



Resolución

Nº 081-2010/CCD-INDECOPI

Lima, 5 de mayo de 2010.

EXPEDIENTE Nº 161-2009/CCD

IMPUTADA : MONTECRISTO EDITORES S.A.C.
(MONTECRISTO)
MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : PRENSA ESCRITA

SUMILLA: *Se declara FUNDADA la imputación hecha de oficio contra Montecristo por infracción al principio de adecuación social, conforme a la tipificación establecida en el inciso b) del artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se SANCIONA a Montecristo con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.*

Finalmente, se ORDENA a Montecristo, en calidad de medida correctiva, el CESE DEFINITIVO e INMEDIATO de la difusión de los anuncios infractores y de cualquier otro similar, en tanto promocionen servicios de contenido erótico a través de medios de prensa escrita cuya circulación no se encuentre restringida para público adulto.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución de fecha 22 de julio de 2009, la Secretaría Técnica imputó a Montecristo la presunta infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso b) del artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), debido a que habría difundido, el día 6 de febrero de 2010, diversos anuncios que promocionaban servicios de contenido erótico en los diarios "Todo Sport", "El Chino" y "El Men", medios cuya circulación no se encuentra restringida para adultos sino que se encuentra a disposición del público en general.

Con fecha 14 de agosto de 2009, Montecristo presentó su escrito de descargo señalando que el criterio de la Comisión para imputar la presunta infracción al principio de adecuación social no tendría concordancia con la finalidad de protección establecida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. De acuerdo con la imputada, el bien jurídico protegido por la referida Ley sería el proceso competitivo, por lo cual la resolución que le imputó los cargos debió explicar cómo los anuncios imputados afectarían o impedirían el adecuado proceso competitivo. Asimismo, Montecristo indicó que, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el elemento determinante de un acto de competencia desleal sería la contravención a la buena fe comercial objetiva, por lo que la Secretaría Técnica debió también demostrar la afectación a los proveedores, consumidores o al orden económico en el mercado a través de las conducta presuntamente ilícita.

Por otro lado, la imputada manifestó que los anuncios imputados no habrían sido publicados en las carátulas de sus diarios, asimismo habría consignado que los anuncios estarían dirigidos sólo a adultos. Adicionalmente, Montecristo señaló que del texto de los referidos anuncios publicitarios no se verificaría la utilización de terminología pornográfica o sexo explícito, como habría manifestado la Comisión, por lo que no se podría concluir que la referida publicidad haría referencia explícita a contenido erótico. Finalmente, la imputada señalaría que no se podría restringir el derecho que tienen los anunciantes de transmitir sus mensajes de acuerdo a sus criterios comerciales, con lo cual la Comisión realizaría una interpretación arbitraria del artículo 18 de la Ley de Represión de Competencia Desleal con la finalidad de definir los anuncios imputados como de contenido erótico.

Mediante Carta N° 025-2010/CCD-INDECOPI de fecha 19 de febrero de 2010, se designó a un representante de la Secretaría Técnica para que realice una inspección vía telefónica, con la finalidad de constatar que los números telefónicos publicitados en los anuncios materia de imputación, corresponderían a números de contacto para la prestación de servicios de contenido erótico. Al respecto, mediante Acta de Inspección Telefónica de fecha 19 de febrero de 2010 se habría comprobado que los servicios ofrecidos en los anuncios imputados eran de contenido erótico, dado que se ofrecían servicios sexuales.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS ANUNCIOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

2.1. En el diario “Todo Sport”



2.2. En el diario “El Chino”



2.3. En el diario “El Men”



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

1. La presunta infracción al principio de adecuación social.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dispone que la publicidad deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio.¹ Asimismo, en cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.²

Por lo tanto, para determinar si un anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

¹ Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacífico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

² Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradevco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.

4.2. La presunta infracción al principio de adecuación social

4.2.1. Normas y criterios aplicables

La libertad que poseen los anunciantes y los medios de comunicación social para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política de 1993 establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.³ Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.⁴

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, entre las cuales se encuentra el denominado principio de adecuación social, establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;
- b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.”

En tal sentido, el propósito de esta norma es establecer una restricción a los anunciantes y a los medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios. En el primer supuesto, referido a publicidad que induce a sus destinatarios a cometer actos ilegales o actos de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, la restricción será absoluta prohibiéndose su difusión. En el segundo supuesto, referido a publicidad que promociona servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto, su difusión se permitirá únicamente a través de prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas. Así, el propósito de esta norma es establecer una restricción a los anuncios y medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios a fin de asegurar que la difusión de los mismos esté circunscrita al público adulto.

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

De lo expuesto anteriormente se desprende que la norma de difusión a la cual se ha hecho referencia anteriormente, por sí misma, exige comprobar el hecho objetivo de la difusión de publicidad de servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto para determinar la existencia de una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En este punto, resulta pertinente señalar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal también dispone lo siguiente:

“Artículo 23.- Asignación de responsabilidad.-

(...)

23.2.- Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos.

Esta responsabilidad, es independiente de aquella que corresponde al anunciante.

(...)”

Al respecto, luego de un análisis de la norma transcrita, se desprende que a fin de garantizar el cumplimiento de las normas que restringen la difusión de este tipo de anuncios, la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha extendido la responsabilidad, en caso de incumplimiento, a los titulares de los respectivos medios de comunicación social, debido al hecho de que están en mejor capacidad de controlar la difusión de los anuncios que promocionan servicios eróticos, pudiendo evitar de manera más eficiente la difusión de dicho tipo de anuncios, o adecuar su difusión a los mandatos establecidos por la ley.

Finalmente, cabe señalar que para evaluar la comisión de actos contra el principio de adecuación social, conforme se ha descrito, habrá que considerar cómo interpretaría los anuncios cuestionados un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.1 precedente.

4.2.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica imputó a Montecristo la presunta infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido, el día 6 de febrero de 2010, diversos anuncios que promocionaban servicios de contenido erótico en los diarios “Todo Sport”, “El Chino” y “El Men”, medios cuya circulación no se encuentra restringida para adultos sino que se encuentra a disposición del público en general.

Por su parte, Montecristo señaló que el criterio de la Comisión para imputar la presunta infracción al principio de adecuación social no tendría concordancia con la finalidad de protección establecida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. De acuerdo con la imputada, el bien jurídico protegido por la referida Ley sería el proceso competitivo, por lo cual la resolución que le imputó los cargos debió explicar cómo los anuncios imputados afectarían o impedirían el adecuado proceso competitivo. Asimismo, Montecristo indicó que, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el elemento determinante de un acto de competencia desleal sería la contravención a la buena fe comercial objetiva, por lo que la Secretaría Técnica debió también demostrar la afectación a los proveedores, consumidores o al orden económico en el mercado a través de las conducta presuntamente ilícita.

Por otro lado, la imputada manifestó que los anuncios imputados no habrían sido publicados en las carátulas de sus diarios, asimismo habría consignado que los anuncios estarían dirigidos sólo a adultos. Adicionalmente, Montecristo señaló que del texto de los referidos anuncios publicitarios no se verificaría la utilización de terminología pornográfica o sexo explícito, como habría manifestado la Comisión, por lo que no se podría concluir que la referida publicidad haría referencia explícita a

un contenido erótico. Finalmente, la imputada señalaría que no se podría restringir el derecho que tienen los anunciantes de transmitir sus mensajes de acuerdo a sus criterios comerciales, con lo cual la Comisión realizaría una interpretación arbitraria del artículo 18 de la Ley de Represión de Competencia Desleal con la finalidad de definir los anuncios imputados como de contenido erótico.

Cabe señalar, que Mediante Carta N° 025-2010/CCD-INDECOPi de fecha 19 de febrero de 2010, se designó a un representante de la Secretaría Técnica para que realice una inspección vía telefónica, con la finalidad de constatar que los números telefónicos publicitados en los anuncios materia de imputación, corresponderían a números de contacto para la prestación de servicios de contenido erótico. Al respecto, mediante Acta de Inspección Telefónica de fecha 19 de febrero de 2010 se habría comprobado que los servicios ofrecidos en los anuncios imputados eran de contenido erótico, dado que se ofrecían servicios sexuales.

Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios cuestionados, la Comisión aprecia que las afirmaciones utilizadas en los anuncios imputados informan a los consumidores, de manera clara y directa, que el servicio promocionado es de contenido erótico. Así, el empleo de frases tales como *“KIRYA Tiernas y provocativas chibolitas, super fogosas y juguetonas, dispuestas a hacer realidad todas tus fantasías. Las 24 horas (...); “CONEJITAS Nuevas tiernas y provocativas (18) super complacientes atienden las 24 horas S/. 50 (...); y, “ALEJANDRA Nueva principiante 19 años trato de pareja Hoteles y hostales C/dpto. privado San Isidro S/. 60 (...),* acompañadas de imágenes de mujeres en prendas ligeras e inclusive semidesnudas, es capaz de evocar en los consumidores que el servicio brindado tiene un contenido erótico. En otras palabras, de la forma en que es presentada la publicidad en cuestión, un consumidor entiende que el servicio ofertado tiene como finalidad un estímulo de naturaleza erótica o sexual.

En este punto, se debe considerar que una interpretación distinta a la indicada en el párrafo precedente, no estaría conforme al análisis superficial e integral que realizan los consumidores respecto de la publicidad que perciben en el mercado, ya que resultaría alambicada o forzada, teniendo en cuenta que los anuncios investigados aluden directamente a servicios de naturaleza erótica o sexual. De otro lado, Montecristo no ha presentado medio probatorio alguno que genere una duda razonable sobre la naturaleza erótica o sexual de los servicios publicitados en los anuncios investigados, sino que simplemente se ha limitado a señalar que la interpretación de la Secretaría Técnica, en la Resolución de fecha 22 de julio de 2009, sería arbitraria y restrictiva de sus derechos como anunciante, a pesar de que la imputación de cargos explica de manera clara y sucinta los argumentos fácticos y jurídicos que la sustentan. Por el contrario, la Secretaría Técnica, mediante Acta de Inspección Telefónica de fecha 19 de febrero de 2010, comprobó que los servicios ofrecidos en los anuncios imputados eran de contenido erótico, dado que se ofrecían servicios sexuales, con lo cual no existe duda del tipo de servicios que fueron ofertados mediante los referidos anuncios.

Cabe señalar, que Montecristo ha sostenido que la Secretaría Técnica no habría establecido de qué forma los anuncios imputados perjudicarían el proceso competitivo y serían contrarios a la buena fe comercial, ello en consideración a que, según dicha empresa, la difusión de los referidos anuncios no perjudicaría a sus competidores, proveedores o consumidores. Al respecto, la Comisión considera necesario recalcar que lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal responde al mandato contenido en el artículo 59 de la Constitución Política de 1993, por el cual el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, dentro de límites tales como que el ejercicio de dichos derechos no resulte lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública. En tal sentido, el derecho de los anunciantes a difundir publicidad respecto de sus productos o servicios debe realizarse dentro de los límites establecidos por la propia Constitución, los cuales, en el caso de la publicidad, se encuentran recogidos en diversas disposiciones de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, entre ellas el artículo 18 de dicho cuerpo normativo. Por dicha razón, el ejercicio de la libertad de expresión de los anunciantes

debe ceñirse a lo dispuesto en las disposiciones de la referida Ley, sin importar si dicho ejercicio implica un efectivo perjuicio a los competidores, proveedores o consumidores de los productos o servicios que ofrece en el mercado.

Por tal motivo, en consideración de los hechos imputados, la Comisión estima pertinente reiterar que, conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, constituye un acto contra el principio de adecuación social, “[p]romocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas”.

En tal sentido, la aplicación de dicho dispositivo legal obliga a la Comisión a exigir a los anunciantes y los medios de comunicación que cumplan con lo dispuesto en el mismo, sin analizar si la infracción a dicha norma implica un beneficio para el anunciante o el medio de comunicación o, en todo caso, un perjuicio a los consumidores. En consecuencia, para determinar la existencia de una infracción al principio de adecuación social, corresponde a la Comisión verificar la sola trasgresión al texto de la norma correspondiente, para lo cual bastará que en un anuncio se promocionen servicios de contenido erótico para que le sea exigible, al medio de comunicación social, la prohibición de difundir este tipo de publicidad en prensa escrita que no esté restringida para adultos.

Consecuentemente, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Comisión aprecia que los anuncios imputados promocionaban servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto, en tanto fueron difundidos a través de los diarios “Todo Sport”, “El Chino” y “El Men”, cuya circulación no se encuentra restringida para público adulto, sino que se expende al público en general, lo que constituye una trasgresión directa al mandato establecido en el inciso b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Cabe precisar, que Montecristo sostuvo que los anuncios imputados se difundieron con la indicación de que se trataba de publicidad sólo para adultos, sin embargo de las pruebas que obran en el expediente se aprecia que dicha indicación se realizó sólo en el diario “El Chino”, en la parte superior de los referidos anuncios. En tal sentido, para la Comisión, la indicación descrita no es suficiente, toda vez que el referido diario es puesto a disposición del público en general sin restricción alguna.

Por lo tanto, la Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación hecha de oficio por infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.3. La pertinencia de ordenar una medida correctiva

De conformidad con el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPÍ⁵ que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

⁵ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

En el presente caso, ha quedado acreditado que la imputada difundió diversos anuncios que infringieron el principio de adecuación social, conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que anuncios de naturaleza similar sean difundidos en otra oportunidad, justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.4. Graduación de la sanción

4.4.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe lo siguiente en su artículo 52:

“Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

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

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.”

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 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.”

4.4.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la actividad publicitaria, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe empresarial, ordenar la imposición de una sanción a la infractora, así como graduar la misma.

Al respecto, para graduar la sanción, la Comisión ha tomado en cuenta, a efectos de determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida, el íntegro del monto de los ingresos obtenidos por la publicación de los anuncios infractores durante el período de difusión de los mismos, información que ha sido declarada confidencial. Sobre este punto, la Comisión considera pertinente precisar que en el presente caso, dada la naturaleza de la infracción cometida, los ingresos obtenidos por Montecristo no podrían haber sido generados como consecuencia de la aplicación de factores de competitividad, sino que por el contrario, dichos ingresos son consecuencia directa de la conducta infractora.

De otro lado, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, información que obra en el cuaderno de confidencialidad del expediente, la Comisión aprecia que los referidos anuncios han tenido un considerable impacto publicitario, lo que constituye un factor de agravación de la presente infracción.

Aunado a lo anterior, la Comisión también ha considerado, como factor agravante, que los anuncios infractores han transmitido a los lectores de los mencionados diarios, entre los cuales se podrían encontrar menores de edad, información referida a servicios de contenido erótico, lo cual pudo haber ocasionado que dichos menores accedan a los mismos, configurándose el hecho que la norma pretende evitar. En razón a ello, la dimensión del mercado afectado es considerable, atendiendo al hecho de que el servicio anunciado se encuentra a disposición de cualquier consumidor, principalmente, en quioscos.

Asimismo, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por ello, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como leve con efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, conforme al artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma que no supera el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.



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 contra Montecristo Editores S.A.C. por la infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso b) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: SANCIONAR a Montecristo Editores S.A.C. con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: ORDENAR a Montecristo Editores S.A.C. en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de los anuncios infractores y de cualquier otro similar, en tanto promocionen servicios de contenido erótico a través de medios de prensa escrita cuya circulación no se encuentre restringida para público adulto.

CUARTO: ORDENAR a Montecristo Editores S.A.C. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Carlos Cornejo Guerrero, Luis Concha Sequeiros, Ramón Bueno-Tizón Deza y Alfredo Castillo Ramírez.

CARLOS CORNEJO GUERRERO
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal