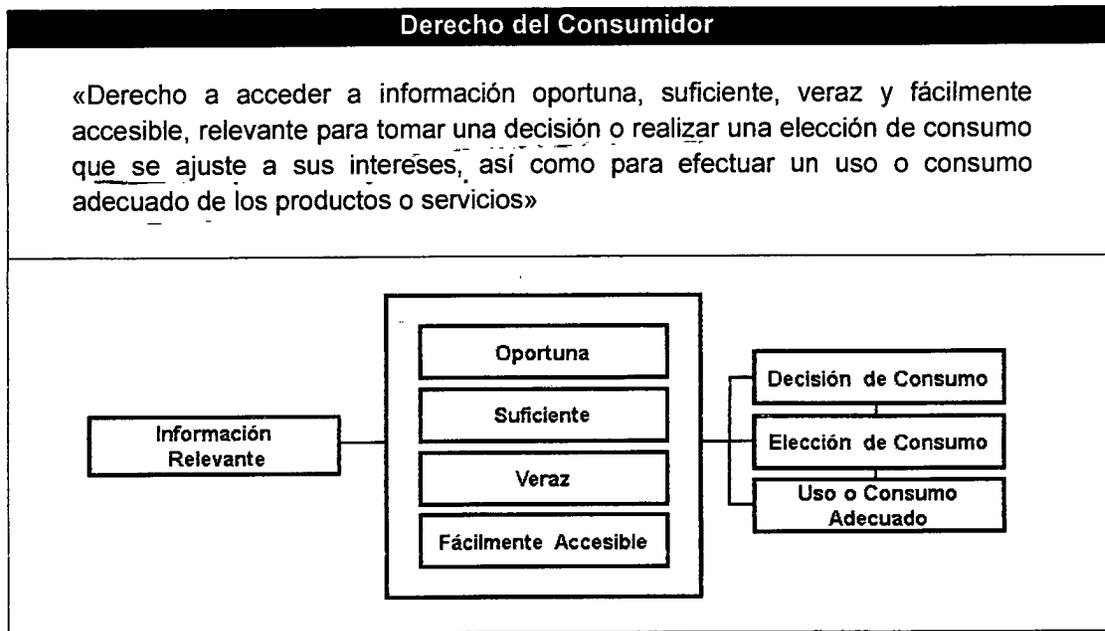
(...)

23. Sin ningún análisis en contrario, queda claro que el artículo 8° de la ley tipifica como acto de competencia desleal a toda conducta **que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre** la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, **condiciones de venta o adquisición** y, en general, sobre los atributos, beneficios o **condiciones** que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o **transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado**.
24. En ese orden de ideas, conviene señalar las razones por las cuales el consumidor puede incurrir en error⁷:

⁷ El engaño es concebido como el acto por el cual un competidor genera frente a terceros una impresión falaz acerca de sus propios productos o servicios, de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no hubiera realizado.

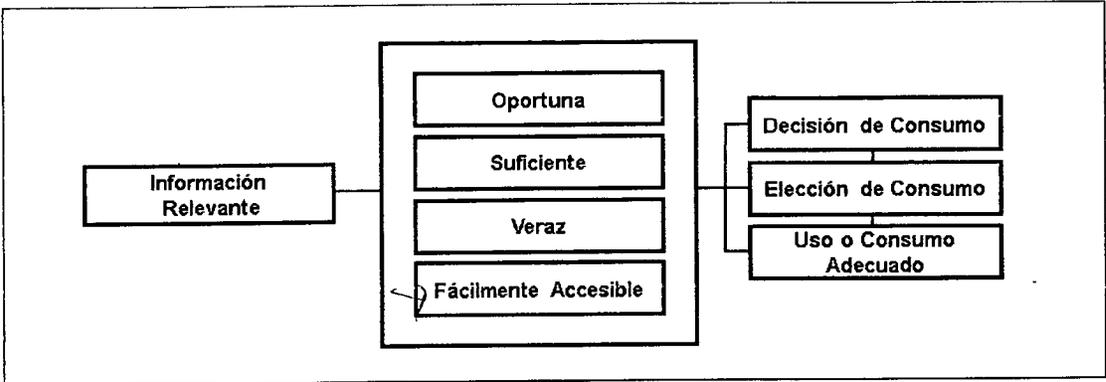
Error por Confusión	No deviene al caso en concreto.
Error por Engaño	Las condiciones de venta o adquisición (desde el mensaje publicitario) NO se condicen con la realidad.
Error por Desinformación	Necesidad insoslayable de evaluar la Información

25. En razón a lo expuesto, cabe señalar que todo análisis que resista la información en las relaciones de consumo se subdividen en cuatro vertientes desde el análisis que se desprende de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor:



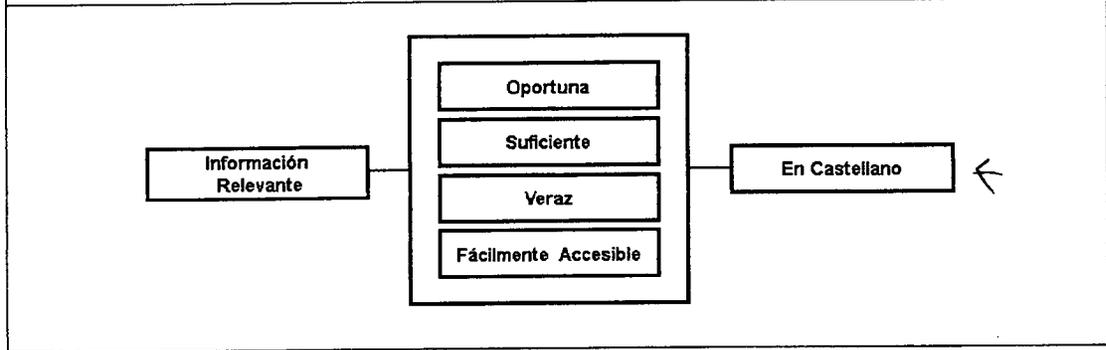
La Sala ha establecido, mediante Resolución N° 051-97-TDC de fecha 21 de febrero de 1997, que "el engaño puede definirse como la creación de una impresión falsa de los productos o servicios propios. En otras palabras, en el engaño la información está referida a los productos o servicios de quien incurre en los actos de competencia desleal. Así, en el engaño el agente proporciona información incorrecta o falsa respecto de sus propios productos o servicios para de esta manera atraer clientela de manera indebida".

El acto de engaño debe considerarse en su más amplio sentido, "no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público en general, de un mensaje publicitario; sino a cualquier forma de indicación realizada sobre envases, etiquetas, prospectos e incluso a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia empresa, dirigidas a posibles clientes". La evaluación del posible engaño deberá realizarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.



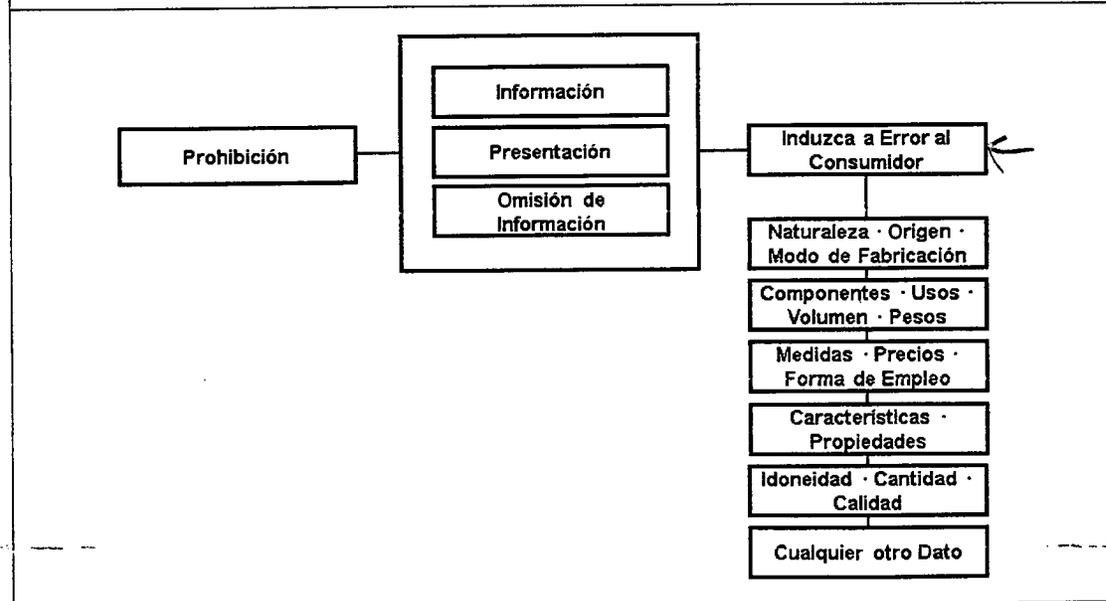
Alcances de la Información

«La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano»



Prohibiciones en la Información

«Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos»



- 26. En consecuencia: «El concepto de error es evaluado también en razón en la desinformación y/o la información errónea que se proyecta al mercado». Asimismo, de la evaluación de los cuadros expuestos, es rotundo advertir que Nestlé infringió gravemente las disposiciones referidas a la información relevante, toda vez que su voluntaria y dolosa omisión (no marcar los empaques) así como la información errónea trasladada al mercado, repercute gravemente sobre los agentes que de buena fe intervienen en este escenario sea consumiendo o compitiendo.

II.4 EN REFERENCIA AL ANÁLISIS DE LA PUBLICIDAD ESTABLECIDO POR NESTLÉ Y RECOGIDO POSTERIORMENTE POR LA COMISIÓN

- 27. Nestlé ha señalado en su falaz línea argumentativa: «luego de visualizar el mensaje publicitario en un **televisor de tamaño promedio** se puede advertir que el mismo es perfectamente legible de manera ininterrumpida, lo cual hace que sea **perceptible a los consumidores**».
- 28. Una lógica interrogante que se desprende del análisis de la respuesta de Nestlé es: **¿Qué es y qué características tiene un televisor de tamaño promedio?** Sin lugar a dudas, infame argumento que en un desliz increíble fue erróneamente recogido de manera tácita por la Comisión.
- 29. Frente al análisis de la publicidad comercial de las promociones, es de aplicación el numeral 14.2 del Artículo 14º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual expone:

Publicidad de promociones (Artículo 14º)

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas **deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta**, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

- 30. En esa línea de ideas, la disposición legal traída a cuestión debe ser adherida al criterio de evaluación de toda publicidad; esto es, **EN CONJUNTO Y DE MANERA SUPERFICIAL**. Frente a lo cual, será necesario que éstas sean **INFORMADAS EN**

FORMA CLARA, DESTACADA Y DE MANERA QUE SEA FÁCILMENTE ADVERTIBLE POR EL CONSUMIDOR.

31. Sobre el particular de que sea «**FÁCILMENTE ADVERTIBLE**» cabe señalar que no significa que la información se encuentre presente sino que pueda ser **PLENAMENTE PERCIBIDA, RECEPCIONADA Y COMPRENDIDA BAJO PARÁMETROS OBJETIVOS DE EVALUACIÓN.**
32. En consecuencia, bajo el decir de la Sala, señalar que «basta que en un anuncio se difunda una promoción de ventas para que le sea exigible, al anunciante, la obligación de consignar las condiciones y restricciones de acceso a la promoción en forma clara, destacada o de manera fácilmente advertible por el consumidor; o indicar las referencias de localización de una fuente de información distinta de ser el caso» no se cumple, cuando bajo el propio decir de NESTLÉ: «la reproducción es legible en un **televisor de tamaño promedio**» sin no responder a la esencial pregunta: ¿Qué es y qué características tiene un televisor de tamaño promedio?

II.5 EN REFERENCIA A LA VALIDEZ DE LA PROMOCIÓN «10 MINUTOS DE FELICIDAD» A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN N° 3121-2012-INC-1501

33. De manera preliminar: **La autorización que expide la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior⁸, se ajusta a un Procedimiento de Aprobación Automática⁹**, cuyo tenor se precisa en el Artículo 31° de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁰. En ese sentido, es preciso recoger la definición que ésta expone *ad litteram* en su Artículo 31° Inc. 1:

⁸ La Dirección General de Gobierno Interior (DGGI) –tal y como señala en su portal institucional– Es la encargada de dirigir, coordinar, supervisar y controlar el accionar de las autoridades políticas a nivel nacional. Asimismo, autoriza, supervisa el desarrollo y controla la realización de promociones comerciales y rifas con fines sociales a nivel nacional. Depende del viceministro de orden interno.

⁹ Los Procedimientos de Aprobación Automática se caracterizan en principio por aplicar plenamente el principio procesal de presunción de veracidad. ←

¹⁰ **Artículo 31.- Régimen del procedimiento de aprobación automática**

31.1 En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad.

31.2 En este procedimiento, las entidades no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, debiendo sólo realizar la fiscalización posterior. Sin embargo, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la presente Ley.

"En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad" (El subrayado y resaltado es nuestro).

34. En tal sentido, sólo basta cumplir con los requisitos y entregar la documentación completa, exigida por la Administración en el TUPA de cada entidad para que el Administrado pueda obtener dicho derecho, en el presente caso, la autorización para la realización de la promoción, sin la necesidad de realizar un examen exhaustivo sobre el fondo de lo solicitado. En esa línea, son objetos de este tipo de procedimientos: (i) Permitir el ejercicio de un derecho preexistente, y (ii) Permitir el desarrollo de una actividad económica que requiera autorización previa del Estado, salvo de aquellas proscritas por ley.

35. En ese orden de ideas, cumplir con los requisitos y la documentación completa exigida por la Administración, no significa que la presente Autorización, exonere, desgrave, amortice o libere de toda responsabilidad a posteriori de la realización de dicha Promoción, ya que sobre el particular no se realiza un examen exhaustivo ni minucioso sobre las repercusiones que las mismas pudiesen traer al mercado y más aún a los distintos grupos de interés, entre ellos, los consumidores, siendo el único competente para dichas consecuencias, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual – INDECOPI, debido a que éste último fue creado con la finalidad de propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, mediante la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú.

31.3 Como constancia de la aprobación automática de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor.

31.4 Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración.

36. Por su parte, la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior (en adelante, La DGGI) posee entre sus funciones¹¹:

“(…) 4. Autorizar, supervisar, controlar y fiscalizar la realización de las promociones comerciales y rifas con fines sociales. Asimismo, determinar las infracciones e imponer las sanciones correspondientes (…)”.

En tal sentido, estas facultades no alcanzan a observar ni determinar la real y potencial repercusión que ocasiona el autorizar de una promoción dentro del ámbito de la protección de los consumidores, pues esta entidad no se encuentra calificada para analizar las consecuencias que se produce en el mercado, las cuales incluye a los *stakeholders* y entre ellos, a los consumidores.

37. Asimismo, es pertinente advertir lo señalado en el **Manual de Organización y Funciones (MOF)** de la Dirección General del Gobierno Interior aprobado por Resolución Directoral N° 354-2000-IN-1504 de fecha 23 de mayo de 2000 y modificado por Resolución Directoral N° 2903-2008-IN-1501 de fecha 06 de junio de 2008, el mismo que se encuentra en el portal institucional de la DGGI¹² y establece un catálogo de las *funciones generales*¹³ y *funciones específicas*¹⁴ que la *Subdirección de Autorizaciones Especiales*, posee.

¹¹ Vid., Portal Institucional de la Dirección General de Gobierno Interior.
Enlace: <http://dggi.mininter.gob.pe/dggi/organizacion/funciones>

¹² Vid., Portal Institucional de la Dirección General de Gobierno Interior.
Enlace: <http://dggi.mininter.gob.pe/dggi/publicaciones/datos-generales/organizacion/mof>
Enlace: http://dggi.mininter.gob.pe/DGGI/documentos/doc_mofrof/4_mofrof.pdf

¹³ **Funciones Generales de la Subdirección de Autorizaciones Especiales:**

- a. Procesa los expedientes sobre Promociones Comerciales, Rifas con Fines Sociales y Colectas Públicas proyectando las Resoluciones para su autorización, modificación o cancelación efectuando el control previo y posterior.
- b. Supervisa a través de los informes, el control concurrente a cargo de los Representantes de la DGGI.
- c. Supervisa y controla la recepción y custodia de los premios no reclamados procedentes de dichas actividades.

¹⁴ **Funciones Específicas de la Subdirección de Autorizaciones Especiales:**

- a. Supervisar la proyección y visar las Resoluciones Directorales de autorizaciones, ampliaciones, modificaciones, postergaciones y cancelaciones de las promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas, en forma conjunta.
- b. Supervisar y dirigir la elaboración de los cuadros de programación semanal para la asistencia de los representantes de la DGGI en los eventos autorizados.
- c. Supervisar el control de asistencia de los representantes, así como el reporte mensual correspondiente.
- d. Supervisar la revisión oportuna de los informes emitidos por los Representantes de la sede central y unidades desconcentradas por cada asistencia a los eventos.
- e. Proponer en coordinación y/o a través de la oficina de Planificación la actualización de las normas que rigen las actividades de promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas.
- f. Supervisar y dirigir en coordinación con la Unidad de Administración Documentaria de la Oficina de Administración la recepción de los premios no reclamados puestos a disposición, así como la

38. En virtud de lo expuesto, queda claro que esta entidad no es la entidad pertinente para custodiar los derechos de los consumidores al no ser del ámbito de su competencia. En tal sentido, no es la entidad competente ni especializada para producir un estudio adecuado de toda que vulnere los derechos de los consumidores, ni mucho menos un estudio que determine los derechos afectados de los personas que participan de los eventos llevados a cabo por las empresas en el mercado.
39. Así también, otro instrumento legal pertinente en mención, es la **Resolución Directoral N° 2639-2011-IN-1501** de fecha 18 de abril de 2011, en donde se establece el **Instructivo N° 05-2011-IN-1501**, Instructivo para la autorización y control de las promociones comerciales y rifas con fines sociales, el cual tiene como objetivo el establecer normas para optimizar los procesos de Autorización, supervisión y control de las promociones comerciales y rifas con fines sociales.
40. Del cual es preciso resaltar que en este instructivo solamente señala el procedimiento que se realizará con respecto a la entrega de los premios que se otorguen por medio de los sorteos o concursos, así como el procedimiento a seguir en caso no sean reclamados por los ganadores. Así expuestas las cosas, a través de este procedimiento y autoridad, no se analiza el efecto que ocasionaría sobre los consumidores una posible afectación de sus derechos.
41. En razón a lo expuesto: **CORRESPONDE AL INDECOPI EVALUAR LA REPERCUSIÓN SOBRE LAS IMPLICANCIAS DEL MERCADO SOBRE LA PROMOCIÓN COMERCIAL MATERIA DE SUBLITIS.**

documentación sustentatoria de la entrega de dichos premios, en los plazos previstos, tanto en la sede central como en las unidades desconcentradas.

- g. Participar en la propuesta de estudios de los procedimientos para desarrollar los procesos y mejorarlos.
- h. Oficiar a las empresas recurrentes, en los casos excepcionales, a fin de que ellas puedan subsanar los vacíos o dificultades que se observaran en el expediente.
- i. Proponer y aplicar los mecanismos que permitan efectuar el seguimiento y control de las promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas, que se llevan a cabo sin autorización, dirigiendo la proyección de oficios de notificación correspondiente.
- j. Supervisar el ordenamiento, actualización y conservación de los expedientes reservados en archivo provisional hasta la rendición de cuentas por parte de las empresas.
- k. Supervisar el registro y custodia de las Cartas Fianzas, hasta su devolución o ejecución oportuna, según corresponda.
- l. Supervisar y controlar el inventario de premios no reclamados contrastándolo con los bienes en físico, en coordinación con la Unidad de Administración Documentaria de la DGGI.
- m. Velar porque las Unidades Desconcentradas, excepto las de Lima y Callao cumplan con el control concurrente de los eventos que forman parte de las Promociones Comerciales autorizadas y la presentación de los resultados en los plazos previstos.
- n. Velar porque la Comisión ad-hoc, designada por la Dirección General, pueda efectuar oportunamente la labor de establecer la sanción que corresponde a las empresas y/o instituciones por infracción a la norma.
- o. Otras funciones del ámbito de su competencia que le asigne la superioridad.

II.6 EN REFERENCIA A LA INFRACCIONES NO ADVERTIDAS AL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

II.6.1 INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, BUENA FE Y PRIMACÍA DE LA REALIDAD

42. Sin lugar a dudas, toda intención de represión de actos que signifiquen la comisión de competencia desleal, deben ser evaluados de la mano con el tenor que expresa el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en ese sentido es preciso traer a colación:

Principio de Transparencia

En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.

Principio de Buena Fe

En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

Principio de Primacía de la Realidad

En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

43. Asimismo en referencia a la obligación de brindar información veraz, es importante destacar que:

«La obligación de brindar información veraz se sustenta en el hecho de que ésta repercute en una mayor transparencia en el mercado, lo que a su vez facilita al consumidor la adopción de decisiones de consumo adecuadas a sus intereses, generando de este modo una mayor competencia entre los agentes económicos. A partir de estas consideraciones, en diversos precedentes administrativos se ha establecido que el ámbito de

protección de las normas que reprimen los actos de competencia desleal y de las que regulan la publicidad comercial, está circunscrito a los consumidores que se desenvuelven en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes (...).

II.6.2 INFRACCIÓN AL DEBER DE INFORMACIÓN

44. En efecto, la asimetría informativa es uno de los obstáculos más importantes que subyace en toda relación de consumo; sin embargo, por inverosímil que parezca, la disparidad existente en la información no encontrará su solución nutriendo al contratante débil con excesiva información para encontrar un equilibrio sino con aquella (...) información, que se constituya como oportuna, suficiente, veraz, fácilmente accesible y relevante para tomar una decisión contractual que se ajuste a la real necesidad de sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los diversos productos o servicios que se expenden al mercado¹⁵.
45. En ese sentido, es deber de todo proveedor de ofrecer al consumidor toda información relevante para tomar una decisión, elección, uso, como o previsión adecuada para un idóneo consumo¹⁶, sin lugar a dudas en el presente caso de fojas, fue ineludiblemente trasgredido por NESTLÉ.
46. Asimismo, el imperativo normativo no sólo se ha visto contemplado en la normativa pertinente sino que además también ha sido esgrimido en consonancia con la jurisprudencia emitida por el INDECOPI:

«El acceso a la información tiene como uno de sus fines, permitir el uso o consumo adecuado de los productos o servicios (que se expenden en el mercado). Por tanto, el deber de información de los proveedores no se limita a la etapa previa a la suscripción del contrato, sino que se extiende durante la ejecución de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquéllos en los cuales su duración se prolonga en el tiempo, (en mérito de la naturaleza de cada contratación)».

¹⁵ DAMIÁN MEDINA, OMAR. Idoneidad Inidónea. El fin del legado de la protección al consumidor en el Perú. En: *Revista Jurídica de Daños 10*. Buenos Aires, Noviembre 2014.

¹⁶ Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor
Artículo 1°.- Derechos de los consumidores
(...)

- 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:
- b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

II.6.3 INFRACCIÓN AL DEBER DE IDONEIDAD Y GARANTÍAS EXPLÍCITA E IMPLÍCITA EN EL CONSUMO

47. Sobre el presente caso de fojas, es preciso advertir además que estamos frente a una evidente y muy grave infracción al deber de idoneidad, en cuyo mérito será preciso rescatar el tenor que sostiene nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor:

Deber de Idoneidad (Art. 18)

“Se entiende por idoneidad la **correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe**, en función a lo que se hubiera ofrecido la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso (...)”¹⁷.

Obligación de los Proveedores (Art. 19°)

“El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los **productos y servicios ofrecidos** (...)”.

Garantías (Art. 20°)

“Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. **Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.**”

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

¹⁷ Sin perjuicio de lo expuesto, y al amparo de un mayor respaldo, traemos a colación, parte del tenor que expone el Precedente Vinculante, que se desprende del caso Humberto Tori Fernández c. Kouros E.I.R.L., recaído en la Resolución N° 085-96-TDC, en cuyo mérito resulta imperativo señalar:

(...) “De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real” (...).

Cfr. DAMIÁN MEDINA, Omar, *Protección y Defensa del Consumidor*. Lex & Iuris, Lima 2014, pp. 29-38.

(...) b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los **términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato**, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

c. Una garantía es implícita cuando ante el silencio del proveedor o el contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos los usos y costumbres del mercado.”



48. En ese orden de ideas, sin perjuicio de haber quedado demostrada todas y cada una de nuestras actuaciones ante vuestra instancia, es preciso traer a colación que mediante la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI¹⁸, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, sentó como criterio relevante de aplicación que:

“(...) El deber de idoneidad debe responder estrictamente al análisis respecto de si el producto adquirido o servicio prestado corresponde a lo esperado por el consumidor, *sin perjuicio del comportamiento de los proveedores frente a los reclamos posteriores que pudieran plantearse por la existencia de fallas*”¹⁹ (el uso de cursivas y negritas es nuestro).

II.7 EL DEBER ESPECIAL DE PROTECCIÓN EN LAS RELACIONES CIVILES Y DE CONSUMO

49. En palabras de Giovanna Visintini: «(...) en el Código Civil –y en extenso, en el Código de Consumo– se mencionan los requisitos que **el comportamiento objeto de la obligación –el comportamiento debido– debe presentar para que se pueda decir que se está en presencia de una obligación en sentido técnico, o sea, de la obligación a la cual se refiere la regulación general (...)**»²⁰.
50. En ese sentido, es preciso señalar que: «(...) el deber especial de protección comprende diversas obligaciones que han sido acuñadas a su argot, tales como los **deberes de información**, de custodia, de seguridad, de salvamento, cuya violación, según la doctrina, puede dar lugar a responsabilidad por daños a cargo

¹⁸ Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, emitida en Lima a los 25 días del mes de abril del 2013.

¹⁹ Vid., Fundamentos 66 y ss. de la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI.

²⁰ VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Traducción a curia de Aída Kemelmajer de Carlucci. Tomo I. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1999, pp. 94-95

del deudor (...) y que comportan incluso una ampliación de la responsabilidad del deudor. En conclusión, un comportamiento que viola tales deberes de protección, que se presentan como accesorios e instrumentales a la ejecución de la prestación principal, también se califica de incumplimiento y es fuente de la llamada responsabilidad contractual y administrativa del proveedor»²¹.

III. APELACIÓN EN REFERENCIA A LA DENEGATORIA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS SOLICITADAS

Frente al presente caso de fojas, solicitamos que una vez se haya procedido a declarar fundada nuestra denuncia, se proceda debidamente, en atención a la reiteración de nuestro petitorio a interponer las medidas correctivas solicitadas, así como nuestro expreso pedido a efectos de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 6° de la Resolución N° 048-2001-INDECOPI, la Resolución N° 074-2003-INDECOPI/DIR, la Directiva N° 001-2003-INDECOPI/DIR y en el Convenio Interinstitucional N° 012-2001/CC, ADDENDUM 01. Asimismo, solicitamos la aplicación del artículo 156°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor referente al porcentaje de la multa en virtud al citado Convenio de Cooperación Institucional celebrado con el INDECOPI.

IV. AGRAVIOS QUE CAUSA LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El pleno desarrollo normativo, técnico y jurisprudencial debidamente abordado a lo largo del presente recurso, deja en clara evidencia que la decisión del órgano de primera instancia resulta insuficiente y errada, y en consecuencia, equívoco y distante de toda proyección que el ejercicio regular de la justicia de la leal competencia y el consumo apunta sobre la sociedad, a partir del mandato y las prerrogativas que la Constitución, el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de

²¹ Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18°.

Represión de la Competencia Desleal, de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, irrogan.

Por ello, volvemos a recordarle a la denunciada y al INDECOPI que por mandato de la ley es la **«Autoridad Nacional de Protección al Consumidor»**, que el consumidor realiza sus compras influenciado por la **primera impresión** que le brinda el producto.

Concurrentemente, es oportuno recordar a la Comisión que la publicidad de la denunciada viola no sólo la abundante legislación sobre la materia que nos hemos permitido glosar en los párrafos anteriores sino también los criterios básicos en los que sustenta su accionar el INDECOPI y que se encuentran plasmados en el manual denominado **“ABC de Preguntas y respuestas sobre la Regulación Publicitaria”** elaborado precisamente por su Comisión de Represión de la Competencia Desleal y que busca transmitir de manera clara y sencilla el contenido de las normas que regulan esta actividad y los criterios aplicados por la jurisprudencia de dicha entidad. Se señala lo siguiente en relación a **la interpretación de los anuncios publicitarios**:

“32. ¿Cómo interpreta los anuncios publicitarios el Indecopi?

Tanto la Comisión como la Sala antes señaladas, como órganos del Indecopi, interpretan los anuncios colocándose en la posición del consumidor al que va dirigido el anuncio publicitario, teniendo en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un EXAMEN SUPERFICIAL del mensaje publicitario, lo que significa que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio”. (El subrayado y resaltado son nuestros)

V. INCORPORACIÓN DE NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS

En sustento de lo manifestado, señalamos como Medios Probatorios, los siguientes medios probatorios recaídos en el **Expediente N° 1444-2012/CPC**, los cuales obran en poder de Nestlé y el archivo oficial del INDECOPI; en tal sentido:

1-A Empaques de Sublime 32 gr.

1-B Cajas de Productos contenedores de Sublime

Objeto de ambos Medios Probatorios: Demostrar al superior jerárquico, la imposibilidad tangible de determinar que un consumidor no puede saber si participa o no de la promoción.

Asimismo, los medios probatorios ofrecidos son de vital importancia frente al presente caso de fojas, a partir que su relevancia se constituirá como la única que permita alcanzar la **VERDAD MATERIAL** frente a los hechos materia de *sublitis*, por medio de la cual se no sólo se podrá constatar con claridad el accionar intencionado de Nestlé sino que principalmente serán relucidas las circunstancias y condiciones en las cuales se desarrolló la campaña publicitaria, **TOTALMENTE CONTRARIAS A LA BUENA FE COMERCIAL**, a partir que no existían ni existen razones fácticas ni jurídicas, objetivamente justificables que fundamenten su actuar. En lógica consecuencia, incorporar los presentes medios probatorios, permitirá en su actuación, generar las suficientes pruebas necesarias que acrediten las graves infracciones cometidas por el accionar del proveedor aludido.

Otros Medios Probatorios:

1-C Visualización del Spot Publicitario en Audiencia Pública

Objeto: Demostrar al superior jerárquico todos y cada uno de los vicios que adolece la cuestionada promoción comercial. Asimismo, la necesidad improrrogable de generar un juicio propio e independiente del emitido por el órgano juzgador de primera instancia.

POR TANTO:

Al amparo de los fundamentos expuestos, solicitamos se nos conceda la presente apelación y que se revoque la Resolución apelada declarando **FUNDADA** nuestra denuncia **EN TODOS SUS EXTREMOS**.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos copias suficientes para el INDECOPI y cada una de las partes.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, por convenir a nuestro derecho, cumplimos con informar que nuestra representación legal en el presente proceso será ejercida por el

abogado que suscribe la presente, Nicolás L. Delgado Cerda, identificado con Reg. CAL. N° 3079.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, igualmente, apersonamos al presente procedimiento a los señores Omar Alfredo Damián Medina, identificado con DNI. N° 46822773; Javier Segundo Chiyong Rebaza, identificado con DNI. N° 70429597 y Luis Valentín Ore Pizarro, identificado con DNI. N° 44129232, quienes podrán actuar de manera independiente y/o conjunta en los aspectos propios a la tramitación del mismo, en lo que resulte pertinente.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS: Que, dado el tiempo transcurrido, solicitamos se programe a la brevedad la vista de la causa y que se conceda el uso de la palabra al Presidente de ASPEC a efectos de hacer efectivo un mejor derecho de defensa ante el órgano superior.

QUINTO OTROSÍ DECIMOS: Reiteramos se cumpla lo dispuesto en el artículo 6° de la Resolución N° 048-2001-INDECOPI, la Resolución N° 074-2003-INDECOPI/DIR, la Directiva N° 001-2003-INDECOPI/DIR y en el Convenio Interinstitucional N° 012-2001/CC, ADDENDUM 01. Asimismo, solicitamos la aplicación del artículo 156°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor referente al porcentaje de la multa en virtud al citado Convenio de Cooperación Institucional celebrado con el INDECOPI.

Lima, 4 de Marzo de 2015.


NICOLÁS L. DELGADO CERDA
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 03079


Crisólogo Luis Cáceres Valle
Presidente

MEMORÁNDUM N° 120-2015/CCD

A : **Roxana Arellano García**
Secretaria Técnica
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

DE : **Abelardo Aramayo Baella**
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

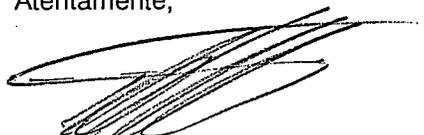
ASUNTO : **Eleva Expediente**

000575

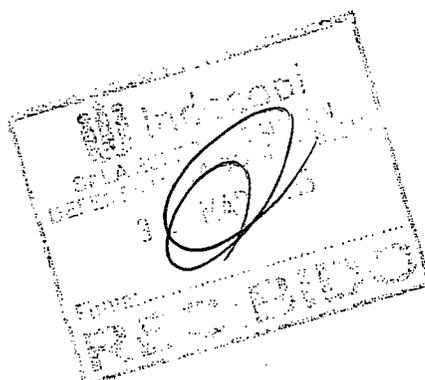
Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de adjuntar al presente, el Expediente N° 104-108-172-2012/CCD (3 tomos, 574 fojas), seguido por el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado y la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Nestlé Perú S.A. que se remite conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 6 emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



Lima, 30 de marzo de 2015



Adj.-

- Expediente N° 104-108-172-2012/CCD (3 tomos, 574 fojas).
- Cuaderno de información confidencial presentada por Nestlé Perú S.A. (fojas 237 – 248, 255 – 266, 272 – 281, 303 – 306 y 467).
- Copia del recurso de apelación presentado por con Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios fecha 3 de marzo de 2015.

Calle La Prosa 104 – San Borja

EXPEDIENTE EN COMISIÓN Nº: 0104-2012/CCD
0108-2012/CCD
0172-2012/CCD
(ACUMULADOS)

000576

EXPEDIENTE EN SALA Nº: 0211-2015/SDC

DENUNCIANTES : INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO
– IDOM
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS
COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

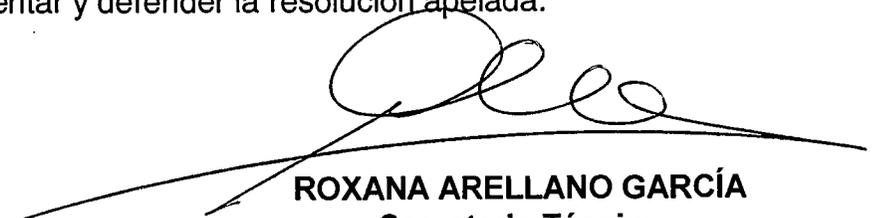
DENUNCIADO : NESTLÉ PERÚ S.A.
PROVEÍDO Nº : 1

Lima, 10 de junio de 2015

El 30 de marzo de 2015, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha recibido el Expediente Nº 0104-2012/CCD - 0108-2012/CCD - 0172-2012/CCD (Acumulados) remitido como resultado del recurso de apelación interpuesto por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra la Resolución Nº 021-2015/CCD-INDECOPI.

En ese sentido, póngase en conocimiento de las partes el recurso de apelación para que, de considerarlo pertinente y en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la presente, hagan conocer su posición respecto de los argumentos expuestos en dicho recurso y aporten cualquier elemento, hecho o fundamento que pueda ser de utilidad para resolver el asunto que es materia de discusión en esta instancia.

De conformidad con el artículo 31 inciso 2 del Decreto Legislativo 1033, el Presidente de la Comisión, el Secretario Técnico de la Comisión o la persona designada por el primero, podrá apersonarse ante esta instancia a fin de sustentar y defender la resolución apelada.


ROXANA ARELLANO GARCÍA
Secretaria Técnica

F F SQ/ebh

099558

Indecopi

000581

ESTUDIO GHERSI

ABOGADOS

2015 JUL 17 AM 11:11

24
Foto
sd



Expediente en Sala: 0211-2015/SDC

RECIBIDO

ABSUELVE TRÁSLADO, SOLICITA
USO DE LA PALABRA Y
CONVOCATORIA A AUDIENCIA
DE ACTUACIÓN DE MEDIO
PROBATORIO

A LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI:

NESTLÉ PERÚ S.A., debidamente representada por su abogado Luis Ricardo Morello Bustíos, con registro CAL N° 43102, en la denuncia seguida por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante Aspec) y el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante Idom), contra nuestra empresa por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, y de oficio por la presunta infracción al principio de legalidad, ante Ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, hemos sido notificados con el Proveído N° 1, mediante el cual se nos corre traslado del escrito de apelación presentado por Aspec contra la Resolución Final N° 021-2015/CCD-INDECOPI, mediante la cual, entre otras cosas, se declaró infundada la denuncia presentada por Aspec.

Mediante el presente escrito, absolvemos traslado del recurso de apelación, solicitando que la Resolución Final N° 021-2015/CCD-INDECOPI, sea confirmada, en virtud a los argumentos que a continuación exponemos.

I. CUESTIONES PREVIAS

Extremos apelados por Aspec

Aspec ha apelado la resolución final solicitando que la misma sea revocada y se declare fundada en todos sus extremos la denuncia por ellos formulada, el

recurso de apelación no es claro, es impreciso y no detalla los extremos de la resolución final que se impugna.

Al respecto se debe de tener presente que contra la campaña publicitaria de la promoción comercial "10 Minutos de Felicidad", se formularon dos denuncias y una investigación de oficio, según el siguiente detalle:

- Denuncia presentada por Idom el 19 de junio de 2012, por la presunta comisión de actos de engaño. Seguida con Expediente N° 104-2012/CCD.
- Denuncia presentada por Aspec el 25 de junio de 2012, por la presunta comisión de actos de engaño. Seguida con Expediente N° 108-2012/CCD.
- Imputación de oficio mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2012, por la presunta infracción al principio de legalidad. Seguida con Expediente N° 172-2012/CCD.

Mediante Resolución de fecha 27 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica acumuló el procedimiento seguido como consecuencia de la denuncia formulada por Aspec al procedimiento seguido como consecuencia de la denuncia formulada por Idom, al considerar que existía identidad en la imputación. Asimismo, acumuló el procedimiento iniciado como consecuencia de la imputación de oficio al procedimiento seguido iniciado como consecuencia de la denuncia formulada por Idom. Así **los tres procedimientos quedaron acumulados al procedimiento iniciado por Idom.**

Por esta razón, mediante Resolución N° 021-2015/CCD-INDECOPI se emitió un único pronunciamiento que declaró infundadas las denuncias de Idom y Aspec por la presunta comisión de actos de engaño, e infundada la imputación de oficio por la presunta infracción al principio de legalidad.

Se debe de tener presente que Aspec, únicamente se encontraría legitimado para impugnar los extremos de la resolución que le hayan sido desfavorables en relación a sus pretensiones, esto es únicamente ←

respecto del extremo que la Comisión declaró infundada la denuncia por ellos presentada.

Por esta razón, los extremos de la Resolución N° 021-2015/CCD-INDECOPI que declaran infundada la denuncia presentada por Idom, e infundada la imputación efectuada de oficio han quedado firmes, y con respecto a los mismos no cabe emitir pronunciamiento alguno. (?)

Medios Probatorios Extemporáneos

En su apelación Aspec ha solicitado la incorporación de los medios probatorios actuados dentro de la tramitación del procedimiento seguido ante la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi con Expediente N° 1444-2012/CPC, como consecuencia de la denuncia presentada por el señor Omar Alfredo Damián Medina, y otros, contra nuestra empresa el 25 de junio de 2012 (misma fecha en la que Aspec presentó la denuncia que es materia del presente procedimiento), en el cual los denunciantes alegaron poseer la calidad de consumidores, situación que fue desvirtuada en su oportunidad y por ello se declaró improcedente la denuncia.

El señor Omar Damián presentó una nueva denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor (seguida con Expediente N° 791-2013/CC2), por los mismos hechos que fueron materia del primer pronunciamiento, por ello la segunda denuncia también fue declarada improcedente.

Resulta, que ahora Aspec pretende incorporar al presente procedimiento de manera extemporánea, las pruebas actuadas la denuncia promovida por el señor Omar Damián.

Con respecto a la incorporación de dichas pruebas al presente procedimiento se debe de tener en consideración lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

"Artículo 41.- Conclusión del periodo de prueba.-

41.1 El periodo de prueba concluirá diez (10) días hábiles después de que la Secretaría Técnica ponga en conocimiento de la Comisión todo lo actuado, por considerar que en el procedimiento obran los medios probatorios y sucedáneos suficientes para la resolución del caso” (negrita y subrayado añadidos)



Por lo tanto las partes pueden presentar las pruebas y alegaciones que consideren convenientes hasta antes de la conclusión de dicho periodo.

En el presente caso, mediante Proveído N° 9, de fecha 15 de marzo de 2013, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la partes la conclusión del periodo probatorio, por lo que otorgó un plazo de 10 días para que presenten las pruebas adicionales que consideren necesarias, siendo el caso que Aspec no presentó ninguna prueba adicional.

Cabe resaltar que la Comisión emitió un primer pronunciamiento, que luego fue declarado nulo por la Sala, por lo que se abrió nuevamente la etapa probatoria. Es así que mediante Proveído N° 11, de fecha 03 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica otorgó nuevamente un plazo de 10 días hábiles a las partes para la presentación de nuevas pruebas, sin que Aspec haya presentado nuevas pruebas pese a haber estado posibilitado a ello.

En tal sentido, deberán declararse la improcedencia por extemporáneas de las nuevas pruebas ofrecidas por Aspec.



Se debe de tener presente además, que el señor Omar Alfredo Damián Medina forma parte del equipo legal de Aspec, según se aprecia del tercer otrosí del escrito de apelación, por lo que Aspec que no podrá alegar que recién tomó conocimiento de lo actuado dentro del procedimiento seguido por él ante la Comisión de Protección al Consumidor recién en esta instancia, como para pretender que las “nuevas pruebas” que presenta sean admitidas a trámite, cuando estuvo en posibilidad de presentarlas a lo largo de todo el procedimiento.



000585

Sobre la Tacha de los Videos Presentados por Aspec, Idom y de oficio por la Comisión

Tal como lo expusimos ante la Comisión, en el presente caso existe gran diferencia en calidad de imagen entre las grabaciones que obran como medios probatorios obtenidos por la Secretaría Técnica y ofrecidos como medios probatorios por Aspec e Idom, y el video original del anuncio publicitario que viene siendo materia de cuestionamiento.

Por esta razón, mediante escrito de fecha 22 de diciembre de 2014, tachamos y solicitamos la improcedencia de los referidos videos, sin embargo la Comisión no emitió pronunciamiento alguno sobre la referida tacha.

Como es de vuestro conocimiento, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de las infracciones imputadas, y sirven para fundamentar las decisiones administrativas.

Sin embargo, dichos medios probatorios pueden ser cuestionados de hallarse alguna irregularidad que afecte su eficacia probatoria a través de lo que el Código Procesal Civil denomina como "Cuestiones Probatorias".

Así, de conformidad con las normas del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente procedimiento, es posible interponer tachas u oposiciones contra los medios probatorios. **Por esta razón, en su oportunidad, tachamos el video del comercial televisivo materia de imputación obtenido por la Secretaría Técnica, y del video del comercial televisivo materia de imputación ofrecido por Aspec e Idom.**

En la audiencia de visualización de medios probatorios practicada en la Comisión, se pudo advertir que existe una marcada diferencia en definición y calidad entre los mismos, con respecto al video original aportado como medio probatorio por nuestra empresa.

Desconocemos las condiciones bajo las cuales los referidos videos han sido grabados, ya que dentro de la tramitación del presente procedimiento en modo alguno se han acreditado las condiciones en las cuales se practicaron dichas grabaciones, como para que pueda ser posible para nuestra empresa el poder cuestionar que las condiciones de grabación no han sido las adecuadas.

No se debe perder de vista que, una de las imputaciones materia del presente procedimiento tienen sustento en el supuesto hecho que la frase "Válido desde el 30 de abril ..." que forman parte del scroll publicitario, resulta ilegible; y tal como se ha podido apreciar en la audiencia de visualización de medios probatorios la legibilidad o no de las mismas, varía considerablemente dependiendo de si se visualiza el video original o los videos grabados.

Por este motivo, resulta fundamental, para el adecuado ejercicio de nuestro derecho a la defensa, que conozcamos las condiciones bajo las cuales los videos que obran en el expediente han sido grabados. Sin embargo, tal como lo hemos expuesto, no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite cuales han sido las condiciones de grabación de los referidos videos.

Al respecto, se debe de tener presente lo señalado por la prestigiosa agencia de publicidad y medios JWT (cuyo informe técnico fue adjuntado como medio probatorio en su oportunidad), en el cual señalan que:

"Resulta necesario conocer las condiciones de grabación de un determinado comercial, a fin de poder emitir una opinión detallada y fundamentada respecto de si las mismas son condiciones adecuadas o no (...)"

Sin perjuicio de lo antes expuesto, atendiendo a que dichos videos son grabaciones distintas del original, y por lo tanto de calidad inferior, no resultan adecuados para producir certeza respecto de si la frase "Válido desde el 30 de abril ..." es o no legible, por lo tanto carecen de eficacia probatoria dentro del presente procedimiento.

En efecto, tal como lo sostiene JWT en el informe antes aludido cualquiera que fuera la forma de grabación de un video emitido por televisión (ya sea mediante la grabación de la pantalla a través de un dispositivo móvil, o mediante algún dispositivo de grabación de la señal de televisión) ^{no} puede considerarse como fiel reflejo del original, por lo que los videos objeto de tacha carecen de eficacia probatoria, y son impertinentes para resolver la imputación efectuada a nuestra empresa, ya que no reflejan la realidad de los hechos objeto de cuestionamiento.

Consideramos que la diferencia en la calidad de las imágenes resulta determinante para analizar el anuncio publicitario, por lo tanto **cualquier análisis que se realice del mismo debe ser hecho en función al video original, y no de las grabaciones de grabaciones que le restan calidad al mismo y hacen que el scroll no se vea tan claro.**

Cuestiones Nuevas Planteadas por Aspec en su Apelación

Conforme se aprecia del escrito de apelación, Aspec formula una serie de nuevas afirmaciones e imputaciones, las cuales no han sido materia de la imputación de cargos, ni materia de pronunciamiento por parte de la Comisión, por lo que no resulta procedente que se emita pronunciamiento de fondo alguno sobre las mismas. <

Por ejemplo, Aspec alega en su apelación una presunta infracción a la Cláusula General, un presunto engaño por hacer señalado en la campaña publicitaria que "puedes obtener lo que quieras de Ripley" "además miles de cupones de descuento".

Asimismo, Aspec sostiene en su recurso de apelación que en el presente caso **los actos de engaño se configurarían no con la campaña publicitaria de la promoción comercial (tal como fue denunciado en su oportunidad), sino con la promoción comercial en sí misma.**

Aspec formuló su denuncia en los siguientes términos:

"LA EMPRESA DENUNCIADA VIOLA EL PRINCIPIO DE VERACIDAD PUBLICITARIA AL TRANSMITIR UN MENSAJE ENGAÑOSO Y CONFUSO A LOS CONSUMIDORES RESPECTO DE LOS TERMINOS DE LA PROMOCIÓN "SUBLIME ... DIEZ MINUTOS DE FELICIDAD", EN LA CUAL SE REPRODUCEN MENSAJES CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ QUE INDUCEN A ERROR AL CONSUMIDOR"

En función a la denuncia promovida por ASPEC, en este caso se investigó la comisión de un presunto acto de engaño y se formuló la imputación de cargos:

"debido a que la campaña publicitaria denominada "DIEZ (10) MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME", daría a entender erróneamente a los consumidores:

(i) Que la fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad la misma habría iniciado el 30 de ese mes, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.

(ii) Que los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.

(iii) Que sobre la base de la afirmación "Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime, -en sus presentaciones participantes-, ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma."

En función a dicha imputación, la Comisión debió pronunciarse únicamente sobre el presunto engaño de la campaña publicitaria, habiendo determinado adecuadamente que la misma no resulta engañosa.

Aspec ahora, en su recurso de apelación, sostiene que la discusión no debe versar sobre la campaña publicitaria de la promoción, sino sobre la promoción comercial en sí misma. (?)

En efecto, Aspec formula cuestionamientos señalando que lo que resulta engañoso sería que los premios mayores se hayan sembrado tres días después del inicio de la promoción, y que los empaques no hayan estado

marcados, es decir lo que cuestiona ASPEC en el recurso de apelación ya no es la campaña publicitaria "engañosa", sino la promoción comercial "engañosa", para realizar este análisis nadie tiene que ver el examen que deba hacerse a la pieza publicitaria que se viene cuestionando en el presente procedimiento.

En el presente caso, conforme a la imputación efectuada y a la denuncia formulada por Aspec, no es materia de análisis si la promoción comercial es engañosa, lo que se analiza es si la campaña publicitaria fue o no engañosa, y tal como ha quedado acreditado a lo largo del presente procedimiento, la campaña publicitaria no fue engañosa, los tres mensajes cuestionados como engañosos en la misma tienen una correspondencia cabal en la realidad.

Aspec viene introduciendo en su apelación hechos y argumentos que no fueron materia de imputación, y respecto a los cuales no es posible emitir pronunciamiento de fondo alguno, por lo que deberá declararse la improcedencia de la apelación en esos extremos.

II. ARGUMENTOS POR LOS QUE SE DEBERÁ CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Análisis del Anuncio Publicitario

Tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, al momento de absolver el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, el anuncio publicitario materia de la presente denuncia forma parte de una campaña publicitaria.

Dicha campaña publicitaria debe ser analizada en su conjunto, conforme lo establece el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal -, el cual establece que "(...) en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman."

En efecto, la referida campaña publicitaria de la promoción comercial "10 minutos de felicidad" se encuentra compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, páginas web, y de publicidad impresa, en los cuales se informan los términos y condiciones de la promoción comercial.

Así, en caso se considere que existe alguna dificultad en el anuncio televisivo, se debe realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria, donde se aprecia que se ha informado adecuadamente a los consumidores los términos y condiciones de la promoción comercial incluso por medios impresos colocados principalmente en los puntos de venta y en las tiendas Ripley.

Conforme lo establece el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de engaño consisten en:

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

(...)

8.2 La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante."

Teniendo en cuenta que lo que es materia de análisis dentro del presente procedimiento es si la publicidad de la campaña es o no engañosa, **en aplicación del principio de veracidad publicitaria debe determinarse en primer lugar cuál es el mensaje que transmite el anuncio**, luego de ello, en caso el mensaje que transmita sea de carácter objetivo, deberá corroborarse con la realidad dicho mensaje, en caso exista discordancia entre el mensaje y la realidad y anuncio podría ser catalogado como engañoso.

Con respecto a la interpretación del anuncio, Aspec ha sostenido que solo debe tenerse en consideración la parte captatoria del mismo, obviando la información contenida en el scroll publicitario con respecto a la fecha de vigencia de la

(X)

promoción, desnaturalizando de esta manera lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual establece lo siguiente:

“Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.”

En aplicación de lo dispuesto por dicho artículo la Sala ha sostenido en diversas resoluciones¹ que no es posible aislar ninguna parte del anuncio al momento de hacer en análisis del mismo:

*“Por ello, las expresiones publicitarias no se pueden analizar aislando sus diversas partes integrantes, las cuales **deben ser analizadas en su conjunto, sin desagregarlas y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios.** En otras palabras, todos los datos e imágenes contemplados en el anuncio resultan relevantes, puesto que la propia ley, en la línea de la doctrina, obliga a efectuar un acercamiento integral y total de la pieza publicitaria.”*

Pues bien, realizando un análisis superficial e integral del anuncio se aprecia que, entre otras cosas el mismo contiene dos afirmaciones objetivas que son materia de cuestionamiento:

- (i) Sobre el inicio de la fecha de promoción.
- (ii) Sobre la disposición al público de los premios mayores.
- (iii) Sobre el marcado de los empaques.

(i) Con respecto a la fecha de inicio de la promoción.

La fecha de inicio de la promoción es fácilmente advertible en el anuncio publicitario cuestionado.

Sostiene ASPEC en este punto, que habríamos incurrido en un acto de engaño a los consumidores por cuanto el mensaje publicitario televisivo publicado desde el 23 de abril de 2012 daría a entender que la promoción se encontraba vigente.

¹ Ver por ejemplo la Resolución Nº 0877-2014/SDC-INDECOPI

Contrariamente a lo que sostiene Aspec, el mensaje publicitario no da a entender a los consumidores que la promoción comercial se encuentra vigente al momento mismo de su difusión, por el contrario **el mensaje que transmite es que la misma entrará en vigencia a partir del 30 de abril de 2012**, tal como expresamente se señala en el scroll publicitario. ←

No resulta necesario que los datos referidos a la vigencia de la promoción ocupe el mismo espacio y sea difundido de la misma manera en que se difunde el mensaje central de la publicidad, tal como lo desliza Aspec.

En efecto, basta que se informe a los consumidores dentro del mismo mensaje publicitario la fecha de vigencia de la promoción, de manera tal que les sea perceptible, para que se considere que el mensaje no resulta engañoso.

Tal como lo hemos señalado en el scroll se consigna expresamente que la promoción comercial iniciará el 30 de abril de 2012. Nada impide que se anuncie una promoción comercial días previos a su inicio, si es que en el anuncio publicitario se indica la fecha de inicio de la referida promoción. }

Conforme se podrá apreciar al analizar el video del anuncio publicitario original (no las grabaciones de baja calidad) la fecha de vigencia de la promoción contenida en el scroll es perfectamente legible en condiciones normales de visualización en un televisor.

En efecto, este hecho se encuentra verificado por lo siguiente:

- Las letras del scroll son de color blanco, mientras que el fondo del anuncio publicitario es negro, lo cual le da un alto contraste al scroll y permite que el mismo pueda ser fácilmente diferenciado y destacado a la vista del consumidor.
- El tamaño de las letras es suficientemente grande para que puedan ser claramente advertidas por los consumidores.
- Dicha información discurre a una velocidad tal que es perfectamente apreciable por los consumidores.

Desconocemos cuales han sido las condiciones de visualización en las que los representantes de Aspec puedan haber advertido que el scroll del anuncio publicitario televisivo en cuestión no permite apreciar la información referida a la fecha de inicio de la promoción, como para entender que el mensaje que transmite el anuncio es que la promoción se encuentra vigente desde el 23 de abril.

Por el contrario, sostenemos que en condiciones normales de visualización en un televisor, la fecha de inicio de la promoción es perfectamente legible, sin la necesidad de utilizar ningún equipo de reproducción de video.

Luego de visualizar el mensaje publicitario en condiciones normales de visualización (el video original en un televisor) se puede advertir que la fecha de inicio de la promoción es perfectamente legible de manera ininterrumpida, lo cual hace que sea perceptible a los consumidores. Por ello podemos concluir que, tal vez las condiciones en las cuales los representantes de ASPEC hayan visualizado el mensaje publicitario no hayan sido las normales, sino que el mismo haya sido visualizado en una computadora y en base a la grabación de baja calidad que han aportado al procedimiento. ←

Ahora bien, con respecto al tiempo que debe demorar el scroll en discurrir por la pantalla, debemos de reiterar que al no existir imposición legal alguna sobre la materia, se debe tener presente que basta que dicha información debe ser perceptible por los consumidores para que se considere que los mismos han estado debidamente informados.

