



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES INDIGNADOS PERÚ

DENUNCIADA : CENCOSUD RETAIL PERÚ S.A.¹

MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
ACTOS DE ENGAÑO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : VTA. MIN. EN ALMACENES NO ESPECIALIZ.

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 9 de enero de 2020 que declaró **FUNDADA** la denuncia presentada por Asociación de Consumidores Indignados Perú contra Cencosud Retail Perú S.A. por la comisión de actos de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a la difusión de publicidad en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión” mediante la cual se da a entender que son artesanales y cuentan con ingredientes naturales.

El fundamento es que Cencosud Retail Perú S.A. no ha presentado medios probatorios que demuestren que la producción de los helados publicitados pueda calificar como artesanal, ni ha sustentado documentalmente que los productos de la línea de helados publicitada contengan ingredientes naturales.

Asimismo, se declara la **NULIDAD** de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 9 de enero de 2020 en la parte que sancionó a Cencosud Retail Perú S.A. con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, pues la primera instancia graduó de manera global dicha sanción sin sustentar de forma específica la sanción aplicable a cada una de las afirmaciones engañosas contenidas en la publicidad.

En aplicación del numeral 2 del artículo 227 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, esta instancia ha determinado que correspondería imponer sanciones de mayor cuantía teniendo en cuenta la difusión de cada una de las afirmaciones engañosas, el cálculo del beneficio ilícito, la probabilidad de detección y la sustancialidad del mensaje. Sin embargo, de conformidad con el principio de prohibición de la reforma en peor, no es posible exceder la multa impuesta de veinte (20) UIT.

¹ Persona jurídica con RUC 20109072177.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

SANCIÓN: VEINTE (20) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 2 de febrero de 2021

I. ANTECEDENTES

1. El 24 de mayo de 2019, Asociación de Consumidores Indignados Perú (en adelante la Asociación) denunció² a Cencosud Retail Perú S.A. (en adelante Cencosud) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) por presuntamente haber cometido actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto 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)³, debido a la difusión de publicidad en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, en la que se afirma que los productos de dicha línea son artesanales y se componen de ingredientes naturales, cuando tales cualidades no serían ciertas. La denuncia se sustentó en lo siguiente:
 - (i) Los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” no serían de producción artesanal, pues esto último implica una elaboración manual y personalizada⁴. Al contrario, los productos de dicha línea son de fabricación industrial, debido a que son producidos en elevadas cantidades y la mayoría de sus componentes son industriales.

² La denunciante solicitó que: (i) se sancione a Cencosud; (ii) se ordene, como medida correctiva, que deje anunciar que su línea de helados “Dulce Pasión” son de elaboración artesanal, que preserva antiguas tradiciones italianas, así como que contienen productos naturales y vainilla, (iii) el pago de las costas y costos; y, (iv) participar de un porcentaje de la multa.

³ **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.
(...)

⁴ La Asociación indicó que dichos helados se comercializarían en los sabores: (i) “Vainilla Chips”, (ii) “Choco Brownie”; (iii) “Tres Leches”; (iv) “Puro Chocolate”; (v) “Cremosa Vainilla” y (vi) “Opera”. Asimismo, para definir qué se entiende por artesanal, la denunciante usó las definiciones de “artesanal”, “artesanía” y “artesano” de la Real Academia Española.

- (ii) Los ingredientes utilizados en la línea de helados “Dulce Pasión” no son naturales. Por el contrario, tales insumos son de carácter sintético y se emplean en la fabricación industrial de alimentos⁵.

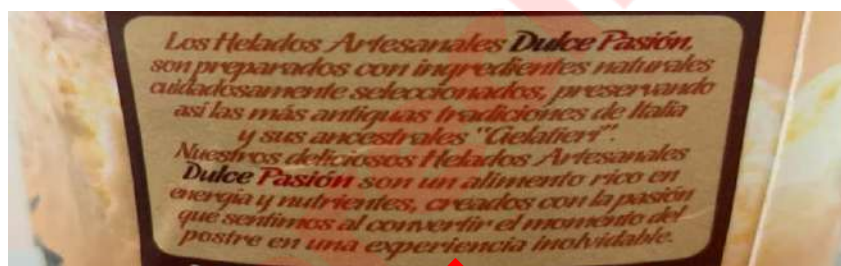
PUBLICIDAD EN ENVASE DE LA LÍNEA DE HELADOS “DULCE PASIÓN”

Anverso



“HELADO ARTESANAL”

Reverso



“Los Helados Artesanales Dulce Pasión, son preparados con ingredientes naturales cuidadosamente seleccionados, preservando así las más antiguas tradiciones de Italia y sus ancestrales “Gelatieri”.
Nuestros deliciosos Helados Artesanales Dulce Pasión son un alimento rico en energía y nutrientes, creados con la pasión que sentimos al convertir el momento del postre en una experiencia inolvidable.”
(Subrayado agregado)

⁵ La denunciante señaló que los helados en cuestión, además de industriales, serían peligrosos. Sobre esto último precisó que dichos helados se componen de los ingredientes dextrosa monohidratada, mono y diglicéridos de ácidos grasos, carragenina, polioxietileno y monooleato de sorbitán.

2. Mediante Resolución del 1 de julio de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a Cencosud la presunta comisión de actos de engaño, debido a que vendría difundiendo a través de la publicidad en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, dando a entender que los productos de dicha línea habrían sido elaborados artesanalmente y empleando para ello ingredientes naturales, pese a que no sería cierto⁶.
3. El 15 de agosto de 2019⁷ Cencosud presentó sus descargos manifestando lo siguiente⁸:
 - (i) No existe normativa en el Perú que defina cuándo un producto es artesanal. El Codex tampoco prevé alguna definición sobre la condición artesanal de un producto ni existe una norma técnica que contemple parámetros o requisitos para preparar helados artesanales.
 - (ii) La definición del término “artesanal” alegada por la denunciante no refleja lo que es un helado artesanal, pues aquella varía en función de la región. En Sudamérica —y de manera general— se considera artesanal a un producto hecho en casa o con insumos naturales y de mejor calidad que un producto industrial, mientras que en ciertos países de América Central dicho término está referido a un alimento preparado en la calle sin las condiciones debidas de higiene. Por lo tanto, la elaboración artesanal no es exclusiva de un artesano, en la medida de que puede realizarse en una fábrica, al ser un lugar más adecuado para producción de determinados bienes.

⁶ Adicionalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Cencosud la siguiente información:

- (i) La fecha de inicio de comercialización de la línea de helados denominada “Dulce Pasión”, bajo la presentación materia de imputación.
- (ii) El número de unidades vendidas de la línea de helados denominada “Dulce Pasión”, desde la fecha de inicio de difusión de la publicidad materia de imputación hasta la notificación de dicha resolución.
- (iii) El monto, expresado en Soles, de los ingresos brutos obtenidos por la venta de la línea de helados denominada “Dulce Pasión”, en todas sus presentaciones, desde la fecha de inicio de comercialización bajo la presentación imputada, hasta la notificación de dicha resolución.
- (iv) El monto, expresado en Soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2018.

⁸ El 31 de julio de 2019, la denunciada solicitó una prórroga para cumplir con recabar la información que le permita presentar sus descargos. Dicha prórroga fue concedida mediante Proveído 1 del 2 de agosto de 2019.

Cabe indicar que Cencosud presentó sus descargos omitiendo adjuntar cierta información mencionada en la contestación de su denuncia. Consecuentemente, mediante Proveído 3 del 11 de noviembre de 2019, se le requirió la información faltante, lo cual fue atendido por la empresa imputada el 15 de noviembre de 2019.

Debe precisarse que la información referida al detalle de la elaboración de helados, las fichas técnicas de brownie y bizcotela, el flujo de producción fotográfico y el proceso de elaboración de helados fue declarada reservada y confidencial mediante Resolución 1 del 2 de diciembre de 2019.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

- (iii) Para el consumidor medio, el carácter artesanal de los helados significa que tienen una elaboración distinta y que cuentan con insumos de calidad superior en comparación con los helados industriales. La elaboración diferente consiste en mayor intervención manual, sin perder de vista que resulta indispensable el uso de maquinaria (mezcladora, pasteurizadora, homogeneizadora, congeladora y envasadora).
 - (iv) Las plantas artesanales de helados tienen menor grado de automatización que las industriales. El primer tipo de plantas cuenta con intervención manual en gran parte del proceso de producción (pasteurización, homogeneización, enfriamiento, maduración, batido, envasado, ultracongelación y congelación). En el proceso productivo de los helados “Dulce Pasión” se aprecia intervención manual en la elaboración de la base del helado (crema) y de los postres que luego son sembrados en el producto final.
 - (v) Las fotos aportadas revelan que su producción no es masiva ni industrial, pues solo se fabrican productos para vender en tiendas Wong, a diferencia de las grandes empresas que producen helados a nivel nacional e incluso internacional. Para conseguir esto último, se suelen usar máquinas sofisticadas y automáticas que casi no requieren intervención humana.
 - (vi) Los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” se elaboran utilizando como base insumos naturales, tales como frutas y pulpa de frutas (lo que implica un trabajo de pelado, cortado y licuado) e incluyen vainilla, chocolate, cacao, leche y sus derivados, entre otros insumos; mientras que los helados industriales usan saborizantes o esencias y leche en polvo. Debe considerarse que los ingredientes artificiales empleados en sus helados solo favorecen la conservación del producto y no son perjudiciales para la salud.
4. El 26 de diciembre de 2019, Cencosud reiteró sus argumentos y añadió lo siguiente:
- (i) La línea de helados que produce califica como artesanal de acuerdo con la definición planteada por la denunciante, pues su elaboración requiere de intervención manual en las etapas del proceso productivo de los helados en mención, así como en la producción de sus respectivos insumos.
 - (ii) A modo de ejemplo, el helado “Dulce Pasión” de sabor “Opera” requiere de un proceso manual de producción para el postre (denominado “Opera”) que

incluye en su composición. Este postre se elabora a base de café, huevo, harina, almendras, entre otros componentes, como cualquier preparación realizada por un ama de casa.

- (iii) Las fichas técnicas aportadas revelan que sus productos usan ingredientes naturales, como serían el chocolate con alta concentración de cacao o pasta de cacao, la vainilla natural en varas, el manjar blanco a base de leche, entre otros componentes.
5. Mediante Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Cencosud y la sancionó con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT), asignando un 30% de la multa a la Asociación. Asimismo, la primera instancia impuso a la denunciada una medida correctiva, el pago de costas y costos a favor de la denunciante y que cumpla con lo dispuesto en dicho pronunciamiento en un plazo no mayor de tres días hábiles⁹.

La referida decisión se sustentó en lo siguiente:

- (i) Las afirmaciones consignadas en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, analizadas en su conjunto, dan a entender que los productos de dicha línea habrían sido elaborados de manera artesanal y que para ello se emplearon ingredientes naturales.

Sobre la alegada elaboración artesanal

- (ii) Las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española permiten advertir que la elaboración artesanal se refiere al proceso de producción de bienes elaborados principalmente de manera manual, los cuales resultan del conocimiento o habilidad en algún arte u oficio.
- (iii) Las pruebas que obran en el expediente evidencian que la labor del operario en la producción de los helados “Dulce Pasión” es secundaria. Por tanto, dichos productos no se caracterizan por revestir una fabricación primordialmente manual.
- (iv) Si bien es posible el uso de instrumentos mecánicos para elaborar un producto artesanal, el componente más característico y dominante de su

⁹ Se precisó que dicho plazo se contará desde que la misma resolución de la Comisión quede consentida o, en su caso, cuando sea confirmada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

fabricación es la intervención principal de la mano de obra directa, independientemente de su lugar de producción. No obstante, las máquinas usadas para fabricar los helados “Dulce Pasión” presentan un alto grado de automatización.

- (v) El hecho de que el postre “Opera” sea artesanal (insumo) no implica que el helado (producto final) tenga la misma condición. Finalmente, la producción de sus helados para todo el mercado nacional revela que se realizan casi sin intervención humana.

Sobre la alegada elaboración con ingredientes naturales

- (vi) En principio, el consumidor no espera que los helados —por su naturaleza— se elaboren con ingredientes naturales. En tal contexto, de la revisión de la publicidad cuestionada, el público no pensará que los helados “Dulce Pasión” han sido elaborados exclusivamente con ingredientes naturales. Sin embargo, sí tendrá la expectativa de que los referidos productos cuenten principalmente con dichos insumos.
- (vii) Las fichas técnicas aportadas evidencian que los helados “Dulce Pasión” tienen solo un ingrediente natural. De esta manera, no se advierte que los ingredientes o elementos aludidos por Cencosud en sus descargos estén comprendidos en la composición de dichos helados. Adicionalmente, se precisa que las imágenes de postres contenidas en la publicidad no son insumos naturales, por lo cual generan una distorsión mayor en el consumidor.

Graduación de la sanción y participación de la Asociación

- (viii) No existe información para calcular el beneficio ilícito derivado de la infracción. Sin embargo, considerando que los helados “Dulce Pasión” se comercializan desde mayo de 2019 hasta la fecha del pronunciamiento de la primera instancia, el alcance amplio de la publicidad en envase, el carácter sustancial de la información transmitida, su capacidad de restar clientes a sus competidores, la jurisprudencia anterior y la función desincentivadora de la sanción, corresponde imponer a Cencosud una multa de 20 UIT.
- (ix) La Asociación denunció una posible infracción de Cencosud, para lo cual investigó y recabó publicidad del producto en cuestión. Por tanto, corresponde que la denunciante participe en el 30% de la multa.

Medida correctiva y costas y costos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

- (x) La Comisión ordenó el cese definitivo e inmediato de la publicidad en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, en tanto dé a entender a los consumidores que estos productos han sido elaborados artesanalmente y empleando ingredientes naturales, cuando ello no sea cierto. Asimismo, se impuso a Cencosud el pago de costas y costos a favor de la denunciante.
6. El 28 de enero de 2020, Cencosud presentó la información correspondiente a la fecha de inicio de la comercialización de su línea de helados, el número de unidades vendidas desde el inicio de la difusión de la publicidad cuestionada y los ingresos obtenidos de las ventas de su producto¹⁰.
7. El 21 de febrero de 2020, Cencosud apeló la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI manifestando lo siguiente¹¹:
- (i) Los productos artesanales no siempre resultan de una fabricación principalmente manual, pues la elaboración de helados requiere el empleo de maquinaria, como se advierte en los videos de dos heladerías artesanales en España¹². La pasteurizadora, el homogeneizador, el enfriador, el madurador y las heladeras no son máquinas industriales, pues constituyen equipos indispensables para la producción de helados artesanales, como se observa en los referidos videos.
 - (ii) La producción de los helados “Dulce Pasión” no abarca todo el mercado nacional, sino solo a las tiendas Wong ubicadas en tres provincias del país.
 - (iii) Se ha considerado la leche fresca como el único ingrediente natural en su línea de helados, cuando en sus respectivas fichas técnicas constan más insumos naturales.
 - (iv) No se ha señalado los motivos por los que la sanción se incrementó hasta la multa de 20 UIT, advirtiéndose solo una motivación aparente. Cabe indicar que no se utilizó un criterio objetivo (económico) para graduar la sanción correctamente, sino solo pronunciamientos anteriores. En virtud de lo anterior, la multa impuesta resulta excesiva.

¹⁰ Previamente, mediante Proveído 8 del 14 de enero de 2020, notificado el 17 de enero de 2020, se reiteró a Cencosud que en un plazo no mayor a dos (2) días hábiles presente dicha información, la cual se solicitó primigeniamente mediante la Resolución del 1 de julio de 2019.

¹¹ Complementado con escrito del 25 de febrero de 2020.

¹² Las heladerías son “Helados Artesanos Agustín Mira” y “Heladería Artesana Torres”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. De lo expuesto, corresponde a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) determinar lo siguiente:
- (i) Si Cencosud incurrió en actos de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal;
 - (ii) si la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI contiene algún vicio que conlleve a declarar su nulidad, en la parte que impuso una multa; y,
 - (iii) si corresponde confirmar la multa y la asignación de una parte a la Asociación, la orden de pago de costas y costos, la medida correctiva y el plazo para cumplir con lo resuelto, dispuestas por la primera instancia.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre los actos de engaño

III.1.1. Marco normativo

9. El numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹³ establece que los actos de engaño son aquellos a través de los cuales, de forma real o potencial, los agentes económicos inducen a error a otros participantes del mercado, sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos o beneficios que presentan sus bienes o servicios.
10. En tal sentido, toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando que se desvíen indebidamente las preferencias de los destinatarios del anuncio, como consecuencia de las falsas expectativas que podrían generarse respecto las condiciones del producto o servicio.
11. Al respecto, el numeral 8.3 del artículo 8 de la ley antes mencionada dispone que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. En este sentido, este último deberá contar con las pruebas que acrediten la

¹³ Ver nota al pie 3.

veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el numeral 8.4 del artículo 8 del mismo cuerpo normativo¹⁴.

