

PRECEDENTES VINCULANTES

(Constitucionales, Judiciales y Administrativos)

Año XXXI / N° 1161

1

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

RESOLUCIÓN N° 186-2021/CCD-INDECOPI

Lima, 5 de octubre de 2021.

EXPEDIENTE N° 281-2020/CCD

IMPUTADA : CONECTA RETAIL S.A.¹
(TIENDAS EFE)
MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
MEDIDA CORRECTIVA
ACTIVIDAD : VENTA AL POR MAYOR DE OTROS
ENSERES DOMÉSTICOS.

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Conecta Retail S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundió una promoción de ventas del producto Televisor AOC 32" (Modelo 32S5285), promocionando una supuesta rebaja de S/. 899 a S/. 699, lo cual daba a entender a los consumidores que estarían adquiriendo una opción más ventajosa que aquella generada por las condiciones de la oferta ordinaria; sin embargo, ello no era cierto, en tanto Conecta Retail S.A. fijó un "precio de referencia" artificialmente alto para crear una falsa percepción de ahorro en los consumidores, lo que los induciría a error.

Por tanto, se **SANCIONA** a Conecta Retail S.A. con una **AMONESTACIÓN**; y, se **ORDENA** su inscripción en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

De otro lado, dado que a través del presente pronunciamiento se interpreta de modo expreso y con carácter general la prohibición de la difusión de publicidad engañosa, en particular, la referida a la difusión de precios o descuentos engañosos, recogida en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 -Ley de Represión de la Competencia Desleal, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley que aprueba las facultades, normas y organización del Indecopi, así como por lo dispuesto en el artículo 21, literal j) del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se **APRUEBA COMO PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA** el criterio de interpretación que se enuncia a continuación:

1. Las promociones de ventas son todas aquellas acciones destinadas 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 o estándar. Pueden consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares.

2. Los actos de engaño tienen como efecto inducir a error a otros agentes en el mercado sobre distintos 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. Entre los atributos sobre los que se puede inducir a error se encuentran el precio y las condiciones de venta o adquisición, elementos constitutivos de las promociones de ventas.

3. En tal sentido, cuando un agente económico desarrolla o ejecuta una promoción de ventas constituida por un descuento de precio o porcentaje de este, o alguna modalidad equivalente, debe cumplir con que sea excepcional y temporal, así como con que sea calculado o referenciado respecto de la oferta ordinaria o estándar, de lo contrario estaría desnaturalizando el concepto mismo de promoción de ventas e incurriendo en un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, afectando los intereses económicos de los consumidores al generarles una falsa percepción de ahorro o beneficio económico, afectando gravemente sus intereses, así como los de los proveedores que, de manera honesta y transparente, cumplen con ofrecer genuinas promociones de ventas que implican beneficios reales para los consumidores, al ver desviada la demanda deslealmente y en su perjuicio. Las promociones de ventas ficticias también afectan el orden público económico ya que resultan diametralmente opuestas a la competencia por eficiencia y a la transparencia en la información que debe existir en el mercado.

4. Para determinar el valor de la oferta ordinaria o estándar se deben identificar las condiciones, en particular, el precio, con las que usualmente se ofrece el producto o servicio materia de la promoción de ventas investigada y compararlas con las condiciones que sirven como base de cálculo de esta. Por ejemplo, si la promoción de ventas consiste en la reducción del precio respecto de un "precio referencial", se debe analizar si en el período inmediatamente anterior a

¹ Con Registro Único de contribuyente N° 20141189850.

la promoción dicho precio se encontraba vigente o existía un precio distinto, además se deberá analizar el período de tiempo en el que estuvo vigente el precio anterior o si estuvieron vigentes precios distintos para determinar las fluctuaciones de precio en el mercado materia de análisis. Sin perjuicio de lo expuesto, las empresas investigadas pueden presentar medios probatorios o sustentos económicos que justifiquen la subida del precio “regular” del producto o servicio analizado durante el periodo de la promoción materia de análisis.

5. Es importante resaltar que el presente precedente de ninguna manera está negando la facultad de las empresas o agentes económicos de fijar los precios que estimen convenientes, sino que, por el contrario, busca fortalecer la transparencia en la información de los precios, en particular de los precios anunciados como parte de una promoción de ventas, a efectos de que los consumidores no se vean engañados, al considerar que se encuentran ante un precio promocional, que les reporta una ventaja económica, cuando ello no sea cierto, en aplicación de la propia definición de promoción de ventas establecida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Finalmente, se SOLICITA al Consejo Directivo de INDECOPI que disponga la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”.

1. ANTECEDENTES

Mediante Memorándum N° 46-2018/CCD, de fecha 24 de enero de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, la GEE)² la elaboración de un informe técnico que analice las estrategias y veracidad de las ofertas, descuentos o rebajas que promocionan algunos agentes económicos dentro del sector de supermercados y tiendas por departamento.

En virtud de dicho requerimiento, mediante Memorándum N° 060-2018/GEE, de fecha 5 de abril de 2018, la GEE señaló que, para elaborar un informe técnico, resultaba importante realizar previamente una prueba piloto y visitar diferentes establecimientos comerciales.

Mediante Memorándum N° 198-2018/CCD, de fecha 10 de abril de 2018, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, la GSF)³, realizar diversas diligencias, entre otros lugares, en el establecimiento de Tiendas Efe, ubicado en Av. Próceres de la Independencia N° 1940, San Juan de Lurigancho, Lima, ello con la finalidad de recoger información únicamente sobre productos con descuentos, por lo que con fecha 26 de abril de 2018, la GSF envió el Informe N° 366-2018/GSF-I.

Con fecha 21 de junio de 2018, la GEE remitió a la Secretaría Técnica el Informe N° 082-2018/GEE en el que se estableció la estrategia a utilizar para el levantamiento de información de ofertas, promociones y rebajas de productos comercializados en supermercados y tiendas por departamento.

Mediante Memorándum N° 352-2018/CCD, de fecha 9 de julio de 2018, la Secretaría Técnica, envió a la GSF el Informe N° 082-2018/GEE.

Mediante Memorándum N° 552-2018/CCD, de fecha 29 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica solicitó a la GSF realizar diversas acciones de supervisión a fin de constatar que la difusión de ofertas, descuentos y rebajas cumpla con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Con fecha 10 de diciembre de 2019, la Secretaría Técnica remitió a la GEE el Memorándum N° 529-2019/CCD, en el que adjuntó las actas de supervisión y la información recogida por la GSF, respecto de las rebajas y promociones de productos ofertados en supermercados y tiendas por departamento ubicados en Lima Metropolitana.

Con fecha 3 de julio de 2020, la GEE remitió a la Secretaría Técnica el Informe N° 000059-2020-GEE/INDECOPI, cuyo objetivo fue analizar las estrategias y veracidad de las ofertas, descuentos o rebajas implementadas por supermercados y tiendas por departamento en Lima Metropolitana, entre el 16 de noviembre de 2018 y el 25 de enero de 2019.

El propósito de dicho documento fue identificar y analizar las promociones de descuentos o rebajas que se implementan en base a la utilización de “precios engañosos”⁴, prácticas comerciales que podrían inducir a los consumidores a la compra de un producto, creando la expectativa de que se estaría adquiriendo una “ganga”. En particular en dicho informe se analizaron los casos donde el comerciante ofrecería descuentos o rebajas sobre el precio de un producto, respecto a un precio de referencia “ficticio”⁵.