En efecto, tal como lo ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, "El anunciante cuenta con la libertad de administrar el uso de sus espacios publicitarios, por lo que **puede consignar la información sobre stock y vigencia como más le convenga, incluso utilizando tiempos y espacios menores que los asignados a la exposición de la información central,** siempre y cuando la presentación de tales datos que la ley le obliga a ←

consignar sea perceptible a los consumidores.² (negrita y subrayado añadidos).

Es por ello que sí la fecha de inicio de la promoción ha sido emitida de manera tal que los consumidores pueden dar lectura de la misma de manera ininterrumpida, se debe considerar que el mensaje que se transmite es precisamente dicha fecha: el 30 de abril de 2012.

En el presente caso, reiteramos una vez más, que en condiciones normales de visualización, la fecha de vigencia de la promoción, es difundida de manera tal que es perceptible a los consumidores.

(ii) Con respecto al sembrado de premios

Aspec sostuvo en su escrito de denuncia, y así fue recogido en la imputación de cargos, que el mensaje publicitario daría a entender erróneamente a los consumidores *“Que los (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de éstos a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo los mismos recién habrían sido puestos a disposición de los consumidores a partir del 3 de mayo de 2012; frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.”*

Es en base a dicha imputación es que nos hemos defendido a lo largo del presente procedimiento, sin embargo, Aspec en su apelación introduce cuestionamientos nuevos, que no han sido materia de la imputación de cargos, como por ejemplo que los consumidores no pueden obtener de Ripley “lo que quieren”, sobre los cuales no es posible pronunciarse.

Contrariamente a lo señalado por Aspec, **el mensaje que transmite el anuncio bajo análisis no es que los 40 premios principales se encontrarán a disposición de los consumidores desde el primer día de inicio de la promoción, sino que durante toda la vigencia de la promoción los**

² Resolución Nº 2142-2010/SC1-INDECOPI

consumidores podrán ganar los 40 premios mayores y miles de cupones de descuento.

En efecto, en el anuncio se señala que ***“serán cuarenta ganadores y además miles de cupones de descuento”***, un consumidor razonable de un análisis superficial e integral del anuncio entiende que los cuarenta ganadores y los miles de cupones de descuento serán otorgados a lo largo de la vigencia de toda la promoción comercial, no siendo necesario que todos los premios estén a disposición desde el primer día de vigencia de la misma.

Ese mensaje se condice con la realidad, ya que durante la campaña publicitaria nuestra empresa cumplió con poner a disposición de los consumidores los 40 premios principales, y hubo en efecto 40 ganadores tal como quedó acreditado con la información aportada a la Comisión.

Sin perjuicio de ello, se debe de tener presente que aun en el supuesto caso que se considere que el anuncio transmite el mensaje de que todos los premios estarían a disposición del público desde el primer día de vigencia de la promoción, tal como sostiene Aspec. En el presente caso, **al tratarse de una promoción comercial donde interviene el azar para la obtención de los premios, la autorización de la ONAGI permite hacer la campaña publicitaria sin que sea necesario que los premios mayores hayan estado efectivamente a disposición de los consumidores.**

Se debe de tener presente que, por cuestiones administrativas y de seguridad de cumplimiento de la entrega de premios a los consumidores, la ONAGI ha dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Finales Sociales que en los casos en los que intervenga el azar, debe intervenir un representante de la ONAGI, y además en la promoción “10 Minutos de Felicidad”, mediante la resolución que autorizó la promoción comercial cuestionada Resolución N° 3121-2012-IN-1501, dispuso que intervenga un Notario Público.

La única forma de dar cumplimiento a dichas disposiciones era que los premios mayores fueran sembrados, y no introducidos al mercado en stickers de forma aleatoria dentro de los productos puestos a disposición del público de forma habitual.

El hecho que por seguridad de los consumidores, ONAGI haya dispuesto la aplicación de este mecanismo, no impide que nuestra empresa pueda anunciar que en la promoción comercial se entregarán 40 premios mayores de forma genérica sin especificar el día exacto del sembrado de productos dispuesto por ONAGI, pues no existirá frustración de expectativas alguna de los consumidores ya que el hacerse acreedor de un premio es cuestión de azar.

Se debe de tener presente que nuestra empresa no se encontraba en la obligación de transmitir a los consumidores las fechas exactas en las que ONAGI había dispuesto el sembrado de los premios mayores, tal como sostiene Aspec ya que esa información tenía el carácter de reservada, puesto que al ser el azar el que determine que un consumidor acceda a uno de los premios mayores (según los términos aprobados por ONAGI) no resulta exigible que nuestra empresa revele información sobre las fechas de sembrado de los mismos. De ser así, la promoción comercial carecerías de todo sentido.

La autorización otorgado por la ONAGI es la que faculta a la empresa que realiza la promoción a realizar la publicidad de la misma, por esta razón es necesario consignar en cada una de las piezas publicitarias en número de resolución que autoriza la promoción.

Es por ello, que nuestra empresa se encontraba facultada para difundir la campaña publicitaria, sin necesidad de detallar la fecha de sembrado de los premios mayores, ya que de haber sido así la publicidad de la promoción debió restringirse únicamente a la fecha de sembrado de los premios mayores. Cabe resaltar que durante todo el plazo de vigencia de la promoción los consumidores pudieron tener acceso a alguno de los premios de la misma (con los stickers que se encontraban dentro de los empaques), y los premios mayores fueron sembrados, en las fechas y lugares específicos ordenados por ONAGI.

Así por ejemplo, teniendo en cuenta las diversas localidades que participaban de la promoción, ONAGI ordenó que los premios mayores se distribuyan, mediante el sembrado, y de manera equitativa en todas las localidades participantes, para que así los consumidores de todas ellas tengan la posibilidad de acceder a uno de los premios mayores.

Siendo esto así y aplicando el criterio de Aspec, entonces la publicidad de la promoción, para no resultar engañosa debió especificar toda la siguiente información:

Sembrado de premios mayores:

En Lima:

03 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Javier Prado Oeste N° 663, San Isidro – Lima; 10 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.
16 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Javier Prado Oeste N° 663, San Isidro – Lima; 4 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.
23 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Javier Prado Oeste N° 663, San Isidro – Lima; 5 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.
06 de junio de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Javier Prado Oeste N° 663, San Isidro – Lima; 5 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.
13 de junio de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Javier Prado Oeste N° 663, San Isidro – Lima; 5 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.

En Arequipa:

03 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. Socabaya N° 311 – Socabaya; 5 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.

En Chiclayo:

16 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en la Av. San José N° 917; 3 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.

En Trujillo

16 de mayo de 2012, a las 10:00 horas, en el Jr. Orbegoso N° 320 – Centro de Trujillo; 3 premios de S/. 5,000.00 Nuevos Soles cada uno.

Utilizando el criterio que Aspec solicita a la Sala que se aplique para resolver el presente caso, podríamos llegar al absurdo de sostener que resultaría engañoso no solo el hecho que no se haya indicado en la publicidad que la siembra de productos se realizaría a partir del 03 de mayo de 2012, sino que también sería engañoso el haber mencionado que existían 40 premios mayores, cuando debió informarse el número exacto de premios mayores por localidad, incluso debería haberse informado también la hora y dirección exacta del lugar escogido por ONAGI para la siembra.

Es más la publicidad sería engañosa también ya que señalo que la promoción se encontraba vigente en Lima, cuando los premios mayores, por disposición de ONAGI, solo fueron sembrados en San Isidro por lo que en la publicidad debió indicarse en vez de promoción válida en Lima promoción válida en San Isidro. Peor aún, ya que los premios mayores fueron sembrados en el mismo punto de venta, la publicidad de la promoción comercial debió especificar lo siguiente:

“Promoción válida en Lima para los primeros 4 productos adquiridos en Av. Javier Prado Oeste N° 633, San Isidro, los días 3, 16 y 23 de mayo, y 6 y 13 de junio a las 10:00 horas en todos los casos, para que de esta forma no se vean frustradas las expectativas de los participantes.

Promoción válida en Arequipa para los primeros 5 productos adquiridos en Av. Socabaya N° 311 – Socabaya, el 03 de mayo de 2012, a las 10:00 horas.

Promoción válida en Chiclayo para los primeros 3 productos adquiridos en Av. San José N° 917, el 16 de mayo de 2012, a las 10:00 horas.

Promoción válida en Trujillo para los primeros 3 productos adquiridos en Jr. Orbegoso N° 320 el 16 de mayo de 2012, a las 10:00 horas.”

¿Qué promoción de ventas podría realizarse bajo estos términos?

Ninguna. Ningún proveedor realizará promoción de ventas en la que tenga que revelar la información sobre el sembrado de los premios, ya que de esta forma no será el azar el que determine que un consumidor se haga acreedor al premio ofrecido, sino que será el conocimiento pleno de las condiciones de sembrado las que determinen al ganador. <

Así, ninguna promoción de ventas podrá cumplir con su finalidad de incentivar el consumo, otorgando una ventaja al consumidor con respecto a la oferta normal del producto, conforme a los términos establecidos en el literal h) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. <

Al parecer lo que pretende Aspec, es que los proveedores no realicen promociones de ventas.

Piénsese por ejemplo en una promoción comercial que consiste en la entrega de un solo premio, un departamento, al cual podrán acceder los consumidores a través del sembrado de productos según las disposiciones de ONAGI, que por así considerarlo decida que la siembra debe de realizarse el último día la campaña por tratarse de un premio único, según el razonamiento de ASPEC el anunciante se encontraría impedido de difundir publicidad de la promoción comercial sino únicamente el día en el cual ONAGI decidió que se realice la siembra, o debe indicar en las piezas publicitarias que el ganador saldrá elegido solo ese día, restringiendo el ámbito de la misma únicamente al lugar donde se realizaría la siembra "ya que en ningún otro lugar un consumidor tiene posibilidad de acceder al producto premiado" y las expectativas de estos consumidores se verían frustradas.

De esta forma cualquier promoción pierde todo sentido y lo único que se genera son desincentivos para la realización de las mismas, ya que los proveedores se encuentra obligados, según las disposiciones de ONAGI, a sembrar los premios y tendrían pues que revelar en los anuncios la fecha de sembrado, con lo cual las promociones se restringirían a UN SOLO DÍA, el día del sembrado y a un punto de venta específico.

(iii) Con respecto al mercado de los empaques.

Se ha cuestionado en el presente caso, que en la campaña publicitaria se haya mencionado que los empaques de los productos no se encuentran marcados.

En la campaña publicitaria, en efecto se transmitió el mensaje objetivo que los empaques no estaban marcados, lo cual se condice con la realidad, ya que efectivamente los empaques no se encontraban marcados.

En este orden de ideas, se aprecia claramente que la campaña publicitaria no fue engañosa, tal como sostiene Aspec, ya que se encuentra plenamente acreditado que cada uno de las afirmaciones imputadas como engañosas en las piezas publicitarias tiene su correspondencia con la realidad.

Otros argumentos de Aspec

Sin perjuicio de ello, y con relación a los argumentos de Aspec en su recurso de apelación cuestionando el fondo de la campaña publicitaria, pese a no ser parte del presente procedimiento, nos pronunciamos brevemente sobre los mismos, a fin de desvirtuar las acusaciones que nos imputa:

La ONAGI es el organismo encargado de velar por los derechos que de las personas que participan en actividades de promociones comerciales y garantizan el cumplimiento que las promociones se realicen conforme a los términos autorizados, así se señala expresamente en el artículo 2 del Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales – Decreto Supremo N° 006-2000-IN, la finalidad del mismo es velar por los derechos de las personas que participan de las mismas:

“Artículo 2.- Su finalidad es velar por los derechos de las personas que participan en actividades de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales, garantizando que las entidades organizadoras cumplan con desarrollar los eventos conforme a lo autorizado y en el marco de las normas sobre el particular”

Es por ello que dentro del ámbito de sus competencias, la ONAGI es la encargada de aprobar los mecanismos bajo los cuales los proveedores deben realizar las promociones comerciales que ofrecen al público. ←

Contrariamente a lo que sostiene Aspec en su recurso de apelación, el procedimiento de aprobación de una promoción comercial no es de aprobación automática, sino que se trata de un procedimiento regulado por la ONAGI, en el cual esta entidad se encarga de velar por los derechos de las personas que participan de las promociones, no basta la sola presentación de documentos para que este se aprueba de forma automática, sino que la ONAGI además propone los mecanismos bajo los cuales deben de llevarse las promociones, dispone las fechas en las cuales los representantes de la misma puede acudir al sembrado de productos, según lo dispuesto por el artículo 15 del Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales. ←

Por lo tanto es la ONAGI la encargada, de velar por el cumplimiento de los términos de las promociones comerciales por ellos aprobadas. ←

Es en virtud de la aprobación que en su oportunidad hizo la ONAGI que nuestra empresa realizó la promoción comercial. Los términos y condiciones no fueron variados; y la campaña publicitaria corresponde a los términos aprobados para la ejecución de la misma, y de ningún modo los términos aprobados por ONAGI podrían ser calificados como engañosos. ←

Por el contrario, el haber variado los términos y condiciones que la ONAGI dispuso en su momento es considerado una infracción según lo dispuesto por el literal c) del artículo 22 del Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales:

- "Artículo 22.- Las infracciones a las normas contenidas en el presente Reglamento son:
(...)
c. Realizar una Promoción Comercial o Rifa con Fines Sociales sin ajustarse a los términos de la Resolución autoritativa"

(i) Con respecto al cuestionamiento de la promoción sobre el sembrado de los premios mayores

Dado el valor de los premios mayores entregados y de las características de la promoción, donde el ganador es determinado a través del azar, ONAGI dispuso que en aplicación del artículo 15 del Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales sean sembrados, siendo necesario que participe de dicha siempre un representante de la ONAGI y un Notario Público, ya que era la única forma de verificar la entrega de los premios mayores a los consumidores y garantizar que estos lleguen a su destino.

Lejos de ser esta forma entrega de premios un engaño a los consumidores, constituye un mecanismo adecuado que otorga seguridad y que permite dar fe que los consumidores se hicieron acreedores de los premios (y que no fueron dispuestos arbitrariamente por el proveedor), o que los premios se pierdan dentro de la cadena de distribución y no lleguen nunca a mano de los consumidores.

Asimismo, se verifica que la intervención de ONAGI no se trata de una aprobación automática, ya que en efecto conforme lo establece el artículo 2 del Reglamento antes referido, la finalidad de la ONAGI es velar por los derechos de consumidores en el cumplimiento de las promociones comerciales. Prueba de ello, y de la intervención directa de dicha institución es que se autorizó que el sembrado de premios se realice de forma proporcional en todas las ciudades participantes de la promoción y no solo en Lima, para que de esta manera los consumidores de todas las ciudades participantes tengan la posibilidad de obtener alguno de los premios mayores ofrecidos.

Aspec cuestiona el mecanismo de sembrado de premios, ya que los consumidores no tienen acceso a la totalidad de los premios al inicio de la promoción. **No hay posibilidad de sembrar los premios de forma tal que no se restrinja ese sembrado a fechas y horas específicas impuestas por la autoridad correspondiente,** como para pretender que la publicidad no pueda informar de forma genérica la cantidad de premios disponibles durante la vigencia de la promoción, más aún si se tiene en cuenta la existencia de una

norma de carácter público que establece que en las promociones comerciales en las que intervenga el azar participará un representante de la ONAGI y un notario público.

No puede pretender Aspec que los representantes de la ONAGI y notarios públicos se encuentren repartidos en los distintos e innumerables puntos de venta donde se ofrece Sublime, verificando que los consumidores abran los empaques en el momento mismo de la compra para ver si algún consumidor se hizo acreedor de uno de los premios mayores, para que de esta forma el anunciante pueda publicitar la promoción señalando la cantidad de premios mayores ofrecidos sin necesidad de especificar la fecha de sembrado de los mismos.

(ii) Con respecto al mercado de los empaques.

Sostiene Aspec que se habrían configurado un acto de engaño, puesto que los productos que participaban de la promoción no estuvieron marcados.

No existía obligación de marcas los empaques. **La promoción se realizó conforme a los términos establecidos por ONAGI que no exigió el marcado de empaques.** ←

Sin perjuicio de ello, no resulta engañoso el no haber marcado los empaques.

Una promoción de ventas es definida según el literal h) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como *“toda aquella acción destinada a incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria y estándar. Puede consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares.”*

En el presente caso la promoción consistió en introducir en el mercado, respecto de la oferta normal de nuestros productos, productos premiados: 3 mil con un sticker premiando con vales de descuento al consumidor y 40 mediante

sembrado con vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 Nuevos Soles, siendo el azar, en ambos casos, el que determine si el consumidor adquiriría uno de los productos premiados dentro de los productos que se encontraban en el mercado, no siendo exigible, ni necesario, que nuestra empresa haya tenido que marcar los empaques producidos durante el periodo de vigencia de la promoción para que puedan ser identificados como “participantes de la promoción”.

¿Cuál es la inducción a error en el presente caso?

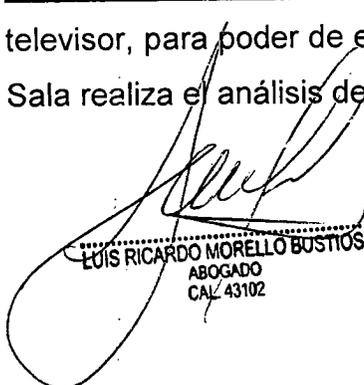
No existe inducción a error alguna, el consumidor sabe que solo unos pocos productos del total de productos presente en el mercado se encontrarán premiados, siendo el azar el que determine si el producto adquirido contenía o no el premio.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley.

OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política y del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI –, **solicitamos se convoque a audiencia de informe oral** y se otorgue el uso de la palabra a nuestros abogados patrocinantes Dr. Enrique Gherzi Silva y/o Dennis Vilchez Ramírez y/o Anibal Saco Ortega y/o Jaime Rodriguez Talavera y/o Rafael Sapler Zaidman y/o Cristian Valencia Sarmiento y/o Luis Ricardo Morello Bustíos a fin de que cualquier de ellos indistintamente pueda exponer los argumentos de defensa de nuestra empresa.

Asimismo, **solicitamos que se convoque a una audiencia de visualización de medio probatorio**, en la que se difunda el anuncio televisivo original en un televisor, para poder de esta manera verificar las condiciones bajo las cuales la Sala realiza el análisis del anuncio cuestionado.


LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS
ABOGADO
CALZ 43102

Lima, 14 de julio de 2015.



Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios

2015 AGO 11 PM 4:36

Decenio de las personas con discapacidad en el Perú
"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"

RECIBIDO

A 2 000805

SDC
111311

Expediente: 211-2015/SDC-INDECOPI

Expediente: 104-2012/CCD-INDECOPI

108-2012/CCD-INDECOPI

172-2012/CCD-INDECOPI

Especialista: Sin Especialista

Cuaderno: Principal

Sumilla: Impulso Procesal



A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS – ASPEC, en los seguidos contra NESTLÉ
PERÚ S.A. (En adelante, Nestlé), ante ustedes
exponemos:

Que, habiendo interpuesto, dentro del término de ley, en fecha 3 de Marzo del 2015, nuestro **RECURSO DE APELACIÓN** contra la **Resolución Final N° 021-2015/CCD-INDECOPI** y habiéndose admitido el mismo, a través de la Resol. N° 06, notificada en fecha 23 de Marzo del mismo año, en fecha 30 de Marzo, el expediente fue remitido a vuestra Sala, sin luces de ninguna actuación procesal, luego de cuatro (04) meses. Sin perjuicio de ello, si bien el expediente tiene como fecha máxima de resolución el día 22 de Setiembre del presente año, resulta inaudito que a la fecha ni siquiera se haya asignado al correspondiente especialista del caso ni mucho menos hayamos sido notificados con el Proveído 1.

POR TANTO: Al amparo de los fundamentos expuestos, solicitamos se otorgue el trámite correspondiente al curso ordinario del presente expediente, en el plazo previsto por ley.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos copias suficientes para la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI y el Denunciado.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, por convenir a nuestro derecho, cumplimos con apersonar al presente procedimiento al Abogado, Javier Segundo Chiyong Rebaza, debidamente identificado con CAL N° 64751, quien podrá actuar y suscribir nuestras acciones de manera conjunta y/o independiente con el letrado que nos viene patrocinando, Dr. Nicolás Delgado Cerda.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, dado el tiempo transcurrido, reiteramos nuestra solicitud de programación de la vista de la causa y que se conceda el uso de la palabra al Presidente de ASPEC y a quienes éste designe, a efectos de hacer efectivo un mejor derecho de defensa ante el órgano superior.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS: Reiteramos se cumpla lo dispuesto en el artículo 6° de la Resolución N° 048-2001-INDECOPI, la Resolución N° 074-2003-INDECOPI/DIR, la Directiva N° 001-2003-INDECOPI/DIR y en el Convenio Interinstitucional N° 012-2001/CC, ADDENDUM 01. Asimismo, solicitamos la aplicación del artículo 156°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor referente al porcentaje de la multa en virtud al citado Convenio de Cooperación Institucional celebrado con el INDECOPI.

Lima, 30 de Julio de 2015.


Javier Chiyong Rebaza
C.A.L. N° 64751


Crisófolo Luis Cáceres Valle
Presidente

Decenio de las personas con discapacidad en el Perú
"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"

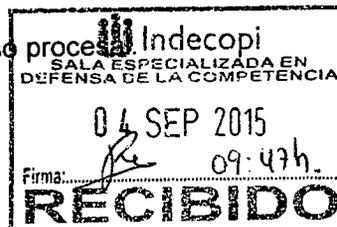
SEP -3
9
PII 4: 27

123157

RECIBIDO
SALA DE PARTES9C
00080

Expediente: 211-2015/SDC-INDECOPI
Expediente: 104-2012/CCD-INDECOPI
108-2012/CCD-INDECOPI
172-2012/CCD-INDECOPI

Especialista: Sin Especialista
Denunciante: ASPEC
Denunciado: Nestlé Perú S.A.
Cuaderno: Principal
Sumilla: Reiteramos impulso



A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS – ASPEC, en los seguidos contra NESTLÉ
PERÚ S.A. (En adelante, Nestlé), ante ustedes
exponemos:

Que, habiendo interpuesto, dentro del término de ley, en fecha 3 de Marzo del 2015, nuestro **RECURSO DE APELACIÓN** contra la **Resolución Final N° 021-2015/CCD-INDECOPI** y habiéndose admitido el mismo, a través de la Resol. N° 06, notificada en fecha 23 de Marzo del mismo año, en fecha 30 de Marzo, el expediente fue remitido a vuestra Sala, sin luces de ninguna actuación procesal, luego de cuatro (04) meses. Sin perjuicio de ello, si bien el expediente tiene como fecha máxima de resolución el día 22 de Setiembre del presente año, resulta inaudito que a la fecha de suscripción ni siquiera se haya asignado al correspondiente especialista del caso ni mucho menos hayamos sido notificados con el Proveído 1.

POR TANTO: Al amparo de los fundamentos expuestos, reiteramos nuestra solicitud para que se otorgue el trámite correspondiente al curso ordinario del presente expediente en el plazo previsto por ley.

Página | 1

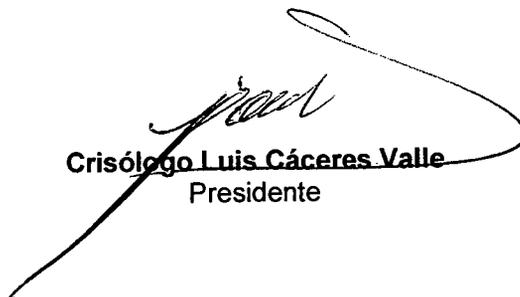
PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos copias suficientes para la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI y el Denunciado.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, dado el tiempo transcurrido, reiteramos nuestra solicitud de programación de la vista de la causa y que se conceda el uso de la palabra al Presidente de ASPEC y a quienes éste designe, a efectos de hacer efectivo un mejor derecho de defensa ante el órgano superior.

Lima, 3 de Setiembre del 2015.



JAVIER S. CHIYONG REBAZA
ABOGADO
C.A.L. 64751



Crisólogo Luis Cáceres Valle
Presidente



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL N° 1

DENUNCIANTES : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL N° 1
ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS – ASPEC
INSTITUTO DEL DERECHO ORDENADOR DEL
MERCADO – IDOM

IMPUTADA : NESTLÉ PERÚ S.A.¹

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PUBLICIDAD COMERCIAL
CAMPAÑA PUBLICITARIA
ACTOS DE ENGAÑO
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI del 11 de febrero de 2015, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC y el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado – IDOM contra Nestlé Perú S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En la denuncia se señaló que la campaña publicitaria difundida por Nestlé Perú S.A. denominada “10 MINUTOS DE FELICIDAD CON SUBLIME”, daría a entender erróneamente a los consumidores que: (i) la fecha de inicio de la promoción sería el 23 de abril de 2012, cuando en realidad inició el 30 de dicho mes; (ii) los cuarenta (40) premios principales que forman parte de la campaña estarían a disposición de los consumidores desde el inicio de la promoción, cuando en realidad recién fueron sembrados a partir del 3 de mayo de 2012; y, (iii) la afirmación “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado” permitiría concluir erróneamente que todos los productos Sublime –en las presentaciones participantes– ingresarían a la promoción, cuando en realidad participarían solamente aquellos producidos durante su vigencia.

¹ Identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) 20263322496.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

Siendo así, esta Sala ha realizado una evaluación integral y superficial de la campaña publicitaria realizada por Nestlé Perú S.A., sustentando su decisión en los siguientes fundamentos:

(i) Respecto a la fecha de inicio de la promoción, esta Sala considera que el mensaje no contempla elementos que induzcan a error a los consumidores respecto al inicio de la campaña, pues se informa de manera clara y perceptible para los consumidores que la promoción iniciaba el 30 de abril de 2012.

(ii) Sobre la fecha en que los cuarenta (40) premios principales estarían disponibles, esta Sala considera que las promociones como las publicitadas en este caso, en donde interviene el azar, determina que se deba mantener en reserva las fechas en que los premios serán sembrados en los productos participantes, pues de lo contrario se desnaturalizaría el carácter aleatorio de la promoción. Por ello, la omisión de esta información no induce a error a los consumidores respecto a las probabilidades de ganar los premios de la promoción durante su vigencia.

(iii) Si bien ASPEC interpretó el mensaje como engañoso al considerar que solamente sería factible que los productos elaborados durante la vigencia de la promoción participen de la misma por lo que debían ser marcados, lo cierto es que la lógica de este tipo de promociones, en donde interviene el azar, es que se establezca una probabilidad de ganar que estará en función del universo de productos participantes, conformados por los productos premiados y los productos sin premio.

En ese sentido, el mensaje es claro y comprensible al informar a los consumidores que las probabilidades de ganar se encuentran en función al universo de productos participantes que constituye el total de productos Sublime –en las presentaciones indicadas–, independientemente de su fecha de elaboración.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación de oficio contra Nestlé Perú S.A. por presunta infracción al principio de legalidad, contemplado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en la medida que se evidencia de manera clara, destacada y advertible para los consumidores, las restricciones y condiciones de la promoción relacionadas a las ciudades en donde aplica, conforme lo demanda el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

Lima, 11 de enero de 2016

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de junio de 2012, el Instituto del Derecho Ordenador del Mercado (en adelante, IDOM), interpuso una denuncia contra Nestlé Perú S.A. (en lo sucesivo, Nestlé), por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto de infracción previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). IDOM sustentó su denuncia en lo siguiente²:
 - (i) Nestlé difundió una campaña publicitaria a través de distintos medios, en la que se ofrecía la posibilidad de encontrar dentro de los chocolates “Sublime”, cuarenta (40) vales de compra por el valor de S/. 5 000,00 (cinco mil y 00/100 soles) y vales de descuento para ser usados en la tienda Ripley.
 - (ii) La fecha de inicio de la promoción no coincidía con la fecha de inicio de la difusión de la publicidad.
 - (iii) En dicha campaña se señaló que los productos que entrarían en la promoción no estarían marcados, lo que puede generar que el consumidor no se encuentre en la capacidad de distinguir de manera clara, fácil y oportuna entre el producto que sí podría contener la promoción y aquel que no, debido a que, por ejemplo, fue producido antes de su entrada en vigencia.
 - (iv) Los cuarenta premios principales, esto es, los cuarenta (40) vales de compras en Ripley fueron puestos a disposición de los consumidores recién a partir del 3 de mayo de 2012, a pesar de que la publicidad de la campaña fue difundida desde el 23 de abril de 2012.
 - (v) Solicitó el pago de costas y costos del procedimiento.
2. El 25 de junio de 2012, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, ASPEC) interpuso una denuncia contra Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño, sobre la base de las mismas conductas y argumentos señalados por IDOM en su denuncia. Asimismo, solicitó el

² Denuncia tramitada bajo el Expediente 104-2012/CCD.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

reintegro de costas y costos del procedimiento y participar de un porcentaje de la multa a imponerse a Nestlé de amparar su denuncia³.

3. Mediante Resolución s/n del 16 de julio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 (en adelante, la Comisión) imputó a Nestlé la presunta comisión de actos de engaño, debido a que la campaña publicitaria denominada "10 Minutos de Felicidad con Sublime" daría a entender erróneamente a los consumidores que:
 - (i) La fecha de inicio de la promoción anunciada sería el 23 de abril de 2012, cuando se habría iniciado realmente el 30 de abril de 2012, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener algún premio antes de esa fecha.
 - (ii) Los cuarenta (40) premios principales que serían parte de la promoción estarían a disposición de los consumidores a partir de la fecha de inicio de la campaña o de la promoción; sin embargo, los referidos premios recién habrían sido puestos a disposición de estos a partir del 3 de mayo de 2012, frustrando con ello las expectativas de los consumidores que esperaron obtener uno de estos premios principales antes de dicha fecha.
 - (iii) Sobre la base de la afirmación "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*", podrían concluir equivocadamente que todos los productos Sublime –en sus presentaciones participantes– ingresarían a la promoción, cuando en realidad únicamente participarían aquellos producidos durante su vigencia.
4. Por Resolución s/n del 18 de julio de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó de oficio⁴ a Nestlé una presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al existir indicios razonables que en la publicidad televisiva de la promoción "Sublime", la restricción de acceso referida a que la promoción es "*Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo*", discurre a tal velocidad que no permitiría su lectura ininterrumpida, hecho que podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³ Denuncia tramitada bajo el Expediente 108-2012/CCD.

⁴ Tramitada bajo el Expediente 172-2012/CCD.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

5. El 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos respecto a la presunta comisión de actos de engaño, señalando lo siguiente:
- (i) La promoción "10 minutos de felicidad con Sublime" consistía en que los consumidores podían encontrar dentro de las diferentes presentaciones participantes de los productos Sublime, un *sticker* premiado bien sea con los cuarenta (40) premios principales o los vales de consumo antes mencionados. Dicha promoción fue aprobada por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, por Resolución Directoral 3121-2012-IN-501.
 - (ii) Entre los medios por los que se difundió la promoción en cuestión, se encontró el anuncio televisivo que contiene un *scroll* por el que se pone en conocimiento de los consumidores diversa información sobre las condiciones y restricciones de la promoción, asimismo se deja constancia de las fuentes de información gratuita a la que estos consumidores pueden acceder.
 - (iii) El referido *scroll* se muestra durante la totalidad del anuncio publicitario, posee un alto contraste y está consignado con caracteres de un tamaño y color adecuados. En condiciones normales de exposición en un televisor, se puede dar lectura ininterrumpida a la información que contiene.
 - (iv) Las características del referido *scroll* se encuentran sujetas únicamente a las pautas generales establecidas en el artículo 14 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), dispositivo que establece que las condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sean fácilmente perceptibles por el consumidor.
 - (v) En caso se considere que las condiciones y restricciones señaladas en el *scroll* transcurren a una velocidad tal que no es posible su lectura ininterrumpida por los consumidores, se debe tener en cuenta que la omisión de dicha información en el anuncio publicitario no supone una infracción al principio de legalidad, si es que se informó a los consumidores de la existencia de una fuente de información complementaria y gratuita.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (vi) Desde el segundo 22 hasta el 30 del anuncio televisivo en cuestión, se aprecia el siguiente texto en el *scroll*: “*Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Producto*”. Por ocho (8) segundos, la referida frase ha sido puesta en conocimiento de los consumidores para que perciban y tengan pleno conocimiento de la existencia de restricciones y los canales gratuitos para conocerlas.
- (vii) El anuncio imputado fue difundido como parte de una campaña publicitaria. Debido a ello, de considerarse que existe alguna dificultad para conocer las restricciones y condiciones a las promociones de venta de los chocolates Sublime, se debe estimar que existen otros anuncios pertenecientes a la campaña publicitaria mediante los cuales se comunicó a los consumidores de esta información.
- (viii) La promoción entró en vigencia a partir del 30 de abril de 2012, lo que se consignó en los mensajes publicitarios televisivos e impresos a efectos de que sea conocido por los consumidores.
- (ix) IDOM al cuestionar que los premios principales fueron sembrados en el mercado el 3 de mayo de 2012, busca discutir los términos de la promoción “Sublime” y no si se ha difundido alguna afirmación engañosa. Asimismo, el mecanismo de sembrado ha sido previamente aprobado por el Ministerio del Interior.
- (x) No es obligación del proveedor identificar qué productos son parte de la promoción. El encontrar un producto premiado es cuestión del azar, razón por la cual no se afecta derecho alguno de los consumidores.
6. Asimismo, en su escrito de descargos del 22 de agosto de 2012, Nestlé solicitó la actuación de un medio probatorio consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio por televisión a través de un televisor promedio, argumentando que en condiciones normales de exposición, se puede dar lectura ininterrumpida a la información que el referido anuncio contiene.
7. El 22 de agosto de 2012, Nestlé presentó sus descargos por la presunta infracción al principio de legalidad, en los que reiteró los argumentos señalados en su escrito de descargos por la presunta comisión de actos de engaño.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

8. Mediante Resolución s/n del 27 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión acumuló los procedimientos originados por la denuncia de IDOM y de ASPEC. De otro lado, en la misma fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión acumuló los procedimientos tramitados por la presunta comisión de actos de engaño y por la presunta infracción al principio de legalidad.
9. Mediante Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI del 17 de abril de 2013, la Comisión emitió su pronunciamiento en los siguientes términos:
- (i) Declaró improcedente la denuncia formulada por ASPEC debido a que esta es idéntica a la presentada por IDOM;
 - (ii) declaró improcedente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé consistente en la realización de una audiencia de visualización del anuncio por televisión utilizando un televisor promedio, al no ser pertinente en este caso;
 - (iii) declaró fundada la denuncia por la comisión de actos de engaño y sancionó a la imputada con una multa ascendente a 400 UIT;
 - (iv) declaró fundada la imputación de oficio contra Nestlé por infringir el principio de legalidad y la sancionó con una multa ascendente a 35 UIT; y,
 - (v) ordenó a Nestlé, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de denuncia en tanto que, de un lado, informe a los consumidores sobre la promoción en cuestión dando a entender que: (i) la misma empezaría junto con la fecha de inicio de la campaña publicitaria, siendo ello falso; (ii) los premios principales estarían a disposición de los consumidores desde la fecha de inicio de la promoción anunciada, siendo ello falso; y, (iii) todos los productos participan pese a no estar marcados y ello genere en los consumidores una confusa identificación de los mismos. Y, de otro lado, no indique las condiciones y restricciones aplicables a dicha promoción en forma, clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por los consumidores.
10. El 8 de mayo de 2013, ASPEC apeló la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, señalando lo siguiente:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (i) Existe jurisprudencia del Indecopi (Resolución 4517-2012/CPC) que interpreta de forma distinta el principio del *non bis in ídem*, siendo que ante dos denuncias que guardan conexión, lo que corresponde es la acumulación de los procedimientos en trámite.
- (ii) Cuando algún órgano de Indecopi inicia un procedimiento de oficio y el caso ya ha sido denunciado, corresponde acumular ambos procesos a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, caso contrario se estaría infringiendo el principio del *non bis in ídem*, así como sucedió con la denuncia sobre la promoción de Nestlé denominada "Gracias Perú".
11. El 9 de mayo de 2013, Nestlé apeló la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI, reafirmando los argumentos expuestos durante el procedimiento y alegando adicionalmente lo siguiente:
- (i) Se ha vulnerado su derecho de defensa y como consecuencia de ello, su derecho al debido procedimiento, pues la audiencia de visualización de anuncios ofrecida como medio de prueba era pertinente, al tener como finalidad constatar las condiciones en que el anuncio imputado había sido presentado a la Comisión y verificar si estas eran las mismas bajo las cuales dicho anuncio era apreciado por los consumidores.
- (ii) La resolución apelada adolece de un vicio de nulidad al momento de motivar y graduar la sanción, pues no se ha tomado en consideración el beneficio ilícito ni otros criterios relevantes para establecerla. Asimismo, no resulta aplicable la reincidencia invocada pues en el antecedente tomado por la primera instancia, la multa fue impuesta por varias infracciones y no solo por un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño.
- (iii) Corresponde aplicar el principio del concurso ideal de infracciones, mediante el cual se establece que en caso una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.
- (iv) Se debe tener en cuenta como circunstancia atenuante la existencia de otros anuncios que formaban parte de la campaña publicitaria a la cual pertenecía el anuncio presuntamente infractor.
- (v) La Comisión estaría cuestionando el mecanismo de la promoción comercial autorizada por el Ministerio del Interior, pues en la publicidad



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

se señala expresamente que los empaques de los productos no están marcados.