12. El mencionado deber contiene una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que sustenten 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 destinatarios de la publicidad que los anunciantes tienen los soportes respectivos que acrediten los mensajes que se encuentran difundiendo, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a la adquisición de los productos o contratación de los servicios publicitados.
13. Por otra parte, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁵ establece las pautas de evaluación e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que las personas que perciben el anuncio difundido quedan influenciadas 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.
14. Asimismo, debe recordarse que quien atribuye el significado al anuncio es el destinatario y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante para delimitar el mensaje de la expresión publicitaria¹⁶.

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 8.- Actos de engaño
(...)

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.

¹⁵ **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.

¹⁶ En el trabajo de Godin – Hoth se señala sobre el particular lo siguiente: “al interpretar el anuncio se debe asimismo dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario anunciante (...). Por el contrario, el anuncio y demás expresiones publicitarias son imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende o hubiera querido entenderlas”. GODIN - HOTH, Wettbewerbsrecht, Berlín, 1957, párrafo 3, anotación 5, pág. 93, cita extraída de: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

15. Sobre la base de las premisas antes expuestas y conforme lo ha establecido la Sala en anteriores pronunciamientos¹⁷, la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:

- (i) **Delimitación del mensaje:** se debe establecer, a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los destinatarios; y,
- (ii) **verificación de veracidad del mensaje:** una vez delimitado dicho mensaje, la autoridad constatará si el imputado cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión del anuncio bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el numeral 8.4 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, determinará si tales elementos prueban la veracidad de lo transmitido.

III.1.2. Aplicación al presente caso

16. Mediante Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Cencosud por la difusión de publicidad en los envases de su línea de helados “Dulce Pasión”, pues daría a entender que los productos de dicha línea son artesanales y se componen de ingredientes naturales, cuando ello no resultaba cierto. Frente a dicho pronunciamiento, la empresa denunciada interpuso recurso de apelación.
17. Para evaluar la conducta imputada, corresponde revisar la publicidad materia de imputación a efectos de delimitar cuál es el mensaje difundido y si la denunciada cuenta con medios probatorios que acrediten su veracidad de manera previa a la difusión del respectivo anuncio, de conformidad con el numeral 8.4 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
18. De una apreciación integral y superficial de la publicidad cuestionada se advierte que en la parte frontal de los envases se consigna la expresión “Dulce Pasión

publicitarias”. En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 74.

¹⁷ Al respecto, ver las Resoluciones 0645-2015/SDC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2015, 0065-2016/SDC-INDECOPI del 4 de febrero de 2016, 0641-2017/SDC-INDECOPI del 13 de noviembre de 2017 y 0223-2018/SDC-INDECOPI del 11 de octubre de 2018.

Helado Artesanal” y en el reverso de dichos envases se observa la frase “Helados Artesanales Dulce Pasión”. Asimismo, en el reverso del referido recipiente se incluye la expresión “son preparados con ingredientes naturales”.

a) Sobre las frases “Dulce Pasión Helado Artesanal” y “Helados Artesanales Dulce Pasión”

19. Las expresiones “Dulce Pasión Helado Artesanal” y “Helados Artesanales Dulce Pasión” transmiten a los consumidores —de manera objetiva— el mensaje consistente en que los helados de la línea “Dulce Pasión” son elaborados de manera artesanal.
20. La calificación de un producto como “artesanal” alude al resultado de la labor desarrollada predominantemente por un artesano. Este último es concebido como una persona que ejerce un arte u oficio en forma preponderantemente directa, o quien hace objetos domésticos a los que imprime un sello personal¹⁸.
21. En este orden de ideas, se puede indicar que *“los productos artesanales son los producidos por artesanos, ya sea totalmente a mano, o con la ayuda de herramientas manuales o incluso de medios mecánicos, siempre que la contribución manual directa del artesano siga siendo el componente más importante del producto acabado. Se producen sin limitación por lo que se refiere a la cantidad y utilizando materias primas procedentes de recursos sostenibles. La naturaleza especial de los productos artesanales se basa en sus características distintivas, que pueden ser utilitarias, estéticas, artísticas, creativas, vinculadas a la cultura, decorativas, funcionales, tradicionales, simbólicas y significativas religiosa y socialmente”*¹⁹.

¹⁸ De forma referencial, en el portal de la Real Academia Española (<http://www.rae.es/rae.html>) se constataron las siguientes definiciones (Verificadas el 1 de febrero de 2021):

artesano, na

Del it. artigiano.

1. adj. Perteneciente o relativo a la artesanía.
2. m. y f. Persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico. U. modernamente para referirse a quien hace por su cuenta objetos de uso doméstico imprimiéndoles un sello personal, a diferencia del obrero fabril.

artesanía

1. f. Clase social constituida por los artesanos.
2. f. Arte u obra de los artesanos.

artesanal

1. adj. artesano (perteneciente a la artesanía).

¹⁹ Definición adoptada por el Simposio UNESCO/CCI “La Artesanía y el mercado internacional: comercio y codificación aduanera” – Manila, 6-8 de octubre de 1997. Ver enlace <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/creativity/creative-industries/crafts-and-design/> (Verificado el 1 de febrero de 2021).

22. En adición a ello, se ha considerado como alimento artesanal a *“aquel que cumpliera con las siguientes características: baja escala de producción, uso intensivo de mano de obra familiar en el proceso, baja intensidad en el uso de maquinaria y equipos (sobre todo de los que sustituyen habilidades y conocimientos humanos), apego a normas colectivas consuetudinarias no formales de vigilancia de la calidad, baja velocidad de cambio tecnológico y alejado, hasta cierto punto, de las normas competitivas de la industria alimentaria moderna”*²⁰.
23. Condensando lo antes señalado, el carácter artesanal de un producto se vincula al hecho de que su elaboración es ejecutada preponderantemente a mano y en forma directa o personal por el artesano, o cuando —aunque se empleen instrumentos o algunos equipos para su fabricación— la actividad manual es la característica principal del proceso productivo. Justamente, el especial valor de un bien artesanal proviene de la importante intervención manual en su fabricación, sin perder de vista las características del tipo de producto de que se trate.
24. Lo antes señalado resulta también aplicable a los alimentos, pues dichos productos —por su naturaleza— pueden ser elaborados de modo manual o con el apoyo de instrumentos o equipos, sin que estos últimos alteren la prevalencia de la intervención manual en el proceso productivo. Es por eso que los helados calificados como artesanales se caracterizan por haber sido elaborados de forma sustancialmente diferente a los helados industriales, que son resultado de un proceso de fabricación en el cual el predominio se encuentra en el uso de maquinaria que permite su producción a mayor escala.
25. El cuanto a lo aludido por Cencosud acerca de que el *Codex Alimentarius* o la legislación peruana no ha regulado normativamente la condición artesanal de un producto como los helados, cabe indicar que dicha circunstancia no enerva el hecho de que los consumidores entiendan la referida frase publicitaria sobre el carácter artesanal de los productos anunciados (en este caso helados) como una cualidad valiosa referida al modo preponderantemente personal y directo de su producción. En consecuencia, la falta de probanza de dicho atributo constituye una inducción a error al público consumidor.

²⁰ Ver Camacho Vera, Joaquín; Cervantes Escoto, Fernando; Cesín Vargas, Alfredo y Palacios Rangel, María. “Los alimentos artesanales y la modernidad alimentaria”. En Estudios Sociales. Revista de alimentación contemporánea y desarrollo regional. Volumen 29. Número 53. Enero-junio 2019. P. 16. Disponible en el siguiente enlace: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2395-91692019000100201 (Verificado el 1 de febrero de 2021).

26. Así pues, no están sujetas únicamente a un análisis de veracidad las características que cuentan con una definición desarrollada normativamente, debido a que existen diversos atributos de un bien que pueden destacarse en su publicidad y que transmitirán un mensaje apto para generar expectativas en los consumidores aun cuando no estén recogidos en alguna disposición legal o reglamentaria. En este supuesto, también corresponde aplicar la evaluación de veracidad respectiva.
27. Cencosud también indicó que, por ejemplo, en países de Centroamérica el carácter artesanal de ciertos productos alude a la falta de higiene en su elaboración. Lo referido no guarda relación con los aspectos característicos de la publicidad materia de examen (en particular el contexto y su presentación), pues ella más bien pone de manifiesto que la cualidad artesanal de los helados “Dulce Pasión” constituye un atributo deseable porque *“preservarían las más antiguas tradiciones de Italia y sus ancestrales ‘Gelatieri’*.”
28. De acuerdo a lo expuesto, el carácter artesanal de los helados que conforman la línea “Dulce Pasión” tendría que haber sido demostrado en el expediente con pruebas que revelaran que dichos productos han sido elaborados predominantemente en forma manual, personal y directa por los trabajadores.
29. También hay que recordar que, conforme al deber de sustanciación previa, la norma legal exige que el anunciante cuente, previamente a la difusión de su publicidad, con las pruebas necesarias que acrediten la veracidad de los mensajes publicitarios transmitidos en el mercado.
30. En el presente caso, los documentos adjuntados por Cencosud sobre el proceso de elaboración de los helados “Dulce Pasión”²¹ no presentan fecha alguna que evidencie su aptitud para probar la veracidad de su carácter artesanal antes de la difusión de la publicidad materia de imputación (es decir antes del año 2012).
31. Si bien consta un documento con una fecha consignada, corresponde a uno de los postres que sería insumo de los helados en cuestión, pero no a la elaboración de los helados publicitados en sí mismos. Por ende, tampoco es un medio de

21

La documentación orientada a explicar el proceso productivo que tendrían los helados “Dulce Pasión” se compone por los documentos denominados “Explicación del proceso a detalle de elaboración de helados”, las fichas técnicas del brownie y bizcotela que se emplearían como insumos, los documentos titulados “Flujo de Producción de Helados” y “Elaboración de helados” (este último incluye fichas técnicas de los productos en cuestión). Dicha documentación fue declarada confidencial mediante Resolución 1 del 2 de diciembre de 2019.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

prueba idóneo para demostrar la condición artesanal de los productos anunciados (línea de helados “Dulce Pasión”).

32. Sumado a lo anterior, es preciso señalar que en los documentos adjuntados por la empresa denunciada respecto al proceso de elaboración de los helados “Dulce Pasión”, tampoco se observa que estén suscritos por algún profesional que respalde la información que contienen.
33. Sin perjuicio de lo indicado, este Colegiado estima pertinente señalar que el contenido de la documentación proporcionada por Cencosud tampoco permite verificar que la línea de helados “Dulce Pasión” sea producida de manera manual o, que su fabricación involucre el desarrollo preferente de actividad manual, directa y personal. Por el contrario, dichos documentos revelan que tales helados son fabricados esencialmente mediante la utilización de diversas máquinas y equipos de gran capacidad, según las distintas etapas de su proceso productivo²².
34. En línea con lo anotado por la primera instancia, se aprecia que, si bien los trabajadores desempeñan determinadas actividades en las etapas del proceso productivo de los helados, su actuación es manifiestamente secundaria, **[CONFIDENCIAL]**, en contraste con el rol principal de los equipos empleados para la producción de los mencionados helados.
35. En este punto cabe indicar que la empresa denunciada alegó que existió intervención manual en gran parte del proceso de producción (pasteurización, homogeneización, enfriamiento, maduración, batido, envasado, ultracongelación y congelación) de los helados “Dulce Pasión”. No obstante, conforme a lo indicado previamente, el solo hecho de que exista cierta actividad de los trabajadores en la elaboración de los helados en cuestión no constituye un elemento suficiente que permita arribar a la conclusión de que dichos productos pueden ser catalogados como artesanales. Lo indicado, debido a que tal condición debe sustentarse en la preponderancia de la intervención humana en el proceso productivo.
36. En el caso bajo análisis es posible observar que en cada una de las etapas de la producción de la línea de helados publicitada, tanto en el procesamiento de los insumos como en la realización de diversas tareas, estas son llevadas a cabo preeminentemente por máquinas y equipos **[CONFIDENCIAL]** para la obtención

22

[CONFIDENCIAL].



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

del producto final. Por consiguiente, **[CONFIDENCIAL]**, lo que no conlleva a concluir que se trate de productos artesanales.

37. En apelación, Cencosud alegó que los productos artesanales no siempre resultan de una fabricación principalmente manual, pues la elaboración de helados requiere el empleo de maquinaria para su fabricación, como se apreciaría en los videos adjuntados. La recurrente considera que lo anterior evidencia que la pasteurizadora, el homogeneizador, el enfriador, el madurador y las heladeras no son máquinas industriales, sino equipos indispensables para la producción de helados artesanales.
38. Al respecto, esta Sala aprecia que los videos aportados por la empresa denunciada se refieren a los productos de “Helados Artesanos Agustín Mira” y “Heladería Artesana Torres”, fabricados en España. No obstante, el hecho de que los productos de dos proveedores extranjeros —que a decir de la denunciada serían artesanales— utilicen ciertas máquinas en su proceso productivo no constituye una circunstancia que determine que todos aquellos helados producidos con equipos para dichas funciones deban ser considerados como artesanales de modo general.
39. La presentación de dicho material audiovisual no enerva lo antes señalado sobre la observación del proceso de producción de la línea de helados publicitada por Cencosud. Tampoco los documentos ofrecidos por la empresa imputada tienen fecha, ni certificación de un profesional, ni evidencian que los helados “Dulce Pasión” son el resultado de un proceso de fabricación que puede calificarse de artesanal de acuerdo a los términos antes definidos.
40. Por otra parte, la recurrente ha señalado que la producción de los helados “Dulce Pasión” no abarca todo el mercado nacional, sino solo a las tiendas Wong que se ubican en tres provincias del país.
41. Sobre el particular, es conveniente anotar que en el caso bajo análisis resultaba indispensable que Cencosud demostrara que —previamente a la difusión de la publicidad controvertida— los helados “Dulce Pasión” tenían la condición de productos artesanales según las características de su proceso productivo. La referencia al número de puntos de venta que la empresa denunciada haya venido utilizando para la comercialización efectiva de sus productos no constituye un factor relevante para determinar la condición artesanal de los productos materia de examen.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

42. En conclusión, aunque a lo largo de todo el procedimiento la denunciada ha tenido la oportunidad de presentar medios probatorios idóneos y fehacientes a efectos de acreditar la afirmación difundida en su publicidad, ello no ha ocurrido. Consecuentemente, esta Sala coincide con la Comisión en que Cencosud cometió actos de engaño al difundir publicidad señalando que los productos de su línea de helados tienen la cualidad de artesanales sin haberla sustentado debidamente.
- b) Con relación a la expresión “son preparados con ingredientes naturales”
43. En el caso bajo análisis, la frase “son preparados con ingredientes naturales” se encuentra relacionada a los productos de la línea de helados “Dulce Pasión”.
44. Si bien un consumidor razonable no espera encontrar un helado producido exclusivamente con ingredientes naturales (lo cual no se asevera de modo expreso), la presencia de la referida afirmación transmite a los consumidores el mensaje de que el producto anunciado habría sido elaborado a base de una variedad de ingredientes con dicha característica. Ello, en la medida de que existen diversos helados que se ofrecen en el mercado incluyendo — precisamente— insumos naturales²³.
45. Por tales consideraciones, a criterio de la Sala, la publicidad cuestionada da a entender a los consumidores que los helados “Dulce Pasión” incluyen diversos ingredientes naturales entre sus insumos. Bajo tal premisa, se procederá a verificar si Cencosud ha presentado medios de prueba que revelen que sus productos cuentan con la mencionada característica.
46. Al respecto, en las fichas técnicas²⁴ aportadas por la denunciada se observa que **[CONFIDENCIAL]**.
47. En tal sentido, además de que las mencionadas fichas técnicas no consignan una fecha de emisión ni están suscritas por algún profesional que dote de sustento a la información que contienen, lo cierto es que tampoco muestran que los

²³ <http://www.heladosanelare.com/superpremium.html>. Estos helados incluirían frutas y nueces. (Enlace verificado el 1 de febrero de 2021).

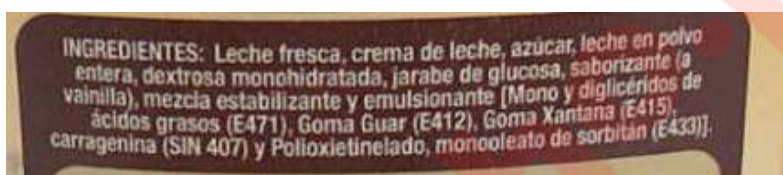
<http://www.gransorbetto.com/productos/>. Estos helados contendrían frutas y pistachos. (Enlace verificado el 1 de febrero de 2021).

²⁴ De fojas 83 a 92 del presente expediente (cuaderno confidencial).

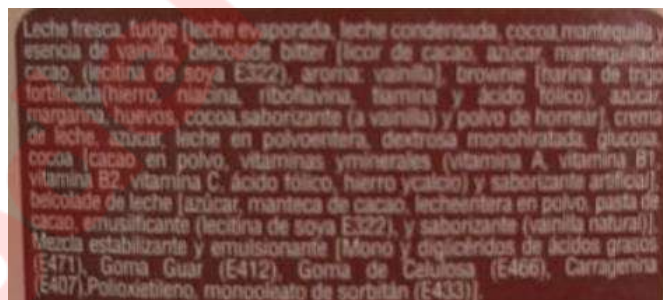
productos de la línea de helados “Dulce Pasión” cuenten con diversos ingredientes naturales, pues **[CONFIDENCIAL]**.

48. Por otra parte, se ha verificado que en el presente procedimiento constan cuatro (4) envases en cuyo rotulado se ha consignado información relativa a los ingredientes que componen los helados “Dulce Pasión” correspondientes a los sabores “Cremosa Vainilla”, “Choco Brownie”, “Puro Chocolate” y “Tres leches”. Entre tales insumos se observa a la “leche fresca”, cuya indicación muestra la presencia de un solo ingrediente natural (en la medida de que no se alude a algún proceso o modificación en la composición de tal insumo que altere su condición de “leche fresca”), conforme se aprecia a continuación:

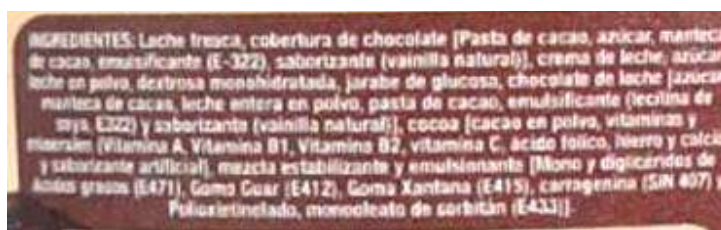
Helado “Dulce Pasión” de sabor “Cremosa Vainilla”



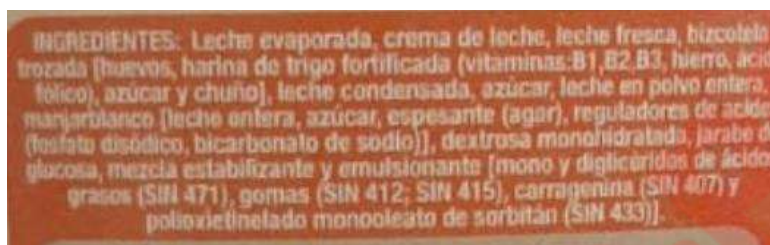
Helado “Dulce Pasión” de sabor “Choco Brownie”



Helado “Dulce Pasión” de sabor “Puro Chocolate”



Helado “Dulce Pasión” de sabor “Tres Leches”



49. Al revisar el resto de los ingredientes declarados en el rotulado de los envases presentados (correspondientes a cuatro (4) sabores de helados de la línea “Dulce Pasión”) y aquellos mencionados en las fichas técnicas antes referidas, se aprecian: (i) insumos sobre los cuales no existe certeza de su carácter natural²⁵ e (ii) ingredientes cuya mención da a entender que no se encuentran en estado natural²⁶. Así pues, no es posible determinar el carácter natural de dichos elementos, pues respecto a los insumos indicados en el punto (i) no existe en el expediente evidencia suficiente sobre su composición que revele su condición

²⁵ Así pues, lo señalado a continuación alude a componentes que no necesariamente revisten un carácter natural, pues pueden haber sido sometidos a procesos industriales previos a su empleo para la fabricación del helado “Dulce Pasión”:

- En el rotulado de los envases de los helados “Dulce Pasión” de sabores “Cremosa Vainilla”, “Choco Brownie”, “Puro Chocolate” y “Tres Leches”, se consigna como ingrediente a la crema de leche.
- En las fichas técnicas de los helados “Dulce Pasión” de sabores “Cremosa Vainilla”, “Vainilla Chips”, “Tres Leches”, “Opera” y “Puro Chocolate” [CONFIDENCIAL].

²⁶ Por otra parte, constan los siguientes componentes que no podrían considerarse insumos naturales:

- En el rotulado del envase del helado “Dulce Pasión” de sabor “Cremosa Vainilla” se consignan como ingredientes a la leche entera en polvo, dextrosa monohidratada, jarabe de glucosa, saborizante (a vainilla), mezcla estabilizante y emulsionante. Por su parte, en su respectiva ficha técnica [CONFIDENCIAL].
- En el rotulado del helado “Dulce Pasión” de sabor “Choco Brownie” se consignan como ingredientes al fudge, brownie, cocoa con saborizante artificial y el belcolade de leche.
- En el rotulado del helado “Dulce Pasión” de sabor “Puro Chocolate” se consignan como ingredientes al chocolate de leche y a la cobertura de chocolate. Por su parte, en su respectiva ficha técnica [CONFIDENCIAL].
- En el rotulado del helado “Dulce Pasión” de sabor “Tres Leches” se consignan como ingredientes a la bizcotela trozada, la leche condensada y el manjar blanco. Por su parte, en su respectiva ficha técnica [CONFIDENCIAL].
- En la ficha técnica del helado “Dulce Pasión” de sabor “Opera” [CONFIDENCIAL].
- En la ficha técnica del helado “Dulce Pasión” de sabor “Vainilla Chips” [CONFIDENCIAL].



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

natural, mientras que la mención del segundo grupo de componentes muestra que no calificarían como ingredientes naturales.

50. En este punto, cabe mencionar que Cencosud alegó en apelación que se ha considerado la “leche fresca” como el único ingrediente natural en su línea de helados, pese a que las fichas técnicas presentadas incluyen más insumos naturales.
51. Sobre el particular, es preciso señalar que la denunciada no especificó en apelación cuáles serían esos otros ingredientes presuntamente naturales que no habrían sido tomados en cuenta por la primera instancia. Sin perjuicio de ello, tal como se indicó precedentemente, la relación de ingredientes detallados en el rotulado y las fichas técnicas adjuntadas no contienen información sobre algún componente que califique como natural —adicional a la leche fresca— que se encuentre presente en los diversos sabores de los helados “Dulce Pasión”, pues el mensaje presuntamente evaluado ha sido predicado respecto de toda la línea de productos.
52. Adicionalmente, debe resaltarse que si bien se consigna la [CONFIDENCIAL] en las fichas técnicas de los helados “Dulce Pasión”²⁷, dicha mención está referida a la composición de otros insumos [CONFIDENCIAL] que conforman los helados como producto final, por lo que no podría afirmarse que [CONFIDENCIAL]. Asimismo, cabe resaltar que, sin perjuicio de los componentes empleados para producir los insumos antes aludidos [CONFIDENCIAL], estos últimos no califican, por sí mismos, como ingredientes naturales.
53. En consecuencia, lo antes desarrollado evidencia que Cencosud no ha sustentado el carácter veraz del mensaje publicitario que da a entender que los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” incluyen en su preparación diversos insumos naturales, pues el mensaje antes referido alude a una pluralidad de ingredientes con la referida característica (natural) y no podría entenderse acreditado por la inclusión de un solo ingrediente (como la leche fresca).
54. En virtud de lo anterior y de la evaluación de los medios probatorios que constan en el expediente, esta Sala coincide con la primera instancia en que Cencosud cometió actos de engaño al difundir publicidad dando a entender que los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” incluyen ingredientes naturales.

²⁷

[CONFIDENCIAL].

III.2. Sobre la nulidad parcial de la graduación de la sanción

55. A través de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI, la Comisión impuso a Cencosud una multa de 20 UIT por la difusión de publicidad engañosa en los envases de su línea de helados “Dulce Pasión”, en la que se afirmaba que dichos productos tenían la condición de artesanales y que incluían ingredientes naturales.

a) Sobre el vicio alegado por la recurrente

56. En apelación, Cencosud alegó que la primera instancia no sustentó por qué la sanción ascendió al monto impuesto, advirtiéndose una motivación aparente. La apelante considera que no se utilizó un criterio objetivo (económico) para graduar la sanción correctamente, sino solo pronunciamientos anteriores. Por ello, la multa impuesta resultaría excesiva.

57. Sobre el particular, de la revisión de la resolución apelada se observa que la Comisión manifestó que no era posible calcular la sanción a imponer en base al beneficio ilícito, debido a que la empresa denunciada no proporcionó la información requerida oportunamente para tal efecto.

58. En dicho escenario, la primera instancia procedió a graduar la multa a imponer, con base en la duración, el alcance, el carácter sustancial de la información transmitida, su capacidad de restar clientes a sus competidores, jurisprudencia anterior y la función desincentivadora de la sanción²⁸, de conformidad con el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁹ y el principio de razonabilidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la Ley 27444)³⁰.

²⁸ Al respecto, ver páginas 11,12 y 13 de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020.

²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
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:
a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) 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;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

³⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

59. En tal sentido, dicho órgano no solo se basó en pronunciamientos anteriores, sino que además tuvo en cuenta una serie de criterios adicionales para fundamentar la sanción a aplicar a la denunciada.
60. Si bien la autoridad puede emplear un criterio económico para graduar la sanción a imponer, la primera instancia indicó que —en dicha oportunidad— no contaba con la información suficiente para estimar el beneficio ilícito. Por consiguiente, en principio, no constituye un vicio en la motivación el hecho de que la primera instancia haya empleado otros criterios para estimar la sanción respectiva.
61. Considerando lo antes expuesto, se desestima lo alegado por la recurrente en este punto.
- b) Sobre el vicio de la resolución apelada en la parte que impuso una sanción
62. Sin embargo, esta Sala ha verificado que la sanción establecida por la Comisión no fue graduada en función de cada uno de los mensajes declarados engañosos por dicho órgano (al indicar que los productos de la línea anunciada tendrían un carácter artesanal y que incluirían ingredientes naturales), sino que fueron evaluados de forma conjunta e indistinta. Ello ha generado que la multa ascendente a veinte (20) UIT haya sido impuesta sin que se pueda determinar el monto de la sanción correspondiente a cada mensaje engañoso difundido.
63. Asimismo, en línea con lo señalado por la doctrina penal sobre la “unidad de acción”, en anteriores pronunciamientos³¹ se ha precisado que la difusión de un único anuncio publicitario califica como una “unidad de acción”, sin perjuicio de que pueda desagregarse en varios mensajes.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

³¹

Ver Resoluciones 365-2015/SDC-INDECOPI del 3 de julio de 2015 y 068-2019/SDC-INDECOPI del 9 de abril de 2019.

64. De acuerdo con el numeral 6 del artículo 248³² del TUO de la Ley 27444, cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad. A esto se le conoce como concurso ideal de infracciones³³.
65. Cuando la autoridad de competencia verifique un concurso ideal de infracciones, la sanción aplicable se determinará graduando las sanciones correspondientes de manera independiente, para luego imponer la sanción referida a la infracción más grave, de conformidad con lo dispuesto en la disposición anotada en el párrafo anterior.
66. En el presente caso, a través de una misma conducta (publicidad en envases de los helados “Dulce Pasión”) la Comisión determinó la existencia de dos mensajes infractores independientes, al haber consignado las siguientes afirmaciones:
- (i) “Helado Artesanal” y “Helados Artesanales”;
 - (ii) “son preparados con ingredientes naturales”.
67. Por ende, la Comisión debió evaluar —por separado— la sanción que correspondía imponer a cada uno de los mensajes infractores, para posteriormente proceder a aplicar la sanción correspondiente a la infracción más grave.
68. No obstante, la primera instancia procedió a graduar de forma conjunta los mensajes que trasladan las afirmaciones antes señaladas, a pesar de que se

³² DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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.

(...)

³³ “Según el art. 48, el concurso ideal existe “cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”. La base es la unidad de la acción; o según la terminología legal: “el mismo hecho”. Como es lógico advertir, éste tiene que reunir las exigencias de varios tipos que no se excluyan entre sí.

(...)

El concurso ideal de delitos se presenta, por ejemplo, cuando con la misma piedra que se lanza en un solo intento, se rompe el vidrio de la vivienda de otro (art. 205, delito de daños) y se producen lesiones a uno de sus habitantes (art. 121, delito de lesiones graves dolosas).” HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General 1. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 928-930.

tratan de dos mensajes infractores independientes en los que se destacan diferentes aspectos o características de la línea de helados “Dulce Pasión”, los cuales —consecuentemente— producen impactos distintos en los consumidores y el mercado. Lo antes señalado ha generado que la Comisión haya omitido sustentar los criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal que resulten pertinentes respecto de cada mensaje infractor para luego aplicar la sanción de mayor gravedad.

69. Por lo expuesto, esta Sala considera que dicha parte de la resolución apelada no se encuentra debidamente motivada³⁴, por lo que la Comisión ha incurrido en la causal de nulidad del acto administrativo contenida en el numeral 2 del artículo 10 del TUO de la Ley 27444³⁵. En consecuencia, corresponde declarar nula la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI, en la parte de la graduación de la sanción.
70. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 227 del TUO de la Ley 27444, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad administrativa, además de la declaración de nulidad, deberá resolver el fondo del asunto si cuenta con los elementos de juicio suficientes³⁶.

³⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

³⁵ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA 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.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

³⁶ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 227.- Resolución

(...)

227.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

71. Dado que en el expediente obran elementos suficientes para evaluar este punto, y en atención a los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad que inspiran el procedimiento administrativo³⁷, corresponde a la Sala emitir un pronunciamiento de fondo sobre la graduación de la sanción a imponerse a Cencosud por la difusión de los mensajes declarados infractores.

III.3. Graduación de la sanción

III.3.1. Marco normativo

72. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁸ contempla los criterios para determinar la sanción a imponer en base a las características de la infracción detectada, de modo que aquella responda a la gravedad del hecho cometido y a su función desincentivadora.
73. Asimismo, el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444³⁹ tiene como premisa fundamental el deber de la administración pública de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre salvaguardando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un procedimiento.
74. Por consiguiente, al graduar la sanción deben aplicarse los criterios previstos en

³⁷ DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio. - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

1.9. Principio de celeridad. - Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

(...)

1.13. Principio de simplicidad. - Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

³⁸ Ver pie de página 29.

³⁹ Ver pie de página 30.

la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en concordancia con el principio de razonabilidad recogido en el TUO de la Ley 27444. Dichos cuerpos normativos no establecen que la autoridad se encuentre obligada a emplear la totalidad de los criterios que contemplan, sino que la adopción de uno u otro dependerá de las particularidades y características de cada caso⁴⁰.

75. La aplicación de lo contemplado en las referidas disposiciones legales permitirá a la autoridad actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que vulnere los derechos de los administrados.
76. Un mecanismo de sanciones debe guardar relación con los beneficios obtenidos por el infractor a fin de tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, un esquema de sanciones influye en las decisiones de los agentes, pues impacta negativamente sobre el beneficio obtenido mediante prácticas ilegales. Por tanto, debe procurarse que dicho beneficio ilícito sea menor a la ventaja derivada de la realización de actividades legales⁴¹, lo que implica que la sanción a imponer debe ser igual o mayor al beneficio derivado de la conducta constitutiva de una infracción.
77. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁴² está referido al beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación en la demanda de los consumidores que el infractor ilegalmente atrae como resultado de la infracción cometida.
78. Por otra parte, desde una perspectiva económica, cuando un agente económico decide cometer una conducta ilícita resulta razonable considerar que aquel pondere la probabilidad de ser detectado por la autoridad y que, como

⁴⁰ Ver Resoluciones 0465-2015/SDC-INDECOPI, 0074-2018/SDC-INDECOPI y 162-2018/SDC-INDECOPI.

⁴¹ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>.

⁴² Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

consecuencia de ello, asuma como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa⁴³. Dentro de los aspectos que inciden en la probabilidad de detección de una conducta ilegal, se encuentra el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante que permitan desplegar las potestades de punición.

79. Por tal motivo, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, en la determinación de la multa se debe considerar no solo el beneficio derivado de la conducta ilícita, sino también la probabilidad de detección⁴⁴. No todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección, pues esta variará en función de la conducta evaluada. Por consiguiente, si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si el acto ilícito es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, por ello, una multa menor.
80. De esta manera, el valor monetario de la multa dependerá principalmente de dos (2) factores: (i) el beneficio ilícito generado por la conducta infractora y (ii) la probabilidad de que esta sea efectivamente detectada⁴⁵. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa base se realizará aplicando la siguiente fórmula:

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

⁴³ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tienen estas sobre los infractores: "(...) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa). COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

⁴⁴ Por ejemplo, si al infractor solo se le detecta una de cada diez veces que comete una infracción (probabilidad de detección del 10%), para desincentivar dicha conducta, la multa a imponer cuando sea detectado debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. De lo contrario, el infractor se encontraría compensado con el beneficio ilícito que obtenga las otras nueve veces que no sea detectado por la autoridad. Así, 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.

⁴⁵ Este criterio económico de graduación ha sido recogido en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que reconoce como factores de graduación de la sanción el beneficio ilícito resultante de la infracción y la probabilidad de detección, entre otros. Así, esta Sala ha recogido estos factores como los primeros a determinar por ser acordes con la teoría económica.

81. El precitado artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que, adicionalmente al beneficio ilícito y la probabilidad de detección, se podrán emplear circunstancias agravantes o atenuantes de la sanción, como —por ejemplo— la reincidencia y la reiterancia en la comisión de la infracción detectada. Por tanto, el cálculo de la multa se resume en la siguiente fórmula matemática:

$$\text{Multa} = \text{Multa base} \times (\text{Factores agravantes y/o atenuantes})$$

Es decir:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}} \times (\text{Factores agravantes y/o atenuantes})$$

III.3.2. Aplicación al presente caso

82. En su recurso de apelación Cencosud alegó que —en su oportunidad— la primera instancia no utilizó un criterio objetivo (económico) para graduar la sanción.
83. Al respecto, esta Sala debe precisar que la utilización de criterios de carácter económico (como el beneficio ilícito y la probabilidad de detección) se sujeta a la existencia de información disponible que permita calcular los factores correspondientes. Es importante anotar que, en el presente caso, la denunciada presentó la siguiente información relacionada a la comercialización de la línea de helados “Dulce Pasión”⁴⁶:
- (i) La fecha de inicio de la comercialización de la línea de helados “Dulce Pasión” (desde el año 2012).
 - (ii) El número de unidades vendidas de la línea de helados “Dulce Pasión” para el periodo 2012-2020.
 - (iii) Los ingresos obtenidos por la venta de la línea de helados “Dulce Pasión” para el periodo 2012-2020.
84. En ese sentido, esta Sala procederá a analizar si con base en la referida información proporcionada por la empresa infractora resulta posible calcular la

⁴⁶ Cabe señalar que dicha información fue alcanzada por Cencosud el 28 de enero de 2020, de manera extemporánea, pues la Secretaría Técnica de la Comisión le requirió tales datos mediante Resolución del 1 de julio de 2019 y reiteró el citado requerimiento a través del Proveído 8 del 14 de enero de 2020.

Adicionalmente, debe indicarse que la información descrita en los puntos (ii) y (iii) fue declarada reservada y confidencial mediante Resolución 3 del 25 de febrero de 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

sanción aplicable a Cencosud en virtud del beneficio ilícito derivado de la realización de la infracción.

85. Para tales efectos, se debe hallar una medida que aproxime el porcentaje de los ingresos percibidos que son resultado de los mensajes engañosos, considerando el impacto de las referidas alegaciones publicitarias en las ventas de la línea de helados “Dulce Pasión” en función de elementos objetivos. Esta evaluación estará influida por el tipo de producto anunciado y la relevancia de las características no sustentadas que han sido difundidas por el anunciante.
86. A efectos de determinar la sustancialidad de los mensajes publicitarios transmitidos en los envases de la línea de productos cuestión, es preciso destacar que los consumidores —en efecto— se verán atraídos a productos que presentan las características consistentes en: (i) ser de carácter artesanal, e, (ii) incluir insumos naturales en su composición. Esto, en la medida de que tales características son usualmente valoradas por los consumidores, al estar vinculadas al modo de preparación del respectivo producto y la calidad de sus componentes.
87. Asimismo, debe destacarse que: (i) la indicación que informa a los consumidores acerca de la preparación artesanal de dichos productos ocupa un lugar central en la publicidad infractora, captando una mayor atención; y, (ii) el hecho de que se difunda publicidad que afirme que los helados “Dulce Pasión” incluyen ingredientes naturales pone de manifiesto que los citados productos se caracterizarían por ser más saludables para los consumidores, desviando la preferencia de estos a su favor.
88. Con relación al alcance que tuvo la publicidad, se aprecia que la publicidad materia de evaluación ha sido difundida en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, por lo que corresponde afirmar que dicha publicidad tuvo un alto alcance⁴⁷, en la medida de que estuvo presente en cada uno de los productos puestos a disposición de los consumidores.
89. Considerando lo antes señalado, es pertinente emplear dos estudios⁴⁸ realizados

⁴⁷ Ello ha sido señalado en anteriores pronunciamientos. Al respecto, se puede ver la Resolución 2254-2013/SDC del 3 de diciembre de 2013, la Resolución 0460-2014/SDC del 8 de abril de 2014 y la Resolución 008-2015/SDC del 6 de enero de 2015.

⁴⁸ NIELSEN, “Nueva era, nuevo consumidor” *Cómo y por qué compramos alrededor del mundo*. Julio de 2013. Disponible: <https://www.siicex.gob.pe/siicex/documentosportal/alertas/documento/doc/393608086rad8A693.pdf> (Verificado el 1 de febrero de 2021).

por Nielsen⁴⁹ en los que se evalúa la importancia que tienen para los consumidores latinoamericanos ciertos atributos de los productos alimenticios al momento de realizar sus decisiones de compra. Ambos estudios presentan los resultados de encuestas realizadas a nivel mundial que permiten la desagregación por regiones del mundo, incluida Latinoamérica.

90. En el documento *“Nueva era, nuevo consumidor. Cómo y por qué compramos alrededor del mundo”* figuran los resultados de la *“Encuesta Global de Nielsen sobre del Comportamiento de Compra del Consumidor”*⁵⁰, de la cual se extrae que el 36% de los latinoamericanos indicaron que la calidad de los alimentos y bebidas es uno de los principales criterios de compra.
91. Del mismo modo, en el documento *“We are what we eat Healthy Eating Trends Around the World”* figuran los resultados de la encuesta *“The Nielsen Global Health & Wellness Survey”*⁵¹, de la cual se extrae que el 60% de los latinoamericanos indicaron que el hecho de que un producto tenga sabores naturales influía en su decisión de compra.
92. En el caso bajo análisis, la publicidad cuestionada da a entender que los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” (i) eran elaborados de manera artesanal, lo cual da a entender que se tratan de bienes de calidad superior por su especial proceso productivo, y que (ii) contaban con ingredientes naturales. Ello, aunado a que los estudios invocados consideraron como ámbito geográfico de evaluación a Latinoamérica, permite concluir que resulta válido tomar en cuenta los resultados de dichos estudios para determinar el efecto de los mensajes infractores sobre las ventas de los helados de la empresa denunciada.
93. Por consiguiente, el beneficio ilícito incurrido por la imputada durante el periodo infractor será calculado en función: (i) al 36% de los ingresos obtenidos a partir de las ventas de los helados “Dulce Pasión” por el mensaje que da a entender

NIELSEN, *“We are what we eat” Healthy Eating Trends Around the World*. Enero de 2015. Disponible en: <https://www.nielsen.com/us/en/insights/report/2015/we-are-what-we-eat/> (Verificado el 1 de febrero de 2021).

⁴⁹ Nielsen N.V. es una compañía global que se dedica al análisis y medición de información sobre los consumidores y mercados, ofreciendo estudios de mercado, información y datos sobre lo que la gente ve, escucha y compra. Ver: <https://www.nielsen.com/pe/es.html> (Verificado el 1 de febrero de 2021).

⁵⁰ Los resultados de esta encuesta están basados en las respuestas de más de 29 000 encuestados con acceso a internet en 58 países, lo que permite un gran alcance global y provee una perspectiva sobre los hábitos de los usuarios de este relevante medio de comunicación (internet).

⁵¹ Los resultados de esta encuesta están basados en las respuestas de más de 30 000 encuestados con acceso a internet en 60 países, lo que permite un gran alcance global y provee una perspectiva sobre los hábitos de los usuarios de este relevante medio de comunicación (internet).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

que dichos productos tienen un carácter artesanal, y (ii) al 60% de los ingresos derivados de la comercialización de los referidos productos por dar a entender que estos incluían en su composición ingredientes naturales.

94. En este punto, es pertinente indicar que —en principio— el beneficio ilícito obtenido por la denunciada debe ser calculado sobre los ingresos brutos percibidos⁵² por la colocación de los productos vinculados a la infracción a las normas de competencia desleal, al reflejar el total de los montos ilegalmente percibidos por la venta de tales bienes. Sin embargo, en el presente caso, Cencosud solo presentó información relativa a los ingresos correspondientes a las ventas netas de la línea de productos anunciados en la publicidad infractora.
95. Pese a ello, considerando la información disponible, para efectos de este caso específico se procederá con la cuantificación del beneficio ilícito empleando los ingresos derivados de las ventas netas a fin de obtener una aproximación al beneficio económico obtenido por el infractor. Lo anterior, sin perjuicio de dejar sentado que el resultado que se calcule será menor al beneficio ilícito efectivamente percibido por la conducta analizada.
96. En el presente caso, la publicidad cuestionada se difundió en el periodo comprendido entre enero de 2012 y julio de 2019. En atención a ello, los ingresos netos obtenidos por Cencosud por la venta de los helados “Dulce Pasión” durante el periodo antes señalado ascienden a **[CONFIDENCIAL]**⁵³. En aplicación de los porcentajes referidos al impacto específico de cada uno de los mensajes publicitarios transmitidos (36% por el mensaje concerniente a que presentan un carácter artesanal, y 60% por dar a entender que tienen ingredientes naturales) se obtiene como beneficio ilícito los montos de **[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]**, respectivamente.
97. Por consiguiente, las sanciones a imponer a Cencosud por la difusión de publicidad engañosa en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión” serían las siguientes:

⁵² Conforme se ha señalado en otros pronunciamientos. Ver la Resolución 0362-2017/SDC-INDECOPI del 26 de junio de 2017, la Resolución 443-2017/SDC-INDECOPI del 31 de julio de 2017 y la Resolución 131-2020/SDC-INDECOPI del 21 octubre de 2020.

⁵³ Dicho monto resulta de la suma de las ventas netas de los productos de la línea de helados “Dulce Pasión” para los años 2012-2018, más la mitad de los ingresos obtenidos en el año 2019 en relación con los referidos productos **[CONFIDENCIAL]**. Esto último, a fin de aproximar los ingresos netos correspondientes a la imputación de cargos (julio de 2019).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

- (i) En relación con el mensaje referido al alegado carácter artesanal de los productos de la denunciada, corresponde una multa de **[CONFIDENCIAL]** UIT; y,
- (ii) respecto al mensaje que da entender que presentan ingredientes naturales en su composición, le corresponde una multa de **[CONFIDENCIAL]** UIT.
98. De acuerdo con lo señalado en el acápite anterior, en la medida de que en el presente caso se ha verificado la existencia de un concurso ideal de infracciones (pues a través de la difusión de un mismo anuncio se difundieron dos mensajes engañosos), se debe imponer a la denunciada la sanción correspondiente a la infracción más grave. Por lo dicho, se debería aplicar a Cencosud una multa ascendente a **[CONFIDENCIAL]** UIT.
99. Asimismo, sobre la suma previamente calculada cabría aplicar la probabilidad de detección, la cual podría mantener el mismo monto o aumentarlo⁵⁴.
100. En atención a ello, este Colegiado advierte que si bien la estimación del beneficio ilícito por las infracciones cometidas ha sido efectuada sobre la base de un monto menor (ingresos netos) a los ingresos brutos (que, en principio, deberían sustentar el cálculo de lo indebidamente percibido por el infractor) y sin la aplicación de la probabilidad de detección, el resultado obtenido excede la multa que en su momento determinó la primera instancia (20 UIT).
101. Sin embargo, en virtud del principio de prohibición de la reforma en peor que rige la potestad sancionadora de la administración⁵⁵, la Sala se encuentra impedida de empeorar la situación de la apelante imponiéndole una sanción más gravosa⁵⁶. En

⁵⁴ Ello, debido a que, de aplicar como porcentaje de la probabilidad de detección el 100%, el monto de la multa sería el total del beneficio ilícito; sin embargo, de aplicar un porcentaje menor de probabilidad de detección, la multa se incrementaría.

⁵⁵ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 258.- Resolución.

(...)

258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Artículo 49.- Resolución del Tribunal

La resolución del Tribunal no podrá suponer la imposición de sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando éste recurra o impugne la resolución de la Comisión.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional, a propósito del principio de prohibición de la reforma en peor, ha señalado en la Sentencia recaída en el Expediente 0553-2005-HC/TC que "(...) la interdicción de la reformatio in peius (...) es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda

ese sentido, la sanción no puede exceder la multa impuesta por la primera instancia.

102. Por tanto, se sanciona a Cencosud con una multa ascendente a 20 UIT, por la difusión de publicidad engañosa en los envases de su línea de helados “Dulce Pasión”, precisando que dicha sanción no excede el límite legal contenido en el numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁷.

III.4. Sobre los otros puntos de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI

103. Mediante Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI, la Comisión además de hallar responsable a Cencosud por difundir publicidad engañosa e imponerle una multa de 20 UIT, resolvió lo siguiente:

- (i) Disponer que la Asociación participe del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, de conformidad con lo establecido en la Resolución 064-2004-INDECOPI/DIR.
- (ii) Ordenar —en calidad de medida correctiva— el cese definitivo e inmediato de la publicidad en los envases de la línea de helados “Dulce Pasión”, en tanto dé a entender a los consumidores que estos productos han sido elaborados artesanalmente y empleando ingredientes naturales, cuando ello no sea cierto.
- (iii) Ordenar a Cencosud el pago de las costas y costos incurridos por la Asociación en el presente el procedimiento.
- (iv) Ordenar a Cencosud que cumpla con lo dispuesto en la referida resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, contados desde que dicho pronunciamiento quede consentido o sea confirmado.

instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia.”

57

DECRETO LEGISLATIVO 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:

(...)

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;

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

104. De lo actuado no se advierte que la empresa recurrente haya planteado algún cuestionamiento ante esta instancia con relación a los puntos antes mencionados, además se observa que han sido resueltos por la Comisión de acuerdo con la normativa aplicable y con los sustentos correspondientes. Por tanto, se confirman los referidos puntos de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, que declaró fundada la denuncia presentada por Asociación de Consumidores Indignados Perú contra Cencosud Retail Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, en la parte referida a la graduación de la sanción impuesta a Cencosud Retail Perú S.A. por contener un vicio en su motivación.

TERCERO: en aplicación del numeral 2 del artículo 227 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, imponer a Cencosud Retail Perú S.A. una multa ascendente a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: confirmar la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, en la parte que dispuso que Asociación de Consumidores Indignados Perú participe del treinta por ciento (30%) de la multa, de conformidad con lo establecido en la Resolución 064-2004-INDECOPI/DIR.

QUINTO: confirmar la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, en la parte que ordenó a Cencosud Retail Perú S.A., en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la publicidad en los envases de la línea de helados "Dulce Pasión", en tanto dé a entender a los consumidores que estos productos han sido elaborados artesanalmente y empleando ingredientes naturales, cuando ello no sea cierto.

SEXTO: confirmar la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020, en cuanto a lo ordenado a Cencosud Retail Perú S.A. respecto al pago de costas y costos del procedimiento a favor de Asociación de Consumidores Indignados Perú

SÉPTIMO: confirmar la Resolución 009-2020/CCD-INDECOPI del 22 de enero de 2020 en la parte que ordenó a Cencosud que cumpla con lo dispuesto en dicha



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 018-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 106-2019/CCD

resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, contados desde que dicho pronunciamiento quede consentido o sea confirmado, bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 57.1 del artículo 57 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

OCTAVO: requerir a Cencosud Retail Perú S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS⁵⁸, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta

58

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

(...)