Asimismo, en dicho informe se realizó una revisión detallada del marco normativo peruano sobre prácticas comerciales engañosas y de los criterios utilizados en diversas experiencias internacionales, respecto a la identificación y análisis de prácticas comerciales en base a “precios engañosos”. En ese contexto, se analizaron los criterios que adoptan diversos países, tales como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Mancomunidad de Australia y Estados Unidos de América, para determinar cuándo una promoción, en base a la rebaja o descuento sobre el precio de venta, se constituye en una práctica comercial engañosa.

Según la GEE, los criterios para detectar prácticas comerciales en base a precios engañosos serían los siguientes: i) la vigencia del precio de referencia de la promoción; y, ii) los volúmenes de ventas realizados con el precio de referencia de la promoción. De otra parte, la GEE indicó que la verificación de los criterios para la identificación de prácticas comerciales en base a precios engañosos se realizaría de forma secuencial, empezando por la verificación del criterio de vigencia del precio de referencia.

De otro lado, se evaluaron algunas estrategias asociadas a prácticas comerciales engañosas, tales como: i) Incremento del precio de referencia y reducción del precio de venta, ii) Incremento del precio de referencia sin cambios en el precio de venta; e, iii) Incremento del precio de referencia e incremento del precio de venta.

Posteriormente, se identificaron a las empresas⁶ sobre las que se recogió la información, entre las que se encontraba la imputada y se analizó si se enmarcaba en alguna de las estrategias mencionadas. Sin embargo, la GEE sostiene que “se debe tomar en cuenta que la identificación de las estrategias de fijación de precios no es suficiente para verificar el uso de prácticas comerciales engañosas, debido a que es necesario considerar el tiempo de vigencia o

² Conforme al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi mediante Decreto Supremo N° 104-2021-PCM y la Resolución N° 00060-2021-PRE/INDECOPI, actualmente se denomina Oficina de Estudios Económicos (en adelante, la OEE).

³ Conforme al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi mediante Decreto Supremo N° 104-2021-PCM y la Resolución N° 00060-2021-PRE/INDECOPI, actualmente se denomina Dirección de Fiscalización (en adelante, la DFI).

⁴ En inglés, conocido como: *deceptive pricing, misleading pricing or fictitious pricing*.

⁵ Según Armstrong y Chen (2012), basados en la Guía de la Comisión Federal de Comercio de los EE. UU., un precio ficticio es aquel precio inflado artificialmente por el anunciante con el fin de dar la apariencia que una oferta otorga una gran reducción de precio; sin embargo, en realidad el comprador no recibe el ahorro que espera de dicha oferta. Ver: ARMSTRONG, M. y Y. CHEN. (2012). *Discount Pricing*. Discussion Paper Series N° 605, Department of Economics, University of Oxford. Disponible en: <https://www.economics.ox.ac.uk/materials/papers/5819/paper605.pdf>.

⁶ Ver Cuadro 5 del Informe N° 000059-2020-GEE/INDECOPI.

regularidad que tuvieron los precios de referencia. En ese sentido, basados en la experiencia internacional revisada, (...) propone seguir el criterio del Reino Unido, que establece que el precio de referencia de la promoción debe estar vigente por un periodo de tiempo mayor que el precio promocional debido a su facilidad de aplicación y menor requerimiento de información” y señaló que el criterio utilizado en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no requiere establecer a qué debe considerarse un periodo de tiempo sustancial para el precio de referencia.

En dicho informe, también se indicó que la información evaluada fue recabada por el personal de la GSF entre el 16 de noviembre de 2018 y el 25 de enero de 2019, considerando cuatro visitas por establecimiento.

CUADRO 1

Visita	Fecha
Primera visita	16-11-2018
Segunda visita	14-12-2018
Tercera visita	21-12-2018
Cuarta visita	25-01-2019

Respecto a la imputada, los productos que presentarían estrategias de fijación de precios asociadas a prácticas comerciales engañosas, según la GEE, serían:

CUADRO 2⁷

Empresa	Producto/Modelo	Marca	Código de barras
Tiendas EFE	Televisor 32" 32S5285	AOC	n.d
	Televisor 43" 43S5285	AOC	n.d
	Televisor 32" HLE3217DIPE	Hisense	n.d
	Televisor 43" Hyled4314IM4K	Hyundai	n.d
	Televisor 48" KDL-48W655D	Sony	n.d
	Televisor 49" UN-49NU7300G	Samsung	n.d
	Televisor 55" UN55NU7090G	Samsung	n.d
	Televisor 55" UN-55NU7100	Samsung	n.d
	Cocina EMP6120PG0	Mabe	n.d
	Cocina NAVARRA	Indurama	n.d

Es así que, luego de la verificación del criterio de vigencia del precio de referencia del producto comercializado por Tiendas Efe, de propiedad de Conecta Retail, la GEE extrajo la siguiente información:

CUADRO 3⁸

Precio	Televisor AOC 32" (Modelo 32S5285)			
	Primera visita	Segunda visita	Tercera visita	Cuarta visita
Precio de referencia	699	899	699	699
Precio de promoción		699		

Según la GEE, luego de analizar los precios de referencia de las promociones del producto mencionado en el cuadro anterior y comercializado por la imputada,

se observa que dichos precios parecen no haber estado vigentes inmediatamente antes o después de la promoción; por lo tanto, pueden concluir que los consumidores no realizaron compras al precio de referencia entre el 16 de noviembre de 2018 y el 25 de enero de 2019. Asimismo, se verificó que las promociones implementadas por la imputada no cumplieron con el criterio de vigencia del precio de referencia utilizado en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, puesto que en los 10 productos analizados los precios de referencia no estuvieron vigentes por un periodo de tiempo mayor que el precio de promoción. Por lo tanto, bajo este criterio se podría afirmar que la imputada habría incrementado artificialmente los precios de referencia de sus promociones, con el objetivo de crear una falsa percepción de ahorro o incrementar la percepción real de ahorro de los consumidores.

Finalmente, en dicho informe, la GEE concluyó lo siguiente: *“Tiendas Efe, aplicó estrategias de fijación de precios asociadas a prácticas engañosas en 10 productos que eran ofertados con descuento sobre el precio. Asimismo, se verificó que las promociones ofertadas por la empresa, no cumplieron con el criterio de vigencia del precio de referencia utilizado en el Reino Unido; por lo tanto, bajo ese criterio puede afirmarse que Tiendas Efe habría aplicado ‘precios engañosos’ en 10 productos”.*

Mediante Resolución de fecha 22 de diciembre de 2020, la Secretaría Técnica imputó a Tiendas Efe la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido una promoción de ventas del producto Televisor AOC 32 (Modelo 32S5285), en la que promocionaría una supuesta rebaja de dicho producto de S/ 899 a S/ 699, lo cual atraería a los consumidores a adquirir el producto de forma inmediata y daría a entender a los mismos que estarían adquiriendo una opción más ventajosa que las condiciones de la oferta ordinaria; sin embargo, ello no sería cierto, en tanto Tiendas Efe habría fijado un precio de referencia artificialmente alto para crear la falsa percepción de ahorro en los consumidores, lo que los induciría a error.

Con fechas 10 de febrero y 12 de mayo del presente año, Tiendas Efe presentó sus descargos señalando que su empresa no habría cometido ningún acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que ningún mensaje difundido faltaría a la verdad. Al respecto, la imputada señaló que la diferencia en los precios que consignan los anuncios recabados en la visita inspectiva, respondería al precio base y el precio vigente, en dos preciadores distintos: (i) al contado y (ii) al crédito.

Asimismo, la imputada señaló que el precio regular del producto en cuestión sería de S/ 899 y el precio promocional de S/ 699, los cuales estarían fijados en virtud de la libertad de empresa. En ese sentido, indicó que, en ningún momento, Tiendas Efe habría variado forzosamente su precio base en un margen más alto para generar la percepción de ahorro en los consumidores, ya que la reducción de S/ 899 a S/ 699 respondería exclusivamente a una promoción real, en beneficio de los consumidores.

Finalmente, la imputada señaló que, en caso de que la Comisión decida declarar fundada la presente imputación, debería imponerle una amonestación, toda vez que la publicidad materia de imputación habría tenido un impacto mínimo en el mercado.

⁷ Cuadro extraído en parte del Informe N° 000059-2020-GEE/INDECOPI.

⁸ Cuadro extraído en parte del Informe N° 000059-2020-GEE/INDECOPI.

2. IMÁGENES DE LOS PRECIOS PROMOCIONALES MATERIA DE IMPUTACIÓN

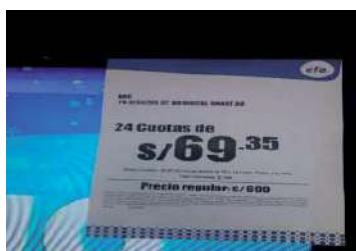
Precio Regular del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285) en la Primera visita inspectiva de fecha 16 de noviembre de 2018



Precio Promocional y precio Regular del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285) en la Segunda visita inspectiva de fecha 14 de diciembre de 2018



Precio Regular del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285) en la Tercera visita inspectiva de fecha 21 de diciembre de 2018



Precio Regular del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285) en la Cuarta visita inspectiva de fecha 25 de enero de 2019



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) analizar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de engaño.
2. La pertinencia de aprobar un precedente de observancia obligatoria
3. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Sobre la presunta comisión de actos de engaño

4.1.1. 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.”

El citado artículo tiene como finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la 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. Dicha protección a los consumidores se hace manifiesta en tanto se protege el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, a efectos de evitar detraer ilícitamente la preferencia de los consumidores en favor de competidores que cometan actos de engaño.

En atención a lo indicado, es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz, a fin de que los consumidores comparen de forma adecuada las alternativas que les ofrecen los diversos proveedores en el mercado y, de esta forma, puedan adoptar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses.

De igual manera, de lo establecido por el referido artículo, se desprende que la Comisión tiene la labor de resguardar que la información que se brinda a los consumidores sea sustentada de manera previa, por medios probatorios idóneos y pertinentes, que otorguen la seguridad de la veracidad de las afirmaciones esgrimidas por el proveedor, a fin de que los consumidores no sean inducidos a error, dando por reales características que no sean ciertas.

Por su parte, resulta relevante tener en consideración la definición de promoción de ventas, establecida en el inciso h) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

“Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:
(...)

h) **Promoción de ventas:** a 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 o estándar. Puede consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares; (...)."

En ese sentido, se puede observar que el elemento principal de una promoción de ventas consiste en 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 o estándar, por lo que presentar una supuesta promoción de ventas, que en la práctica no contiene condiciones más ventajosas que la oferta ordinaria o estándar, desnaturaliza la esencia misma de la promoción, lo que podría configurar un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño.

4.1.2. Conceptos relevantes sobre Precios engañosos

De acuerdo con lo señalado por Armstrong & Chen, un precio engañoso o ficticio⁹ es aquel precio inflado artificialmente por el anunciante con el fin de dar la apariencia de una oferta que otorga una gran reducción de precio; sin embargo, en realidad el comprador no recibe el ahorro que espera de dicha oferta¹⁰.

En particular, la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (FTC, por sus siglas en inglés) ha señalado que dos de los más grandes problemas referidos a publicidad de precios están relacionados a vendedores que: (i) hacen comparaciones incorrectas de precios con otros comerciantes o con sus precios regulares; y, (ii) ofrecen un producto que supuestamente es gratis, cuando en realidad tiene un costo¹¹.

Sobre este punto, cabe precisar que en el presente caso nos enfocaremos en las comparaciones que hace un anunciante en su publicidad entre el precio de referencia sobre el que se calcula la promoción y el precio de referencia "ordinario" o "estándar", el cual se define como aquel precio, por lo general más alto, con el que se compara un segundo precio anunciado en promoción o descuento¹².

En efecto, ofrecer una reducción del precio de referencia o el precio usual de venta de un producto es una estrategia común de ventas, sin embargo, es esencial que dicho precio sea el precio vigente o efectivo en el momento en que se vendió el producto y ofreció la promoción, de lo contrario estaríamos ante un precio engañoso¹³.

Ello resulta esencial en tanto, según Armstrong & Chen, los consumidores tienen preferencia por las promociones de descuento, respecto a la simple presentación de un precio bajo, debido a dos razones: (i) el precio alto al que se ofertó inicialmente un producto actúa como una señal de alta calidad y (ii) las rebajas sobre el precio son señales de una oferta inusual; por ende, los consumidores se ven atraídos a adquirir un producto de forma inmediata sin buscar precios alternativos más bajos¹⁴.

La práctica de presentar "ofertas ficticias" o "precios engañosos", conocida también como *deceptive pricing*, *misleading pricing* o *fictitious pricing* es ampliamente conocida en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, la Mancomunidad de Australia y Estados Unidos de América, siendo que dichas jurisdicciones cuentan con regulación y guías sobre la materia. En ese sentido, se hará referencia a dichas experiencias para posteriormente analizar el caso en concreto.

a. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

La Autoridad de Estándares Publicitarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante, ASA, por sus siglas en inglés) ha elaborado una guía para anunciantes que deseen realizar comparaciones de sus precios, indicando que estos deben asegurarse de que los mismos no sean engañosos¹⁵. Dentro de las recomendaciones que brinda dicha guía se encuentran las siguientes: (i) asegurarse de que el uso de un precio de referencia no sea engañoso; (ii) asegurarse de que las afirmaciones sobre descuentos no exageren los potenciales ahorros; (iii) no inflar precios artificialmente; y,

(iv) usar los términos correctos en ofertas introductorias.

Sobre el particular, en el presente caso incidiremos en la primera recomendación. Al respecto, de acuerdo con lo señalado por la ASA, los anunciantes deben asegurarse de que cualquier precio de referencia, anunciado como precio anterior, para promocionar los ahorros a los que un consumidor puede acceder, representen un precio de venta usual establecido que sea genuino y que no sea engañoso. Respecto de ello, la novedad, historial del precio, información de ventas y los canales de distribución y ventas afectarán el hecho de que el precio más alto sea el precio de venta usual establecido para un determinado producto o servicio.

En ese sentido, la ASA establece ciertos criterios para el uso de precios de referencia en afirmaciones publicitarias, de modo que representen un precio de venta usual establecido que sea genuino y que no sea engañoso. Dichos criterios se pueden resumir en los siguientes:

- Los precios usados como base para una comparación deben haber sido, generalmente, los precios más recientes disponibles.

- Generalmente, el precio mayor de referencia debería haber estado disponible por un periodo mayor que el periodo del precio de promoción.

- Los anunciantes deben contar con la evidencia para demostrar que un precio de referencia es genuino.

De otro lado, la Guía de Precios para Comerciantes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte señala que un ejemplo de prácticas engañosas sobre precios de promoción consiste en comparar el precio actual de un producto con un precio de referencia que no es genuino¹⁶. Sobre el particular, una comparación de precios que podría no ser genuina consistiría en que el precio más alto, sobre el cual se compara el precio de promoción, no sea el último precio al que el producto fue vendido, siendo que han habido precios intermedios (entre el precio más alto -de referencia- y el precio de promoción) a los que el producto en cuestión fue efectivamente comercializado¹⁷.

⁹ En la experiencia internacional, dicha práctica es conocida como "*deceptive pricing*", "*misleading pricing*" o "*fictitious pricing*".

¹⁰ ARMSTRONG, M. & Y. CHEN (2012). Discount Pricing. Discussion Paper Series N° 605, Department of Economics, University of Oxford. Pp. 4. Disponible en: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e5824f4c-a77d-4679-9a78-150cd83a6b42>

¹¹ STEINGOLD, F. & D. STEINGOLD (2019). "Chapter 17: Legal Requirements for dealing with customers" en "Legal Guide for Starting & Running a Small Business. Pp. 305.

¹² CHARTERED TRADING STANDARDS INSTITUTE (2018). Guidance for traders on Pricing Practices. Pp. 14. Disponible en: <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Guidance-for-Traders-on-Pricing-Practices-Apr-2018.pdf>

¹³ STEINGOLD, F. & D. STEINGOLD (2019). "Chapter 17: Legal Requirements for dealing with customers" en "Legal Guide for Starting & Running a Small Business". Pp. 305.

¹⁴ ARMSTRONG, M. & Y. CHEN (2012). Discount Pricing. Discussion Paper Series N° 605, Department of Economics, University of Oxford. Disponible en: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e5824f4c-a77d-4679-9a78-150cd83a6b42>

¹⁵ Advertising Standards Authority (2018). Promotional Savings claims. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/advice-online/promotional-savings-claims.html>

¹⁶ CHARTERED TRADING STANDARDS INSTITUTE (2018). Guidance for traders on Pricing Practices. Pp. 10. Disponible en: <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Guidance-for-Traders-on-Pricing-Practices-Apr-2018.pdf>

¹⁷ Idem. Pp. 17.

Sobre el particular, dichos criterios han sido plasmados en pronunciamientos de la ASA¹⁸, en los que sancionó a empresas por difundir publicidad con precios engañosos. En un caso, una empresa dedicada a la venta de productos para bebés estaba promocionando un objeto portátil para recién nacidos a 24,99 Libras, indicando que habría un ahorro de 10 Libras, pues el precio anterior era de 34,99 Libras. Sin embargo, la ASA detectó que el precio de venta, sin la oferta, había variado en distintas ocasiones, por lo que no se demostró que el precio de 34,99 Libras, promocionado como precio anterior, era el precio usual de venta del producto. En ese sentido, la ASA consideró que no era genuino señalar que había un descuento de 10 libras.

La ASA concluyó dicho caso¹⁹ indicando lo siguiente:

“En tanto no hemos tenido acceso al historial de precios del producto por un periodo suficiente y dado que el precio ha variado en distintas ocasiones, incluido por el periodo más largo al precio más bajo de 24,99 Libras, consideramos que no ha sido demostrado que el precio mayor de 34,99 Libras era el precio usual de venta del producto. En consecuencia, dado que no hemos apreciado evidencia de que las afirmaciones de descuentos representaban un ahorro genuino respecto del precio usual de venta del producto, concluimos que la publicidad con la afirmación del descuento era engañosa²⁰”.

En dicho caso, la ASA ordenó a la empresa sancionada que el anuncio sea eliminado y que en el futuro asegure que su publicidad sobre precios no sea engañosa y cuente con las pruebas que sustenten los descuentos en relación al precio de venta usual de sus productos.

b. Canadá

La Ley de Competencia de Canadá²¹ establece la regulación aplicable a las prácticas publicitarias engañosas. En particular, respecto a las comparaciones de precios, señala lo siguiente:

“Precio ordinario: Del propio proveedor

(3) Una persona participa en una conducta revisable cuando (...) publicita un precio como el precio al cual el producto ha sido, es o será ordinariamente comercializado, cuando en realidad, tomando en consideración la naturaleza del producto y el mercado geográfico relevante:

(a) No ha vendido un volumen sustancial del producto a dicho precio o a un precio mayor dentro de un periodo de tiempo razonable, antes o después de realizar la publicidad; y,

(b) No ha ofrecido el producto a dicho precio o a un precio mayor, de buena fe, por un periodo sustancial de tiempo antes o inmediatamente después de realizar la publicidad²².”

Al respecto, la Agencia de Competencia de Canadá ha brindado las siguientes recomendaciones referidas a precios: (i) no confundir el precio regular u ordinario con el precio de lista sugerido por el fabricante, en tanto no son lo mismo; (ii) no usar el término “precio regular” en la publicidad, a menos que el producto haya sido ofrecido para venta de buena fe durante un periodo sustancial de tiempo; (iii) no usar el término “oferta” o “especial”, a menos que se haya realizado una reducción sustancial del precio.²³

De otro lado, la Guía de Afirmaciones de Precios Ordinarios²⁴ establece criterios y definiciones para analizar la regulación aplicable sobre precios; por ejemplo, sobre el periodo sustancial de tiempo, el mismo cumplirá el criterio si el producto es ofrecido al precio de referencia o un precio mayor por más del 50% del periodo considerado. Al respecto, el periodo de tiempo a ser considerado será de 6 meses antes de o después de difundir la publicidad. Sin embargo, el periodo puede ser menor, dependiendo de la naturaleza del producto²⁵.

c. Mancomunidad de Australia

La Ley del Consumidor de Australia establece disposiciones referidas a precios, señalando que es una práctica desleal y engañosa la siguiente:

“Parte 3 -1 – Prácticas desleales

División 1 – Prácticas falsas o engañosas

29 – Representaciones falsas o engañosas sobre productos o servicios

(1) Una persona no puede, en el comercio, (...)

(i) Realizar una representación engañosa referida al precio de productos o servicios;

(...)²⁶”

Sobre el particular, en la Guía de Publicidad y Ventas de la Autoridad Australiana de Competencia y Consumidor se establece que las empresas que realicen comparaciones de precios deben asegurarse de que los consumidores no se vean engañados respecto de los descuentos que obtendrán²⁷.

¹⁸ Otros pronunciamientos de la Autoridad de Estándares Publicitarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte son los siguientes:

- ASA Ruling on Shenzhenshi Mangleershi zhuangyouxiangongsi Ltd t/a J Rosee Fine Jewellery. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/shenzhenshi-mangleershi-zhuangyouxiangongsi-ltd-a17-405832.html>
- ASA Ruling on DSG Retail Ltd t/a Currys. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/dsg-retail-ltd-a16-367722.html>
- ASA Ruling on Groupon Goods Global GmbH. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/groupon-goods-global-gmbh-a17-401228.html>

¹⁹ ASA Ruling on Argos Ltd. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/argos-ltd-a17-405011.html>

²⁰ Traducción libre de: “Because we had not seen pricing history for a sufficient period, and because the price had fluctuated between several prices, including for the longest period at the lower price of £24.99, we considered it had not been demonstrated that the higher price of £34.99 was the usual selling price of the product. Therefore, because we had not seen evidence that the savings claim represented a genuine saving against the usual selling price of the product, we concluded the savings claim was misleading”.

²¹ Minister of Justice, Canada. Competition Act. Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-34.pdf>

²² Traducción libre de:

“Ordinary price: supplier’s own

(3) A person engages in reviewable conduct who, (...) makes a representation to the public as to price that is clearly specified to be the price at which a product or like products have been, are or will be ordinarily supplied by the person making the representation where that person, having regard to the nature of the product and the relevant geographic market,

(a) has not sold a substantial volume of the product at that price or a higher price within a reasonable period of time before or after the making of the representation, as the case may be; and

(b) has not offered the product at that price or a higher price in good faith for a substantial period of time recently before or immediately after the making of the representation, as the case may be”.

²³ Competition Bureau Canada. False or Misleading Representations and Deceptive Marketing Practices. Disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03133.html>

²⁴ Competition Bureau Canada. Enforcement Guidelines. Ordinary Price Claims (2009). Disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/wapi/20100409_OrdinaryPriceClaims-e.pdf/FILE/20100409_OrdinaryPriceClaims-e.pdf

²⁵ Idem. Pp. 7.

²⁶ Traducción libre de: Part 3-1—Unfair practices

Division 1—False or misleading representations etc.

29 False or misleading representations about goods or services

(1) A person must not, in trade or commerce, in connection with the supply or possible supply of goods or services or in connection with the promotion by any means of the supply or use of goods or services:

(i) make a false or misleading representation with respect to the price of goods or services; (...)

²⁷ Australian Competition & Consumer Commission. Advertising and Selling Guide. A guide for businesses (2021). Pp. 25. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/system/files/Advertising%20and%20selling%20guide%20-%20July%202021.pdf>

Asimismo, dicha guía señala que afirmaciones como “antes \$ 150/ ahora \$100” son potencialmente engañosas si el producto no ha sido vendido al precio “anterior” de \$150 antes de que empiece la promoción, sino que ha sido ofrecido y vendido a un precio menor. En dicho caso, el consumidor no obtendrá el descuento anunciado de \$50, al comprar el producto durante la promoción²⁸.

Sobre el particular, dichos criterios han sido plasmados en un pronunciamiento de la Corte Federal de Australia. En dicho caso, iniciado por la Autoridad Australiana de Competencia y Consumidor, la empresa demandada, dedicada a la venta de productos a través de una plataforma virtual, publicó una promoción indicando que con el código de descuento “TAXTIME”, los consumidores obtendrían un descuento del 10% en la compra de determinados productos; sin embargo, la Corte Federal de Australia determinó que la promoción era engañosa, dado que, inmediatamente antes de la promoción, la empresa había incrementado al menos el 10% del precio de más de 600 productos, por lo que durante la promoción, los consumidores terminaban adquiriendo dichos productos al mismo precio al que se vendían antes de la misma²⁹.

d. Estados Unidos de América

La Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos de América ha establecido lineamientos sobre precios engañosos, señalando lo siguiente:

“Parte 233 – Lineamientos sobre precios engañosos

Comparaciones con precios previos. (a) (...) Si por el otro lado, el precio previo que es anunciado no es de buena fe, sino que es ficticio, por ejemplo, cuando un precio artificial o inflado ha sido establecido con el propósito de permitir que la oferta presente una reducción mayor, el descuento promocionado es uno falso y el consumidor no está recibiendo el valor inusual que espera. En ese caso, el precio reducido, es en realidad, probablemente, el precio regular del vendedor³⁰”.

4.1.3. Análisis del presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica imputó a Tiendas Efe la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que habría difundido una promoción de ventas del producto Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285), en la que promocionaría una supuesta rebaja de S/ 899 a S/. 699, lo cual daría a entender a los consumidores que estarían adquiriendo una opción más ventajosa que las condiciones de la oferta ordinaria, sin embargo, ello no sería cierto, en tanto Tiendas Efe habría fijado un “precio de referencia” artificialmente alto para crear una falsa percepción de ahorro en los consumidores, lo que los induciría a error.

Al respecto, Tiendas Efe señaló que no habría cometido ningún acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, toda vez que ningún mensaje difundido faltaría a la verdad. En este punto, la imputada precisó que la diferencia en los precios que consignan los anuncios recabados en la visita inspectiva, respondería al precio base y el precio vigente, en dos preciares distintos: (i) al contado y (ii) al crédito. Asimismo, la imputada añadió que el precio regular del producto investigado sería de S/ 899 y el precio promocional de S/ 699, los cuales estarían fijados en virtud de la libertad de empresa. En ese sentido, indicó que, en ningún momento, Tiendas Efe habría variado forzosamente su precio base en un margen más alto para generar una falsa percepción de ahorro en los consumidores, ya que la reducción de precios de S/ 899 a S/ 699 responde exclusivamente a una promoción real, en beneficio de los consumidores.

Sobre el particular, es importante tener en consideración que luego de un análisis superficial e integral del anuncio que informa sobre la promoción de ventas materia de análisis, se observa claramente que se busca incentivar la adquisición del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285) con un descuento sobre su precio regular, el mismo que sería excepcional, temporal y más ventajoso respecto del precio ordinario o estándar. En este punto, cabe precisar que el precio “regular” informado a los consumidores se muestra expresamente como **“Precio regular: S/ 899”** y

el precio final resaltado se muestra con la indicación **“a solo: S/ 699”**.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, luego de un estudio del historial de los precios³¹ a los que fue ofrecido el producto promocionado, antes, durante y después de la promoción de ventas materia de análisis, se aprecia lo siguiente:

CUADRO 4³²

Precio	Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285)			
	Primera visita 16/11/2018	Segunda visita 14/12/2018	Tercera visita 21/12/2018	Cuarta visita 25/01/2019
Precio de referencia (Precio de venta sin oferta)	699	899	699	699
Precio de promoción (Precio de venta aplicando el descuento)		699		

Al respecto, como se puede apreciar del historial de precios del Televisor AOC 32” (Modelo 32S5285), se evidencia que, antes de la promoción (por lo menos desde el 16 de noviembre de 2018), el precio vigente del producto materia de análisis era de S/ 699, siendo que, en la segunda visita, del 14 de diciembre de 2018, cuando, de acuerdo a lo señalado por la imputada, la promoción materia de imputación se encontraba vigente, el precio anunciado como “regular” era de S/ 899, resaltando que el precio de promoción era de S/ 699. Asimismo, en la tercera visita, del 21 de diciembre de 2018 y en la cuarta visita del 25 de enero de 2019, se observa que el precio regular sin promoción era de S/ 699.

En ese sentido, se puede observar claramente que el precio “regular” o “usual” de S/ 899 informado por la imputada en la promoción de ventas materia de análisis, no estuvo vigente antes ni después del tiempo en que dicha promoción estuvo vigente, por lo que, en realidad, no podría ser considerado como parte de “la oferta ordinaria o estándar”, según los términos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En esa línea, la Gerencia de Estudios Económicos, a través del Informe N° 59-2020-GEE/INDECOPI, advirtió lo siguiente:

“47. Luego de analizar los precios de referencia de las promociones de los productos comercializados por Tiendas Efe, se observa que en los 10 casos los precios de referencia parecen no haber estado vigentes inmediatamente antes o después de la promoción (ver Cuadro 8); por lo tanto, se puede concluir que los consumidores no realizaron compras al precio de referencia entre el 16 de noviembre de 2018 y el 25 de enero de 2019.

²⁸ Idem. Pp. 26.