12. Por Resolución 461-2014/SDC-INDECOPI del 11 de abril de 2014, la Sala declaró lo siguiente:
- (i) Revocó la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente denuncia presentada por ASPEC y, en consecuencia, la declaró procedente.
 - (ii) Nulidad de la Resolución 080-2013/CCD-INDECOPI en los extremos que: (a) declaró improcedente por impertinente la actuación del medio probatorio ofrecido por Nestlé, (b) declaró fundada la denuncia presentada por el IDOM contra Nestlé por la comisión de actos de engaño, (c) halló responsable a la referida empresa por una infracción al principio de legalidad; (iv) sancionó a Nestlé con una multa ascendente a 435 Unidades Impositivas Tributarias; (v) le ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria materia de la denuncia, que contenga las afirmaciones declaradas como engañosas e ilegales; y, (vi) condenó a dicha empresa al pago de las costas y costos. En consecuencia, ordenó a la primera instancia que actúe el medio probatorio solicitado por Nestlé y posteriormente emita su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
13. El 3 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión llevó a cabo la Audiencia de Visualización de la publicidad imputada, con la presencia de los representantes de ASPEC y Nestlé.
14. Mediante Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI del 11 de febrero de 2015, la Comisión, con voto en mayoría⁵, declaró infundadas las denuncias presentadas por ASPEC e IDOM contra Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; e infundada la imputación de oficio contra Nestlé por la presunta comisión de actos de competencia desleal por actos contra el principio de legalidad, supuesto contemplado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, la primera instancia denegó los pedidos accesorios

⁵ El presidente de la Comisión, el señor Alfredo Castillo, consideró en su voto en discordia que el anuncio televisivo de la campaña imputada no permite apreciar de manera clara y comprensible las frases materia de imputación, por lo cual estimó que se debía declarar fundada la denuncia en todos sus extremos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

formulados por IDOM y ASPEC respecto al pago de las costas y costos del procedimiento y la participación de la multa a imponer.

15. Los principales argumentos que sustentaron el pronunciamiento de la Comisión fueron los siguientes:
- (i) Del análisis superficial e integral de los anuncios en cuestión, se observa que la publicidad visual de Facebook y del sitio web de Nestlé, a diferencia de la televisión o la radio, permiten una lectura mucho más clara, pausada y comprensible de la información contenida en las mismas, motivo por el cual los receptores del mensaje tienen la posibilidad de acceder a la información por un periodo de tiempo prolongado. Ello permite a los consumidores analizar todos los alcances de la oferta y extraer sin ambigüedades el mensaje principal de la publicidad.
 - (ii) En virtud de la Audiencia de Visualización realizada, la primera instancia consideró que la información que discurre en la parte inferior del anuncio televisivo, en cualquiera de las fuentes recabadas, resulta clara y comprensible tomando en cuenta el contraste y velocidad del *scroll*. En ese sentido, se puede observar los alcances de la promoción anunciada como: la fecha de inicio, la fecha de inserción de los premios principales y las ciudades participantes.
 - (iii) Si bien el anuncio televisivo se difundió días antes de iniciada la promoción publicitada, ello fue claramente informado por el anunciante.
 - (iv) La afirmación "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*" no genera un acto de engaño, toda vez que la referida promoción y sus alcances fueron autorizados por la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, mediante Resolución 3121-2012-IN-1501. Dicha autorización no establece que deba existir un distintivo en los empaques de los productos de la promoción, que permita a los consumidores identificar los productos participantes, sino solo que dentro de las envolturas de cualquiera de sus productos se encuentre el *sticker* con el premio.
16. El 3 de marzo de 2015, ASPEC interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI, sustentando su posición en los siguientes argumentos:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



000633
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (i) Las imágenes que traen los *screenshots* del *spot* publicitario de Nestlé no permiten advertir, mediante las tomas pausadas, toda la información relevante referida a las circunstancias que rodean el consumo, en este caso las condiciones de la promoción.
- (ii) Conforme lo establece el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la publicidad deber ser evaluada por la autoridad considerando el destinatario del mensaje, sobre la base del contenido del anuncio, el cual debe ser interpretado de manera integral y superficial.
- (iii) Respecto a la frase “*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*”, cabe resaltar que el Código de Consumo en su artículo 1.3 establece que es nula la renuncia a derechos reconocidos en dicha norma, pues lo contrario implicaría admitir un abuso irrestricto de derecho.
- (iv) En el presente caso, al tratarse de actos de infracción a la cláusula general, Nestlé habría contravenido la buena fe empresarial y las normas de corrección de las actividades económicas en perjuicio del mercado, debido a que:
 - a) Transmitió como mensaje que la promoción iniciaba el 23 de abril de 2012, cuando en realidad se inició con el primer sembrado de los premios principales el 3 de mayo del mismo año.
 - b) Informó que los cuarenta (40) premios principales de hasta S/. 5 000.00 servían para obtener lo que se quisiera de Ripley, sin embargo solamente se podían adquirir los productos listados en la hoja de “*Términos y Condiciones Legales de la promoción*”. Además que estos no fueron sembrados desde el inicio de la promoción, sino en cuatro (4) etapas.
 - c) Señaló que habían miles de cupones de descuento, cuando únicamente valían para un solo artículo del departamento de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas de Ripley, no siendo válidos para productos en consignación ni en concesión.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



000634
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- d) Manifestaba que *“Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”*, sin que los consumidores pudieran advertir qué productos participan de la promoción.
- (v) Al no marcar los empaques de los productos Sublime que participan de la promoción publicitada, se estaría omitiendo información relevante para los consumidores. Como bien se señaló en el blog de marketing de la empresa Mercadeando S.A., en donde se analizó la campaña materia de imputación, no constituye una práctica de marketing comúnmente utilizada.
- (vi) Por el contrario, existen ejemplos en el mercado en donde se evidencia cómo los anunciantes informan a los consumidores sobre cuáles son los productos participantes de la promoción (por ejemplo: Coca Cola suele colocar tapas de diferentes colores o en el caso de la marca Fochis que no necesitaba marcar sus empaques pues toda su línea de producción se encontraba dentro de la promoción).
- (vii) La publicidad contenida en el anuncio televisivo no permite evidenciar, al realizar un análisis integral y superficial del mismo, las condiciones y restricciones de manera clara, destacada y fácilmente advertible, conforme lo demanda el artículo 14 del Código de Consumo.
- (viii) El procedimiento seguido ante el Ministerio del Interior es uno de aprobación automática, por lo que el hecho de cumplir con los requisitos del TUPA necesarios para obtener la autorización de la publicidad no implica que dicha autoridad exonere al anunciante de responsabilidad por la difusión del anuncio, siendo el Indecopi el competente para velar por los derechos de los consumidores.
- (ix) En este caso se han vulnerado el deber de idoneidad e información sobre los productos promocionados, contraviniendo los principios de transparencia, buena fe y primacía de la realidad.
- (x) Solicitó la incorporación de los medios probatorios actuados en el procedimiento seguido en el expediente 1444-2012/CPC, en la medida que son pertinentes para demostrar la imposibilidad de determinar cuáles son los productos que participan de la promoción. Asimismo, requirió que se actúe una audiencia de visualización del spot publicitario.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

- (xi) Finalmente, solicitó que se dicten las medidas correctivas pertinentes conforme lo establece el Código de Consumo, que se conceda a sus representantes el uso de la palabra y que se le conceda un porcentaje de la multa a imponer, en virtud del Convenio de Cooperación Institucional celebrado con el Indecopi.
17. El 17 de julio de 2015, Nestlé presentó un escrito solicitando se cite a sus representantes a una Audiencia de Informe Oral y se le conceda el uso de la palabra, a fin de sustentar su posición. Adicionalmente, formuló los siguientes argumentos:
- (i) ASPEC solo está legitimado para impugnar el extremo denunciado, referido a los actos de engaño imputados en la campaña publicitaria, siendo que la denuncia de IDOM y la imputación de oficio sobre presunta infracción al principio de legalidad han quedado consentidos.
 - (ii) Los medios probatorios ofrecidos por ASPEC, relacionados al procedimiento tramitado en el expediente 1444-2012/CPC devienen en improcedentes por extemporáneos, pues pudieron ser ofrecidos en el periodo de prueba, tanto antes como después de la nulidad declarada por la Sala.
 - (iii) Existe una gran diferencia en la calidad de imagen entre las grabaciones que obran como medios probatorios obtenidos por la Secretaría Técnica de la Comisión, los ofrecidos por los denunciados y el video original del anuncio publicitario que viene siendo materia de cuestionamiento. En ese sentido, solicita la tacha de los videos recabados por la Secretaría Técnica, IDOM y ASPEC, pues se desconoce las condiciones bajo las cuales fueron grabados.
 - (iv) ASPEC planteó en su apelación afirmaciones y hechos nuevos que no han sido materia de imputación, como por ejemplo la infracción a la cláusula general, o la presunta infracción por actos de engaño al afirmar que "puedes obtener lo que quieras de Ripley".
 - (v) No corresponde analizar la promoción misma, como pretende ASPEC en su apelación al cuestionar la posibilidad de realizar el sembrado tres días después de iniciada la promoción o la decisión de no marcar los empaques, sino si la campaña publicitaria es engañosa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

000636

- (vi) Sobre la fecha de inicio de la promoción, esta es fácilmente perceptible de la campaña publicitaria al verificarse la información en el *scroll* del anuncio televisivo (las letras son blancas sobre fondo negro, el tamaño es suficientemente grande y discurre a una velocidad fácilmente apreciable). Adicionalmente, nada impide que se anuncie la promoción días antes de su inicio.
- (vii) Respecto al sembrado de los premios, en ningún momento se informó que los premios estarían sembrados desde el inicio de la promoción. La campaña publicitaria claramente señala que los premios principales serían sembrados desde el 3 de mayo de 2012. En el supuesto negado que se interprete que sí se informa que los premios serían sembrados desde el inicio de la promoción, al tratarse de una promoción en donde interviene el azar, se debe considerar que se requiere la participación de un representante de la Oficina Nacional de Gobierno Interior (en adelante, Onagi) y un Notario Público que garantice el sembrado.
- (viii) Esta información es confidencial debido a que las promociones en donde interviene el azar demandan que los consumidores no sepan cuándo se haría el sembrado, pues de lo contrario los consumidores accederían fácilmente a los premios, lo cual carece de sentido.
- (ix) Bajo el criterio de ASPEC, se tendría que haber informado a los consumidores las fechas de sembrado de premios, la cantidad de premios por cada fecha y la dirección y ciudad en donde se realizó el sembrado, de lo contrario el mensaje publicitario sería engañoso.
- (x) Sobre el marcado de empaques, la campaña publicitaria informó claramente que los empaques no estaban marcados, por lo que no existe engaño alguno en dicho mensaje.
- (xi) En lo concerniente a los demás argumentos planteados por ASPEC, la Onagi tiene como función velar por los derechos de las personas que participan en las promociones, conforme al artículo 2 del Decreto Supremo 006-2000-IN, Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales. Además, el procedimiento de autorización no es de aprobación automática, sino que la Onagi incluso propone los mecanismos bajo los cuales deben llevarse a cabo las promociones, dispone las fechas del sembrado, entre otros.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

(xii) Finalmente, solicita que se realice una audiencia de visualización de medio probatorio.

18. El 12 de noviembre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la participación de los representantes de Aspec y Nestlé. Asimismo, se llevó a cabo la visualización de los medios probatorios, conforme a lo solicitado por Nestlé y con la aprobación de Aspec.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

19. Corresponde determinar lo siguiente:

- (i) Si ASPEC se encuentra legitimado para impugnar el extremo imputado de oficio por la primera instancia.
- (ii) Si resulta pertinente que la Sala se pronuncie por algunos de los argumentos planteados por ASPEC en su apelación.
- (iii) Cuál es el video que se debe evaluar en el presente caso.
- (iv) Si Nestlé cometió actos de competencia desleal en la modalidad de engaño con la difusión de su campaña publicitaria "10 minutos de felicidad con Sublime", infringiendo el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- (v) Si Nestlé infringió el principio de legalidad al difundir un anuncio televisivo cuyas condiciones y restricciones no se encuentran claramente visibles y perceptibles, conforme lo establece el artículo 14 del Código de Consumo.
- (vi) Si corresponde ordenar medidas correctivas e imponer una sanción, de ser el caso.
- (vii) Si corresponde otorgar parte de la multa a imponer a ASPEC.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestiones previas



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

III.1.1 Sobre la legitimidad de ASPEC para impugnar el extremo imputado de oficio

20. En su apelación, ASPEC presentó argumentos destinados a cuestionar el extremo imputado de oficio que fue declarado infundado por la Comisión, consistente en la presunta infracción al principio de legalidad, debido a que Nestlé habría difundido un anuncio televisivo que consignaba la restricción de acceso a la promoción respecto a las ciudades en donde se aplicaría, sin que sea apreciable por los consumidores dada su exposición fugaz.
21. Por su parte, Nestlé manifestó en su escrito de contestación a la apelación que ASPEC solamente se encontraría legitimado para apelar los extremos que había denunciado y no así la imputación efectuada de oficio.
22. Sobre el particular, el presente expediente se encuentra comprendido por la acumulación de tres procedimientos iniciados de manera independiente: el tramitado en el expediente 104-2012/CCD, en virtud de la denuncia presentada por IDOM; el contenido en el expediente 108-2012/CCD como consecuencia de la denuncia presentada por ASPEC y, el expediente 172-2012/CCD que refiere a la imputación efectuada de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión.
23. Los procedimientos iniciados como consecuencia de las denuncias de IDOM y ASPEC versan sobre presuntos actos de engaño, debido a que la campaña publicitaria de Nestlé denominada "10 minutos de felicidad con Sublime", contendría frases carentes de veracidad.
24. Por su parte, el procedimiento iniciado de oficio contra Nestlé contiene una imputación por presunta infracción al principio de legalidad, debido a que el anuncio televisivo que forma parte de la campaña antes señalada, no contendría de manera clara y apreciable las condiciones y restricciones de la promoción —en este caso, las ciudades en donde aplica—, contraviniendo lo establecido en el artículo 14 del Código de Consumo.
25. En ese sentido, los tres (3) procedimientos guardan conexión entre sí en la medida que se verifica que se trata del mismo anunciante y de los mismos anuncios publicitarios que conforman la campaña denominada "10 minutos de felicidad con Sublime". Tal circunstancia determinó la necesidad de acumular los procedimientos a fin de evitar pronunciamientos contradictorios



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

y atendiendo al principio de economía procesal, siendo que la propia Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General lo dispone⁶.

26. Si bien es cierto que ASPEC no denunció como presunto hecho infractor que Nestlé difundiera un anuncio televisivo cuyas condiciones y restricciones no son claramente visibles y apreciables como una infracción al principio de legalidad, lo cierto es que como parte del presente procedimiento acumulado tiene un interés legítimo en el resultado de la imputación de oficio que lo legitima para poder realizar las actuaciones procesales destinadas a salvaguardar los derechos colectivos de los consumidores.
27. En efecto, ASPEC es una asociación que se dedica a la promoción y protección de los derechos de los consumidores⁸, pudiendo velar por los intereses de sus asociados. Dado que la acumulación de procedimientos determinó que ASPEC sea parte denunciante de un procedimiento acumulado, incluido el procedimiento iniciado de oficio, este posee la legitimidad como administrado para impugnar la decisión de la primera instancia, atendiendo al interés legítimo⁹ de velar por los derechos de los consumidores.
28. Bajo tales circunstancias, ASPEC se encuentra legitimado para apelar el extremo referido a la imputación de oficio, aportando los argumentos y medios probatorios que considere pertinente a fin de salvaguardar los intereses de los consumidores posiblemente afectados por este presunto acto de competencia desleal que infringiría el principio de legalidad.

⁶ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 149.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

⁷ Sobre los conceptos de legitimidad para obrar e interés para obrar, véase a MONTERO AROCA, Juan. "Legitimación en el Código Procesal Civil del Perú" en *Ius et Praxis* N° 24, 1994. Pág. 15. PRIORI POSADA, Giovanni. "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas", Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003. Pág. 67. SATTA, Salvatore y PUNZI, Carmine. "Diritto Processuale Civile". VIII Edizione, CEDAM, Pádua, 2000. Pág. 136.

⁸ Ver <http://www.aspec.org.pe/>

⁹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 109.- Facultad de contradicción administrativa

109.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

109.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral.

109.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

29. En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por Nestlé en lo concerniente a la legitimidad de ASPEC para apelar la imputación de oficio, debido a que en este caso dicha asociación sí se encuentra legitimada como parte para impugnar el extremo referido.

III.1.2. Sobre los argumentos adicionales planteados por ASPEC

30. En su apelación, ASPEC esbozó los siguientes argumentos:
- (i) Nestlé difundió una campaña con anuncios engañosos al señalar que habían miles de cupones de descuento, cuando únicamente valían para un solo artículo del departamento de vestuario, accesorios, calzado y zapatillas de Ripley y no eran válidos para productos en consignación ni en concesión, hecho que constituye una infracción a la cláusula general.
 - (ii) Respecto a la frase *“Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”*, cabe resaltar que el Código de Consumo en su artículo 1.3 establece que es nula la renuncia a derechos reconocidos en dicha norma, pues lo contrario implicaría admitir un abuso irrestricto de derecho. En este caso, se han vulnerado los deberes de idoneidad e información sobre los productos promocionados, contraviniendo los principios de transparencia, buena fe y primacía de la realidad.
 - (iii) El procedimiento seguido ante el Ministerio del Interior es uno de aprobación automática, por lo que el hecho de cumplir con los requisitos del TUPA necesarios para obtener la autorización de la publicidad no implica que dicha autoridad exonere al anunciante de responsabilidad por la difusión del anuncio, siendo el Indecopi la entidad competente para velar por los derechos de los consumidores.
 - (iv) Solicitó la incorporación de los medios probatorios actuados en el procedimiento seguido en el expediente 1444-2012/CPC, en la medida que son pertinentes para demostrar la imposibilidad de determinar cuáles son los productos que participan de la promoción. Asimismo, requirió que se actúe una audiencia de visualización del *spot* publicitario televisivo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

31. Respecto al punto (i), esta Sala advierte que si bien se cuestiona un presunto acto de engaño con relación a esta campaña, la frase en mención no ha sido materia de denuncia ni de imputación en este procedimiento, por lo cual no corresponde emitir un pronunciamiento sobre el particular. ←
32. Sobre el punto (ii), cabe resaltar que el presente procedimiento versa sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de engaño y por infringir el principio de legalidad en materia publicitaria, siendo que no corresponde en estos casos evaluar todos los aspectos vinculados a las decisiones comerciales adoptadas por los anunciantes en las promociones que difunden. No obstante, en este alegato, ASPEC pretende que esta Sala evalúe si Nestlé infringió el deber de idoneidad e información al plasmar como garantía expresa que los empaques no estarán marcados y si dicha condición vulnera lo dispuesto en el artículo 1.3 del Código de Consumo. ←
33. Sin embargo, este Colegiado no es competente para analizar las posibles afectaciones a los consumidores por infracción al deber de idoneidad y al deber de información ni tampoco es la vía procedimental pertinente para ello, debiendo limitarse a evaluar si la campaña publicitaria contiene un mensaje que induce a error a los consumidores sobre los alcances y condiciones de la promoción y no apunta a cuestionar las condiciones de la campaña en sí. Por tales motivos, no corresponde analizar dicho punto puesto a discusión por ASPEC.]
34. En lo concerniente al punto (iii), cabe mencionar que la referencia efectuada por la Comisión sobre la autorización de la promoción, contenida en la publicidad imputada, por parte del Ministerio del Interior (ahora, Onagi) obedeció estrictamente a sustentar si resultaba obligatorio que los empaques de la promoción estuvieran marcados y no a discutir las competencias sectoriales entre dicha entidad y el Indecopi sobre la materia controvertida.
35. Efectivamente, ello se desprende del texto de la resolución impugnada al señalar lo siguiente:

*“Por lo expuesto, la autorización en cuestión **no establece que deba existir en los productos de la promoción un distintivo en la parte exterior** que permita a los consumidores identificar aquellos que se encuentren dentro de la misma; por ende, de la observación de los alcances de la promoción, Nestlé únicamente se encontraba obligada a que **dentro de las envolturas** de cualquiera de sus*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

*productos se encuentre un sticker con el respectivo premio, condición que no ha sido materia de cuestionamiento en el presente procedimiento”.*¹⁰

36. En ese sentido, siendo que la competencia del Indecopi para evaluar las presuntas infracciones por competencia desleal no ha sido cuestionada en este procedimiento, no corresponde pronunciarse sobre lo alegado por ASPEC en el punto (iii) referido.
37. Finalmente, sobre el punto (iv), no resulta pertinente la actuación de los medios probatorios ofrecidos por ASPEC pues estarían dirigidos a probar que los empaques no están marcados, lo cual no constituye un hecho controvertido en el presente caso, considerando que la denunciada ha reconocido este hecho.
38. Por tales motivos, corresponde desestimar la solicitud de actuación de los medios probatorios que obran en el expediente 1444-2012/CPC.

III.1.3 Sobre los videos aportados por las partes

39. Nestlé señaló que existe una diferencia sustancial en la calidad de imagen entre la grabación aportada por su empresa y las de las otras partes. Por ello, indicó que su grabación contiene el video original del anuncio publicitario difundido por televisión, mientras que se desconoce las condiciones bajo las cuales los demás videos fueron grabados, por lo que no debían ser valorados en el presente caso.
40. Al respecto, esta Sala ha verificado que los videos presentados por ASPEC, IDOM y la Comisión contienen el mismo anuncio de la campaña publicitaria imputada difundida por televisión. Sin embargo, se aprecia una diferencia en la calidad de su grabación frente a aquel presentado por Nestlé.
41. Tal circunstancia demanda que este colegiado determine cuál de los videos deberá ser tomado en cuenta para el análisis de la campaña publicitaria: aquellos aportados por los denunciantes o el presentado por Nestlé.
42. Sobre el particular, esta Sala estima que la evaluación del anuncio antes señalado se deberá hacer sobre la base del video aportado por Nestlé, atendiendo a que: (i) al presentar dicho video, la imputada indicó que este

¹⁰ Ver foja 517 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

→ corresponde a la grabación original que fue difundida por televisión y elaborado por JWT para la campaña, por ello, visto por los consumidores, hecho que no ha sido cuestionado ni mucho menos desvirtuado por ninguna de las partes a lo largo del procedimiento; y, (ii) no se cuenta con información respecto a las condiciones en que los videos aportados por los denunciantes fueron obtenidos, por lo que no se sabe si la calidad de su grabación corresponde al que efectivamente fue difundido.

43. Como bien se ha podido apreciar en la audiencia de visualización, la baja calidad de imagen de los videos presentados por los denunciantes podría distorsionar la percepción que se tenga al realizar la interpretación del mensaje contenido en la publicidad televisiva. ← Por el contrario, si se contara con evidencia de que tales videos fueron los difundidos en los medios televisivos, este colegiado tendría la necesidad de evaluarlos considerando que tal calidad de imagen fue la visualizada por los consumidores durante su transmisión en la televisión.

44. Sin embargo, solamente se tiene certeza que la grabación presentada por Nestlé es la que fue difundida en los medios televisivos, evidenciando que la calidad de imagen es superior a los videos aportado por los denunciantes.

→ 45. En consecuencia, las referencias que este colegiado efectúe sobre el anuncio publicitario difundido por televisión, se entenderán respecto a la grabación original realizada por JWT y presentada por Nestlé en este procedimiento.

III.2 Sobre la interpretación de los anuncios publicitarios y la evaluación de las campañas publicitarias

46. El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹¹ establece las pautas de enjuiciamiento de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

21.1 La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

21.2 Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

publicitario, captando el referido mensaje en su conjunto. De este modo, dicho consumidor aprehenderá todos los elementos comprendidos en el anuncio.

47. En el caso particular de las campañas publicitarias, la evaluación de la publicidad exige que se analicen los anuncios en conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.
48. De acuerdo con la definición recogida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, una campaña publicitaria se encuentra constituida por anuncios difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios de comunicación, respecto a los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal¹².
49. En el presente caso, conforme al análisis de los actuados en el presente procedimiento, se desprende que la publicidad de la promoción "10 minutos de felicidad con Sublime" que se efectuó a través de anuncios televisivos (mediante el *spot* publicitario televisivo y la publicidad en el programa "Al fondo hay sitio"), publicidad en la página de Nestlé en Facebook, publicidad en la página web de Nestlé, publicidad audiovisual en YouTube, menciones en radio, paneles exteriores y paneles en las tiendas Ripley, presenta los elementos propios que caracterizan a una campaña publicitaria.
50. Este colegiado aprecia que ASPEC cuestiona presuntas infracciones por actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, centrándose únicamente en la pieza publicitaria contenida en el spot publicitario televisivo. Sin embargo, al tratarse de una campaña publicitaria, corresponde que se efectúe una interpretación de la campaña en su conjunto y no solo de la mencionada pieza publicitaria, conforme lo establece el artículo 21.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹³.

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

e) Campaña publicitaria: a los anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal;

(...).

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

(...)

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

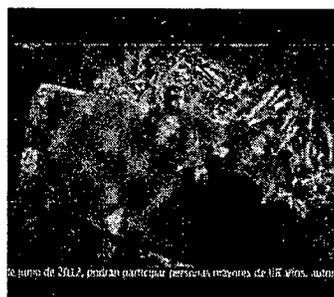
51. En tal sentido, se debe obtener el mensaje principal de la campaña publicitaria realizando un análisis integral y superficial de los anuncios que lo conforman en conjunto, atendiendo a sus particularidades. Posteriormente, se analizará si ASPEC efectuó una interpretación adecuada del mensaje de la campaña publicitaria. En particular, se verificará si las frases recogidas como consecuencia de la interpretación del mensaje efectuado por ASPEC, resultan concordantes con la interpretación integral y superficial que cualquier consumidor haría de la campaña cuestionada.

III.3 Interpretación del mensaje de la campaña publicitaria en el caso en concreto

52. Considerando los distintos anuncios que conforman la campaña publicitaria imputada en este caso, se abordara cada uno tomando en cuenta sus particularidades a efectos de poder interpretar el mensaje transmitido.

a) **Publicidad televisiva**

La publicidad inicia con una escena en la que se ve a tres (3) osos panda en el bosque: el padre, la madre y el hijo. Los padres le entregan un regalo al hijo, quien se alegra apenas toma el regalo, pero al abrirlo se decepciona y lo tira violentamente al suelo. En ese momento, aparece sobreimpresa en la pantalla la frase: "SÓLO TÚ SABES QUÉ TE HACE FELIZ", y el logotipo de la promoción "10 MINUTOS DE FELICIDAD SUBLIME", mientras que la voz de un locutor en off dice: "Sólo tú sabes qué te hace feliz, por eso Sublime te regala 10 minutos de felicidad (...)". La escena contiene las siguientes imágenes:



destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.

En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.



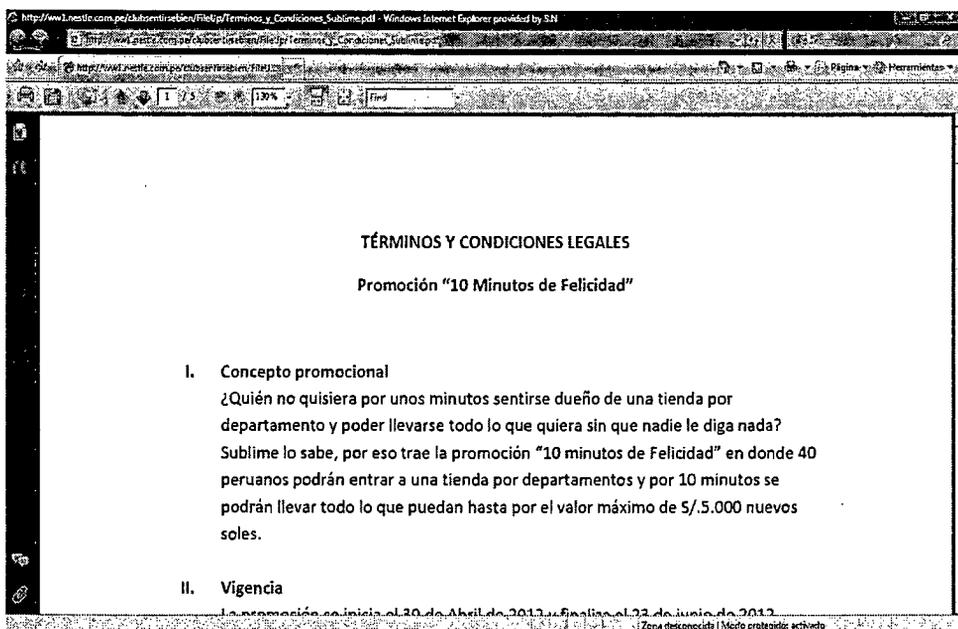
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

d) Paneles y jalavista en tiendas Ripley



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

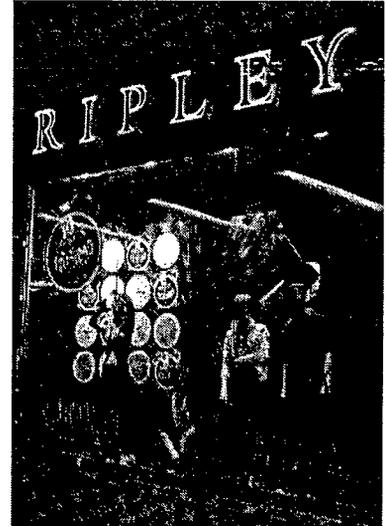
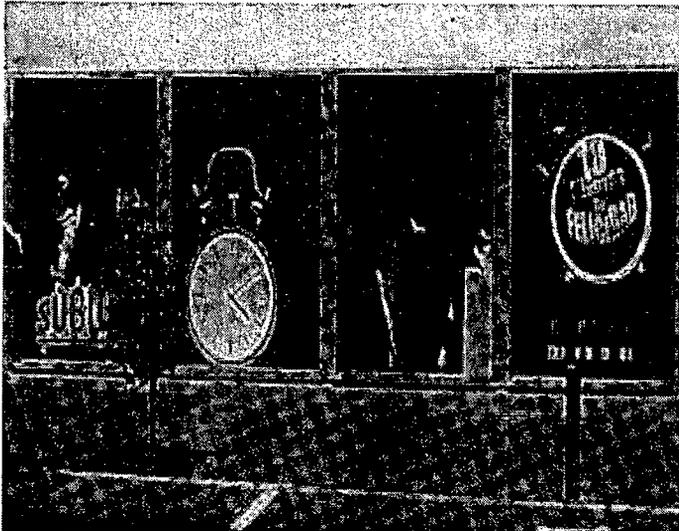
INDECOPI

000650

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)



e) Paneles y pantallas Led en el exterior

Ver imagen en la siguiente página



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

f) **Spot publicitario en YouTube – “Ganadores Arequipa/Ganadores Lima”**

La publicidad “Ganadores Arequipa” inicia sobre un fondo azul con una imagen del Mirador Yanahuara y la frase “Arequipa” debajo de dicha imagen, seguida de las fotografías de tres (3) ganadores con sus datos personales debajo de cada imagen y luego varias imágenes de personas llevándose ropa, electrodomésticos y demás productos, con el logo de la promoción en la esquina inferior izquierda de la pantalla y un globo con fondo amarillo con la frase “S/. 5 000”. Todo ello mientras el locutor en off dice: “En Arequipa también ganaron los S/. 5 000.00 de la promo de Sublime”.



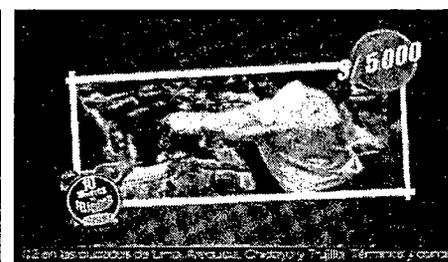
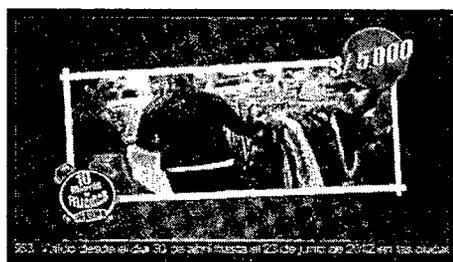
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

Luego, aparecen varios tipos de chocolates Sublime, seguida de la frase “Los empaques no están marcados” en la parte superior izquierda y el logo de Sublime en la parte inferior derecha. La publicidad agrega la frase “Cualquiera puede tener premio dentro” debajo de la frase “Los empaques no están marcados”. Simultáneamente, el locutor en off dice: “Como ellos, encuentra tu premio dentro de cualquiera de estos empaques. Los empaques no están marcados, cualquiera puede tener premio dentro”. En la última escena, sale el logo de Sublime, sobresaliendo de un fondo de chocolate.

Durante la transmisión del anuncio, en la parte inferior de la pantalla, en frases que aparecen ante el consumidor de derecha a izquierda, se difunde la siguiente información: “MIN N° 2012-0157583. Válido desde el día 30 de abril hasta el 23 de junio de 2012, podrán participar personas mayores de 8 años, autorizadas y/o acompañadas de sus padres o tutores legales. Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo. Stock de productos participantes (en unidades): Sublime 16g, 14 millones; Sublime Blanco 30gr, 2.2 millones; Sublime Bombón 8gr, 2.5 millones; Sublime caja 20x8gr., 610 mil; Sublime, 32g, 13 millones; Sublime 66g, 550 mil; Sublime Wafer 34g, 1.8 millones. No participan Sublime Galleta, ni Huevo de Pascua Sublime. Premios: 40 vales de consumo de hasta S/. 5,000.00 nuevos soles (sic) para consumos en tiendas Ripley y Ripley Max; 3,000 vales de 50% de descuento c/u, válido para UN solo artículo en los departamentos de vestuario, accesorios, calzados y zapatillas en tiendas Ripley y Ripley Max. No válido para marcas y productos en consignación ni en concesión. Términos y condiciones llamando gratuitamente al 0800-10210 o en www.nestle.com.pe/Productos”.



PERÚ

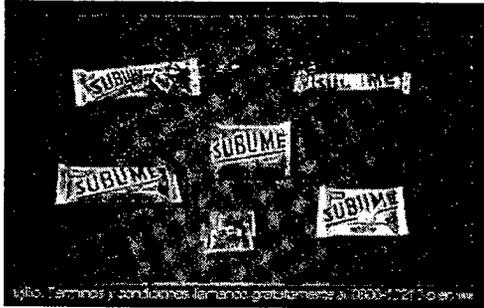
Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

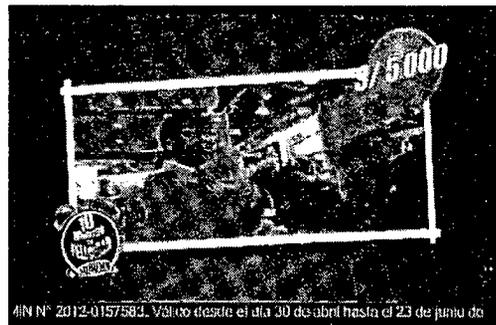
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)



La publicidad "Ganadores Lima" empieza con la imagen de cuatros (4) ganadores de la promoción con sus datos personales debajo de cada imagen y luego varias imágenes de personas llevándose ropa, electrodomésticos y demás productos, con el logo de la promoción en la esquina inferior izquierda de la pantalla y un globo con fondo amarillo con la frase "S/. 5 000". A la par, el locutor en off dice: "Estos son los primeros ganadores de los S/. 5 000.00 de la promo de Sublime"





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

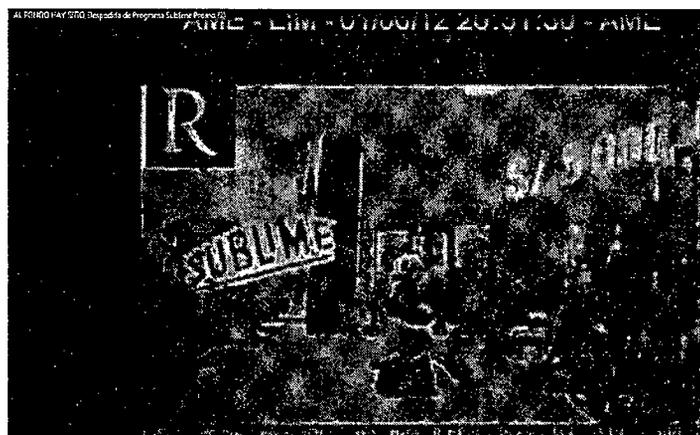
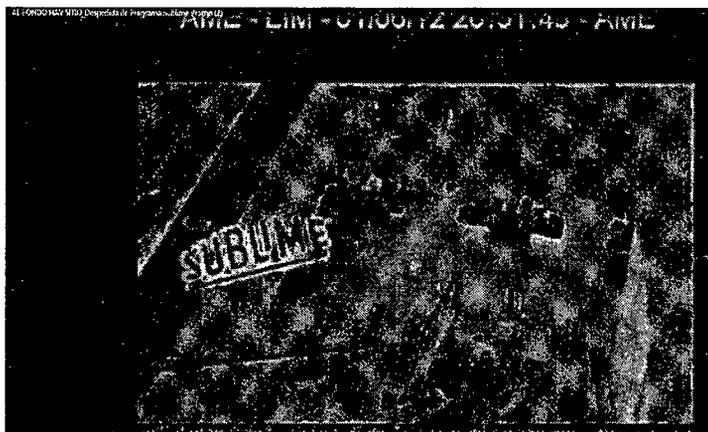
EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

cualquiera puede traer premio". Al final, una voz en off dice: "Min N° 2012-015-7583".

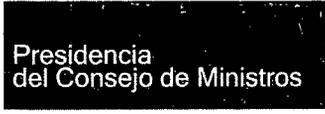
"Oxígeno da la hora (tic tac). Aún estas a tiempo para participar de la promo diez (10) minutos de felicidad de Sublime. Recuerda que los empaques no están marcados. Tu próximo Sublime puede estar premiado. Min N° 2012-015-7583".

h) Menciones al final del programa "Al fondo hay sitio"

La mención dura tres (3) segundos y muestra parte de la publicidad televisiva con la voz en off diciendo: "Sublime, te regala diez (10) minutos de felicidad".



53. De la revisión de los anuncios que conforman la campaña publicitaria, se desprende que el mensaje principal refiere a la promoción "10 minutos de felicidad con Sublime", con vigencia desde el 30 de abril al 23 de junio de



2012, la cual brindaba la opción a los consumidores que adquirirían diversas presentaciones del chocolate Sublime, cuyos empaques no estaban marcados, a acceder a premios tales como cuarenta (40) vales de consumo por S/. 5 000.00 en tiendas Ripley y miles de vales de descuento en productos, si es que encontraban el sticker premiado al interior del empaque del producto.

- 54. Siguiendo con el análisis del caso, a continuación se abordará cada una de las frases imputadas a efectos de determinar si Nestlé incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

III.4 Sobre los actos de engaño

- 55. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que los agentes no deben ejecutar conductas que tengan por efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor sobre las características o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, o de los atributos que tiene su negocio¹⁴.

- 56. Asimismo, es importante señalar que respecto a la publicidad, en particular, y de los actos de competencia, en general, recae la obligación de no inducir a error al consumidor sobre las características, atributos o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado. A esta prohibición se le conoce en doctrina como la exigencia de respeto al Principio de Veracidad Publicitaria.

- 57. Sin embargo, este Principio de Veracidad no es absoluto, pues la propia norma de Competencia Desleal limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que estemos frente a publicidad que transmita un mensaje objetivo. En efecto, ello se desprende de los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que señalan que solo aquellas afirmaciones objetivas pueden ser evaluadas a la luz del Principio de Veracidad.

¹⁴ DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Artículo 8.- Actos de engaño.-

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

“8.3. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”

58. Asimismo, el anunciante deberá cumplir con el deber de substanciación previa, según el cual tiene la carga de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme se establece en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.4.1 Respecto a la fecha de inicio de la promoción

59. Sobre este punto, ASPEC denunció que la fecha de inicio de la promoción era el 23 de abril de 2012. Sin embargo, la promoción comenzó el 30 de dicho mes por lo que Nestlé habría incurrido en un acto de engaño a los consumidores.

60. En ese sentido, la denunciante interpreta que la promoción debía iniciarse el mismo día en que se difundió el anuncio televisivo, a falta de precisión alguna en contrario. Por tanto, la omisión de la información referida al inicio de la promoción publicitada induciría a error a los consumidores quienes asumirían que desde el día de la difusión de la publicidad televisiva estos podría acceder a la opción de ganar alguno de los premios, con la compra del producto participante.

61. Sin embargo, de una interpretación integral y superficial de los anuncios conformantes de la campaña la Sala ha podido corroborar que la vigencia de la promoción era desde el 30 de abril de 2012 hasta el 23 de junio de 2012. Efectivamente, la información sobre el inicio de la promoción se desprende claramente de los anuncios de mayor difusión, como por ejemplo, en el scroll del spot televisivo y de la publicidad en You Tube, la parte superior de la publicidad en Facebook, así como en el dominio web de Nestlé.

62. Resulta de especial relevancia señalar que por un lado, el spot televisivo constituye un medio de difusión de alcance amplio, pues el mensaje puede ser transmitido de manera masiva a todo el territorio nacional y de forma



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

800659
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

constante. Asimismo, el spot en You Tube, la página web y la página en Facebook constituyen medios de publicidad de fácil acceso y alcance en la medida que pueden ser percibidos, de manera permanente, por una cantidad considerable de consumidores. Particularmente, la publicidad en Facebook, red social que posee millones de usuarios con cuentas afiliadas, contiene elementos gráficos e imágenes que captan la atención de los usuarios, atrayendo la lectura de las condiciones de la promoción, como por ejemplo, el inicio de la vigencia de la promoción.

63. Como puede evidenciarse, la vigencia de la promoción fue informada a través de los anuncios publicitarios de la campaña de mayor alcance, en especial en el anuncio televisivo, lo que descarta cualquier error que podría haber inducido la campaña en los consumidores sobre este aspecto.
64. Por tales razones, este colegiado estima que el mensaje que se desprende de la campaña publicitaria no induce a error a los consumidores sobre el inicio de la promoción, en la medida que se transmite de manera clara y fácilmente perceptible que esta iniciaba el 30 de abril de 2012. Ello difiere de la interpretación alegada por ASPEC, pues se ha observado que no existe una omisión sobre la fecha de inicio de la promoción.
65. En consecuencia, al no configurarse el mensaje publicitario imputado por la Secretaría Técnica de la Comisión, corresponde confirmar la resolución impugnada en el extremo que declaró infundada la imputación contra Nestlé por la presunta comisión de actos de engaño en lo referido a la fecha de inicio de la promoción publicitada.

III.5 Sobre la disponibilidad de los principales premios

66. ASPEC manifestó que la campaña publicitaria imputada daría a entender erradamente a los consumidores que los cuarenta (40) premios principales estarían a disposición de estos al inicio de la promoción, cuando en realidad estos serían sembrados desde el 3 de mayo de 2012.
67. Previamente, conviene analizar la naturaleza de la información sobre la disponibilidad de los principales premios en este tipo de promociones comerciales, a efectos de evaluar si su omisión en la publicidad induciría a error a los consumidores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

68. Conforme a la interpretación del mensaje principal de la campaña efectuada por la Sala, la promoción "10 minutos de felicidad con Sublime" permitía que durante su vigencia, los consumidores que adquirieran los chocolates Sublime en dicho periodo pudieran ganar los premios ofrecidos. Ciertamente, ello no implicaba que los consumidores automáticamente fueran acreedores del premio únicamente con la compra del producto, pues del total de unidades producidas solo algunas tenían en el interior de su empaque el sticker ganador con uno de los premios.
69. Por tal motivo, al adquirir el producto de la promoción, el consumidor solamente accedía a una opción de ganar, interviniendo el factor azar en dicho resultado, en la medida que tenía que abrir el empaque para saber si había ganado algún premio. En buena cuenta, la naturaleza de este tipo de promociones¹⁵ es incentivar que los consumidores compren los productos, pues mientras mayor sea el número de unidades adquiridas, mayores serán las opciones y, por ende, las probabilidades de ganar los premios.
70. Es por dichas razones que la información de la promoción referida relacionada al sembrado de los premios (lugar, fecha, hora, etc.) no se encuentra a disposición de los destinatarios. Asumir lo contrario implicaría considerar que los consumidores esperarían que en este tipo de promociones comerciales, tengan de antemano la información referida a, por ejemplo, la hora, día y lugar en donde los productos premiados serán sembrados, lo cual desnaturalizaría el factor azar de la promoción.
71. Por lo antes señalado, esta Sala considera que las promociones como las publicitadas en este caso, en donde interviene el factor azar, determina que se deba mantener en reserva las fechas en que los premios serán sembrados en los productos participantes, pues de lo contrario los consumidores accederían fácilmente a los premios restando eficacia al carácter aleatorio de la promoción. Por ello, la omisión de esta información no induce a error a los consumidores respecto a las opciones de ganar los premios de la promoción durante su vigencia.

¹⁵ Sobre la definición de promociones comerciales, el Decreto Supremo 006-2000-IN, Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales establece en su artículo 5 que las promociones comerciales son aquellos "mecanismos o sistemas que adoptan las empresas mediante el ofrecimiento de premio o premios bajo las modalidades de sorteos, ventas - canje, canje gratuito, concursos, combinaciones de las anteriores o cualquier otra modalidad, con el propósito de incrementar la venta de sus productos o servicios".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

72. En consecuencia, el hecho que en la campaña publicitaria se haya informado que la promoción iniciaba 30 de abril de 2012, no induce a error a los consumidores de que los premios principales estarían a su disposición desde esa fecha, sino que estos podrían ser sembrados durante su vigencia o antes, en la medida que en dicho elemento radica la naturaleza de la promoción efectuada.
73. Por consiguiente, la omisión de la información sobre el sembrado de los principales premios de la promoción en la campaña publicitaria no implica inducir a error a los consumidores, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundada la denuncia en este extremo.
- III. 6 Sobre la marcación de los empaques del producto participante de la promoción
74. Sobre este punto, ASPEC señaló que la campaña publicitaria contenía la frase "*Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado*", lo cual a su entender permitiría afirmar equivocadamente que todos los productos participantes ingresarían a la promoción, cuando solamente participarían aquellos producidos durante la vigencia de la misma.
75. Considerando lo señalado, ASPEC interpreta de la campaña analizada que el mensaje induce a error a los consumidores, pues informaría que todos los empaques, sin distinción alguna, participan de la promoción, pese a que únicamente podrían participar aquellos producidos durante la vigencia de la promoción.
76. A criterio de la apelante, al no marcar los empaques de los productos Sublime que participan de la promoción publicitada, se estaría omitiendo información relevante para los consumidores. Para ello, se basó en el blog de marketing de la empresa Mercadeando S.A., en donde se analizó la campaña materia de imputación, señalando que no constituye una práctica de marketing comúnmente utilizada.
77. Asimismo, ASPEC cita ejemplos en el mercado en donde se evidenciaría las formas mediante las cuales se informa a los consumidores cuáles son los productos participantes de una promoción. Así, por ejemplo, indicó que Coca Cola suele colocar tapas de diferentes colores o en el caso de la marca Fochis que no necesitaba marcar sus empaques pues toda su línea de producción se encontraba dentro de la promoción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

78. Esta Sala discrepa de los argumentos esbozados por la apelante en este extremo, pues su análisis no busca verificar si el mensaje contenido en la publicidad induce a error en los consumidores, sino a establecer si la decisión de Nestlé de no marcar los empaques de la promoción es adecuada para los consumidores.
79. Sobre tal punto, no corresponde a este colegiado emitir opinión respecto si las políticas comerciales que Nestlé aplica en su promoción vulneran los derechos de los consumidores, pues ello escapa del ámbito de las competencias que la Sala tiene en estos casos.
80. Sin embargo, es conveniente resaltar que la naturaleza de estas promociones comerciales en donde interviene el azar es que los premios sean obtenidos por los consumidores sin conocer cuáles son los productos premiados.
81. Consecuentemente, las empresas que utilizan estas promociones pueden elegir, como política comercial, marcar los productos que estarán comprendidos en la promoción o bien considerar sin distinción alguna a todos los empaques.
82. Si bien ASPEC interpretó el mensaje como engañoso al considerar que solamente sería factible que los productos elaborados durante la vigencia de la promoción participen de la misma, lo cierto es que la lógica de este tipo de promociones, en donde interviene el factor del azar, es que se establezca un probabilidad de ganar que estará en función del universo de productos participantes, conformados por los productos premiados y los productos sin premio.
83. Luego, la empresa puede decidir qué tipos de productos pueden conformar el universo de productos de la promoción, como parte de las condiciones y restricciones. En este caso, Nestlé decidió que su universo de productos participantes no tuviera distinción alguna, por lo que cualquiera de ellos podía estar premiado.
84. Así, podía darse el caso que algunos de los productos participantes de la promoción que estén premiados hubieran sido elaborados antes de la entrada en vigencia, pues es razonable pensar que la empresa elaboró esta



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

estrategia de marketing con anticipación y pudo insertar los *stickers* de los premios secundarios en tales lotes. (. .)

85. En ese sentido, de la interpretación integral y superficial de la campaña efectuada por la Sala, se desprende que el mensaje es claro y comprensible al informar a los consumidores que las probabilidades de ganar se encuentran en función del universo de productos participantes que constituye el total de productos Sublime –en las presentaciones indicadas–, lo cual difiere del mensaje denunciado.

86. Finalmente, cabe indicar que la opinión del blog Mercadeando S.A. no resulta vinculante para la solución de la presente materia, en la medida que se limita a sustentar que en el mercado es usual que los productos promocionados se encuentren marcados.

87. Sin embargo, dichos mecanismos de marketing son usados a efectos de informar a los consumidores sobre la existencia de la promoción, pues con el cambio en el logo (caso de la marca 7up) o con el uso de tapas de colores (caso Coca Cola) se busca ahorrar costos en la información a los consumidores. En este caso, la decisión de Nestlé fue informar a los consumidores directamente, y a lo largo de la campaña publicitaria, que los productos no están marcados, lo cual también ahorra costos de información a los consumidores que de no existir la advertencia señalada podrían pensar que existen empaques marcados. Sin perjuicio de ello, se debe mencionar que no se está juzgando el mecanismo de la promoción escogida por Nestlé, sino la posibilidad de que los anuncios hayan inducido a error a los consumidores con relación a la naturaleza y mecánica de la promoción, lo cual no se ha presentado en este caso.

88. Por tales consideraciones, corresponde confirmar la resolución impugnada en el extremo que declaró infundada la denuncia, respecto a la frase “Los empaques no están marcados. Cualquiera puede estar premiado”.

III.7 Sobre el principio de legalidad

89. El artículo 17.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal establece que los anunciantes, al realizar la difusión de sus anuncios deben respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, indica que el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

de la actividad publicitaria respecto a su contenido, difusión y alcance constituye una inobservancia a este principio¹⁶.

90. En ese sentido, el artículo 14.2 del Código de Consumo establece que en caso existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, estas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información¹⁷.
91. Como ha sido establecido en un pronunciamiento anterior¹⁸, esta Sala aprecia que la citada norma no regula un modo particular de consignar las condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas. Debido a ello, el anunciante cuenta con libertad de elegir el modo de informar tales condiciones o restricciones siempre que ello sea de forma clara, destacada y fácilmente advertible por el consumidor.
92. La referida exigencia busca evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que podrían originar desafortunadas decisiones de consumo debido a la insuficiencia de información por incumplir con consignar las condiciones y restricciones de una promoción de ventas, así como al no colocar una fuente de información a efectos de que el consumidor conozca las particularidades de la promoción.
93. En ese sentido, se configurará una infracción al principio de legalidad cuando se publicite una promoción de ventas, sin consignar las condiciones y restricciones de acceso, de la forma establecida en las normas imperativas

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Artículo 17. Actos contra el principio de legalidad.**

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
(...)

¹⁷ **LEY 29751. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 14.- Publicidad de promociones**

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

¹⁸ Ver Resolución 2309-2013/SDC-INDECOPI del 13 de diciembre de 2013.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



000665
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

aplicables a dicha actividad publicitaria, contenidas en este caso en el artículo 14.2 del Código de Consumo.

94. Ahora bien, el cumplimiento de esta obligación supone que la consignación de las restricciones o de los canales informativos complementarios en las cuales estas se encuentran, sea efectuada de una manera idónea a fin que sean perceptibles por los consumidores. En ese sentido, y como ya ha tenido oportunidad de precisar la Sala en reiteradas oportunidades¹⁹, la exposición fugaz de la información sobre las restricciones es equivalente a su omisión, debido a que la difusión en esas condiciones tiene el mismo efecto sobre el consumidor, a quien le resulta materialmente imposible acceder a la información que le debe ser transmitida.

III.7.1 Aplicación al presente caso

95. La Comisión imputó de oficio la presunta infracción al principio de legalidad debido a que el anuncio televisivo de la promoción publicitada consignaba la siguiente restricción de acceso: "Válido en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo y Trujillo", pero a una velocidad tal que no permitiría su lectura ininterrumpida por los consumidores, incumpliendo con ello lo dispuesto en el Código de Consumo.
96. Sobre dicho extremo, la primera instancia declaró infundada la denuncia debido a que de la interpretación integral y superficial del anuncio televisivo, derivada de la audiencia de visualización actuada en el procedimiento, estimó que la restricción mencionada era perceptible de forma clara y comprensible.
97. En su apelación, ASPEC señaló que la publicidad contenida en el anuncio televisivo no permite evidenciar, al realizar un análisis integral y superficial del mismo, las condiciones y restricciones de manera clara, destacada y fácilmente advertible, conforme lo demanda el artículo 14.2 del Código de Consumo. La referida asociación también alegó que lo señalado por Nestlé respecto a que en un televisor promedio podría visualizarse adecuadamente esta restricción sin mencionar las características que este poseería, demostraría que la información no es visible.

¹⁹ Ver Resolución 0620-2008/TDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2008, Resolución 0602-2009/SC1-INDECOPI del 16 de junio de 2009, Resolución 2142-2010/SC1-INDECOPI del 20 de julio de 2010 y Resolución 0889-2011/SC1-INDECOPI del 19 de abril de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0012-2016/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 104-2012/CCD
108-2012/CCD
172-2012/CCD
(Acumulados)

98. Sobre el anuncio en mención, esta Sala realizó un análisis integral y superficial evidenciando que en el *scroll* que discurre en la parte inferior se informa de manera clara, destacada y fácilmente advertible por el consumidor las condiciones y restricciones señaladas, tomando en cuenta la velocidad en que transcurre y los colores que contrastan con el fondo de la publicidad, además del lenguaje directo y comprensible adoptado.
99. En ese sentido, se observa que el anunciante sí consignó las restricciones de las ciudades en donde la promoción tuvo vigencia, no existiendo una exposición fugaz de dicha información como alega ASPEC en su apelación, por lo que sus argumentos deben ser desestimados.
100. Por consiguiente, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la imputación de oficio por infracción al principio de legalidad. Asimismo, por tal motivo, no corresponde dictar medidas correctivas, graduar sanción ni otorgar un porcentaje del mismo a ASPEC.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA:

PRIMERO: confirmar la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI del 11 de febrero de 2015, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC contra Nestlé Perú S.A. por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 021-2015/CCD-INDECOPI del 11 de febrero de 2015, en el extremo que declaró infundada la imputación de oficio contra Nestlé Perú S.A. por presunta infracción al principio de legalidad, contemplado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores vocales Julio Carlos Lozano Hernández, Sergio Alejandro León Martínez, José Luis Bonifaz Fernández y Silvia Lorena Hooker Ortega.

JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ
Presidente

44/44