

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL N° 1
DENUNCIANTE : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO
IMPUTADA : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.¹
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 0111-2015/CCD-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que declaró fundada la imputación de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de actos contra el principio de legalidad, bajo el supuesto contemplado en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, debido a que la imputada difundió un anuncio televisivo de la promoción “Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S” sin consignar de manera clara, destacada y advertible para los consumidores, las restricciones y condiciones de dicha promoción, conforme lo establece el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Por otro lado, se **MODIFICA** la Resolución 0111-2015/CCD-INDECOPI en el extremo que sancionó a Telefónica del Perú S.A.A. con una multa de doce (12) Unidades Impositivas Tributarias, y, reformándola, se impone una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias. Ello, atendiendo el alcance amplio del medio empleado (televisión de señal abierta y cable) y al hecho de que, en el presente caso, no se ha configurado la reiterancia como agravante.

Lima, 20 de octubre de 2016

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta 001-359-2014/PREV-CCD-INDECOPI del 3 de diciembre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 (en adelante, la Comisión) requirió a Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) presentar información sobre los anuncios de la promoción denominada “Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB

¹ Identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) 20100017491.

entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S”, así como de sus condiciones y restricciones.

2. El 16 de diciembre de 2014², Telefónica indicó que dicha promoción se difundió a través de publicidad televisiva, imágenes en redes sociales, volantes y anuncios en prensa escrita. Asimismo, señaló que las condiciones y restricciones se encuentran en la web www.movistar.com.pe/iphone6. Finalmente, presentó un CD con copia de todos los anuncios.
3. Mediante Resolución s/n del 9 de marzo de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Telefónica la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos contra el principio de legalidad, tipificado en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal³ (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal) porque habría infringido lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴ (en adelante, el Código de Protección y Defensa del Consumidor), al difundir un anuncio televisivo ofreciendo la promoción denominada “Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S” consignando lo siguiente: “Solo renovación o portabilidad Postpago residenciales y RUC 10 (...), con acuerdo a 18 meses, solo en principales tiendas Movistar de Lima, Arequipa, Trujillo, Piura, Chiclayo y Cusco. Restricciones en www.movistar.com.pe/iphone6”. Sin embargo, dicha información no habría sido puesta en conocimiento de los consumidores de manera clara, destacada y que sea fácilmente advertible.
4. A través del Acta del 27 de marzo de 2015, personal de la Secretaría Técnica de la Comisión dejó constancia que en el anuncio televisivo se encuentra consignada la frase “Solo renovación o portabilidad Postpago residenciales y RUC 10 hasta el 15/12/14. Stock 150. Con acuerdo a 18 meses. Solo en

² Complementado con escrito del 22 de diciembre de 2014.

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

(...)

⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 14.- Publicidad de promociones.

(...)

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

(...)

principales tiendas Movistar de Lima, Arequipa, Trujillo, Piura, Chiclayo y Cusco. Restricciones en www.movistar.com.pe/iphone6".

5. El 8 de mayo de 2015, Telefónica presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - (i) Conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, existen dos opciones para informar a los consumidores las condiciones y restricciones: en cada uno de los anuncios difundidos o en una fuente de información distinta, siempre que se informe en las publicidades de manera clara y expresamente de las referencias de localización de dicha fuente de información.
 - (ii) En el presente caso se optó por consignar todas las condiciones y restricciones en una página web, lo cual se informó en la publicidad televisiva. Así, en el anuncio televisivo se indica de manera clara, destacada y fácilmente advertible por el consumidor el link a la web www.movistar.com.pe/iphone6, el cual incluso figura junto a algunas condiciones y restricciones (pese a que esto último ya no sería legalmente necesario).
 - (iii) Siendo así, la Comisión debía centrarse únicamente en el link y no en el resto de información. Para un mejor análisis se envía copia del anuncio televisivo modificado, en el cual el link aparece a la misma velocidad que en el anuncio televisivo cuestionado, corroborándose así que se cumplió con la disposición del artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
 - (iv) Finalmente se debe tener en cuenta que el Código de Protección y Defensa del Consumidor no regula la forma cómo debe consignarse la información de las condiciones y restricciones.
6. Mediante Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015, la Comisión declaró fundada la imputación de oficio contra Telefónica por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos contra el principio de legalidad, la sancionó con una multa de doce (12) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) y le ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor, en tanto no cumpla con consignar de manera clara y comprensible las condiciones y restricciones.
7. La primera instancia sustentó su decisión en lo siguiente:

- (i) La normativa no busca establecer un tamaño de letra para informar las condiciones y restricciones de una oferta, sino lo que pretende es que la misma sea consignada de tal forma que pueda ser apreciada por los consumidores y entiendan de forma correcta el mensaje anunciado.
 - (ii) Para determinar la existencia de una infracción al principio de legalidad se debe verificar la sola trasgresión al texto de la norma correspondiente. Así, de un análisis del anuncio cuestionado, se aprecia que la información de las condiciones como de la página web no se indicaron de manera clara, destacada ni fácilmente advertible por los consumidores. Ello debido a que la información fue expuesta a una velocidad tal que no resultaba posible realizar una lectura ininterrumpida, lo cual equivale a su omisión.
 - (iii) En cuanto a la graduación de la sanción, en el presente caso no se podría emplear el criterio del beneficio ilícito debido a que el hecho de omitir las condiciones y restricciones de la publicidad denominada “Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S” no genera un incremento económico cuantificable a favor de Telefónica, toda vez que el mensaje busca la fidelización de sus clientes a través del intercambio gratuito de equipos de mayor costo y tecnología.
 - (iv) De esa manera, empleando el criterio de modalidad y alcance de la conducta infractora se concluye que la publicidad tuvo un impacto importante, pues se difundió tanto en canales de señal abierta como en cable, lo cual aumenta también su probabilidad de detección. Asimismo, debe considerarse que la omisión de la referida información puede generar un perjuicio en los consumidores, debido a que pueden ver defraudadas sus expectativas al considerar que la promoción anunciada no tendría limitación alguna.
 - (v) Finalmente, se observa que la imputada ha sido sancionada anteriormente por la comisión de actos de competencia desleal, configurándose una situación de reiterancia. Por todo lo expuesto, la multa a imponer a Telefónica es de doce (12) UIT.
8. El 9 de septiembre de 2015, Telefónica apeló la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI reiterando sus argumentos expuestos en descargos y adicionalmente señalando lo siguiente:
- (i) La Comisión no se pronunció sobre el anuncio modificado que adjuntaron en su escrito de descargos. De haberlo tenido en consideración, se hubiera advertido que el link a la dirección web

“www.movistar.com.pe/iphone6” se aprecia con facilidad tanto en dicho anuncio como en la publicidad cuestionada.

- (ii) Sin perjuicio de ello, se solicita la nulidad de la resolución apelada en el extremo referido a la graduación de la sanción. La razón es que la primera instancia no sustentó de manera numérica los criterios empleados para graduar la sanción, por lo que no se entiende cómo es que se obtiene el cálculo final de 12 UIT.
- (iii) Se debe considerar que existen otros medios en los cuales también se consigna el link donde los consumidores pueden acceder a la información referida a las condiciones y restricciones de la promoción. En esa línea, correspondía que se siga el criterio adoptado en la Resolución 1719-2011/SC1-INDECOPI, en la cual se atenuó la sanción debido a la presencia de medios complementarios de información.
- (iv) La Comisión justifica el empleo del criterio de la reiterancia en un caso del 2009, esto es: más de seis años antes del inicio del presente caso. Incluso la conducta infractora aquella vez era la tipificada en el literal f) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, mientras que el procedimiento actual versa sobre la presunta infracción contenida en el artículo 17.1 de la referida norma, por lo que en el presente caso no corresponde emplear dicho criterio.
- (v) Finalmente, la primera instancia debió graduar la sanción considerando las circunstancias atenuantes, tales como la existencia de medios complementarios de información y el hecho de que el anuncio investigado sí consignó la fuente de información complementaria.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9. Corresponde determinar lo siguiente:

- (i) Si Telefónica infringió el principio de legalidad al difundir un anuncio televisivo cuyas condiciones y restricciones no se encontraban claramente visibles y perceptibles, conforme lo exige el artículo 14 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- (ii) Si la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI adolece de un vicio de motivación en la graduación de la sanción que amerite su nulidad.
- (iii) De ser el caso, determinar la sanción a imponer a Telefónica.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestión previa: sobre la presunta nulidad de la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI

10. El principio del debido procedimiento, es una garantía fundamental reconocida en el artículo IV.1.2 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, la Ley del Procedimiento Administrativo General), consistente en que en el marco de un procedimiento administrativo, la autoridad cumpla con la garantía de motivar sus actos como expresión del deber de congruencia⁶, y se pronuncie respecto de los hechos y fundamentos que configuran la petición o defensa de los administrados involucrados en el procedimiento, explicando las razones por las cuales decide admitir o no un argumento o medio de prueba, y valorarlo en determinado sentido.
11. Frente a un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente, el órgano superior jerárquico se encuentra en la obligación de declarar su nulidad de pleno derecho. Ello, atendiendo a que el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez⁷.
12. En su apelación, Telefónica señaló que la Comisión habría incurrido en un vicio de nulidad, pues no habría tomado en consideración el hecho de que

⁵ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.-

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁶ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 8327-2005-AA/TC del 8 de mayo de 2006 (Demanda de Amparo interpuesta por la Iglesia Evangélica Presbiteriana del Cusco contra la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República), ha reconocido que el deber constitucional de motivación supone que se efectúe una valoración de cada argumento trascendente de las partes o, lo que es lo mismo, que se respete el deber de congruencia. En esta línea, el Tribunal indicó que "(...) por lo que se refiere a la denuncia de violación del principio de congruencia, este Tribunal ha recordado que, en efecto, el respeto de dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones (...)"

⁷ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad.-

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

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

(...)

presentaron un nuevo anuncio en el cual se aprecia el link a la web "www.movistar.com.pe/iphone6".

13. Al respecto, de la revisión de la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI se puede observar que el siguiente extracto:

RESOLUCIÓN 111-2015/CD1-INDECOPI DEL 19 DE AGOSTO DE 2015

"Bajo dicho contexto, Telefónica del Perú sostuvo que habría elegido la opción referida a la fuente de información complementaria, la misma que recogería toda la información de la promoción de forma clara y expresa, ello sin perjuicio de consignar algunas condiciones y restricciones en la publicidad imputada.

Por otro lado, la imputada a fin de acreditar el cumplimiento de la obligación legal, adjuntó un anuncio modificado en el cual únicamente se podría apreciar la fuente de información complementaria, la misma que se encontraría en el sitio web www.movistar.com.pe/iphone6.

(...)

*En tal sentido, para determinar la existencia de una infracción al principio de legalidad, corresponde a la Comisión verificar la sola trasgresión al texto de la norma correspondiente. Sobre el particular, **luego de un análisis del anuncio cuestionado**, la Comisión aprecia que el mismo, a pesar de consignar diversa información respecto de las condiciones y/o restricciones de una oferta, así como la fuente de información complementaria contenida en el sitio web www.movistar.com.pe/iphone6, esta no fue informada clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor las condiciones y/o restricciones de acceso.*

Lo anterior se debe a que la referida información fue expuesta al público a una velocidad tal que no es posible realizar una lectura ininterrumpida que permita a un consumidor conocerla de manera clara, lo cual equivale a su omisión"

(Subrayado y resaltado agregados)

14. Asimismo, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC, ha indicado que el derecho a la debida motivación no significa que las autoridades detallen de manera pormenorizada cada una de las alegaciones realizadas por las partes, sino que la decisión final tenga congruencia entre lo pedido y lo resuelto⁸.

⁸ **SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1230-2002-HC/TC**

"11. (...) La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver."

15. De la revisión de la resolución de la primera instancia, se aprecia que la Comisión hizo mención de forma expresa a la presentación del nuevo anuncio de Telefónica. Posteriormente, al determinar la comisión de infracción, dicha resolución es clara al circunscribir su evaluación únicamente al anuncio cuestionado.
16. En tal sentido, a diferencia de lo indicado por Telefónica, la Comisión sí tuvo en cuenta la presentación del anuncio modificado por parte de la imputada, siendo que del análisis efectuado de todos los medios presentados a lo largo del procedimiento, la Comisión concluyó que el anuncio a evaluar era aquel que fue objeto de la imputación.
17. Por lo expuesto, este colegiado considera que la Resolución 111-2015/CCD-INDECOPI, no incurre en vicios de motivación, por lo que no corresponde declarar la nulidad en el extremo que desarrolló la comisión de actos contra el principio de legalidad. Sin perjuicio de ello, la Sala indica que en el marco del análisis del presente caso se tendrá en consideración el alegato de Telefónica.

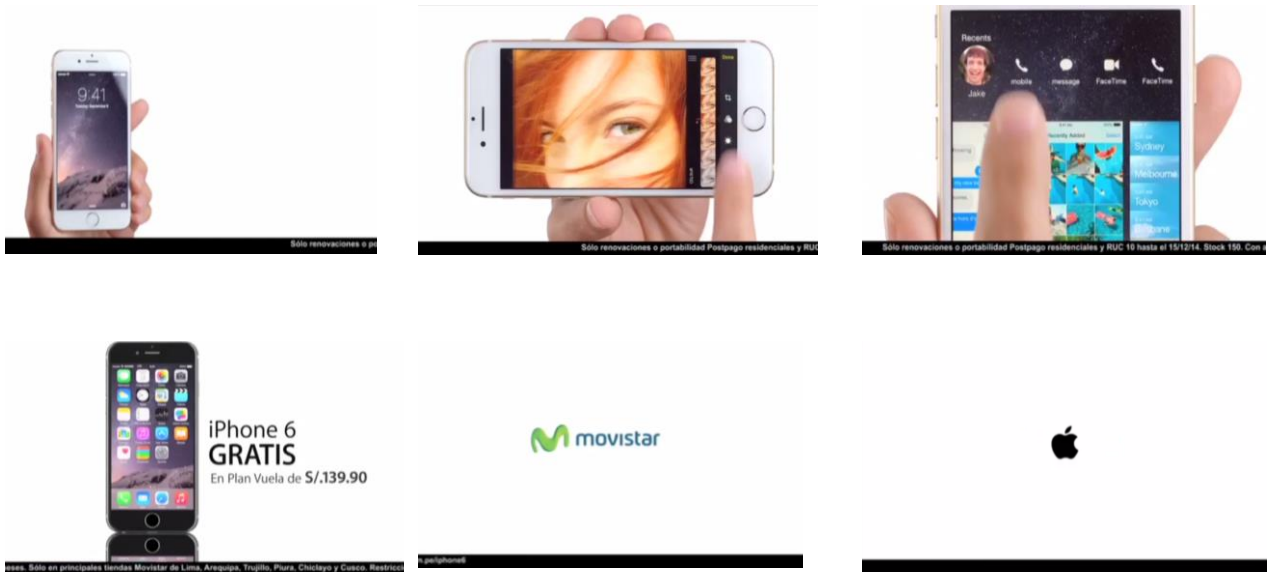
III.2 Descripción del anuncio cuestionado

18. El anuncio difundido por Telefónica y que es objeto de evaluación en el presente caso, es el siguiente:

Anuncio televisivo difundido por Telefónica⁹:

El anuncio inicia con música de fondo mientras una voz en *off* dice: “*La oportunidad que estabas esperando en Movistar. Llévate el iPhone 6 gratis, a cambio de tu iPhone 5. Quiero más, elijo Movistar*”. Dicha frase va acompañada de las siguientes imágenes:

⁹ Conforme el anuncio incorporado por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Acta del 27 de marzo de 2015. Ver fojas 12 y 13 del Expediente.



III.2 Sobre la infracción al principio de legalidad

Marco teórico

19. El artículo 17.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal establece que los anunciantes, al realizar la difusión de sus anuncios deben respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, indica que el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto a su contenido, difusión y alcance constituye una inobservancia a este principio¹⁰.
20. En ese sentido, el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que en caso existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, estas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información¹¹.

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

(...)

¹¹ **LEY 29751. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

21. Como ha sido establecido en un pronunciamiento anterior¹², esta Sala aprecia que la citada norma no regula un modo particular de consignar las condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas. Debido a ello, el anunciante cuenta con libertad de elegir el modo de informar tales condiciones o restricciones siempre que ello sea de forma clara, destacada y fácilmente advertible por el consumidor.
22. La referida exigencia busca evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que podrían originar las decisiones de consumo que toman los consumidores ante la insuficiencia de información por incumplir con consignar las condiciones y restricciones respectivas ni colocar una fuente de información a efectos de que el consumidor conozca las particularidades de la promoción publicitada.
23. En ese sentido, se configurará una infracción al principio de legalidad cuando se publicite una promoción de ventas, sin consignar las condiciones y restricciones de acceso, de la forma establecida en las normas imperativas aplicables a dicha actividad publicitaria, contenidas en este caso en el artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
24. De este modo, la información referida a las condiciones y restricciones de una promoción o los canales informativos adicionales, debe ser consignada de forma idónea, de manera que sea perceptible para los destinatarios de los anuncios respectivos. Siendo así, esta Sala ha indicado en anteriores pronunciamientos¹³, que una exposición fugaz que no permita materialmente a los consumidores acceder de forma natural y fluida a la información respectiva, tiene el mismo efecto que su omisión.

Aplicación al presente caso

25. La Comisión imputó de oficio la presunta infracción al principio de legalidad debido a que el anuncio televisivo de la promoción publicitada por Telefónica consignaba las siguientes condiciones y restricciones de acceso: “Solo

Artículo 14.- Publicidad de promociones.-

(...)

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

¹² Ver Resolución 2309-2013/SDC-INDECOPI del 13 de diciembre de 2013.

¹³ Ver Resolución 0620-2008/TDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2008, Resolución 0602-2009/SC1-INDECOPI del 16 de junio de 2009, Resolución 2142-2010/SC1-INDECOPI del 20 de julio de 2010 y Resolución 0889-2011/SC1-INDECOPI del 19 de abril de 2011.

renovación o portabilidad Postpago residenciales y RUC 10 hasta el 15/12/14. Stock 150. Con acuerdo a 18 meses. Solo en principales tiendas Movistar de Lima, Arequipa, Trujillo, Piura, Chiclayo y Cusco. Restricciones en www.movistar.com.pe/iphone6”, pero a una velocidad tal que no permitiría su lectura ininterrumpida por los consumidores, incumpliendo con ello lo dispuesto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

26. Sobre dicho extremo, la primera instancia declaró fundada la imputación de cargos debido a que de la revisión del anuncio televisivo estimó que la información referida a las restricciones, así como al medio informativo alternativo, no era perceptible de forma clara y comprensible, pues la velocidad en la que se expuso dicha información era tan rápida que impedía su apreciación.
27. En su recurso de apelación, Telefónica indicó que la información que debió valorar la Comisión es únicamente la dirección de su página web, la cual sí fue indicada de manera clara y legible en un anuncio modificado. Finalmente, señaló que el nuevo anuncio se diferenciaba del imputado en que este último indicaba -además de la página web- las condiciones y restricciones de la promoción publicitada.
28. Sobre el particular, cabe indicar que la publicidad referida por Telefónica en su recurso de apelación no corresponde al anuncio cuestionado en el presente procedimiento. Por tanto, ello no desvirtúa la imputación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión, referida a que el anuncio investigado no transmitía de manera clara y comprensible las condiciones y restricciones de la promoción denominada “Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S”.
29. En tal sentido, si bien de manera posterior la empresa imputada podría haber modificado el anuncio investigado, consignando en esta nueva pieza publicitaria, de forma clara las condiciones y restricciones de la promoción anunciada o la fuente alternativa de información; ello no incide en el análisis para determinar la infracción al principio de legalidad en el presente procedimiento, la cual está delimitada en función al contenido del anuncio investigado. Por tanto, se desestima el argumento de Telefónica.
30. En consecuencia, el análisis debe centrarse en toda la información consignada en la publicidad imputada por el órgano instructor. Al respecto, luego de observar el referido anuncio¹⁴, esta Sala coincide con la Comisión al

¹⁴ Conforme el anuncio incorporado por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Acta del 27 de marzo de 2015. Ver fojas 12 y 13 del Expediente.

indicar que la velocidad en la que ha sido expuesta el *scroll* que discurre en la parte inferior de la publicidad imputada impide observar de manera clara y destacada las condiciones y restricciones de la promoción denominada “*Llévate gratis el iPhone 6 de 16 GB entregando tu iPhone 5 o llévate gratis el iPhone 6 Plus de 16 GB entregando tu iPhone 5S*”, así como tampoco es posible advertir la dirección web señalada por Telefónica.

31. Por los argumentos expuestos, corresponde confirmar la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que halló responsable a Telefónica por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos contra el principio de legalidad previsto en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por no indicar la información referida a las condiciones y restricciones de la promoción publicitada de forma clara, destacada y fácilmente advertible, conforme al artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

III.3 Sobre la validez de la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción

32. En su recurso de apelación, Telefónica solicitó la nulidad de la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI en el extremo que la sancionó con una multa de doce (12) UIT. Al respecto, señaló que la Comisión “*no estableció el valor numérico de los criterios empleados para graduar la sanción*”, por lo que dicho acto carecería de motivación.
33. Al respecto, conforme se ha indicado en los numerales 10 y 11 de la presente resolución, el deber de motivación implica que el acto administrativo exteriorice los argumentos que lo justifican y que de su lectura se desprenda el tratamiento que se le ha dado a las alegaciones de las partes.
34. En el presente caso, de la revisión de la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI, se aprecia que la primera instancia, sí desarrolló los motivos por los cuales -a su criterio- correspondía: (i) no aplicar el criterio de beneficio ilícito; e, (ii) imponer una multa de doce (12) UIT en función a otros criterios de graduación, como se puede observar a continuación:

RESOLUCIÓN 111-2015/CD1-INDECOPI DEL 19 DE AGOSTO DE 2015:

“(…) Al respecto, en relación con el criterio referido al beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la Comisión considera que, en el presente caso, el hecho de omitir consignar las condiciones y/o restricciones de acceso a la promoción anunciada (…) no generará incremento económico cuantificable a favor de Telefónica del Perú, toda vez que el mensaje publicitario no buscaba que los consumidores adquieran equipos a través de la compra de los mismos, sino la fidelización de sus clientes mediante el intercambio de sus equipos iPhone5 o iPhone5S por equipos iPhone6 o iPhone6 Plus, estos últimos de mayor costo y tecnología.”

En ese sentido, el eventual incremento de la venta de equipos iPhone6 o iPhone6 Plus será consecuencia de la preferencia de los consumidores por factores distintos, tales como recomendaciones de otros consumidores, posicionamiento del producto anunciado en el mercado, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, entre otros factores posibles. **Por ello, a criterio de esta Comisión corresponde graduar la sanción, tomando en cuenta los otros criterios existentes para determinar la multa aplicable a la infractora.**

En tal sentido, este colegiado considera que como criterio para graduar la sanción **debe tomarse en cuenta la modalidad y el alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma.** De acuerdo a la información presentada por Telefónica del Perú, se evidencia que el anuncio imputado ha tenido un importante impacto publicitario, en la medida que se difundió a partir del **[21 de noviembre de 2014]** hasta el **[4 de diciembre de 2014]**, **[seiscientos ochenta y cinco (685)]** veces a través de los canales de señal abierta tales como **[Frecuencia Latina, América Televisión, Panamericana Televisión, Andina de Televisión, ATV+ y Red Global]**; así como aquellos de señal por cable como **[Sony Entertainment, TNT, Warner Channel, AXN, A&E, TL Novelas, Space, CMD, Plus TV, RPP TV, Canal N, Fox y FX]**.

De otro lado, debe considerarse que el hecho de omitir consignar las condiciones y/o restricciones de acceso a la promoción anunciada, tales como (...), a criterio de la Comisión, es capaz de generar un efecto negativo en los consumidores, ya que estos pueden ver defraudadas sus expectativas al considerar erróneamente que la promoción anunciada no tendría limitación alguna.

Respecto de la probabilidad de detección de la infracción declarada en la presente resolución, **la Comisión observa que la misma ha sido alta, en tanto el anuncio infractor fue difundido mediante diversos medios de comunicación visual de alcance general, como es la televisión,** lo que implica que la autoridad administrativa no tuvo que emplear mayores recursos en la detección de dicha infracción.

Finalmente, la Comisión ha apreciado que Telefónica del Perú **ha sido sancionada anteriormente por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad,** supuesto ejemplificado en el literal f) del numeral 17.3 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; por lo tanto, en la medida que ha vuelto a cometer un acto de competencia desleal, esta es reiterante.

Adicionalmente, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria (...).

Por lo tanto, luego del análisis de la conducta infractora y tomando en consideración los criterios establecidos por los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal para determinar la gravedad de la infracción y establecer la graduación de la sanción, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como leve, con efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una multa de doce (12) Unidades Impositivas Tributarias (...)"

(Subrayado y énfasis agregado)

35. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁵ desarrolla los diversos criterios que puede emplear la Autoridad Administrativa para poder determinar la sanción a imponer; considerando su aplicabilidad y pertinencia para cada caso en concreto.
36. En tal sentido, si bien el beneficio ilícito es uno de los criterios establecidos por la norma para graduar las sanciones por la comisión de actos de competencia desleal y constituye una importante herramienta para establecer un cálculo cuantitativo que permita que la sanción a imponer tenga un efectivo carácter disuasivo; existen casos en los cuales (por las propias características de la infracción cometida o falta de información para establecer la suma de dicho beneficio percibido por el infractor) no es posible utilizar dicho criterio¹⁶. En estas situaciones, la autoridad está plenamente facultada para recurrir a otros criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal a fin de determinar la sanción.
37. Ahora bien, en el presente caso se observa que la primera instancia: (i) sustentó por qué no correspondía aplicar en el presente caso el criterio del beneficio ilícito, y (ii) utilizó otros criterios contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (como la modalidad y alcance de la conducta infractora) así como un agravante (la reiterancia de Telefónica) para concluir que la sanción a imponer era de doce (12) UIT.
38. Por lo expuesto, esta Sala considera que la Resolución 0111-2015/CCD-INDECOPI, no incurre en vicios de motivación en la graduación de la sanción, por lo que no corresponde declarar la nulidad de dicho extremo. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en función a que Telefónica cuestionó la graduación de la sanción, este colegiado determinará si procede confirmar la multa impuesta por la Comisión.

¹⁵ **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.

¹⁶ A manera de ejemplo, ver las resoluciones 0349-2015/SDC-INDECOPI, 0465-2015/SDC-INDECOPI, 0308-2016/SDC-INDECOPI, 0411-2016/SDC-INDECOPI, 0472-2016/SDC-INDECOPI, entre otras.

III.4 Graduación de la sanción

Marco teórico

39. Conforme se ha señalado precedentemente, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los diversos criterios aplicables a fin de determinar la sanción a imponerse, considerando la gravedad de la infracción cometida.
40. Ello resulta concordante con el principio de razonabilidad recogido en el artículo 230.3 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁷. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre salvaguardando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
41. En virtud a lo anterior, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad a fin de salvaguardar los derechos de los administrados.

Aplicación al caso en concreto

42. Mediante Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015, la Comisión sancionó a Telefónica con una multa ascendente a doce (12) UIT. Los criterios que empleó la primera instancia en este caso fueron los de probabilidad de detección, así como la modalidad y alcance de la infracción. Además, indicó que la imputada era reiterante, por lo que también aplicó dicho agravante.
43. En su recurso de apelación, Telefónica indicó que la Comisión no ha tomado en cuenta la existencia de otros medios publicitarios en los cuales sí habría indicado las condiciones y restricciones de la promoción publicitada, como Facebook, Twitter, volantes y anuncios en periódicos. Asimismo, señaló que la

¹⁷

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...)

primera instancia empleó una infracción cometida casi seis (6) años atrás para sustentar la reiterancia, por lo que no debería ser aplicable dicho criterio.

44. Respecto al primer argumento de la denunciada, la Sala aprecia que de acuerdo a lo indicado en la Resolución 1719-2011/SC1-INDECOPI, se desprende que la existencia de medios complementarios que contengan la información omitida por la publicidad infractora puede ser considerada un elemento que atenúa el impacto de la infracción, y en consecuencia, reduce el daño que el acto de competencia desleal sancionado haya generado en el mercado.
45. En esa línea, esta misma Sala ha señalado en la Resolución 314-2015/SDC-INDECOPI, que para determinar si en el caso concreto la información trasladada en dichos medios complementarios ha reducido el impacto de la infracción detectada, se debe analizar cuál es la modalidad y alcance de los medios que sí contienen la información omitida por la publicidad infractora.
46. Siendo así, resulta indispensable que aquel administrado que alegue la existencia de otros anuncios publicitarios que, a su criterio, disminuyan el daño derivado de su conducta infractora, presente los elementos necesarios para evaluar su alcance. De este modo se podrá determinar si en función a ello corresponde reducir la sanción impuesta.
47. En el presente caso, los anuncios publicitarios que, a decir de Telefónica, contendrían la información omitida por la publicidad infractora, son: (i) anuncios difundidos en periódicos; (ii) anuncios en las redes sociales Facebook y Twitter; y, (iii) anuncios en volantes. Si bien presentó un CD con las imágenes de dichas publicidades, no precisó su período, cantidad y frecuencia (elementos esenciales para determinar el grado de complementariedad y su alcance). En atención a ello, mediante Requerimiento 0014-2016/SDC del 16 de marzo de 2016 se solicitó a la imputada indicar dicha información, así como presentar las boletas de venta, capturas de pantalla o contratos de publicidad que la respalden.
48. Sin embargo, Telefónica únicamente indicó las fechas y cantidades de los anuncios antes señalados, sin adjuntar los documentos requeridos que sustenten el alcance alegado respecto a su difusión. Por dicho motivo, esta Sala no tiene información que le permita determinar con suficiente certeza cuál es el grado de complementariedad de los otros medios publicitarios que habría empleado con relación a la promoción publicitada en el anuncio materia de imputación, el cual es un anuncio de alcance mayor (publicidad televisiva). En consecuencia, corresponde desestimar el primer argumento de la imputada.

49. En cuanto al segundo argumento de Telefónica, referido a la aplicación del criterio de la reiterancia, esta Sala aprecia que la Ley de Represión de la Competencia Desleal contempla dicho criterio en los siguientes términos:

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:

(...)

h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.”

50. Por su parte, en pronunciamientos anteriores esta Sala ha señalado lo siguiente:

RESOLUCIÓN 0626-2014/SDC-INDECOPI DEL 22 DE JULIO DE 2014

“101. (...) la reiterancia ocurre cuando la imputada comete de manera reiterada infracciones, cualquiera sea el tipo infractor (por ejemplo, actos de engaño y, luego, infracción al principio de legalidad) o, también, por la comisión reiterada de infracciones del mismo tipo infractor (por ejemplos, actos de engaño), en las que se haya determinado que por dichas infracciones no corresponde aplicar el criterio de reincidencia, toda vez que se difundieron bajo una distinta modalidad y en otras circunstancias.”

(Énfasis y subrayado agregado)

51. Como se puede observar, mediante la precitada resolución, la Sala estableció un primer elemento diferenciador entre la reincidencia y la reiterancia, lo cual resulta concordante con el tenor del literal h) del artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pues dicha norma contempla ambas figuras como dos criterios puntuales para la graduación de la sanción.
52. En ese sentido, se ha indicado que el criterio de la reiterancia tiene por finalidad la sanción de la comisión habitual de diversos actos de competencia desleal, que se encuadren en distintos tipos infractores, o que calificando dentro del mismo tipo, se hayan materializado mediante distintas modalidades de difusión o en distintas circunstancias. De esta forma, se diferencia la reiterancia de los parámetros establecidos en anteriores pronunciamientos para la calificación de la reincidencia¹⁸.

¹⁸ Cabe indicar que en la Resolución 1217-2013/SDC-INDECOPI, la Sala delimitó cuándo se está ante un supuesto de reincidencia, indicando lo siguiente:

“93. Por consiguiente, este colegiado estima que a efectos de establecer si nos encontramos ante una conducta que califique como reincidente, la autoridad debe verificar lo siguiente:

- (i) Que el administrado haya incurrido en una oportunidad anterior en la misma conducta infractora; y,*
- (ii) Conforme al principio de razonabilidad, que la conducta sancionada revista el mismo parámetro de gravedad (leve sin afectación real en el mercado, leve, grave o muy grave según lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal) que la sancionada con anterioridad”.*

53. Así, el legislador ha previsto la reiterancia como un agravante debido a la posibilidad de que un agente infractor pueda verse incentivado a cometer de manera reiterada hechos contrarios a la Ley de Represión de la Competencia Desleal. De esta forma, advirtiendo que dicha circunstancia denota una mayor gravedad en la conducta del infractor, y para impedir que le sea más conveniente incurrir en ilícitos de manera consuetudinaria que comportarse adecuadamente en el mercado, se dispone la imposición de una sanción más gravosa.
54. Considerando ello, la propia naturaleza de la reiterancia hace referencia a una serie de infracciones sucesivas a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, lo que revela un accionar consuetudinario del agente infractor. Por tanto, para establecer si se está ante un infractor habitual, resulta necesario que las conductas infractoras se realicen dentro de un margen de tiempo determinado.
55. Consecuentemente, la ausencia de un marco temporal para la evaluación de dicha “habitualidad” en la conducta del infractor, puede distorsionar el criterio de la reiterancia, pues tal situación es pasible de generar que se califiquen como “reiteradas” diversas conductas tan distanciadas en el tiempo que no podrían razonablemente considerarse como consuetudinarias.
56. Ahora bien, de la revisión de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se aprecia que dicha norma no ha establecido de forma expresa un plazo especial a considerar como marco temporal para la evaluación de la reiterancia. Sin embargo, se debe tener en cuenta que: (i) la propia naturaleza de la reiterancia como elemento agravante de la sanción implica la necesidad de evaluar dicha figura dentro de un período específico; y, (ii) las normas en materia de represión de la competencia desleal, así como las aplicables a los procedimientos administrativos seguidos en esta materia, no establecen alguna regla especial que determine que la conducta de un administrado sea calificada como reiterada sin importar el momento de su comisión o que establezca que no deba evaluarse en dichos casos el espacio temporal entre las infracciones que denotarían una conducta reiterada del competidor sancionado.
57. Por ende, esta Sala estima pertinente analizar si en nuestro ordenamiento jurídico se ha regulado algún supuesto similar que permita establecer un parámetro objetivo aplicable al presente caso.

58. Al respecto, el procedimiento de represión de la competencia desleal es un procedimiento administrativo sancionador¹⁹, el cual es una manifestación de la potestad punitiva estatal, por lo que los principios y reglas del ordenamiento penal resultan aplicables supletoriamente al ámbito del derecho administrativo sancionador²⁰. Por dicho motivo, esta Sala verificará si en el derecho penal se ha configurado algún criterio o agravante que sancione la comisión reiterada de contravenciones a dicha normativa.
59. En efecto, se observa que el Código Penal recoge como agravantes, además de la reincidencia, la habitualidad, en los siguientes términos:

CÓDIGO PENAL

“Artículo 46-C. Habitualidad²¹

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 25.- La Comisión.-

(...)

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

a) Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio del procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal.

(...)

Artículo 26.- La Secretaría Técnica.-

(...)

26.2.- Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

(...)

d) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;

(...)

²⁰ Dicho criterio ha sido señalado en anteriores pronunciamientos emitidos por la Sala. A manera de ejemplo ver las resoluciones 575-2014/SDC-INDECOPI, 596-2014/SDC-INDECOPI, 626-2014/SDC-INDECOPI, 817-2014/SDC-INDECOPI y 027-2015/SDC-INDECOPI, entre otras.

²¹ Artículo incorporado mediante Ley 28726 y modificado por el Decreto Legislativo 1181.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.”
(Subrayado y resaltado agregado)

60. Conforme a lo recogido en el Código Penal, la habitualidad es un agravante que, como regla general, se configura **con tres hechos punibles que se hayan realizado en un lapso de cinco años**. Sobre esta figura, la doctrina considera lo siguiente²²:

“(…) Para Manzini, la habitualidad en el delito es un estado subjetivo por el cual el delincuente o el contraventor se manifiesta socialmente peligroso como “inclinado al delito”, por motivos diversos del propósito de vivir con los productos de su delincuencia (caso en el cual se tiene, en cambio, “profesionalidad” en el delito), con independencia del hecho de que él haya sufrido precedentes condenas y cumplido las respectivas penas.
(…)

*Raúl Peña Cabrera define la habitualidad como **la reiteración en más de tres delitos**, en tiempos diversos, e independientes unos de otros, pero que a sus titulares se les declare el estado especialmente peligroso; esto es que el reproche recae directamente sobre la persona del autor, quien al incidir en forma reiterativa en la comisión de determinados delitos, manifiesta una particular peligrosidad para los bienes jurídicos de sus congéneres.*

*Para Jiménez Díaz, la habitualidad implica que un mismo sujeto **repite determinadas veces el mismo comportamiento criminal en un espacio acotado temporalmente**.*

*Asimismo, para Alonso Peña Cabrera Freyre, la habitualidad consiste en la **perpetración delictiva que el autor ejecuta de forma reiterada en el tiempo**, actitud antisocial que revela una peligrosidad inherente en su personalidad; la institución de habitualidad, por lo tanto, no puede desprenderse del concepto de “peligrosidad”.*
(…)

Se afirma que la habitualidad tiene su fundamento en aquella ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite, exige menos esfuerzo para ser realizado.

(…) puede decirse que la habitualidad la constituye la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, que viene a originar una determinada facilidad para la comisión de hechos punibles, y que nace en el sujeto por la existencia en él mismo de reflejos condicionados por los anteriores actos delictivos, por lo que, en definitiva, cabe afirmar que el delincuente habitual actúa obedeciendo a una interna tendencia criminal.”

(Subrayado y énfasis agregado)

²² BENAVENTE CHORRES, HESBERT. Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano. Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 70-73.

61. Como se puede observar, dentro del derecho penal se establece que, mediante la habitualidad, se busca sancionar al infractor consuetudinario, por la comisión de tres (3) hechos punibles por el lapso de cinco (5) años. Así, se advierte que el agravante de habitualidad comparte elementos con el criterio de reiterancia recogido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, tales como: (i) su naturaleza (ambos son considerados agravantes); (ii) su configuración (repetición de conductas en el tiempo) y, (iii) su finalidad (sancionar la comisión reiterativa de hechos punibles para así poder desincentivar la “costumbre” del infractor).
62. En tal sentido, esta Sala considera que, en aplicación supletoria del artículo 46C del Código Penal²³, para la configuración de la reiterancia se debe verificar que, contando el hecho investigado en el caso particular, concurra la comisión de al menos dos (2) infracciones adicionales en un período máximo de cinco (5) años.
63. Sobre el particular, en la medida que la habitualidad consiste en la comisión reiterada de infracciones, para que pueda aplicarse dicho criterio agravante, estas infracciones deben haberse realizado con anterioridad a la comisión del acto que la autoridad investiga en el caso en concreto, pues precisamente es a raíz de la comisión de ilícitos anteriores que se podrá determinar si se está ante un infractor consuetudinario. No obstante, al tratarse de hechos anteriores a la comisión del acto investigado, esta Sala considera que, para estar ante el supuesto de tres (3) infracciones en un período de cinco (5) años, dicho período debe ser considerado como aquel comprendido por los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la comisión de la infracción investigada en el caso en particular.
64. Asimismo, en virtud a la presunción de licitud de la actuación de los particulares²⁴, esta Sala precisa que los hechos que la autoridad empleará para sustentar el agravante de habitualidad deben haber sido declarados como infracciones a través de una resolución firme existente al momento de

²³ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. (...)

²⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...)

determinar la sanción a imponerse en el procedimiento donde se aplicará la reiterancia dentro de los criterios de graduación.

65. Finalmente, en línea con lo anterior, se debe destacar que las resoluciones en cuestión declaran el carácter infractor de una conducta ya consumada por el administrado. Por tanto, dichas resoluciones pueden haber sido emitidas inclusive durante la tramitación en primera instancia del procedimiento seguido por el hecho infractor en el caso concreto (aunque antes de emitir la resolución final correspondiente). Ello, siempre que se refieran a actos cometidos y consumados con anterioridad a la infracción evaluada.
66. En tal sentido, esta Sala considera que, para aplicar el agravante de la reiterancia, la autoridad debe tener en cuenta no sólo la diferencia establecida con relación a la reincidencia, sino que además, esta se configurará en la medida que se verifique la comisión de tres (3) infracciones en un período de cinco (5) años. Por tanto, en aplicación de lo indicado en los numerales 62 y 63 del presente procedimiento, la autoridad verificará lo siguiente:
 - (i) La existencia de al menos dos (2) actos de competencia desleal realizados hasta cinco (5) años antes del hecho sobre el cual la primera instancia fallará (el cual sería el tercer hecho infractor).
 - (ii) Los dos (2) actos antes indicados deberán haber sido declarados infractores antes de que la primera instancia emita su pronunciamiento sobre el hecho bajo análisis.
67. En consecuencia, esta Sala evaluará a continuación, si corresponde o no confirmar la sanción impuesta por la Comisión a Telefónica por la infracción al principio de legalidad, considerando para tales efectos si en este caso resultaba aplicable el criterio de la reiterancia.
68. Sobre el particular, esta Sala coincide con la primera instancia al señalar que en el presente caso no corresponde emplear el criterio del beneficio ilícito. Ello, considerando que (conforme ya ha sido señalado) dicha metodología no resulta aplicable a todos los casos, pues existen algunos supuestos que se exceptúan de la aplicación de este criterio, en los cuales la infracción no es idónea como para modificar la conducta del consumidor y aumentar los niveles de ventas del producto o servicio en cuestión.
69. Un supuesto de la situación descrita se configura, justamente, en aquellos casos en los que no se consigna de manera clara, destacada y perceptible por los consumidores la información referida a las restricciones de acceso, así como la fuente alternativa de información. En efecto, en estos casos lo que provoca la infracción es que aquellos consumidores que se vieron motivados

por la promoción podrían requerirla pese a que no podrían debido a alguna restricción que no pudieron conocer. En estas circunstancias, no adquirirán el producto o servicio ligado a la promoción, por lo que no habrá beneficio ilícito que se mida o refleje en los ingresos obtenidos por ventas promocionales. Siendo así, no resulta pertinente emplear dicho criterio para graduar la sanción a imponerse por la infracción analizada en el presente procedimiento.

70. En tal sentido, se debe recurrir a otros criterios alternativos dispuestos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como el alcance del anuncio cuestionado, conforme se ha realizado en otros pronunciamientos similares²⁵.
71. Para determinar dicho alcance, se puede atender a distintos factores ya precisados por este colegiado en anteriores oportunidades²⁶, tales como el nivel de repetición de la pieza publicitaria²⁷; el grado de cobertura del anuncio respecto del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores de percepción del mensaje, la cual es muy elevada en el cine o la televisión y más baja en medios gráficos fijos; las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; entre otros criterios.
72. En el presente caso se observa que el anuncio cuestionado fue difundido en un período de **[CONFIDENCIAL]**, lo cual constituye un alcance significativo en el mercado.
73. Además, esta Sala observa que, a diferencia de casos anteriores²⁸ en los que se impuso multas de cuatro (4) UIT por la difusión de anuncios televisivos en

²⁵ Mediante Resolución 1724-2011/SC1-INDECOPI del 8 de noviembre de 2011, la Sala sancionó con 4 (cuatro) UIT a Supermercados Peruanos S.A. debido a que difundió una promoción mediante una publicidad televisiva en la que no consignó de manera clara las condiciones o restricciones de acceso. En dicha oportunidad, se atendió al criterio de alcance para poder graduar la sanción.

²⁶ A manera de ejemplo, ver las resoluciones 314-2015/SDC-INDECOPI, 349-2015/SDC-INDECOPI y 354-2015/SDC-INDECOPI, entre otros.

²⁷ En el campo del *marketing*, Jean-Jacques Lambin señala, entre otros, los siguientes criterios de elección de medios publicitarios: (i) el grado de cobertura del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; (ii) posibilidades de repetición física del anuncio; (iii) la selectividad del medio publicitario, es decir, la capacidad de segmentar el círculo de destinatarios; (iv) la probabilidad de percepción del mensaje, siendo, por ejemplo, muy elevada en el cine o la televisión y muy baja en las vallas publicitarias; (v) el ambiente de percepción del mensaje, lo cual se refiere a las características del entorno en el que es transmitido; (vi) el contexto del medio o soporte publicitario, lo cual viene dado por el prestigio del medio; (vii) las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; y, (viii) el grado de saturación publicitaria, es decir, el volumen del soporte y la presencia o no de competencia. Véase: LAMBIN, Jean-Jacques. "Marketing estratégico". Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España. Tercera edición, 1994, p. 550.

Estos criterios, al ser las principales consideraciones a tomar en cuenta para elegir un determinado plan de medios, son útiles para estimar el impacto que causará en los destinatarios la pieza publicitaria.

²⁸ Al respecto, ver las resoluciones 1724-2011/SC1-INDECOPI del 8 de noviembre de 2011 y 0314-2015/SDC-INDECOPI del 4 de junio de 2015, mediante las cuales la Sala sancionó con cuatro (4) UIT a Supermercados

canales de señal abierta en los que no se consignaron de manera clara las restricciones o condiciones de acceso, en el presente caso el alcance es considerablemente mayor, debido a que: (i) como se ha indicado en el numeral anterior, **[CONFIDENCIAL]**.

74. Por otra parte, también se debe tener en cuenta los efectos de la conducta infractora sobre los consumidores. Al respecto, la Sala considera que mediante la inclusión en la publicidad de las condiciones y restricciones de las promociones anunciadas, se busca evitar que los consumidores incurran en costos de búsqueda de información sobre las posibilidades que tienen de adquirir un bien o contratar un servicio promocionado, cuando esta puede ser proporcionada por el anunciante.
75. En consecuencia, valorando el perfil de los medios empleados (televisión de señal abierta y canales de cable, de alcance nacional), su cobertura y su nivel de repetición, esta Sala estima que el anuncio difundido obtuvo un alto nivel de recordación entre los consumidores, quienes vieron indebidamente incrementados sus costos de búsqueda de información. Por ello, teniendo en cuenta lo anterior así como el amplio alcance en el mercado que tuvo el anuncio infractor, esta Sala considera que la multa base a imponer en mérito a tales factores asciende a diez (10) UIT.
76. Por otro lado, considerando lo dispuesto en el numeral 62 de la presente resolución, para determinar si corresponde aplicar en este caso el agravante de la reiterancia, esta Sala estima que, como la conducta infractora realizada en este caso inició el **[CONFIDENCIAL]**, el marco temporal de cinco (5) años se extiende hasta el **[CONFIDENCIAL]**. Así, en caso se determine que Telefónica haya realizado -por lo menos- otras dos (2) conductas durante dicho período, se podrá considerar que es reiterante, siempre que las mismas hayan sido declaradas infractoras mediante resolución firme antes de que la Comisión emitiera la Resolución 111-2015/CD1-INDECOPI, esto es: el 19 de agosto de 2015.
77. Sin embargo, de la revisión de casos anteriores, este colegiado aprecia que las infracciones atribuidas a la imputada (identificada esta como "Telefónica del Perú S.A.A.") se deben a conductas realizadas antes del **[CONFIDENCIAL]**. Así, se observa que la referida empresa fue sancionada a través de las Resoluciones 2016-2010/SC1-INDECOPI (que fue invocada por la Comisión para acreditar la reiterancia en el presente caso); 3015-2010/SC1-

Peruanos S.A. y a Saga Falabella S.A., respectivamente, debido a que difundieron promociones mediante anuncios televisivos en los que no se consignó de manera clara las condiciones o restricciones de acceso. En dichas oportunidades, se atendió al criterio de alcance para graduar la sanción.

INDECOPI; 1804-2011/SC1-INDECOPI y 3403-2012/SDC-INDECOPI, las mismas que se emitieron en virtud a infracciones cometidas el 15 de febrero de 2009; el 23 de junio y 28 de agosto de dicho año; el año 2009²⁹; y, el mes de junio de 2009³⁰, respectivamente. En tal sentido, no se verifica la existencia de al menos dos (2) infracciones cometidas en el período indicado en el numeral 76 de la presente resolución.

78. Por lo expuesto, al no configurarse el agravante de la reiterancia, la multa a imponer se mantiene en diez (10) UIT, por lo que corresponde modificar la Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que sancionó a Telefónica con doce (12) UIT y, reformándola, se impone una multa de diez (10) UIT.

III.5 Sobre la medida correctiva

79. Como ha sido indicado, mediante Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015, adicionalmente a la declaración de la infracción cometida por Telefónica, la Comisión ordenó, en calidad de medida correctiva, *“el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor, en tanto no cumpla con consignar de manera clara y comprensible las condiciones y/o restricciones de acceso a la promoción difundida, así como la fuente de información distinta al anuncio infractor”*.
80. Al respecto, considerando que esta Sala ha confirmado la Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Telefónica por actos contra el principio de legalidad y siendo que en su escrito de apelación la imputada no presentó argumentos que cuestionaran la misma, corresponde confirmar el pronunciamiento de la primera instancia en el mencionado extremo.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA:

PRIMERO: confirmar la Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que halló responsable a Telefónica del Perú S.A.A. por la comisión de actos contra el principio de legalidad, supuesto de infracción previsto en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

²⁹ Cabe indicar que de la revisión del expediente 13-2010/CCD-INDECOPI-LOR (en Sala expediente 510-2011/SC1-INDECOPI) se advierte que, si bien no se precisa la fecha exacta de la difusión del anuncio infractor, se menciona que este fue difundido durante el año 2009.

³⁰ Cabe indicar que de la revisión del expediente 17-2009/CCD-INDECOPI-LOR (en Sala expediente 2421-2011/SC1) se advierte que, si bien no se menciona la fecha exacta, sí se indica el mes en el que se difundió el anuncio infractor.

SEGUNDO: modificar la Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que sancionó a Telefónica del Perú S.A.A. con una multa de doce (12) Unidades Impositivas Tributarias y, reformándola, se impone una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: confirmar la Resolución 0111-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015 en el extremo que ordenó, en calidad de medida correctiva, “el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio declarado infractor, en tanto no cumpla con consignar de manera clara y comprensible, las condiciones y/o restricciones de acceso a la promoción anunciada, así como la fuente de información distinta al anuncio infractor”.

Con la intervención de los señores vocales Sergio Alejandro León Martínez, Julio Carlos Lozano Hernández, Silvia Lorena Hooker Ortega y Néstor Manuel Escobedo Ferradas.

SERGIO ALEJANDRO LEÓN MARTÍNEZ
Presidente