²⁹ ACCC v Kogan Australia Pty Ltd [2020] FCA 1004, Federal Court of Australia, 17 July 2020. Disponible en: <https://pinpoint.cch.com.au/document/legauUio3272298s1175720914/accc-v-kogan-australia-pty-ltd>

³⁰ Federal Trade Commission. Guides Against Deceptive Pricing. Disponible en: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=37bcb44de61a4c5b75286daf97d9a15f&mc=true&node=se16.1.233.11&rgn=div8>

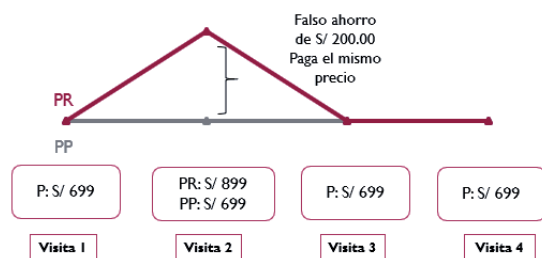
³¹ Cabe precisar que dichos precios se han obtenido como resultado de las supervisiones realizadas por la DFI, siendo que han sido plasmados en actas debidamente suscritas por el personal que realizó las supervisiones y representantes de la imputada, las mismas que forman parte integrante del expediente y que no han sido cuestionadas.

³² Cuadro complementado con la información disponible en el Informe N° 000059-2020-GEE/INDECOPI.

48. En este sentido, se verificó que las promociones implementadas por Tiendas Efe no cumplieron con el criterio de vigencia del precio de referencia utilizado en el Reino Unido, puesto que en los 10 productos analizados los precios de referencia no estuvieron vigentes por un período de tiempo mayor que el precio de promoción. Por lo tanto, bajo este criterio se puede afirmar que Tiendas Efe habría incrementado artificialmente los precios de referencia de sus promociones, con el objetivo de crear una falsa percepción de ahorro o incrementar la percepción real de ahorro de los consumidores³³.

En ese orden de ideas, en el presente caso se puede constatar que el precio promocional de S/ 699 era realmente “la oferta ordinaria o estándar”, ya que se encontraba vigente en los periodos inmediatamente anterior y posterior a la promoción anunciada, pero que; sin embargo, era resaltado como un precio más ventajoso respecto del precio “regular”, es decir de la citada “oferta ordinaria o estándar”, lo cual no era cierto, siendo capaz de generar una falsa percepción de ahorro en los consumidores, que podrían entender que el precio promocional anunciado realmente constituía un descuento real y significativo, desviando sus preferencias respecto de otras ofertas que sí podrían haber constituido una auténtica ventaja. Dicha percepción de falso ahorro puede ser apreciada visualmente en el siguiente cuadro:

CUADRO 5³³



Cabe precisar que la conclusión señalada en el párrafo precedente es concordante con los criterios internacionales señalados líneas arriba, como los del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, al observarse que en el presente caso no se cumple con que el precio “regular” anunciado hubiera estado vigente por un periodo de tiempo mayor que el precio promocional y que sea el último precio con el que se comercializó el producto anunciado. Esta práctica resulta especialmente dañina para los consumidores en tanto estos, como se evidencia en la presente resolución, se ven particularmente atraídos por los descuentos o promociones, siendo que los anunciantes deben asegurar, en ejercicio de las exigencias de la buena fe empresarial, que los precios que difunden en su publicidad, relacionados con promociones o descuentos, no sean engañosos y efectivamente reflejen un ahorro para el consumidor.

Respecto de los argumentos señalados por la imputada en el sentido de que los precios materia de análisis han sido fijados en ejercicio de su derecho constitucional a la “libertad de empresa”, cabe precisar que el artículo 59 de la Constitución Política del Perú establece que “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 resaltado y subrayado son añadidos). Sobre el particular, se puede observar que el derecho constitucional a la libertad de empresa no es absoluto, sino que tiene sus límites en los demás derechos de nuestro cuerpo constitucional, algunos establecidos claramente en el mismo artículo 59 y otros consignados en los demás artículos constitucionales, como el artículo 65, referido

a la Protección del Consumidor, el mismo que prescribe que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. (...)”.

En el presente caso, la práctica desarrollada por la empresa imputada atentó contra el interés de los consumidores y su derecho a la información, al presentar como promoción de ventas un precio que no había sido calculado en base a la “oferta ordinaria o estándar” del producto anunciado, sino considerando un precio más alto, especialmente fijado para la promoción infractora, lo cual transgrede el concepto de promoción de ventas y resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial, por lo que constituye un acto de engaño, conforme a lo establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, norma de orden público que, como se ha establecido previamente, tiene como finalidad proteger el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y, en consecuencia, proteger el interés de los consumidores y su derecho a la información.

De otro lado, respecto al argumento de la imputada sobre su derecho a fijar los precios libremente, es importante añadir a lo señalado en el párrafo precedente, que en la presente resolución de ninguna manera se está negando la facultad de las empresas o agentes económicos de fijar los precios que estimen convenientes, sino que, por el contrario, se busca fortalecer la transparencia en la información, en particular de aquella relativa a los precios anunciados como parte de una promoción de ventas, a efectos de que los consumidores no se vean engañados, al considerar que se encuentran ante un precio promocional, que les reporta una ventaja económica, cuando ello no sea cierto, en aplicación de la propia definición de promoción de ventas establecida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es importante precisar que la imputada no ha presentado medio probatorio o sustento económico alguno que justifique la subida del precio “regular” del producto anunciado, exclusivamente durante el periodo de la promoción materia de análisis, por lo que en el presente caso no existe justificación económica para el accionar de la imputada, sino una motivación exclusivamente vinculada a una estrategia comercial para obtener las preferencias de los consumidores.

Por lo expuesto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, corresponde declarar fundada la imputación hecha de oficio en contra de Tiendas Efe, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.2. Precedente de observancia obligatoria

La prohibición de difundir publicidad que vulnere el principio de veracidad contemplada en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal supone una doble protección, de acuerdo a lo establecido en su Exposición de Motivos, en tanto los actos de engaño se consideran desleales por tener un doble efecto negativo: (i) en el consumidor, quien a raíz del acto de engaño, podría adoptar una decisión de consumo que no resulta adecuada a sus intereses; y, (ii) en los competidores, quienes podrían perder la preferencia de los consumidores que desviaron su elección a favor del agente que realizó la conducta de engaño.

En particular, al ser la primera vez que esta Comisión se pronuncia sobre un caso referido a las llamadas “ofertas ficticias”, este órgano considera necesario establecer criterios de análisis para determinar si una pretendida promoción de ventas es verdadera y se ajusta a los parámetros establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

³³ Cuadro diseñado por la OEE, siendo que la información ha sido actualizada por la Secretaría Técnica.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 – Ley que aprueba las facultades, normas y organización del Indecopi³⁴, así como por lo dispuesto por el artículo 21, literal j) del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi³⁵, corresponde emitir un precedente de observancia obligatoria cuyo texto se encuentra desarrollado en la parte resolutive de la presente resolución.

Finalmente, en atención a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 – Ley que aprueba las facultades, normas y organización del Indecopi, corresponde solicitar al Consejo Directivo del Indecopi³⁶ que disponga la publicación, en el diario oficial “El Peruano”, de la presente resolución por la que se aprueba el precedente de observancia obligatoria descrito en la parte resolutive.

4.3. Graduación de la sanción

4.3.1. 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, esta 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,

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientos (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 53º.- 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.

4.3.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la leal competencia, 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 la misma.

Sobre el particular, en anteriores pronunciamientos, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado que el beneficio ilícito se obtiene del diferencial existente entre los ingresos obtenidos durante el periodo infractor y un periodo previo comparable, siendo que cuando no se pueda determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida, sea porque no se cuenta con la información necesaria

³⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 807 – DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LAS FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

³⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1033 – LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

Artículo 21.- Régimen de las Comisiones.-

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

(...)

j) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia. En caso las Comisiones de Protección al Consumidor emitan una decisión en la que establezcan un precedente de observancia obligatoria y la resolución final que lo contenga sea apelada, la Sala Especializada se pronunciará sobre el mismo al emitir su decisión final. De no interponerse recurso de apelación, las Comisiones de Protección al Consumidor remitirán de oficio el expediente concluido a la Sala Especializada de Protección al Consumidor para que se pronuncie al respecto.

³⁶ Si bien en dicho artículo se hace referencia al Directorio del Indecopi, actualmente, el órgano máximo de la Institución es denominado Consejo Directivo del Indecopi de acuerdo a lo señalado en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

para hallar el diferencial o porque este es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo los demás criterios previstos en la Ley³⁷.

En el presente caso, la Comisión considera que no corresponde graduar la sanción aplicable en base al beneficio ilícito obtenido por la realización de la conducta infractora, en la medida que no se cuenta con información referida a un periodo previo al que corresponde a la infracción. En consecuencia, a criterio de esta Comisión corresponde graduar la sanción, tomando en cuenta los otros criterios existentes para determinar la sanción aplicable a la infractora, así como la naturaleza de la infracción detectada.

De esta manera, este Colegiado considera que para graduar la sanción debe tomarse en cuenta la modalidad y el alcance de la conducta infractora, así como la duración de esta. En ese sentido, la Comisión aprecia que el anuncio publicitario infractor ha tenido un leve impacto publicitario, toda vez que, de acuerdo a lo señalado por la imputada, fue difundido a través de un anaquele en un único establecimiento, esto es Tiendas Efe de San Juan de Lurigancho, durante un periodo mínimo, esto es, desde el 1 de diciembre al 31 de diciembre de 2018 (30 días).

Asimismo, en relación con la naturaleza de la infracción, debe considerarse que el anuncio infractor ha sido capaz de inducir a error a los consumidores, respecto de las características de la promoción de ventas anunciada del producto Televisor AOC 32" (Modelo 32S5285). En efecto, la Comisión aprecia que, en el presente caso, el anuncio cuestionado generó una distorsión en el mercado en perjuicio de las expectativas de los consumidores, quienes pudieron adoptar decisiones de consumo que no habrían sido adecuadas a sus intereses, guiándose de la información difundida por la imputada a través de los anuncios que publicitaban la promoción de ventas infractora.

De otro lado, la Comisión considera que la difusión de promociones de ventas como la analizada en el presente caso, en tanto dan una falsa percepción de ahorro a los consumidores, son capaces de atraer ilícitamente clientes potenciales de los competidores de Tiendas Efe, toda vez que generan una falsa expectativa de una ventaja significativa.

Adicionalmente, la Comisión considera que 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 leal competencia, siendo que esta función se encuentra recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por lo tanto, luego del análisis de la conducta infractora y tomando en consideración los criterios establecidos por los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal para determinar la gravedad de la infracción y establecer la graduación de la sanción, la Comisión considera que, en el presente caso, la infracción debe ser considerada como leve, sin efecto en el mercado, correspondiendo aplicar al imputado una amonestación, conforme al numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

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 **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Conecta Retail S.A.

por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundió una promoción de ventas del producto Televisor AOC 32" (Modelo 32S5285), promocionando una supuesta rebaja de S/ 899 a S/ 699, lo cual daba a entender a los consumidores que estarían adquiriendo una opción más ventajosa que aquella generada por las condiciones de la oferta ordinaria; sin embargo, ello no era cierto, en tanto Conecta Retail S.A. fijó un "precio de referencia" artificialmente alto para crear una falsa percepción de ahorro en los consumidores, lo que los induciría a error.

SEGUNDO: SANCIONAR a Conecta Retail S.A. con una **AMONESTACIÓN**; y, **ORDENAR** su inscripción en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

TERCERO: Dado que a través del presente pronunciamiento se interpreta de modo expreso y con carácter general la prohibición de la difusión de publicidad engañosa, en particular, la referida a la difusión de precios o descuentos engañosos, recogida en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 -Ley de Represión de la Competencia Desleal, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley que aprueba las facultades, normas y organización del Indecopi, así como por lo dispuesto en el artículo 21, literal j) del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se **APRUEBA COMO PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA** el criterio de interpretación que se denuncia a continuación:

³⁷ Ver Resolución Final N° 139-2015/SDC-INDECOPI del 6 de marzo de 2015, correspondiente a la imputación hecha de oficio en contra de Franquicias S.A.C. tramitada en el Expediente N° 167-2013/CCD, en el que la Sala dispuso lo siguiente:

- *45. Un criterio que suele ser utilizado para graduar la sanción es el correspondiente al beneficio ilícito, esto es, la ventaja económica, calculada en base a los ingresos brutos percibidos por el infractor, estrictamente atribuible a la comisión del hecho calificado como ilícito.
46. Sin embargo, el beneficio ilícito como criterio para graduar una sanción, debe ser entendido como el diferencial positivo obtenido por el agente infractor como consecuencia de haber incurrido en la conducta contraria al ordenamiento jurídico. En otras palabras, es la ventaja económica obtenida por el infractor atribuible a la comisión del hecho calificado como ilícito.
47. No se descarta que pueda haber casos excepcionales en los que el beneficio ilícito obtenido por un agente infractor se vea materializado en una disminución en sus ventas o caída de sus ingresos, entendiéndose que -en dichos casos- la caída en las ventas e ingresos hubiese sido mayor si el agente no hubiese incurrido en infracción.
48. Sin embargo, los casos mencionados en el párrafo precedente son la excepción, siendo que la regla general en materia de graduación de la sanción es que el beneficio ilícito se vea reflejado en un incremento de las ventas o en un incremento de sus ingresos, es decir, en un diferencial positivo, obtenido como el resultado de la comparación entre un periodo previo a la comisión de la infracción y el periodo de infracción (o incluso, posterior a la infracción).
49. De lo anterior se desprende que los casos idóneos para utilizar el beneficio ilícito como criterio de graduación de la sanción son aquellos en los que, en primer término, se cuente con información de los ingresos obtenidos por el infractor en periodos comparables (antes y durante la infracción); luego de ello, se deberá verificar que como resultado de dicha comparación se obtenga un diferencial positivo que refleje un incremento en las ventas o un incremento en los ingresos del infractor.
50. De no ser así, ya sea porque no se cuenta con dicha información (por ejemplo, debido a que se trata de un producto nuevo y no existe un periodo previo con el cual comparar) o porque el diferencial es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo otros criterios, también previstos en la ley."

1. Las promociones de ventas son todas aquellas acciones destinadas 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 o estándar. Pueden consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares.

2. Los actos de engaño tienen como efecto inducir a error a otros agentes en el mercado sobre distintos 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. Entre los atributos sobre los que se puede inducir a error se encuentran el precio y las condiciones de venta o adquisición, elementos constitutivos de las promociones de ventas.

3. En tal sentido, cuando un agente económico desarrolla o ejecuta una promoción de ventas constituida por un descuento de precio o porcentaje de este, o alguna modalidad equivalente, debe cumplir con que sea excepcional y temporal, así como con que sea calculado o referenciado respecto de la oferta ordinaria o estándar, de lo contrario estaría desnaturalizando el concepto mismo de promoción de ventas e incurriendo en un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, afectando los intereses económicos de los consumidores al generarles una falsa percepción de ahorro o beneficio económico, afectando gravemente sus intereses, así como los de los proveedores que, de manera honesta y transparente, cumplen con ofrecer genuinas promociones de ventas que implican beneficios reales para los consumidores, al ver desviada la demanda deslealmente y en su perjuicio. Las promociones de ventas ficticias también afectan el orden público económico ya que resultan diametralmente opuestas a la competencia por eficiencia y a la transparencia en la información que debe existir en el mercado.

4. Para determinar el valor de la oferta ordinaria o estándar se deben identificar las condiciones, en particular, el precio, con las que usualmente se ofrece el producto o servicio materia de la promoción de ventas

investigada y compararlas con las condiciones que sirven como base de cálculo de esta. Por ejemplo, si la promoción de ventas consiste en la reducción del precio respecto de un "precio referencial", se debe analizar si en el período inmediatamente anterior a la promoción dicho precio se encontraba vigente o existía un precio distinto, además se deberá analizar el período de tiempo en el que estuvo vigente el precio anterior o si estuvieron vigentes precios distintos para determinar las fluctuaciones de precio en el mercado materia de análisis. Sin perjuicio de lo expuesto, las empresas investigadas pueden presentar medios probatorios o sustentos económicos que justifiquen la subida del precio "regular" del producto o servicio analizado durante el período de la promoción materia de análisis.

5. Es importante resaltar que el presente precedente de ninguna manera está negando la facultad de las empresas o agentes económicos de fijar los precios que estimen convenientes, sino que, por el contrario, busca fortalecer la transparencia en la información de los precios, en particular de los precios anunciados como parte de una promoción de ventas, a efectos de que los consumidores no se vean engañados, al considerar que se encuentran ante un precio promocional, que les reporta una ventaja económica, cuando ello no sea cierto, en aplicación de la propia definición de promoción de ventas establecida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

CUARTO: Solicitar al Consejo Directivo del Indecopi que disponga la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano".

Con la intervención de los señores comisionados:
Javier Pazos Hayashida, Ana María Capurro Sánchez, Galia Mac Kee Briceño y Andrés Escalante Márquez.

JAVIER PAZOS HAYASHIDA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

2031688-1

El Peruano

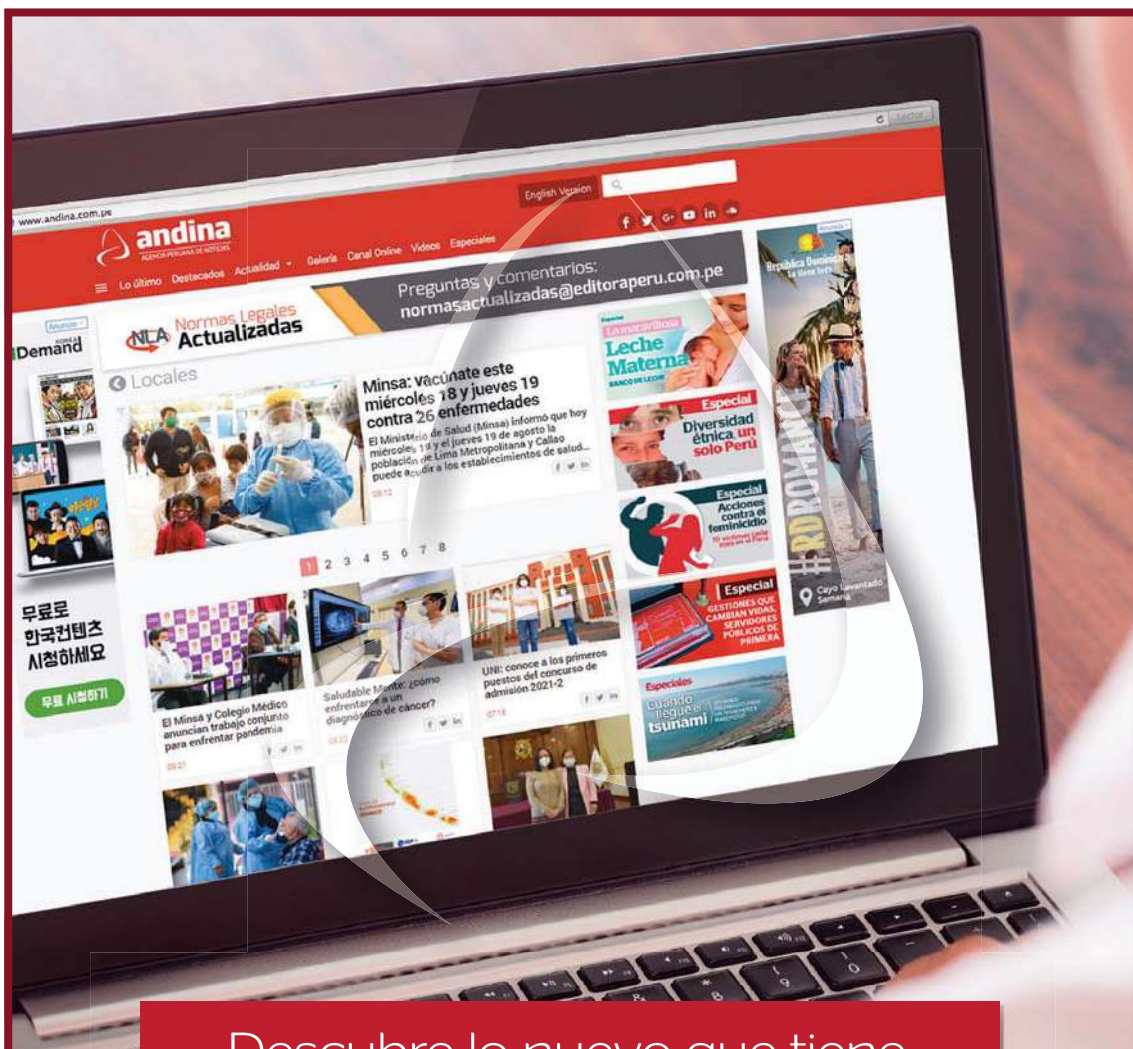
FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

FE DE ERRATAS

Se comunica a las entidades que conforman el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Organismos constitucionales autónomos, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, que conforme a la Ley N° 26889 y el Decreto Supremo N° 025-99-PCM, para efecto de la publicación de Fe de Erratas de las Normas Legales, deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. La solicitud de publicación de Fe de Erratas deberá presentarse dentro de los 8 (ocho) días útiles siguientes a la publicación original. En caso contrario, la rectificación sólo procederá mediante la expedición de otra norma de rango equivalente o superior.
2. Sólo podrá publicarse una única Fe de Erratas por cada norma legal por lo que se recomienda revisar debidamente el dispositivo legal antes de remitir su solicitud de publicación de Fe de Erratas.
3. La Fe de Erratas señalará con precisión el fragmento pertinente de la versión publicada bajo el título "Dice" y a continuación la versión rectificada del mismo fragmento bajo el título "Debe Decir"; en tal sentido, de existir más de un error material, cada uno deberá seguir este orden antes de consignar el siguiente error a rectificarse.
4. El archivo se adjuntará en un cd rom o USB con su contenido en formato Word o éste podrá ser remitido al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe

GERENCIA DE PUBLICACIONES OFICIALES



Descubre lo nuevo que tiene **andina.pe**

- Publica tus avisos en nuestra **web** y en **versión mobile**.
- Te ofrecemos servicios de **coberturas especiales** y **transmisiones en vivo**.
- Explora nuestros **programas** y **microprogramas** en Andina Canal Online.



CONTACTO COMERCIAL

☎ 996 410 162 ☎ 915 248 092
✉ ventapublicidad@editoraperu.com.pe

Redes Sociales:



Av. Alfonso Ugarte N° 873 - Lima
Central Telefónica: (01) 315-0400

