



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO SOBRE EXPEDIENTE N° 024-
2021/CCD**



**PRESENTADO POR
BENJAMIN ELIAS HERNANDEZ PENAS**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2024



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 024-2021/CCD

Materia : Competencia Desleal

Entidad : INDECOPI

Bachiller : Hernandez Penas, Benjamin Elias

Código : 2015102723

LIMA – PERÚ

2024

El presente informe académico desarrolla un análisis del expediente administrativo sancionador N° 024-2021/CCD, expediente que trata sobre presunta infracción al principio de adecuación social, regulado en el artículo 18 del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en tanto la empresa denunciada habría realizado un supuesto acto de discriminación al género femenino, al promocionar la frase “lleva un sánduche para tu esposo, p’ que sepa dónde estabas y no se ponga celoso”, promoviendo, según la denunciante e Indecopi, estereotipos dañinos para la sociedad que fomentan comportamientos contrarios a la ley.

Este informe académico tiene como finalidad analizar la idoneidad de tener un sistema predictivo en materia de publicidad comercial subjetiva toda vez que cada publicidad tiene elementos distintos que forman una interpretación distinta y no debería seguir lineamientos de otras resoluciones, desincentivando y perjudicando la libre competencia. Así mismo, se analiza si realmente existió un acto de discriminación, elemento complejo de determinar toda vez que se encuentra en la esfera de la subjetividad humana.

NOMBRE DEL TRABAJO

HERNANDEZ PENAS.docx

RECUENTO DE PALABRAS

7195 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

32 Pages

FECHA DE ENTREGA

Nov 28, 2023 8:44 AM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

39235 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

97.6KB

FECHA DEL INFORME

Nov 28, 2023 8:45 AM GMT-5**● 9% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 9% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 6% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

Dr. GINO RIOS PATIO
Director del Instituto de Investigación Jurídica

GRP/
REB

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS Y PRETENSIONES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO | 4 |
| I.I. DENUNCIA A PEDIDO DE PARTE REALIZADA POR LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES “NOUVELLE DÉFENSE – NV DÉFENSE” | 4 |
| I.II. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DENUNCIA | 5 |
| I.III. DESCARGOS DE LUCHA PARTNERS S.A.C. | 6 |
| I.IV. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL | 8 |
| I.V. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LUCHA PARTNERS | 12 |
| I.VI. PROVEÍDO NÚMERO 1 | 13 |
| I.VII. DESCARGOS REALIZADOS POR NV DÉFENSE | 13 |
| I.VIII. RESOLUCIÓN DEL LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL | 14 |
| II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS | 16 |
| II.I ¿NV Défense debió solicitar una sanción similar como en la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI? | 16 |
| II.II. ¿Es legal utilizar comentarios o posts de terceros publicados en redes en un procedimiento administrativo? | 16 |
| II.III. ¿Existió realmente discriminación? | 17 |
| III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS | 17 |
| III. I. ¿NV Défense debió solicitar una sanción similar como en la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI? | 17 |

| | |
|--|----|
| III.I.I. Aplicación de la predictibilidad al caso materia de expediente. | 18 |
| III.I. II. ¿Debemos hacer predecible lo que sucederá en el campo de competencia desleal en temas de publicidad subjetiva?..... | 20 |
| III.II. ¿Es legal utilizar comentarios o posts de terceros publicados en redes en un procedimiento administrativo?..... | 21 |
| III.II.I. Idoneidad de utilizar comentarios o posts de terceros en un procedimiento administrativo..... | 22 |
| III.III. ¿Existió realmente discriminación?..... | 23 |
| IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS..... | 26 |
| V. CONCLUSIONES..... | 27 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA | 29 |

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS Y PRETENSIONES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I.I. DENUNCIA A PEDIDO DE PARTE REALIZADA POR LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES “NOUVELLE DÉFENSE – NV DÉFENSE”

Con fecha 14 de marzo del 2021 se registra, mediante mesa de partes virtual, el documento derivado por parte de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES “NOUVELLE DÉFENSE – NV DÉFENSE”, teniendo como número de cargo el código “2021-V01-050512”. En este documento se presenta ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, en adelante “La Secretaría Técnica” la denuncia por supuestos actos de competencia desleal realizados por Lucha Partners S.A.C. en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, tipificado en el literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal del 2008, Nouvelle Défense toma conocimiento el 14 de marzo mediante la red social Facebook que la empresa La Lucha realizó una publicidad en el frontis de su local, colocando la siguiente frase:

“Lleva un sánduche para tu esposo p’ que sepa dónde estabas y no se ponga celoso. No olvides las papitas”. Sobre este anuncio publicitario, Nouvelle Défense considera que la frase en cuestión “conlleva una connotación sexista, asumiendo que el género femenino debe justificar ante su pareja donde se encontraba y que acciones realizaba mientras se encuentran separados, considerando que la mujer se encuentra subordinada a su pareja”¹. Nouvelle Défense considera además que, realizando un análisis de la

¹ Expediente 024-2021/CCD, Folio 3.

publicidad de manera integral de acuerdo al artículo 21 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, “el consumidor queda influenciado al captar el referido mensaje, de manera que con este anuncio publicitario se está induciendo a los consumidores a cometer actos ilegales y ofensivos por motivo de sexo contra las mujeres”², contraviniendo la Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar“, “normalizando patrones de violencia de género y reforzando estereotipos de género”³ y contraviniendo el principio de adecuación social regulado en el artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal del 2008,. En virtud a ello, NOUVELLE DÉFENSE – NV DÉFENSE solicita:

1. El cese inmediato de la difusión de la publicidad de LUCHA PARTNERS S.A.C.
2. Sancionar a Lucha Partners S.A.C con una multa ejemplar con la finalidad de evitar un supuesto similar realizado por otro competidor,
3. Ordenar el pago de costas y costos incurridos por la denunciante y
4. Un porcentaje respectivo de la multa en virtud del “Convenio de Cooperación Interinstitucional” celebrado entre la Asociación Nouvelle Défense e INDECOPI.

I.II. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DENUNCIA

Con fecha 6 de abril de 2021 se admite a trámite la denuncia interpuesta por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES “NOUVELLE DÉFENSE – NV DÉFENSE”, pues cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en la Resolución N°104-2019-INDECOPI/COD, así como con aquellos establecidos en el artículo 29 de la Ley de

² Expediente 024-2021/CCD, Folio 3.

³ Expediente 024-2021/CCD, Folio 3.

Represión de Competencia Desleal, en adelante “LRCD”. Además, propio de las facultades de la Secretaría Técnica establecidas en la LRCD, la Secretaría Técnica requiere a Lucha Partners S.A.C. lo siguiente:

1. La fecha de inicio de la difusión del anuncio publicitario materia de imputación
2. Los periodos, cantidad, medios y frecuencia de la difusión del anuncio publicitario materia de imputación
3. El monto, expresado en soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2020.

I.III. DESCARGOS DE LUCHA PARTNERS S.A.C.

Con fecha 04 de mayo del 2021 la empresa denunciada, Lucha Partners S.A.C., realiza sus descargos por mesa de partes virtual de INDECOPÍ con número de cargo “2021-V01-088040”. En la presentación de descargos como cuestión previa solicitan que la infracción imputada se ampare bajo el artículo 257, inciso f (eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones) del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante, TUO de la LPAG o TUOLPAG debido a que la empresa denunciada realizó una subsanación voluntaria el día 13 de marzo del 2021, es decir, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, mediante la cual decide retirar el anuncio publicitario. LUCHA PARTNERS S.A.C. considera que, “sin perjuicio de haber efectuado la subsanación voluntaria (...) la misma no debe entenderse como una aceptación de la presunta comisión de la infracción imputada”⁴. Adjunta evidencia fotográfica en la cual se aprecia el retiro del anuncio publicitario con la finalidad de que **se archive** el presente procedimiento toda vez que la empresa denunciada

⁴ Expediente 024-2021/CCD, Folio 38.

considera que debe ser eximido de responsabilidad administrativa por haber subsanado voluntariamente su error retirando el anuncio publicitario materia de litis. La Lucha alega que la intención de su publicidad se encuentra orientada en el siguiente contexto: “Si tu pareja no tuvo oportunidad de acompañarte a disfrutar nuestros ricos sanguचे, exprésale tu amor, llevándole uno y evita que se ponga celoso por el tan sabroso momento”⁵, motivo por el cual, “es falso que el anuncio publicitario se encuentre orientado a brindar connotaciones sexistas o discriminatorias hacia el género femenino”⁶. Para acreditar lo antes citado, Lucha Partners S.A.C adjunta capturas de pantalla de consumidores (varones y mujeres) que comentaron la publicación en la cual la empresa denunciada emite un comunicado en el cual se aprecia un apoyo por parte de muchos consumidores. Lucha Partners S.A.C considera además que es falso que la publicidad en cuestión induzca a los consumidores a cometer actos ilegales. Alega que la publicidad únicamente tenía como finalidad fomentar la acción de compartir los productos de La Lucha con familiares y amigos en caso los mismos no hayan podido acompañarlos a los locales de La Lucha, llevándoles así un producto de manera que no se pongan celosos por “haber perdido el tan sabroso momento que disfrutaron sus allegados”⁷. Lucha Partners S.A.C. considera que carece de veracidad indicar que al efectuar un análisis de la publicidad este se oriente a fomentar un comportamiento sexista hacia las mujeres. Por todo lo anterior mencionado, solicitan que se declare **infundada** la denuncia. Así mismo, otorgan toda la información requerida por INDECOPI.

⁵ Expediente 024-2021/CCD, Folio 38.

⁶ Expediente 024-2021/CCD, Folio 38.

⁷ Expediente 024-2021/CCD, Folio 38.

I.IV. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Con fecha 17 de noviembre del 2021 la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal emite la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI declarando **fundada** la denuncia presentada por NV Défense en contra de Lucha Partners S.A.C.,

Siendo cuatro las pretensiones de NV Défense y dos las pretensiones de Lucha Partners S.A.C, se otorgará una relación de los principales fundamentos que tomó la Comisión para otorgar su fallo a favor de la denunciante:

En cuanto a la presunta infracción al principio de adecuación social:

La Comisión considera que para realizar la interpretación del anuncio publicitario materia de litis debe ceñirse según el Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal del 2008, numeral 21.1 “que la publicidad debe ser evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover la compra de un producto o servicio” y al numeral 21.2 del mencionado Decreto Legislativo, el cual menciona que “la evaluación de la publicidad debe ser realizada por el contenido total del anuncio publicitario, esto es, las palabras, números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario realiza un análisis integral y superficial del anuncio publicitario”⁸. La Comisión realiza una interpretación al amparo de los referidos numerales teniendo como piedra angular a la Constitución, en sus artículos 2 inciso 4 (libertad de expresión), artículo 58 (iniciativa privada es libre dentro del marco de la Economía Social de Mercado) y artículo 59 (garantizar la libertad de empresa, comercio e industria) haciendo énfasis en que todas

⁸ Expediente 024-2021/CCD, Folio 91.

estas libertades y derechos no son totalitarios sino, por el contrario, tienen restricciones como cualquier otro derecho⁹, es decir, que no sea lesivo a la moral, a la salud ni a la seguridad pública ni a los derechos, principios y libertades recogidos en la Constitución Política, leyes y restricciones legales propias de la actividad publicitaria, entre las cuales se encuentra el principio de adecuación social¹⁰.

Sobre el Principio de Causalidad:

La Comisión señala que en el numeral 8 del artículo 248 del TUOLPAG, se establece el **principio de causalidad**, esto es, que no hace falta que el supuesto infractor tenga conocimiento (dolo o culpa) del acto realizado, basta únicamente con que lo realice, siendo la responsabilidad estrictamente objetiva. Supuesto regulado también en el artículo 7 de la LRCD, en el cual se menciona que no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre un acto de competencia desleal¹¹.

La Comisión considera además que, “**el único elemento relevante** para la configuración de un acto contra el principio de adecuación social **es el efecto que pudiera** tener la publicidad materia de análisis, **no siendo determinante la intencionalidad** de la conducta por parte del infractor”¹².

Es por ello que la Comisión considera que la pretensión de desestimar el acto de competencia desleal por falta de intencionalidad, debe ser desestimado.

⁹ Expediente 024-2021/CCD, Folio 91.

¹⁰ Expediente 024-2021/CCD, Folio 92.

¹¹ Expediente 024-2021/CCD, Folio 92.

¹² Expediente 024-2021/CCD, Folio 92.

Sobre la interpretación del anuncio publicitario:

Lucha Partners considera que la interpretación realizada por NV Défense es contraria a la finalidad, al propósito de la publicidad en cuestión, así, Lucha Partners manifestó que la publicidad no estaría orientada a fomentar un comportamiento sexista, sino que tenía como finalidad promocionar el servicio de alimentación, fomentando a los consumidores la acción de compartir sus productos con familiares y amigos cercanos. La Comisión a partir de un análisis superficial e integral de la pieza en cuestión considera que el anuncio publicitario se constituye por la frase en cuestión y un hombre con un pan en la mano y considera que, **“es capaz de colocar, mantener o reforzar en la mente de sus destinatarios estereotipos de género dañinos, que tienen el efecto de perpetuar la discriminación de las mujeres, los cuales pueden causar efectos negativos en la sociedad”**.

En cuanto a la pertinencia de aplicar el eximente de responsabilidad formulado por

Lucha Partners S.A.C:

La Comisión señala¹³ que los anuncios o campañas publicitarias no solo tienen un efecto inmediato, sino también, un efecto residual que se mantiene en el tiempo. Siendo esto un efecto residual que debe determinarse en función a la duración que tiene la publicidad en la mente de los consumidores. Motivo por el cual, la Comisión considera que no corresponde aplicar la subsanación voluntaria solicitada por Lucha Partners S.A.C., establecido en el literal f) del artículo 257 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹³ Expediente 024-2021/CCD, Folio 93.

Con respecto a otorgar una medida correctiva:

La Comisión considera que la posibilidad de presentarse una publicidad similar a la de materia de litis **justifica que se ordene** una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro¹⁴. Para esto, se remiten al numeral 55.1 del artículo 55 de la LRCD que otorga como competencia de la Comisión ordenar la medida correctiva conducente a restablecer la leal competencia en el mercado.

En cuanto al pedido de costos y costas formulado por la denunciante:

El anuncio es contrario al correcto funcionamiento de la libre y leal competencia en el mercado, por ello, la Comisión accede al pedido de NV Défense y ordena a Lucha Partners el pago de costas y costos del presente procedimiento.

Sobre la graduación de la sanción aplicable solicitada por Lucha Partners:

La Comisión considera que debe imponerse una sanción por la infracción detectada y, **que no debe graduarse la sanción en base al beneficio ilícito obtenido por la realización de la conducta infractora**, toda vez que el anuncio publicitario no tuvo lugar por un periodo prolongado en el establecimiento y por tanto, no representa mayor incremento en las ventas de sus productos, sin embargo, la Comisión considera pertinente graduar la sanción tomando en cuenta los demás criterios establecidos en la LRCD, la infracción es considerada como leve, sin efecto en el mercado.

La Comisión considera que, basándose en la motivación de esta resolución, "se han aplicado los criterios necesarios a fin de lograr la finalidad disuasiva de la sanción, considerando las circunstancias específicas del caso en concreto"¹⁵.

Por todos estos fundamentos, la Comisión resuelve lo siguiente:

¹⁴ Expediente 024-2021/CCD, Folio 93.

¹⁵ Expediente 024-2021/CCD, Folio 92.

- a. Declarar fundada la denuncia presentada por NV Défense, sancionar a Lucha Partners S.A.C. con una amonestación, y ordenar la inscripción en el registro de infractores,
- b. Ordenar, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor y de cualquier otro similar en la medida que pueda inducir a cometer actos de discriminación,
- c. Ordenar a Lucha Partners S.A.C. el pago de costas y costos incurridos por la denunciante en el trámite del procedimiento,
- d. Denegar la solicitud por parte de NV Défense sobre el otorgamiento de un porcentaje de la multa, toda vez que no se trata de una multa, sino, de una amonestación.
- e. Ordenar a Lucha Partners S.A.C. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres días, bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar la cobranza coactiva.

I.V. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LUCHA PARTNERS

Con fecha 7 de diciembre del 2021, Lucha Partners considera que la interpretación integral y superficial que desarrolló la Comisión es errónea toda vez que han considerado al logo de la empresa como parte del anuncio publicitario y se ha tergiversado la interpretación del anuncio publicitario al añadir un elemento que no debe ser considerado como parte de la interpretación integral y superficial. Además, Lucha Partners apela el hecho de que la Comisión sí consideró el material probatorio de NV Défense, referido a las capturas de pantalla de los comentarios en la publicación de Facebook que expresan rechazo al anuncio publicitario en cuestión, sin embargo, la Comisión no consideró otros

comentarios de la misma publicación y de la publicación que realizaron como parte del comunicado “A nuestros Luchadores”, ambos habiendo sido adjuntados como medios probatorios por parte de Lucha Partners S.A.C. basándose en estas capturas de pantalla de los comentarios que van en la línea del pensamiento que defiende Lucha Partners, apelan también el hecho tanto varones como mujeres pueden interpretar el sentido del mensaje, reconociéndolo y diferenciándolo claramente de un acto discriminatorio. Motivo de todo lo mencionado es que solicitan la admisión del recurso de apelación y se revoque la resolución apelada.

Con fecha 21 de diciembre del 2021 se concede el recurso de apelación presentado.

I.VI. PROVEÍDO NÚMERO 1

Con fecha 11 de marzo del 2022, el Tribunal pone en conocimiento de NV Défense que Lucha Partners S.A.C. presentó un recurso de apelación contra la Resolución N°229-2021/CCD-INDECOPI motivo por el cual debe informarse que, de considerarlo pertinente, tiene un plazo no mayor de quince (15) días hábiles para refutar.

I.VII. DESCARGOS REALIZADOS POR NV DÉFENSE

Con fecha 13 de abril del 2022, NV Défense realiza sus descargos frente al Proveído número 1, en este menciona que no apelaron debido a que la única cuestión con la que no se encontraban de acuerdo fue la sanción. Citan el conocido caso de Saga Falabella y Circus Grey, contenido en la resolución N.º 107-2019/CCD-INDECOPI con fecha 2 de julio de 2019 y comparan la cuantiosa y grave sanción (20 UIT) impuesta en este caso frente a la amonestación considerada en el presente expediente.

I.VIII. RESOLUCIÓN DEL LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Con fecha 14 de julio del 2022, mediante Resolución 0105-2022/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Defensa de la Competencia y de la Protección De la Propiedad Intelectual, en lo siguiente, “la Sala”, **confirma** la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre del 2021. La Sala evaluó lo siguiente:

1. **El bien jurídico protegido** al momento de sancionar la publicidad capaz de inducir a cometer cualquier conducta ofensiva o discriminatoria, **es la dignidad de las personas y su condición de igualdad**, protegida a través de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución”¹⁶.
2. La Sala considera que del análisis realizado por la Comisión “no se aprecia que este haya considerado que la imagen del hombre con un pan en la mano sea el elemento del anuncio que transmita el mensaje presuntamente contrario al principio de adecuación social, sino que ello se derivaría de la frase ‘lleva un sanguiche para tu esposo p’ que sepa dónde estabas y no se ponga celoso”¹⁷.
3. La Sala considera que este anuncio tiene la potencialidad de reforzar estereotipos de género, consistentes en que la mujer se encuentra en una situación de subordinación ante la pareja.

¹⁶ Expediente 024-2021/CCD, Folio 134.

¹⁷ Expediente 024-2021/CCD, Folio 136.

4. Sobre la sanción impuesta a Lucha Partners:

La Sala observa que la Comisión tomó en cuenta los criterios de efecto y duración del acto de competencia desleal, concluyendo que dicha conducta fue leve y sin efectos en el mercado, hechos que no han sido rebatidos por la imputada en su apelación.

4.1. Sobre la medida correctiva:

Se precisa la medida correctiva desarrollada por la Comisión y se reformula de la siguiente manera: "Ordenar a Lucha Partners, en calidad de medida correctiva, que no vuelva a difundir la publicidad materia de denuncia ni otras de naturaleza similar, en la medida de que puedan inducir a la realización de actos discriminatorios contra las mujeres".

4.2. En cuanto al pago de costas y costas:

Se confirma lo resuelto por la Comisión ya que Lucha Partners no formuló argumentos que sustenten que el pago de las costas y costos no es pertinente en este procedimiento.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

II.I ¿NV Défense debió solicitar una sanción similar como en la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI?

Como se observa en las fojas 128 del expediente administrativo, NV Défense menciona que no están de acuerdo con la mínima sanción impuesta por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en adelante "la Comisión", y comparan esta sanción con la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI, donde se sancionó con 20 UIT al anunciante y a la agencia publicitaria por realizar una publicidad que atentaba contra el principio de adecuación social. Consideran que la Sala debería tener en cuenta esta resolución, ya que, aunque retiraron el material publicitario en menos de una hora, la sanción fue menor en comparación con el caso mencionado.

II.II. ¿Es legal utilizar comentarios o posts de terceros publicados en redes en un procedimiento administrativo?

En el expediente vemos cómo ambas partes sostienen que Indecopi debe considerar el sentir de la población expresado en comentarios de "posts" de Facebook como prueba. Sobre esto, considero que emplear identidades de terceras personas sin su consentimiento para exponer comentarios en redes es una clara vulneración de sus datos personales. Además, no se están respetando otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, de acuerdo con nuestra Constitución y la Ley de Protección de Datos Personales. Por lo tanto, es necesario fundamentar legalmente si es pertinente que una empresa y una asociación de consumidores empleen comentarios de supuestas personas para respaldar su caso, especialmente cuando se trata de divulgar fotos, nombres y expresiones realizadas extrajudicialmente.

II.III. ¿Existió realmente discriminación?

Este es el principal problema jurídico que debemos abordar, no solo porque es el hecho denunciado, sino porque engloba mucho más allá de un supuesto acto de competencia desleal. Como hemos visto a lo largo del informe jurídico, la frase "Lleva un sandwich para tu esposo, p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso" ha llevado a numerosas interpretaciones, tanto por parte del denunciante, del denunciado y de Indecopi. Encuentro la necesidad de analizar este problema jurídico ya que nos enfrentamos a una exteriorización objetiva de un pensamiento subjetivo, denominado "publicidad" en la modalidad de "anuncio publicitario". La publicidad es, en esencia, una obra de arte, salvo su distinto régimen legal. Nos encontramos, por un lado, con el derecho a la libertad de expresión, protegido constitucionalmente, frente al derecho, también constitucional, a la igualdad y no discriminación.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

III. I. ¿NV Défense debió solicitar una sanción similar como en la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI?

Oliver Wendell Holmes Jr. (1897), "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.", considera que el derecho es, en buena cuenta, saber – profetizar - lo que las cortes determinarán, o bajo otra perspectiva filosófica, autores como Fuller, L. L. (1969), Hart, H. L. A. (1961) y Dworkin, R. (1986) consideran que el sistema jurídico tiene como importancia la predictibilidad y claridad de la ley, sin embargo, estos tres autores consideran que la predictibilidad o, la forma en cómo se interpreta el derecho tiene una gran carga moral de por medio, es la moral, aspecto netamente subjetivo en cada ser humano, lo que desarrolla la aplicación del derecho en el tiempo, es la moral lo que determina cómo juzgara y analizara un juez a la

sociedad y esta a su vez al Estado sobre lo que debería o no realizarse. Sobre esta idea, Dworkin, R. (1986), considera que es esta interpretación moral lo que aleja de la predictibilidad de las normas, tanto en su aplicación como en la interpretación que pueda tener. Así mismo, redirigiéndonos a nuestras latitudes, en el marco de la evaluación de Guzmán Napurí, C. (2009, p.21) sobre los principios administrativos del derecho, refiere que “La administración no debe hacer diferencias en razón de las personas – imparcialidad y neutralidad-, y los ciudadanos deberían, al iniciar un trámite, tener una expectativa certera de cuál será el resultado final que dicho procedimiento arrojará”. A su vez, Téllez Fernández, J. S. (2014) interpreta sobre el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, en el marco del control del poder - propio de un Estado Constitucional de Derecho - que “todo ciudadano que solicite tutela jurisdiccional efectiva -en igual condición a otro, sobre el mismo derecho y bajo los mismos supuestos fácticos– tenga derecho a una resolución final que se pronuncie en igual sentido al de su semejante.” A su vez, como anota Ramos Peña, L. A. (2011, p.9), “Al defender el pluralismo se acepta que un determinado marco normativo debe servir para la realización de proyectos políticos distintos.

De ahí que “la indeterminación y la vaguedad se haya convertido en uno de los elementos esenciales de los sistemas jurídicos actuales”. El Tribunal Constitucional respalda esta noción, al ser una parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho, en su *Expediente N° 1454-2010-PHD/TC* del 6 de agosto de 2018, “La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

III.I.I. Aplicación de la predictibilidad al caso materia de expediente.

Para esto, considero que el principio de predictibilidad tiene dos dimensiones:

- i. Supuestos previamente determinados por el Derecho, llámese, norma tipificada que tenga efectos en el tiempo mientras es realizado el procedimiento administrativo como garantía de la interdicción de la arbitrariedad y el derecho constitucional a la igualdad.
- ii. Conocimiento previsto por parte de la entidad administrativa y el administrado que debe suceder al realizarse un procedimiento administrativo de manera que crea una estabilidad previsible en el sistema jurídico sobre los acontecimientos que puedan suceder en el procedimiento administrativo.

Siendo esto así, tal y como apunta Pantigoso Villafuerte, L (2019),

“No debe descartarse el valor representado por el hecho que, desde hace algunos años, el Indecopi se ha encargado de fijar lineamientos para consumidores y proveedores, los cuales constituyen pautas que deben servir como parámetros no solo a los consumidores y proveedores, sino a los propios órganos resolutivos a nivel nacional. Sin embargo, es importante precisar ante ello, el surgimiento de la necesidad de que estos se encuentren actualizados y sean manejados por todas las instancias y órganos administrativos, existiendo coherencia entre las resoluciones expedidas.”

En casos en los cuales se analiza la publicidad bajo la óptica de la competencia desleal, considero que no es óptimo utilizar la segunda faceta de la predictibilidad toda vez que la publicidad es en esencia subjetiva. Siendo así, considero que no es adecuado comparar el acto de competencia desleal realizado por Circus Grey en la Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI con el presente caso. La publicidad alegada trata no de

discriminación al género femenino, sino, una discriminación racial, la naturaleza de la publicidad es distinta para cada caso, en el caso de Circus Grey se pretendía vender colchones, en el caso de La Lucha, hamburguesas, en el caso de Circus Grey se exhibía a otra persona que es la que de manera indirecta recibe el mensaje, en el caso La Lucha se menciona a quien va dirigido el mensaje, uno tiene una difusión mayor incorporal (Televisión e internet), y por tanto utiliza el espectro electromagnético (propiedad del estado) el otro utiliza su propio stand comercial (medio de comunicación físico). Es por ello que considero importante analizar la figura de la predictibilidad en el derecho administrativo sancionador, que tal y como he mencionado, es de gran necesidad y utilidad, pero considero que no en todas las áreas de derecho administrativo. Siendo así, se entiende que lo alegado por NV Défense es una interpretación de lo “que debería suceder” basándose en una resolución anterior. Esto es el efecto de la predictibilidad y que Indecopi, hizo bien en considerar lo contrario.

III.I. II. ¿Debemos hacer predecible lo que sucederá en el campo de competencia desleal en temas de publicidad subjetiva?

Es en la publicidad objetiva donde sí encuentro una necesaria predictibilidad. Esto debido a que en la publicidad como medio subjetivo, como exteriorización artística, propio del derecho constitucional a la libertad de expresión, no puede tener una regulación rígida, contrario sensu, la publicidad objetiva, presenta datos que deben estar acreditados y fundamentados bajo leyes de distintas materias, Si bien la finalidad de cada publicidad es promover el consumo de productos y servicios, distinto será el caso donde promuevas tus productos y servicios por acto de total creatividad que en el caso donde promuevas tus productos y servicios por actos que previamente debes obtener, evidenciar y obtener.

Es ahí que sí es necesario tener una predictibilidad, ¿cómo sabemos cuáles son todos los documentos que debemos tener para presentar una publicidad objetiva?

III.II. ¿Es legal utilizar comentarios o posts de terceros publicados en redes en un procedimiento administrativo?

La Constitución Política del Perú dispone, en el numeral 6 del artículo 2 que toda persona tiene derecho a "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar" El problema jurídico se encuentra en el marco de la capacidad probatoria que tienen ambas empresas, al tratarse de supuestas personas reales que comentan las publicaciones, las partes del procedimiento debieron haber guardado el respeto ideal a los datos privados de cada persona. Es distinto comentar una publicación en una red social para expresar la opinión de uno que saber que este comentario será parte de una denuncia administrativa. A su vez, la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales establece en su artículo 1 que tiene como objeto "garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen".

Esta finalidad se circunscribe al objeto de la Ley, establecido en el artículo 6 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, el cual menciona que: "La presente Ley es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional". Así mismo, el numeral 4 del artículo 2 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales define a los datos personales como "aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre

hábitos personales o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados. Siendo así, una red social es una identificación de una persona natural o jurídica. Para estos efectos únicamente consideraremos a las personas naturales toda vez que las opiniones realizadas en las publicaciones han sido ejecutadas por personas naturales, por tanto, las partes no debieron utilizar el nombre e imagen de las personas que han comentado sin tener una autorización previa.

III.II.I. Idoneidad de utilizar comentarios o posts de terceros en un procedimiento administrativo

Al margen de la violación de la privacidad de los ciudadanos, considero que es un despropósito emplear comentarios de redes sociales como evidencia y peor aún, solicitar que Indecopi considere estos comentarios como medios de prueba idóneos para demostrar que existe una afectación social. Los comentarios en redes sociales pueden ser desarrollados por personas con múltiples cuentas, no considero que sean una fuente legal de evidencia. Menos aún considero que sea una fuente confiable de información así, por ejemplo, el diario “El Comercio” (2023), publicó en su editorial web que el actual presidente del Congreso, el señor Alejandro Soto, que existen conversaciones de WhatsApp en donde el mencionado congresista solicita que “existen cuentas aliadas” que pueden ser utilizadas para cuidar de su imagen en redes sociales. Así mismo la misma editorial peruana, confirma que “en el 2022 casi la mitad de usuarios que navegan en internet son bots”, siendo así, debemos tomar este porcentaje como punto de partida de la poca o nula eficiencia que tiene tomar en cuenta los comentarios publicados en redes sociales, sin embargo, existen excepciones, tales como publicaciones de personas verificadas que puedan otorgar valor a las pretensiones alegadas. Valga decir, en el caso concreto, una publicación que haga referencia al presunto acto de competencia desleal

publicado en las redes sociales de personas que formen parte del procedimiento, abogados, representantes legales, dueño, gerentes, colaboradores que formen parte de la empresa denunciada o de la asociación de consumidores: Son estas opiniones expresadas por redes sociales las que sí encuentro pertinentes de analizar en el marco de una investigación sobre presuntos actos de competencia desleal toda vez que estas publicaciones o comentarios, siempre que tengan que ver con el caso de competencia desleal, son ejecutadas por personas que tienen injerencia en el caso en cuestión teniendo, en el presente caso, mayor relevancia las opiniones, comentarios o publicaciones realizadas por la empresa y sus trabajadores, toda vez que se trata de la supuesta infractora. La identidad digital es un tema que aún no se aborda en su totalidad en la legislación peruana, esto es algo previsible y normal. Como menciona Fairfield, J. (2021), la tecnología avanza tan rápido que es difícil o casi imposible regular la misma, toda vez que ello implicaría cometer errores al regular algo de manera inmediata, sin conocer sus características aplicables en la realidad y sin conocer las falencias que ha tenido cada nuevo invento o creación tecnológica o digital. Novoa Monreal, E (1975) consideraba que existe una “incongruencia entre la ley y la realidad social cambiante”. Bien consideró Indecopi, estas opiniones únicamente deben considerarse como percepciones de la sociedad frente a un caso determinado. Así mismo, tanto Indecopi como el ANPD deberían trazar límites para la aceptación de comentarios o publicaciones en redes sociales de terceras personas ajenas al procedimiento.

III.III. ¿Existió realmente discriminación?

Lo que para mí puede resultar discriminatorio, no lo será para otro, lo que como nación consideramos correcto, no lo será para otra nación. Si bien existen normas que consagran la igualdad entre todos los ciudadanos, empezando por la Constitución, el

Código Penal y distintas leyes, estas consagran el acto objetivo, el acto fehacientemente exteriorizado en la sociedad: un insulto, un gesto o palabra despectiva, falta de igualdad de oportunidades o de derechos, prohibición de utilizar alguna vestimenta, de usar un lenguaje que no sea el español, entre tantos otros. Siendo así, ¿cómo interpretamos un acto netamente subjetivo como lo es un acto publicitario?, si bien la publicidad se ejerce bajo la libertad de expresión empresarial, el cual tiene un resguardo constitucional al tratarse de un derecho anexo a la libertad de expresión, menciona la LRCD que tiene límites, tal y como cualquier otro derecho.

Si nos ceñimos a lo mencionado por la Ley en cuestión, tendríamos aún la duda de si el presente caso trata de un acto que atenta al principio de adecuación social, toda vez que se trata, supuestamente, de un caso de discriminación. Siendo así al no existir un consenso de qué es la publicidad discriminatoria, únicamente nos queda interpretar la norma, la sociedad y algunos ejemplos. El primero de ellos se trata de la publicidad realizada por la Compañía Nacional de Chocolates al publicitar su producto “Chin Chin”¹⁸. Del análisis integral y superficial de los videos, se le puede otorgar una connotación humana y racial a simples chocolates de diferentes colores. Entendiendo que cada uno tiene un diferente color y que el color en cuestión es reiteradamente “acosado”¹⁹, ¿se trata de publicidad que incita a la discriminación en contra de un determinado color de piel? Para algunos la respuesta será que sí, para otros el hecho de connotar problemas humanos a figuras inanimadas, carece de sentido. Otro ejemplo es el caso de “Colchones Drimer”²⁰, en el cual pueden y de hecho existen diferentes interpretaciones. El hecho que

¹⁸ https://www.youtube.com/watch?v=C61_ETo94yg&ab_channel=SpotMania

¹⁹ https://www.youtube.com/watch?v=QR42QN2K7_c&ab_channel=upload01

²⁰ https://www.youtube.com/watch?v=J-6ISA_8stk&ab_channel=CAF%C3%89TAIP%C3%81ConsultoresenMarketingdeReputaci%C3%B3n

la actriz “principal” nos cuente a manera de confidencia que tiene obsesiones con la limpieza y que su compañera de cuarto y ella no tengan las mismas costumbres, inició un debate que acabó en una multa de alrededor de 40 UIT a Saga Falabella y a Colchones Drimer por haber realizado y divulgado esta publicidad. ¿por qué Indecopi interpretó ello? No hay base jurídica objetiva, se trata de lo que cada órgano colegiado considere que atente a las buenas costumbres. Como vemos, es un hecho que dificulta la libertad de expresión empresarial. Tal y como menciona la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en el presente caso, el inciso a) del principio de adecuación social tiene dos ramas, (i) la inducción a cometer un acto ilegal y (ii) la inducción a cometer un acto de discriminación u ofensa²¹. Si bien tal y como menciona el órgano colegiado, la discriminación es un acto ilegal y por ende encaja en el primer supuesto, debe comprenderse que según refiere la Sala, la voluntad del legislador fue otorgarle a la discriminación una gravedad mayor. Sobre este punto, vale la pena cuestionarse: ¿no es el terrorismo un acto que engloba una gravedad mayor al igual que la discriminación?, vale decir que en la Ley de Represión de Competencia Desleal no se menciona por ninguna parte una regulación especial sobre actos de publicidad de terrorismo, sobre actos de protección a los menores mediante la publicidad o límites sobre discriminación en la publicidad, contrario a la importancia que se le otorga a regular totalmente cómo debe ser una publicidad idónea. Podría entonces, considerarse que el hecho de no regular en estricto condiciones o parámetros objetivos para poder discernir cuándo nos encontramos frente a una publicidad que aluda o motive al terrorismo, que atente contra los infantes o la discriminación no atañe mayor preocupación toda vez que debido a la

²¹ Expediente 024-2021/CCD, Folio 134.

cláusula general, al principio de adecuación social o a los actos contra el principio de legalidad podemos entender que, de existir una publicidad que aluda, exacerbe o promocióne alguna de estas conductas, podrá ser regulada a través de los principios mencionados. Empero, considero necesario regular qué aspectos debemos considerar al momento de interpretar anuncios publicitarios “especiales”, toda vez que, al ser la publicidad una expresión subjetiva con interpretación subjetiva, deben existir parámetros objetivos (elementos de convicción) que establezcan cuándo nos encontramos fehacientemente ante publicidad que debe ser regulada de manera especial.

IV. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

Por todo lo mencionado en los puntos II y III del presente informe jurídico, no me encuentro de acuerdo ni con la Resolución 0105-2022/SDC-INDECOPI de fecha 14 de julio del 2022, ni tampoco con la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI de fecha 17 de noviembre del 2021, toda vez que, a mi entender, nos encontramos frente a un vacío legal. Si bien existen principios que regulan el presente caso de competencia desleal en la Ley de Represión de Competencia Desleal, principios constitucionales que regulan la libertad de expresión y la no discriminación, principios contenidos en el Código Civil sobre la persona y qué hacer en caso de vacíos legales, leyes dedicadas únicamente a combatir la discriminación por motivo de género o sexo, todo este conglomerado de cuerpos normativos deben tener una desembocadura en común para el presente caso: una regulación para actos de publicidad discriminatoria.

Considero necesario plantear esta regulación toda vez que, si orientamos nuestro actuar jurídico sobre la interpretación de la libertad de expresión empresarial basándonos en principios como “las buenas costumbres”, “la moral” y la “adecuación social”, no tenemos

nada concreto, nada objetivo frente al comportamiento judicial cambiante por aspectos sociológicos, psicológicos o hasta institucionales. Seguir una línea de derecho sin cuestionarla puede, como en el presente caso, vulnerar los derechos de libertad de expresión de las empresas.

V. CONCLUSIONES

1. Otorgar la calidad de discriminatorio a una publicidad comercial debido a que contradice a la moral y a las buenas costumbres, carece de objetividad. La interpretación de un comentario ejercido bajo la tutela del derecho a la libertad de expresión debe tener como límite especificaciones claras que otorguen a la ciudadanía parámetros para realizar su libertad de expresión en el ámbito empresarial.
2. Debe investigarse la necesidad de regular la “discriminación publicitaria”.
3. Tanto Indecopi como el ANPD deberían trazar límites para la aceptación de comentarios o publicaciones en redes sociales de terceras personas ajenas al procedimiento.
4. La predictibilidad en el derecho es una herramienta primordial y necesaria a la hora de otorgar un fallo, interpretar un derecho e incluso en el ámbito social sirve como herramienta de parámetro de comportamiento, sin embargo, debemos saber en qué casos utilizar este principio, en el caso discutido, considero que es un despropósito utilizar casos de discriminación publicitaria y convertir la misma en un elemento predecible, pues la discriminación variará de acuerdo a cada comportamiento judicial.

5. Debemos tener en cuenta como abogados o estudiantes de derecho la parte humana de las leyes, estas no se aplican por si solas, se aplican por personas que tienen sesgos, predilecciones y comportamientos que no son ni serán totalmente objetivos. Existe una gran carga subjetiva en el derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- I. Constitución Política del Perú (1993).
- II. Decreto Legislativo 295, Código Civil (1984)
- III. Decreto Legislativo 635, Código Penal Peruano (1991).
- IV. Decreto Legislativo N°1044 “Ley de Represión de Competencia Desleal (2008)
- V. Ley 29733 (2011), Ley de protección de Datos personales
- VI. Alvim Wambier, T. (2010). La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho- Civil Law y Common Law. THEMIS Revista De Derecho, (58), 71-80. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119>
- VII. Dworkin, R. (1986). Law's Empire. Harvard University Press.
- VIII. El Comercio, (2023), “Trabajadores de Alejandro Soto usan cuentas falsas en Facebook para limpiar su imagen. “ya no son personas casi la mitad de usuarios que navegan en internet son bots”
- IX. Fairfield, J. (2021), Runaway Technology
- X. Fuller, L. L. (1969). The Morality of Law. Yale University Press.
- XI. Guzmán Napuri, C (2009) Los principios generales del derecho administrativo. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>
- XII. Hart, H. L. A. (1961). The Concept of Law. Oxford University Press.
- XIII. Hayek, F. A. (1982). Law, Legislation and Liberty. Routledge.
- XIV. Holmes Jr., O. W. (1897). The Path of the Law. Harvard Law Review.

- XV. INEI (2022), Perú: Femicidio y Violencia contra la Mujer 2015-2021. Instituto Nacional de Estadística e Informática - Plataforma del Estado Peruano (www.gob.pe)
- XVI. Novoa Monreal, E. (1975), El Derecho como obstáculo al cambio social
- XVII. Pantigoso Villafuerte, L (2019), La inaplicación del principio de predictibilidad en los procedimientos administrativos por parte del Indecopi ante los riesgos que enfrentan las entidades bancarias.
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/14709>
- XVIII. Quiñones Galindo, A.E. (2021), EL FEMINICIDIO EN EL PERÚ. El feminicidio en el Perú | Quiñones Galindo | Ñawparisun - Revista de Investigación Científica (unaj.edu.pe)
- XIX. Ramos Peña, L. A. (2011, p.9), La interpretación y aplicación del derecho. Importancia de la argumentación jurídica en un Estado de Derecho.
- XX. Téllez Fernández, J. S. (2014) LA PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.
https://renati.sunedu.gob.pe/bitstream/sunedu/1002511/1/Tellez_Fernandez_J_S.pdf
- XXI. Tribunal Constitucional (2014), EXP N.º 06129-2014-PA/TC

ANEXOS



000130

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : NOUVELLE DÉFENSE
DENUNCIADA : LUCHA PARTNERS S.A.C.
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE RESTAURANTES Y DE SERVICIO MÓVIL DE COMIDAS

SUMILLA: se CONFIRMA la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Nouvelle Défense contra Lucha Partners S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El fundamento es que Lucha Partners S.A.C. difundió un anuncio publicitario cuyo mensaje da a entender que una mujer debe informar a su esposo dónde se encuentra, lo cual implica una relación subordinada con relación al varón, reforzando en el público consumidor la realización de conductas discriminatorias hacia las mujeres, lo cual atenta contra el principio de adecuación social.

SANCIÓN: AMONESTACIÓN

Lima, 14 de julio de 2022

I ANTECEDENTES

1. El 14 de marzo de 2021, Nouvelle Défense denunció a Lucha Partners S.A.C.¹ (en adelante Lucha Partners) por la presunta infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el literal a) artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal)², señalando lo siguiente:

¹ Denuncia complementada mediante escrito del 19 de marzo de 2021.

² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
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.
(...)



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

- (i) Lucha Partners viene difundiendo un anuncio con la afirmación: "lleva un sánduche para tu esposo, p³ que sepa dónde estabas y no se ponga celoso", el cual contiene una connotación sexista. Esta afirmación da a entender que las personas del género femenino deben justificar ante su pareja dónde se encuentran y qué actividades realizan. De esta manera, se transmite la idea de que la mujer se encuentra subordinada a su pareja. Tal anuncio se aprecia a continuación:



- (ii) Mediante este anuncio, Lucha Partners induce a los consumidores a cometer actos ilegales y ofensivos contra las mujeres, contraviniendo la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; normalizando y reforzando patrones de violencia y estereotipos de género.
 - (iii) El anuncio ha generado que diversas personas se sientan afectadas y menoscabadas por la normalización de que la mujer se encontraría subordinada a su pareja, al tener que justificar su actuar ante esta última.
 - (iv) Solicita a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión), lo siguiente: (i) sancionar a Lucha Partners con una multa ejemplar; (ii) ordenar como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio materia de denuncia y de cualquier otro similar, en tanto pueda inducir a cometer actos ilegales y ofensivos por razón de sexo; y, (iii) ordenar a Lucha Partners el pago de las costas y costos incurridos en el procedimiento.
2. Por Resolución s/n del 6 de abril de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por Nouvelle Défense e

³ Obrante en las fojas 4 y 5 del expediente.

⁴ LEY 30364. LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.
Artículo 9.- Derecho a una vida libre de violencia: Las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

⁵ Adicionalmente solicitó el porcentaje respectivo de la multa que se imponga a Lucha Partners en virtud del convenio de cooperación interinstitucional firmado con el Indecopi; sin embargo, dicho pedido fue denegado por la Comisión mediante Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021. Tal extremo de la referida resolución no ha sido apelado, por lo que ha quedado consentido.



000131

imputó a Lucha Partners la presunta infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido un anuncio publicitario con la afirmación: *"lleva un sánduche para tu esposo, p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso"*, el cual conllevaría una connotación sexista, asumiendo que el género femenino debería justificar ante su pareja donde se encontraría y qué acciones habría realizado mientras se encuentran separados, por lo que se consideraría que la mujer estaría subordinada a su pareja.

3. El 6 de mayo de 2021, Lucha Partners presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - (i) El anuncio publicitario en el que se difundió la frase en cuestión -ubicado en el establecimiento "La Lucha Sanguchería Criolla" del Centro Comercial "El Polo"- fue retirado el 13 de marzo de 2021, debido a ciertas interpretaciones atribuidas a la referida frase. De ese modo, resulta de aplicación el eximente de responsabilidad administrativa por subsanación voluntaria de la conducta imputada.
 - (ii) El 15 de marzo de 2021, su empresa difundió mediante sus redes sociales un comunicado denominado "A nuestros luchadores", en el cual ofreció disculpas a quienes pudieron haberse sentido afectados por la mala interpretación de la frase en cuestión. Adicionalmente, precisó que el verdadero mensaje del anuncio era el siguiente: *"Si tu pareja no tuvo oportunidad de acompañarte a disfrutar nuestros ricos sánduches, exprésale tu amor, llevándole uno y evita que se ponga celoso por el tan sabroso momento"*. Por tanto, es falso que la publicidad se haya encontrado orientada a brindar connotaciones sexistas o discriminatorias hacia el género femenino.
 - (iii) La publicidad no induce al público consumidor a cometer actos ilegales u ofensivos por motivo de sexo contra las mujeres. Al analizar el contexto integral del mensaje publicitario, difundido para promocionar el servicio de alimentación brindado en sus establecimientos comerciales, se advierte que estaba orientado a fomentar entre los consumidores la acción de compartir sus productos con familiares y amigos cercanos.
 - (iv) Si bien el contenido del anuncio podría haberse malinterpretado y haber generado manifestaciones de incomodidad en algunas personas, también existen muchos consumidores, entre ellos un alto porcentaje de personas del sexo femenino (público presuntamente afectado), que han señalado en redes sociales que el contenido del referido anuncio no ha tenido una finalidad discriminatoria, sino más bien, de encuentro con la familia y de una invitación a compartir.



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

4. Mediante Resolución 229-2021/CCD-INDECOP del 17 de noviembre de 2021, la Comisión: (i) declaró fundada la denuncia contra Lucha Partners por infringir el principio de adecuación social; (ii) la sancionó con una amonestación; (iii) le ordenó el cumplimiento de una medida correctiva⁶; y, (iv) el pago de las costas y costos del procedimiento. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente:

Sobre los actos contra el principio de adecuación social

- (i) Si bien la publicidad bajo análisis pudo no haber tenido como finalidad inducir a cometer actos de discriminación, dicha circunstancia es irrelevante en la medida de que los actos contra el principio de adecuación social consideran como único elemento relevante para su configuración el efecto que pudiera tener la publicidad materia de análisis, no siendo determinante la intencionalidad de la conducta por parte del infractor.
- (ii) Luego de analizar de manera integral y superficial la publicidad materia de imputación, se verifica que es capaz de colocar, mantener o reforzar en la mente de sus destinatarios, estereotipos de género dañinos⁷, como perpetuar la discriminación de las mujeres. Ello, pues dicho anuncio induce a asumir que el género femenino debe justificar ante su pareja dónde se encuentra y qué acciones ha realizado mientras estén separados, por lo que considera que la mujer está subordinada a su pareja.
- (iii) Al haber visto el mensaje de toda la publicidad, la cual está compuesta por la imagen de un hombre con un pan en la mano, acompañado del mensaje "lleva un sánduche para tu esposo, p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso", se aprecia que el consumidor podría entender el trasfondo discriminatorio hacia la mujer por su condición de tal en la publicidad difundida. El destinatario de la publicidad entenderá que la mujer debe informar a su esposo en dónde se encuentra y con quién, limitando su autonomía y arraigando estereotipos de género presentes actualmente en la sociedad.
- (iv) Dicha interpretación puede ser advertida, de manera referencial, en el rechazo expresado por distintos ciudadanos a través de diversos medios (comentarios en redes sociales, publicaciones en medios digitales, entre otros) pues, luego de percibir el mensaje del anuncio, consideraron que

⁶ Consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor y de cualquier otro similar, en la medida de que pueda inducir a cometer actos de discriminación.

⁷ Al respecto, la Comisión señaló que los estereotipos de género son una visión generalizada o preconcepción de atributos, características o roles que deben cumplir las mujeres y los hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Mencionó además que la reproducción de estereotipos de género en la publicidad -así como en otros ámbitos- puede manifestarse como una práctica inconsciente, pero debe ser visibilizada y cuestionada en tanto tiene la potencialidad de reproducir las desigualdades de género; contribuir con la interiorización de que lo masculino es superior a lo femenino; y, afianzar prejuicios que se tienen de las relaciones, situaciones y personas en función de los roles que se esperan de estas (Chaher, 2016).

M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

000132

contenía mensajes discriminatorios que podrían ser replicados en la sociedad.

- (v) Cabe tener en cuenta que el Indecopi se ha pronunciado sobre este tipo de prácticas publicitarias mediante la *"Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo"*, a través de la cual se exhorta a los anunciantes a identificar los estereotipos de género que fomentan la discriminación contra las mujeres y a no emplearlos.
- (vi) Es importante tener en cuenta que los actos de discriminación no necesariamente se pueden expresar en actitudes violentas o evidentes, sino que se pueden exteriorizar en pequeñas actitudes cotidianas o en prejuicios e ideas preestablecidas, lo que lo hace más dañino y permanente, por lo que dichos esquemas mentales deben ser desterrados de nuestra sociedad, siendo la publicidad una herramienta de vital importancia para lograr dicho fin.

La Comisión también resolvió lo siguiente:

Sobre la graduación de la sanción

- (vii) No corresponde graduar la sanción con base en el beneficio económico obtenido por la difusión del anuncio materia de infracción, en la medida de que no fue difundido por un periodo prolongado (del 14 de enero al 13 de marzo de 2021). Además, tal beneficio económico no es necesariamente consecuencia directa de la conducta infractora, sino que podría haber sido generado como resultado de la aplicación de otros factores de competitividad.
 - (viii) La infracción al principio de adecuación social perjudica la estructura social que el Estado peruano se ha propuesto defender según lo estipula la Constitución Política, en cumplimiento del imperativo de proteger los derechos fundamentales de las personas.
 - (ix) No obstante, se debe considerar el comunicado emitido por Lucha Partners al público en general, en el cual se expusieron las disculpas correspondientes, en caso alguna persona se haya sentido afectada por el contenido del anuncio. Además, en dicha oportunidad la imputada informó el retiro de la referida publicidad de su establecimiento.
 - (x) En el presente caso la infracción debe ser considerada como leve, sin efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una amonestación.
5. El 7 de diciembre de 2022, Lucha Partners interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI, señalando lo siguiente

M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11

5/19

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
E-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOP/

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

- (i) Al realizar la interpretación integral y superficial del anuncio, la Comisión indicó erróneamente que el presunto mensaje discriminatorio hacia las mujeres estaría acompañado por la imagen de un hombre con un pan en la mano, la cual reforzaría el estereotipo negativo de género. No se ha tomado en consideración que dicha imagen se trata únicamente del logo de su marca "La Lucha Sanguchería Criolla", la cual tiene presencia en el mercado desde su registro en el año 2011 y que consiste en la imagen de un campesino disfrutando un sánduche.
- (ii) Para identificar los efectos del mensaje publicitario cuestionado en el público consumidor, la Comisión solo tomó en consideración los comentarios de consumidores que se encontraban en desacuerdo con el anuncio. No obstante, su empresa evidenció la existencia de mensajes de consumidores en redes sociales –entre los que se encuentra un alto porcentaje del género femenino– que manifestaron que la publicidad no generó ni fomentó discriminación, sino más bien transmitía la idea de encuentro con la familia y de una invitación a compartir un momento sabroso con sus allegados.
- (iii) Los argumentos y medios probatorios ofrecidos y no valorados por la Comisión dan cuenta de que la publicidad materia de imputación no ha tenido como efecto ni como resultado favorecer o estimular en los consumidores una conducta de tipo discriminatoria o sexista hacia el género femenino.

6. El 13 de abril de 2021, Nouvelle Défense presentó un escrito mediante el cual reiteró sus argumentos⁸.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

7. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) deberá determinar lo siguiente:
 - (i) si Lucha Partners ha incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social; y,
 - (ii) de ser el caso, si corresponde confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOP/ en los extremos que impuso a Lucha Partners una sanción de amonestación, le ordenó el cumplimiento de una medida correctiva y el pago de las costas y costos del procedimiento.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

⁸ Adicionalmente, indicó estar de acuerdo con lo resuelto por la Comisión en primera instancia, a pesar de que, a su criterio, la sanción pudo haber sido más elevada. Sin embargo, precisó que no apeló dicho extremo de la Resolución 229-2021/CCD-INDECOP/, al no ser un supuesto susceptible de ser cuestionado.



000133

III.1. Sobre los actos contra el principio de adecuación social

III.1.1 La publicidad como manifestación de la libertad de expresión y la libertad de empresa

8. El artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú (en adelante la Constitución) reconoce la libertad de expresión⁹ como un derecho de naturaleza fundamental cuyo contenido esencial es garantizar la libertad de toda persona para transmitir y difundir libremente sus ideas, opiniones o apreciaciones de naturaleza subjetiva¹⁰.
9. En ordenamientos legales comparados se ha considerado que la publicidad constituye una manifestación del derecho constitucional a la libertad de expresión¹¹. Ello, en vista de que la publicidad es una forma de expresión de naturaleza comercial mediante la cual el anunciante plasma en una comunicación pública una serie de aseveraciones y opiniones, con el objetivo de fomentar el consumo del producto o servicio anunciado.
10. Este reconocimiento de la publicidad como manifestación de la libertad de expresión incluso ha sido efectuado por órganos supranacionales. Así, a nivel de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual forma parte el Perú, la Relatoría de Libertad de Expresión emitió un Informe calificando explícitamente al discurso comercial como una manifestación empresarial de este derecho fundamental, agregando que *“la publicidad es en esencia informativa y persuasiva en intención”*.

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

(...)

¹⁰ El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-PA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra Comunicación y Servicios S.R.Ltda.), ha manifestado en el fundamento jurídico 9 que: *“(...) la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente”*. Aun cuando ambos derechos se encuentran íntimamente vinculados y cuentan con un sustrato similar, tienen un tratamiento singularizado, derivado de la propia distinción que denota el artículo de la Constitución. Esta sutil diferenciación –oportunamente advertida por el Tribunal Constitucional–, trasladada al campo de la actividad publicitaria permitiría distinguir entre anuncios que por su contenido objetivo importan una manifestación de la libertad informativa del anunciante, y anuncios que por expresar juicios subjetivos o meras opiniones caizan dentro de la libertad de expresión del agente económico.

¹¹ En el caso *Virginia State Board of Pharmacy contra Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, el Tribunal Supremo Norteamericano afirmó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda –que recoge el derecho a la libertad de expresión–, en base al interés que los consumidores tienen en la libre circulación de información de carácter comercial. Véase: TATO PLAZA, Anxo. *Publicidad Comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. En: *Actas de Derecho Industrial* N° 14, 1991-1992, pp. 169-196.

De la misma manera, la doctrina también considera la publicidad comercial como una manifestación concreta de la libertad de expresión mediante la cual se comunican ideas o juicios. Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *La Publicidad y los consumidores en el fin de siglo*. En: *Gaceta Jurídica – Actualidad Jurídica*, Tomo 60, 1998, pp. 69A-83A.



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

11. Por su parte, el artículo 58 de la Constitución establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que se ejerce en una economía social de mercado¹². Adicionalmente, el artículo 59 consagra el derecho constitucional a la libertad de empresa¹³, concepto de carácter general cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad de los agentes para crear una unidad económica, acceder al sector económico de su elección escogiendo el modelo empresarial y de gestión que deseen y realizar libremente la actividad económica emprendida¹⁴, siempre que el ejercicio de tal libertad no resulte lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.
12. Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, significa 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 los cuales se encuentra el denominado principio de adecuación social, establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁵.

¹² 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.

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
Artículo 59. Libertades de trabajo, empresa, comercio e industria.- 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 oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas su modalidades.

¹⁴ Según César Landa, "(...) el contenido esencial de la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de la producción o servicio y elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo todo ello con los procedimientos establecidos por ley. Véase: LANDA ARROYO, César. *Reforma de la Constitución Económica: Desde una perspectiva del Estado Social de Derecho*. En: *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*. Número 6. Lima, 2002, p. 226.

¹⁵ A mayor abundamiento, es pertinente mencionar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala en su artículo 19 que el desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución; no obstante, indica a su vez que el ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado. Asimismo, el artículo 20 de dicho cuerpo normativo establece que en el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida de que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 19.- Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites.-

19.1.- El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

19.2.- El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú.

Artículo 20.- Uso de licencias publicitarias.-

M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



000134

13. Lo antedicho implica que la libertad que poseen los anunciantes y los medios de comunicación social para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, dicha comunicación está sujeta a restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico y que se fundamentan en la existencia de un interés superior de la sociedad respecto a los intereses privados de los anunciantes.

III.1.2 Marco conceptual del principio de adecuación social

14. El literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁶ contempla dos tipificaciones relacionadas con la vulneración al principio de adecuación social: (i) la inducción a cometer un acto ilegal; y, (ii) la inducción a cometer un acto de discriminación u ofensa.
15. En el primer supuesto, esto es, la inducción a cometer un acto ilegal, esta manifestación debe ser entendida como una incitación efectiva a la contravención a las normas legales, esto es, a una prohibición específica contemplada en las normas constitucionales, las leyes y las normas reglamentarias.
16. En el segundo supuesto, la norma contempla la prohibición de aquella publicidad que induzca a la realización de conductas discriminatorias o de actos de ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
17. Sobre el particular, si bien existen normas específicas que prohíben la discriminación o las ofensas que se funden en la afirmación de algún patrón peyorativo y, en ese sentido, cabría afirmar que toda conducta de este tipo es finalmente ilícita y podría encontrar cobertura en el primer supuesto del literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, esta Sala aprecia que el legislador ha buscado, a través de la redacción de la norma, agregar una prohibición específica con el objeto de hacer énfasis en la importancia de valores prioritarios tales como la dignidad de la persona y la no discriminación.
18. Ahora bien, es de notar que, en este segundo supuesto, la norma señala literalmente que lo sancionable es la ofensa o acto de discriminación que se sustente en algún motivo contrario a los valores sociales, es decir, que afiance

En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.

¹⁶ DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
 Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-
 Consisten de 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; (...).



algún paradigma no deseado por la comunidad. Así pues, el bien jurídico protegido al momento de sancionar la publicidad capaz de inducir a cometer cualquier conducta ofensiva o discriminatoria, es la dignidad de las personas y su condición de igualdad, protegida a través de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución.

19. Por consiguiente, para evaluar la comisión de actos contra el principio de adecuación social, hay que considerar la forma en que un consumidor interpretaría los anuncios cuestionados, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁷.

III.1.3. Sobre el derecho a la no discriminación

20. Tal como se ha señalado precedentemente, pese a que los anunciantes se encuentran en la libertad de difundir publicidad comercial para promocionar los productos y servicios que comercializan en el mercado, utilizando los mecanismos, procedimientos y modalidades que consideren convenientes de acuerdo con sus preferencias, esta libertad no es irrestricta y debe ajustarse a los límites establecidos por el ordenamiento legal.
21. Como es sabido, el principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad y de todo Estado constitucional¹⁸. En nuestro ordenamiento, el derecho a la igualdad y consecuentemente, a la no discriminación, ha sido recogido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a no ser discriminada por su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o motivo de cualquier otra índole¹⁹, reconociéndose así el derecho a su libre desarrollo y bienestar.
22. El Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad es, por un lado, un principio rector de todo el ordenamiento jurídico, de la organización y actuación del Estado y una regla básica que este debe garantizar y preservar por ser parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. La

¹⁷ DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.
Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-
21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.
21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

¹⁸ BERNAL PULIDO, Cárlos. "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En: El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá, 2005, pág. 257.

¹⁹ CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)
2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.



000135

igualdad es también un derecho constitucional subjetivo que confiere a toda persona el derecho de ser tratada igual que los demás en relación con hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes²⁰.

23. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido la discriminación "como" toda "distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos, como la raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"²¹.
24. En relación con la no discriminación por sexo, es pertinente resaltar que la "Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo" emitida por el Indecopi (en adelante la Guía)²² ha expresado que la reproducción de estereotipos de género en la publicidad, así como en otros ámbitos, puede manifestarse como una práctica inconsciente²³.
25. La Guía señala que es importante prevenir los estereotipos de género debido a que estos fomentan y contribuyen a perpetuar la discriminación estructural, impidiendo el logro de la igualdad y su empoderamiento. Del mismo modo, indica que estereotipos de género se constituyen como patrones socioculturales discriminatorios que privilegian lo masculino por encima de lo femenino y, por tanto, son una causa de la discriminación estructural contra las mujeres²⁴.
26. Finalmente, es importante tener en cuenta que dicha guía menciona que la reproducción de estereotipos de género en la publicidad -así como en otros ámbitos- puede manifestarse de forma no consciente, pero que debe ser visibilizada y cuestionada, pues tiene la potencialidad de: (i) reproducir las desigualdades de género; (ii) contribuir con la interiorización de que lo

²⁰ Ello ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 0261-2003-AA/TC, 3533-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC, 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC.

²¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones. U.N. Doc. HR/ GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), Párr 7.

²² Elaborada por el Indecopi, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor y ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, en coordinación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), con la asistencia técnica de la Secretaría Técnica de la Comisión. Tiene como objetivo proporcionar pautas para prevenir los estereotipos de género en la publicidad y en las relaciones de consumo que fomentan la discriminación contra las mujeres, adolescentes y niñas. Publicada en marzo de 2021.

²³ En la página 9 de la referida guía, se define los estereotipos de género como una visión generalizada o preconcebida de atributos, características o roles que deben cumplir las mujeres y los hombres para ser considerados adecuados en cada sociedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

²⁴ Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo. Indecopi, Lima, Marzo 2021, página 10.



masculino es superior a lo femenino; y, (iii) afianzar prejuicios que se tienen de las relaciones, situaciones y personas en función de los roles que se esperan de estas²⁵.

27. En atención a las consideraciones precedentes, corresponde analizar si el anuncio publicitario cuestionado ha infringido lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, con relación a si es susceptible de inducir a que sus destinatarios reproduzcan en la realidad una conducta discriminatoria hacia las mujeres.

III.1.4 Aplicación al presente caso

28. En el presente caso, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Lucha Partners por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social. A criterio de la primera instancia, el anuncio difundido por la imputada era capaz de colocar, mantener o reforzar en la mente de sus destinatarios, estereotipos de género dañinos, con el efecto de perpetuar la discriminación a las mujeres. Ello, pues consideró que dicho anuncio inducía a asumir que el género femenino debería justificar ante su pareja donde se encuentra y qué acciones ha realizado mientras se encuentren separados, asumiendo que la mujer está subordinada a su pareja.
29. En su apelación, Lucha Partners sostuvo que, al realizar la interpretación integral y superficial del anuncio, la Comisión indicó erróneamente que el presunto mensaje discriminatorio hacia las mujeres estaría acompañado por la imagen de un hombre con un pan en la mano, la cual reforzaría el estereotipo negativo de género. Sin embargo, a criterio de la empresa apelante, la Comisión no habría tomado en consideración que dicha imagen sería únicamente del logo de su marca "La Lucha Sanguchería Criolla", la cual tiene presencia en el mercado desde su registro en el año 2011 y que consiste en la imagen de un campesino disfrutando un sánduche.
30. Al respecto, se advierte que en la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI la Comisión señaló lo siguiente:

RESOLUCIÓN 229-2021/CCD-INDECOPI DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

(...)

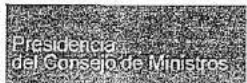
4.1.4. Aplicación al presente caso

(...)

En ese sentido, la Comisión considera que, para extraer el mensaje publicitario, se debe realizar un análisis superficial e integral de la pieza en cuestión en función a las percepciones que sobre ésta posea el público destinatario, descartando la interpretación que le otorga el propio anunciante.

En tal sentido, luego de analizar de manera integral y superficial la publicidad materia de imputación, la Comisión ha verificado, contrariamente a lo señalado por la imputada, que la publicidad cuestionada es capaz de colocar, mantener o reforzar en la

²⁵ Para tales efectos. Ibid, página 17.



000100

mente de sus destinatarios estereotipos de género dañinos, que tienen el efecto de perpetuar la discriminación de las mujeres, los cuales pueden causar efectos negativos en la sociedad, puesto que se asumiría que el género femenino debería justificar ante su pareja donde se encontraría y qué acciones habría realizado mientras se encontraban separados, por lo que se consideraría que la mujer se encontraría subordinada a su pareja.

En efecto, la Comisión luego de haber visualizado el mensaje de toda la publicidad, la cual está compuesta por la imagen de un hombre con un pan en la mano, acompañado del mensaje "lleva un sánduche para tu esposo, p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso", considera que el consumidor podría entender el trasfondo discriminatorio hacia la mujer por su condición de tal en la publicidad emitida, siendo que esta debería estar sujeta a manifestarle a su esposo en dónde se encontraba y con quién, limitando la autonomía de la mujer y arraigando los estereotipos de género que se tienen actualmente en la sociedad.

(Resaltado añadido)

31. De la revisión del análisis de la Comisión en los párrafos citados, no se aprecia que esta haya considerado que la imagen del hombre con un pan en la mano sea el elemento del anuncio que transmita el mensaje presuntamente contrario al principio de adecuación social, sino que ello se derivaría de la frase "lleva un sánduche para tu esposo, p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso".
32. En todo caso, el hecho de que la imputada no se encuentre de acuerdo con la interpretación del mensaje efectuado por la Comisión, no implica que dicho órgano resolutorio no haya realizado una adecuada evaluación integral y superficial del anuncio, conforme lo exige el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁶. Por consiguiente, al no advertirse vicio alguno en el análisis del anuncio efectuado por la Comisión, se desestima lo alegado por Lucha Partners en este punto.
33. Ahora bien, la publicidad materia de imputación²⁷ difundida en el establecimiento del restaurante "La Lucha", ubicado en el Centro Comercial "El Polo", consiste en un cartel rectangular, en cuyo extremo izquierdo se observa la imagen del que sería un campesino sonriendo y sosteniendo un sánduche²⁸ y en un fondo de color negro con letras blancas, la frase "lleva un sánduche para tu esposo". Debajo de ello, en letras de color blanco de menor tamaño, se incluye la frase "p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso". Finalmente;

²⁶ DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

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

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

²⁷ Obrante en las fojas 4 y 5 del expediente. Ver literal (i) del numeral 1 de la presente resolución.

²⁸ Imagen que, a decir de Lucha Partners, sería el logo de su marca "La Lucha Sanguchería Criolla".



en el extremo inferior derecho, se advierte la frase con letras de color blanco "no olvides las papitas".

34. De un análisis integral y superficial del anuncio cuestionado, esta Sala aprecia que la frase "lleva un sánduche para tu esposo p' que sepa dónde estabas y no se ponga celoso", transmite la idea de que las mujeres deberían justificar a su pareja en dónde se encuentran, a fin de no generarle celos. A criterio de este Colegiado, dicho mensaje es capaz de reforzar en la mente de los destinatarios de la publicidad, estereotipos de género relativos a una subordinación de las mujeres frente a sus parejas varones, lo cual puede propiciar y generar la realización de actos de discriminación.
35. En el comunicado de Lucha Partners denominado "A nuestros luchadores", difundido en sus redes sociales el 15 de marzo de 2021²⁹, la imputada señaló que el mensaje difundido mediante el anuncio en realidad era el siguiente: "Si tu pareja no tuvo oportunidad de acompañarte a disfrutar nuestros ricos sánduches, exprésale tu amor, llevándole uno y evita que se ponga celoso por el tan sabroso momento".
36. Al respecto, esta Sala no aprecia que el contenido del mensaje sea el indicado por la imputada, esto es, que los "celos" mencionados en la publicidad aludan al hecho de que el esposo no ha consumido uno de los sánduches, sino a que los aludidos "celos" serían generados por el hecho de no conocer dónde habría estado la esposa. Por lo demás, no resulta relevante legalmente la intención del anunciante al difundir su publicidad, sino el mensaje percibido por el público consumidor luego de un análisis superficial e integral del anuncio³⁰.
37. Es pertinente traer a colación la Encuesta Nacional de Relaciones Sociales (efectuada el año 2019)^{31 32}, pues en ella se comprueba la presencia de estereotipos en el Perú, los cuales vinculan a la mujer con el desarrollo de actividades domésticas y con su rol de madre de manera prioritaria frente al desarrollo de una carrera o profesión; mientras que a los hombres se le asigna el rol de proveedor, a cargo del trabajo y como jefe de familia³³. Teniendo en cuenta este contexto en nuestro país, el anuncio materia de imputación tiene la potencialidad de reforzar en los destinatarios de la publicidad, estereotipos de género consistentes en la idea de que la mujer se encuentra en una situación de subordinación a su pareja.

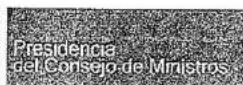
²⁹ Ver foja 48 del expediente.

³⁰ Ver nota al pie 26.

³¹ Realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

³² Cabe tener en cuenta que la realización de dicha encuesta fue anterior al período de difusión de la publicidad materia de imputación (14 de enero al 13 de marzo de 2021).

³³ Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo. Indecopi, Lima, Marzo 2021. Páginas 12 y 13.



000137

38. En su apelación Lucha Partners sostuvo que, al identificar los efectos del mensaje publicitario cuestionado en el público consumidor, la Comisión solo tomó en consideración comentarios en redes sociales en los que se advertía un rechazo del contenido del anuncio, pese a que su empresa evidenció la existencia de otros comentarios en redes sociales –también de mujeres– que manifestaron que la publicidad no generó ni fomentó discriminación.
39. Al respecto, de la revisión de los actuados del expediente, si bien se advierten comentarios en redes sociales de personas de ambos sexos que indicaron no sentirse ofendidas con el anuncio materia de cuestionamiento³⁴; también existieron diversos mensajes de personas que identificaron al anuncio como discriminatorio hacia las mujeres³⁵, así como notas en medios de comunicación en los que –incluso– se calificó al anuncio en cuestión como “machista”³⁶.
40. Por consiguiente, sin perjuicio de que algunas personas manifestaran no sentirse ofendidas con la publicidad materia de imputación, el rechazo expresado por distintos ciudadanos y medios de comunicación, pone en evidencia que la publicidad cuestionada sí era pasible de reforzar en la mente de sus destinatarios, estereotipos de género, consistentes en una supuesta subordinación de la mujer frente al hombre, en el caso concreto debiendo la primera justificar ante el segundo, dónde se encuentra, para evitar sus celos³⁷.
41. En suma, esta Sala considera que la publicidad materia de imputación fue capaz de reforzar la realización de conductas discriminatorias hacia las mujeres, pues el mensaje del anuncio cuestionado transmite la idea de que las mujeres se encuentran en una posición de subordinación respecto a los varones.
42. Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021 que declaró fundada la denuncia contra Lucha Partners por la comisión de actos de competencia desleal en la:

³⁴ Ver fojas 38, 39 y 40 del expediente.

³⁵ A manera de ejemplo, ver anverso de la foja 5 y foja 7 del expediente.

³⁶ A manera de ejemplo, ver nota de prensa virtual del 15 de marzo de 2021 del diario “La República”, denominada “Anuncio y disculpas de La Lucha normalizan el machismo, según especialista” (ver fojas de la 68 a la 72 del expediente) y nota de prensa virtual del 16 de marzo de 2021 del diario “Perú 21”, denominada “La Lucha Sanguchera y su polémica respuesta tras mensaje calificado de machista” (ver fojas de la 76 a la 79 del expediente).

³⁷ En este punto cabe tener en cuenta que el artículo 7.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que no será necesario acreditar que el acto genere un daño efectivo, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

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

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



modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.2 Sobre la sanción impuesta a Lucha Partners

43. Si bien se ha confirmado el pronunciamiento de primera instancia que declaró fundada la denuncia contra Lucha Partners por la infracción al principio de adecuación social, lo cierto es que dicha empresa no ha presentado argumentos dirigidos a cuestionar los criterios empleados por la Comisión para imponerle una sanción de amonestación³⁸.
44. No obstante, la Sala ha verificado que tales criterios utilizados por la primera instancia resultan acordes con lo establecido en los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁹, conforme se observa en el

³⁸ Los argumentos de Lucha Partners estuvieron dirigidos a cuestionar las razones por las cuales la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Nouvelle Défense, pero no los criterios de graduación empleados al sancionarla con una amonestación. Debe tenerse en cuenta que la sanción impuesta, es decir, una amonestación, es la menos gravosa del catálogo de sanciones previstas en el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

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

- 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 correspondientes 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.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

Artículo 54.- Prescripción de la sanción.-

54.1.- La acción para exigir el cumplimiento de las sanciones prescribe a los tres (3) años, contados desde el día siguiente a aquél en que la resolución por la que se impone la sanción quede firme.

54.2.- Interrumpirá la prescripción de la sanción, la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de



000135

acápite 4.5 de la resolución impugnada⁴⁰. En efecto, al graduar la sanción, la Comisión tomó en cuenta los criterios de efecto y duración del acto de competencia desleal, concluyendo que dicha conducta fue leve y sin efectos en el mercado, lo cual no ha sido rebatido por la imputada en su apelación.

45. Por consiguiente, corresponde confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI en el extremo que impuso a Lucha Partners una amonestación.

III.3. Sobre la medida correctiva

46. El artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que, además de la sanción que se imponga al responsable, la autoridad podrá dictar medidas correctivas, las que constituyen remedios conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado que se vio alterada o se encuentra amenazada por la comisión de un acto infractor⁴¹.
47. Una medida correctiva es un instrumento de corrección de aquellas conductas que afectan o pueden afectar el normal desenvolvimiento del proceso competitivo y, en ese contexto, una orden de cese supone una prohibición de la continuación de los actos infractores analizados, así como un mandato de no realización futura de dicha conducta o sus equivalentes⁴².
48. La Sala ha determinado que Lucha Partners incurrió en una infracción al principio de adecuación social mediante la difusión de un anuncio publicitario capaz de inducir a sus destinatarios a realizar una conducta discriminatoria hacia las mujeres, situándolas en una posición de subordinación frente a los varones. Si bien la infractora ha manifestado que la publicidad materia de imputación fue retirada de su establecimiento el 13 de marzo de 2021⁴³, cabe

ejecución coactiva. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento de ejecución coactiva permaneciera paralizado durante más de treinta (30) días hábiles por causa no imputable al infractor.

⁴⁰ Ver fojas 112 y 113 del expediente.

⁴¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 55.- Medidas correctivas

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, empaques, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; c,
g) La publicación de la resolución condenatoria.

⁴² Al respecto, ver Resolución 28-2019/SDC-INDECOPI del 12 de febrero de 2019.

⁴³ A fin de acreditar dicha alegación, Lucha Partners presentó fotografías -adjuntas a su escrito de descargos- en las que se aprecia el retiro y destrucción del anuncio materia de imputación. Al respecto, ver fojas 46 y 47 del expediente.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

reiterar que toda medida correctiva tiene como finalidad restablecer la leal competencia en el mercado, objetivo que se garantiza previniendo que el acto infractor vuelva a cometerse a futuro, de manera que la imputada no incurra nuevamente en dicha infracción.

49. Considerando lo antes expuesto y los hechos de este caso en concreto, corresponde precisar la medida correctiva a cargo de la empresa denunciada, la cual queda establecida en los siguientes términos:

“Ordenar a Lucha Partners, en calidad de medida correctiva, que no vuelva a difundir la publicidad materia de denuncia ni otras de naturaleza similar, en la medida de que puedan inducir a la realización de actos discriminatorios contra las mujeres.”

III.4 Sobre el pago de las costas y costos del procedimiento

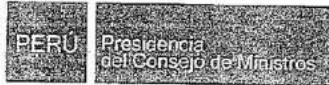
50. Mediante la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI, la Comisión ordenó a Lucha Partners el pago de las costas y costos incurridos por Nouvelle Défense durante el trámite del procedimiento.
51. Al respecto, se aprecia que dicho mandato fue dictado de conformidad con lo establecido en el artículo artículo 7 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁴⁴, lo cual se observa en el acápite 4.4 de la resolución impugnada⁴⁵.
52. Considerando que, a través de la presente resolución, la Sala ha confirmado la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Lucha Partners por la infracción al principio de adecuación social y que dicha empresa no ha formulado argumentos que sustenten que el pago de las costas y costos no sea pertinente en este procedimiento, corresponde confirmar este extremo de la resolución impugnada.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Nouvelle Défense contra Lucha Partners S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el

⁴⁴ DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI
Artículo 7.- Pago de costas y costos.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.
(...)

⁴⁵ Ver foja 112 del expediente.



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0105-2022/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 024-2021/CCD

000130

literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021 en el extremo que sancionó a Lucha Partners S.A.C. con una amonestación.

TERCERO: precisar la medida correctiva impuesta a Lucha Partners S.A.C. mediante 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021, quedando establecida de la siguiente forma:

“Ordenar a Lucha Partners S.A.C., en calidad de medida correctiva, que no vuelva a difundir la publicidad materia de denuncia ni otras de naturaleza similar, en la medida de que puedan inducir a la realización de actos discriminatorios contra las mujeres”.

CUARTO: confirmar la Resolución 229-2021/CCD-INDECOPI del 17 de noviembre de 2021 en el extremo que ordenó a Lucha Partners S.A.C. que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Nouvelle Défense en el presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Ana Rosa Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya, Sylvia Teresa Bazán Leigh de Ferrari y Virginia María Rosasco Dulanto.



Firmado digitalmente por
MARTINELLI MONTOYA Ana Rosa
Cédula PAU 201384035 son
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22.08.2022 18:15:44 -0500

ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA
Vocal



Firmado digitalmente por
PERLA ANAYA José Francisco Martín
RU 020294603 suk
Fecha: 22/08/2022 16:08:14 -0500

JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal



Firmado digitalmente por BAZAN
LEIGH Sylvia Teresa PAU
2013384035 son
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22.08.2022 10:49:32 -05:00

SYLVIA TERESA BAZÁN LEIGH DE FERRARI
Vocal



Firmado digitalmente por
ROSASCO DULANTO Virginia María PAU
2013384035 son (1)
Fecha: 03/08/2022 12:27:54 -0500

VIRGINIA MARÍA ROSASCO DULANTO
Vocal

M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11

19/19

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
E-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe