

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogada

Informe sobre la Resolución N° 0278-2018/SDC-INDECOPI

Nombre de la Autora: Valeria Lucía Vega Fernandini

Código: 20130985

Revisor: Alex Sosa Huapaya

Lima - Perú, 2021

RESUMEN

El caso “Pura Vida Nutrimax” – hasta el día de hoy –nos lleva a reflexionar sobre el alcance que tiene una decisión del Indecopi en el mercado y, como a su vez, genera un impacto en los proveedores, consumidores y en la misma Administración Pública. Si bien es cierto mucho se cuestiona acerca de la naturaleza del producto, lo cierto es que Gloria S.A. contaba con un título habilitante otorgado por la autoridad técnica competente quien autorizaba la comercialización de su producto, además de su denominación la misma que se trasladó de forma precisa y detallada en la etiqueta. Entonces, partiendo de esta premisa, ¿Gloria S.A. habría cometido realmente un acto en la modalidad de engaño con la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax”? El objetivo del presente Informe Jurídico es demostrar que la actuación de Gloria S.A. es conforme a derecho y no es susceptible de generar el acto de engaño que se denuncia. Además de ello, comprobar que existe una vulneración al Principio de Confianza Legítima al momento en que la propia Administración Pública induce a error a Gloria S.A. y no reconoce su registro sanitario otorgado válidamente. Finalmente, determinar que la medida correctiva ordenada no restablece los efectos del acto de engaño alegado. Así pues, a través de un análisis interpretativo de la normativa vigente, de la diversa bibliografía relacionada a la materia del presente Informe, así como de la definición de algunos conceptos generales, se podrá concluir que la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax” no es susceptible de inducir a error al consumidor y que, por el contrario, existe un eximente de responsabilidad administrativa al momento de inducir a Gloria S.A. a error.

INDICE ANALITICO

I.	INTRODUCCION	3
II.	JUSTIFICACION DE LA ELECCION DE LA RESOLUCION	5
III.	ANTECEDENTES, CONTEXTO Y HECHOS RELEVANTES DEL PRESENTE CASO	6
	ANTECEDENTES	6
	CONTEXTO PREVIO AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO	6
	HECHOS RELEVANTES DEL CASO	7
	INICIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA CCD	7
	<i>a. Expediente No. 099-2017/CCD</i>	7
	<i>b. Descargos de Gloria S.A.</i>	8
	<i>c. Expediente No.117-2017/CCD</i>	10
	<i>d. Descargos de Gloria S.A.</i>	10
	<i>e. Acumulación de procedimientos</i>	10
	PRONUNCIAMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA POR LA CCD (RESOLUCION 159-2017/CCD-INDECOPI)	11
	RECURSO DE APELACION PRESENTADO POR GLORIA S.A.	11
	PRONUNCIAMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA POR LA SDC (RESOLUCION No.0273-2018/SDC-INDECOPI)	12
IV.	PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS DEL PRESENTE CASO	17
V.	ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS	18
VI.	CONCLUSIONES	67
	BIBLIOGRAFIA	68

I. INTRODUCCION

En nuestro país, todos – o al menos gran parte de la ciudadanía– hemos consumido alguna vez un producto lácteo eligiendo, entre la diversidad de ofertas presentadas en el mercado, la que mejor se adecúe tanto a nuestros ingresos y/o necesidades.

Entre las empresas que predominan en el mercado ofertando alimentos lácteos, se encuentra la empresa Gloria S.A., quien a partir del año 2015 lanzó al mercado el producto “Pura Vida Nutrimax”, como alternativa a otros productos comercializados por la misma empresa. Este, tuvo gran acogida por parte de los consumidores puesto que además de ser un producto de primera necesidad, era económico y considerado como un alimento esencial para la nutrición de las personas, sobre todo para el desarrollo de los menores de edad.

Pero, la pregunta es ¿Qué paso con “Pura Vida Nutrimax? ¿Cuál fue el motivo de la polémica generada contra Gloria S.A. que desencadenó el inicio de una controversia?

Como es de conocimiento público, en el año 2017, las autoridades panameñas emitieron una Resolución en la cual se señalaba que el producto “Pura Vida Nutrimax” no era leche evaporada y se ordenó el cese de la comercialización del mismo. Dicha noticia tuvo tal nivel de difusión e impacto, que llegó a nuestro país generando todo tipo de comentarios al respecto.

A raíz de ello y ante la presión mediática existente, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante, “Indecopi”) inició las investigaciones del caso, sancionando finalmente a la empresa Gloria S.A. por la comisión de actos en la modalidad de engaño.

Siendo esta la situación, el objetivo del presente informe jurídico es analizar a profundidad la Resolución No. 0278-2018/SDC-INDECOPI con la finalidad de determinar si es que realmente esta empresa cometió el supuesto acto de engaño que se detalla en dicha Resolución y si, como consecuencia de ello, la medida correctiva ordenada fue efectiva. Además de ello, determinar si es que Indecopi habría vulnerado el Principio de Confianza Legítima al desconocer la competencia de la Dirección General

de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (en adelante, “DIGESA”) para el otorgamiento del registro sanitario de dicho producto.

En ese sentido, para poder realizar un adecuado desarrollo del informe, realizaré un breve resumen de los antecedentes, contexto y hechos del caso tanto en primera como segunda instancia, para, posteriormente, proceder con el desarrollo de los problemas jurídicos planteados. Finalmente, detallaré las conclusiones y la postura adoptada sobre cada problema identificado.



II. JUSTIFICACION DE LA ELECCION DE LA RESOLUCION

El interés particular de analizar esta Resolución nace a partir de una interrogante que hasta el día de hoy mantiene opiniones divididas no solo por parte de los expertos en la materia si no también de los consumidores: ¿“Pura Vida Nutrimax era o no finalmente leche”?

Considero que, para dar una respuesta a este cuestionamiento, es necesario analizar y desarrollar el trasfondo de dicha Resolución porque fue a partir de este pronunciamiento que se ha podido conocer el grado de influencia que puede llegar a tener una noticia proveniente del extranjero en nuestro país y como esta impacta no solo a nivel de la oferta (empresarios) y de la demanda (consumidores), si no también en las decisiones adoptadas por la Administración Pública.

Esta Resolución muestra que muchas veces la Administración Pública es contradictoria puesto que, existe una autoridad competente como lo es la DIGESA, la cual brinda a una empresa la autorización para poder comercializar un producto, siempre que cuente con todos los requisitos establecidos – como en el presente caso - en el Informe No.005376-2014/DHAZ/DIGESA. Entonces ¿Cuál es el motivo de la sanción impuesta a Gloria S.A. si contaba con el registro autorizado por DIGESA?, ¿Era la imagen de la vaca motivo suficiente para afirmar que se había incurrido en engaño al consumidor? Asimismo, si contaba con dicho título habilitante ¿Por qué emitir una medida correctiva? ¿Dónde queda la confianza legítima en la Administración?

La decisión adoptada causaría inseguridad jurídica, ya que se evidenció que no es suficiente cumplir con la normativa vigente y actuar de buena fe para eximirte de responsabilidad. Esto – a su vez – considero que, finalmente, afecta a los consumidores porque este producto tenía gran aceptación y formaba parte del consumo diario de gran parte de la ciudadanía por lo mismo que era económico y, al ser retirado del mercado por un periodo de tiempo, les ocasionó un perjuicio al tener que optar por otras opciones que, tal vez, no se encuentren al alcance de sus posibilidades económicas.

III. ANTECEDENTES, CONTEXTO Y HECHOS RELEVANTES DEL PRESENTE CASO

Con la finalidad de realizar un análisis a profundidad de la Resolución No. 0273-2018/SDC-INDECOPI correspondiente al caso “Pura Vida Nutrimax”, es importante dar a conocer tanto los antecedentes como el contexto en el cual este pronunciamiento fue emitido.

Es así que, en las próximas líneas, se procederá a detallar los antecedentes que posteriormente impulsaron a que se inicie este procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Gloria S.A. , así como el contexto previo al inicio del procedimiento y, luego de ello, se enumerarán los hechos más relevantes del caso en cuestión explicando tanto la postura adoptada por los denunciantes como también del denunciado tanto en primera como segunda instancia administrativa y, por último, la posición final adoptada por el Indecopi.

ANTECEDENTES

- 3.1.** Como antecedente principal está el Informe 5376-2014/DHAZ/DIGESA emitido el 20 de octubre del 2014 por la DIGESA, la misma que estableció los criterios o reglas que las empresas de la industria láctea tenían que cumplir para la denominación de los productos lácteos y los productos de componente lácteo que contengan ingredientes no lácteos, disponiendo que estos últimos podían llevar la denominación de “leche”, pero con la descripción de los otros insumos correspondientes.
- 3.2.** De forma posterior a la emisión de este informe es que, mediante Anotación de 31 de marzo del 2015, la empresa Gloria S.A., solicitó la modificación y ampliación del registro de “Pura Vida Nutrimax” a la DIGESA, la misma que fue aprobada, otorgándole el registro sanitario N° A3860814N/NAGOSA.

CONTEXTO PREVIO AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

- 3.3.** Años más tarde - específicamente el 11 de mayo de 2017 - se originó una controversia respecto al contenido del producto “Pura Vida Nutrimax” en Panamá, a raíz de una Resolución expedida por la autoridad competente de dicho país, en la

cual instaba a la suspensión de comercialización de dicho producto, debido a que el etiquetado del mismo no correspondía al contenido del producto según la Norma Codex Stan 1-1985.

- 3.4.** Dicha noticia, tuvo gran nivel de difusión e impacto sobre todo en nuestro país, en donde diversos medios de comunicación (redes sociales, prensa escrita y canales de televisión), informaron dicha decisión de la autoridad Panameña. Ello, generó diversas reacciones no solo entre las autoridades nacionales si no también entre los consumidores y fue lo que finalmente motivó a que se iniciara de parte el procedimiento administrativo sancionador contra Gloria S.A.

HECHOS RELEVANTES DEL CASO

Ahora bien, luego de haber detallado los antecedentes y el contexto en el cual se desarrolló esta controversia, a continuación se procederán a desarrollar brevemente los hechos del presente caso desde su inicio en primera instancia hasta el pronunciamiento en segunda y última instancia administrativa.

INICIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA CCD

a. Expediente No. 099-2017/CCD

- 3.5.** El 06 de junio de 2017, el Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Caudal – Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidaridad Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated (en adelante, las “Asociaciones”) presentaron una denuncia contra Gloria S.A. ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la “CCD”), por la presunta comisión de actos en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dicha denuncia señalaba los siguientes argumentos:

- El 02 de junio de 2017, se tomó conocimiento a través de los medios de comunicación que el producto “Pura Vida Nutrimax” había sido observado por las autoridades Panameñas debido a que no cumpliría con los parámetros

establecidos en el Codex Stan 1-1985 (Norma General para el Etiquetado de Alimentos Preenvasados).

- Asimismo, señalaron que, en nuestro país, Gloria S.A. comercializaba dicho producto, el cual tendría en su presentación la imagen de una vaca y el término “leche”, la misma que induciría a error puesto que un consumidor razonable asumiría a raíz del análisis superficial del empaque que está adquiriendo leche de vaca.
- Finalmente, las Asociaciones solicitaron a la CCD que se proceda a sancionar a Gloria S.A. por la comisión de actos en la modalidad de engaño a través de la publicidad y se ordene el cese inmediato del acto denunciado.

3.6. Es así que, mediante Resolución s/n de fecha 07 de junio de 2017, la CCD admite a trámite la denuncia contra Gloria S.A., imputándole la presunta comisión de actos en la modalidad de engaño, bajo los siguientes argumentos:

- Gloria S.A. habría difundido publicidad tanto en la página web como en el empaque de su producto “Pura Vida Nutrimax”, el cual contendría la imagen de una vaca que daría a entender a los consumidores que dicho producto se trataría de leche puramente de vaca.
- Se habría difundido publicidad en su página web donde se apreciaría la imagen de dicho producto con la imagen de una vaca junto a la frase “Leche evaporada”, lo cual también daría a entender a los consumidores que se trataría de leche puramente de vaca.

b. Descargos de Gloria S.A.

3.7. El 22 de junio de 2017, la Denunciada presentó sus descargos y solicitó se declare infundada la denuncia expresando los siguientes argumentos:

- Se habrían vulnerado los principios de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental contenidos en la Ley No. 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”).

- De un análisis integral de la pieza publicitaria, se puede concluir que ni la imagen de la vaca, ni el uso del término “leche evaporada” inducen a error a los consumidores y tampoco transmitirían el mensaje de que el producto es compuesto puramente de leche de vaca, puesto que estos van acompañados de la descripción del producto, el cual informa de manera clara y entendible la presencia insumos no lácteos.
- Mediante el Informe No.005376-2014/DHAZ/DIGESA de fecha 20 de octubre de 2014 emitido por la DIGESA, se establecieron los parámetros que las empresas debían seguir para la denominación de los productos lácteos en el Perú. Siendo que, se dispuso que al existir productos de componente lácteo que contengan – a su vez- productos no lácteos, estos debían llevar la denominación de “leche” seguido de la descripción de los otros ingredientes.
- Por ello, en aplicación de lo dispuesto por la DIGESA, se había procedido con la modificación de la denominación del producto “Pura Vida Nutrimax” consignándolo como “Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltrodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecido con vitaminas A y D”.
- Siendo ello así, manifestó que las imágenes en una pieza publicitaria debían ser interpretadas conjuntamente con el mensaje escrito (denominación del producto aprobado por la autoridad competente) y el contenido del anuncio. Con ello, se descartaría la realización de un acto de engaño, ya que – de igual manera – el mensaje se encontraba con letras claras en la cara frontal y reversa del envase. Posición que estaría respaldada por pronunciamientos previos del mismo Indecopi.
- Finalmente, respecto a la competencia de la DIGESA, señaló que la denominación de los alimentos y bebidas no se establecen a discreción de los productores si no que tiene que ser aprobada por dicha autoridad, ya que solo así podían obtener el registro sanitario correspondiente para ejercer la comercialización del producto.

c. Expediente No.117-2017/CCD

3.8. Mediante Resolución de fecha 26 de junio de 2017, la CCD imputó a la empresa Gloria S.A. la presunta comisión de actos en la modalidad de engaño establecidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, indicando que la empresa habría estado difundiendo en medios televisivos, publicidad del producto en el cual se muestra la imagen de una vaca, así como la frase “Leche Pura Vida Nutrimax”, la cual daría a entender al consumidor que dicho producto es leche de vaca.

d. Descargos de Gloria S.A.

3.9. Con fecha 10 de agosto de 2017, Gloria S.A. presentó sus descargos solicitando se declare infundada la denuncia por los siguientes argumentos :

- Se habría vulnerado el principio de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental contenidos en la LPAG.
- Del análisis integral de la campaña publicitaria, ni la imagen de la vaca ni el uso de la frase “Leche Pura Vida Nutrimax” inducirían a engaño a los consumidores, teniendo en consideración los pronunciamientos previos de Indecopi.
- Reiteró los descargos expuestos ante la denuncia formulada por las Asociaciones en tanto no se habría incurrido en acto de engaño alguno, puesto que, en el análisis de la campaña publicitaria se debía tener en cuenta la evaluación conjunta de los diversos medios a través de los cuales se transmite dicha publicidad del mismo producto y que dicho anuncio no transmitiría el mensaje de que “Pura Vida Nutrimax” sería puramente leche de vaca, ya que se muestran los otros componentes no lácteos.

e. Acumulación de procedimientos

3.10. Mediante Resolución de fecha 20 de noviembre de 2017, la CCD ordenó la acumulación del Expediente No. 117-2017/CCD al procedimiento tramitado bajo el Expediente No. 099-2017/CCD.

PRONUNCIAMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA POR LA CCD (RESOLUCION 159-2017/CCD-INDECOPI)

3.11. Respecto a la denuncia formulada por las Asociaciones, declaró fundada la misma por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño señalados en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ya que de la revisión integral y superficial de los anuncios cuestionados, estos transmitían que “Pura Vida Nutrimax” era leche de vaca.

3.12. Respecto a la denuncia formulada de oficio contra Gloria S.A., declaró fundada la misma por incurrir en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño establecidos en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.13. Asimismo, sancionó a Gloria S.A. con 700 UIT por el supuesto beneficio ilícito que habrían obtenido con la difusión de la publicidad infractora y, a su vez, en calidad de medida correctiva, se ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax”, ya que este daba a entender que el producto era leche.

RECURSO DE APELACION PRESENTADO POR GLORIA S.A.

3.14. El 29 de enero de 2018, Gloria S.A. presentó su recurso de apelación contra la Resolución No.159-2017/CCD-INDECOPI, bajo los siguientes argumentos:

- La Comisión habría vulnerado el principio de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental contenidos en la LPAG al no haberse tenido en cuenta los criterios adoptados en Resoluciones anteriores.

- En Resoluciones anteriores como la No. 061-2010/CCD-INDECOPI, se evaluó – de igual manera – la presentación del producto en cuestión y en el cual, se determinó que la empresa no habría incurrido en engaño alguno, es decir, la conducta fue declarada lícita por la autoridad.
- Igualmente, en la Resolución No. 972-2016/PS0-INDECOPI, se declaró que dicho producto no generaba engaño pues tenía dentro de sus insumos leche evaporada que provenía de las vacas.
- La imagen de la vaca obedece a lo dispuesto por la DIGESA en su Informe No. 005376-2014/DHAZ/DIGESA, en el cual se indica que el producto “Pura Vida Nutrimax” puede denominarse “leche (evaporada y parcialmente descremada)” acompañado de los demás insumos.
- Sobre el mensaje transmitido en la publicidad, precisó que dicho producto está elaborado con más de 60% de leche de vaca a la cual se le añadieron ingredientes no lácteos que aportan nutrientes.
- Respecto a la graduación de la sanción, indicaron que esta se debió determinar en función a anteriores pronunciamientos de la Sala y que no hubo una motivación adecuada respecto a este punto.

PRONUNCIAMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA POR LA SDC (RESOLUCION No.0273-2018/SDC-INDECOPI)

3.15. La Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, “SDC”), procedió a pronunciarse sobre los siguientes puntos:

(i) Sobre la validez de la Resolución No.159-2017/CCD-INDECOPI

3.16. La SDC señaló, respecto al principio de confianza legítima, que en supuestos similares, los administrados serán sometidos a procedimientos equivalentes bajo las mismas reglas. Sin embargo, habrán situaciones en las cuales lo decidido en un caso

previo no es trasladable a una conducta posterior, de acuerdo a los alcances del pronunciamiento anterior o el rexamen realizado por la entidad.

3.17. En ese sentido, manifestó que las Resoluciones invocadas por Gloria en su apelación, tenían elementos diferenciadores sustanciales a los invocados en la controversia que era materia de este procedimiento y que, por lo tanto, al no estar ante el mismo supuesto de hecho que en los casos mencionados, no se habría generado la vulneración al principio de confianza legítima.

3.18. Ahora bien, sobre el Informe No.5376-2014/DHAZ/DIGESA, la SDC indicó que en el mismo no se analizó el empaque de dicho producto y tampoco se evaluaron aspectos publicitarios o si determinadas formas de presentación publicitaria podían inducir a error respecto a la naturaleza de producto. Además de ello, precisó que la evaluación de dichos elementos publicitarios era de exclusiva competencia del Indecopi.

(ii) Sobre los actos de engaño cometidos

3.19. La SDC expresó que, en atención al artículo 8, numeral 1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual establece como actos de engaño aquellos a través de los cuales los agentes inducen a error a otros participantes del mercado ya sea en la naturaleza, características, calidad o cantidad y en sí sobre atributos o beneficios que presentan sus productos, se debían distinguir dos momentos para el análisis de los casos de actos bajo la modalidad de engaño:

- **Delimitación del mensaje:** Es la evaluación integral y superficial prescrito. Aquí lo elemental será determinar como es la percepción de los consumidores respecto a la publicidad emitida.
- **Verificación de veracidad del mensaje:** Acreditar que el mensaje es veraz.

(iii) Sobre la delimitación de los elementos publicitarios contenidos en el envase del producto

Interpretación de los mensajes transmitidos mediante los anuncios imputados

3.20. Respecto a la descripción del anuncio y la interpretación del mensaje publicitario en cada uno de los anuncios cuestionados, y tomando en consideración solamente los elementos denominativos y gráficos que califiquen como publicidad, señaló que las imágenes de una vaca junto a un campo verde en la publicidad en empaque del producto “Pura Vida Nutrimax”, darían a entender a los consumidores que se trataría de leche de vaca.

3.21. Asimismo, expresó que si bien la publicidad no señalaba textualmente las frases “únicamente de vaca” o “100% leche de vaca”, al momento de interpretar el mensaje y de una apreciación integral y superficial de la publicidad, si podría inducir a error de acuerdo a la manera en que es entendido por el consumidor.

3.22. Así, concluyó que en cuanto a los elementos gráficos de la etiqueta, estos aluden a la leche (ya que se muestra un vaso con líquido blanco) y que la misma sería de vaca por presentar la imagen de un bovino. Además de ello, en cuanto a la presentación del producto (lata), se podría denotar que no consiste en ser un producto que se encuentra en su estado natural si no que ha tenido un proceso de evaporización.

¿El producto calificaba como leche de vaca?

3.23. En este aspecto, la SDC determinó que, la veracidad de los mensajes publicitarios se establecerá luego de realizar una comparación entre el producto que se anuncia y los estándares previstos por las normas sectoriales, todo ello relacionado con el principio de veracidad.

3.24. A partir de ello, indicó que el Codex Stan 1-1985 como Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados (en adelante, el “Codex”), contiene una regla transversal concordante con el principio de veracidad establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en ella se señala que las etiquetas de los productos alimenticios no deben inducir a error (directa o indirectamente) a través de palabras, ilustraciones o representaciones.

3.25. Asimismo, indicó que de la lectura de los numerales 2.3 y 4.5 del Codex Stan 206 -1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros, se comprueba

que los productos lácteos compuestos que contengan una parte esencial de leche, pueden denominarse como tal, siempre que: (i) los elementos no derivados de la leche no sustituyan a este componente esencial de leche y (ii) se incluya una descripción clara de los demás ingredientes que caracterizan al producto, de manera cercana a su denominación.

3.26. En síntesis, la SDC señaló que el Codex es un parámetro objetivo que permite establecer si un producto es “leche”, por ello, el cumplimiento de dicho estándar sustentará la veracidad del mensaje trasladado. Sin embargo, del análisis de todas las piezas publicitarias cuestionadas se concluyó que estas difunden un mismo mensaje respecto de la naturaleza del producto, es decir, que sería leche de vaca.

(iv) Sobre la validez de la graduación de la sanción

3.27. La SDC observó que la sanción a imponer tenía que derivarse de la evaluación que se realice de dicha publicidad por separado. En ese sentido, la CCD debió calcular la sanción por cada una de las infracciones determinadas y, luego de realizar ello, proceder a sumar las multas hasta un máximo del doble de la sanción más grave; sin embargo, la resolución de primera instancia tiene un vicio de motivación al no haber efectuado dicho análisis, por lo que declaró la nulidad en el extremo relativo a la graduación de la sanción.

3.28. Con la finalidad de determinar la sanción, la SDC mencionó que la empresa habría difundido publicidad que daría a entender que el producto “Pura Vida Nutrimax” sería leche de vaca, induciendo a error a los consumidores sobre la naturaleza del producto porque estos podrían escoger dicho producto basándose en dicha publicidad; sin embargo, en realidad no es el bien que pretenden adquirir, pues no ha seguido los parámetros técnicos establecidos.

3.29. Además, indicó que en este caso, si es que dicho producto se hubiera presentado desde un inicio como si no fuera leche de vaca y, si los consumidores hubieran tenido conocimiento que el producto no calificaba dentro de los parámetros para ser presentado como tal, este tendría una utilidad cero. Por lo tanto, al realizar la

conducta infractora se desvió las preferencias de los consumidores, lo que conllevó a un aumento de sus ventas bajo la premisa de que dicho producto era leche de vaca.

3.30. Por otro lado, la SDC consideró que las sanciones que se impongan no siempre se emitirán en base a todos los criterios establecidos en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; por ello, en base a los elementos analizados solo fue aplicable el beneficio ilícito como criterio para graduar la sanción.

3.31. Por último, la SDC señaló que la sanción a imponer debería ascender a 1400 UIT, es decir, el doble de la sanción más grave; sin embargo, en atención al principio de prohibición de la reforma en peor, como la CCD había impuesto una multa de 700 UIT, la multa total que se podría aplicar no podía exceder dicho monto.

DECISIÓN DE LA SDC:

3.32. Se confirmó la Resolución No.159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en el cual se declaró fundada la imputación contra Gloria S.A. por la comisión de actos en la modalidad de engaño estipulado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.33. Asimismo, decidió la nulidad de la Resolución No.159-2017/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción y dispuso sancionar a Gloria S.A. con una multa de 700 UIT.

3.34. Finalmente, confirmó la Resolución de primera instancia en el extremo en el cual ordenó como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax”.

VOTO EN DISCORDIA

3.35. En el presente caso, la vocal Silvia Lorena Hooker Ortega, emitió un voto en discordia para que se revoque la Resolución No.159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, bajo la explicación de los siguientes argumentos:

- Respecto a la publicidad cuestionada, señaló que en el producto se puede observar además del elemento gráfico (el campo verde con una vaca) y las frases que resaltan sus características, se verifica que también se detalla de forma clara y visible debajo de la imagen de la vaca una frase que describe la composición y naturaleza de producto, el cual dice “LECHE EVAPORADA PARCIALMENTE DESCREMADA CON LECHE DE SOYA, MALTODEXTRINA, GRASA VEGETAL, MIERALES (HIERRO Y ZINC) Y ENRIQUECIDA CON VITAMINAS (A Y D)”. Dicho mensaje se ubica de forma destacada en el empaque y brinda información que permite – a su vez – percibir de forma sencilla y clara que se trata de una leche que, adicionalmente, contiene otros ingredientes que lo diferencian de la leche pura de vaca.
- Asimismo, indicó que actualmente en el mercado de lácteos existen variedad de ofertas puestas a disposición del consumidor, de manera que pueden escoger la que se acomode mejor a sus necesidades, de acuerdo a las características diferenciadas de cada producto.
- El producto tiene un origen lácteo; sin embargo, también es cierto que es un producto industrializado, por lo que los consumidores no podrían asumir que se trate de un alimento en estado natural o sin ningún tipo de alteración, más aún teniendo en cuenta que su composición se encuentra debidamente expresada en la etiqueta.

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS DEL PRESENTE CASO

Los problemas jurídicos identificados en la presente Resolución materia de análisis son los siguientes:

- (i) **Primer problema:** Determinar si la interpretación del mensaje publicitario del producto “Pura Vida Nutrimax” realizado por la SDC fue correcto y si, a raíz de ello, se habrían cometido actos de competencia desleal en la modalidad de engaño respecto a la naturaleza del producto “Pura Vida Nutrimax”.

- (ii) **Segundo problema:** Determinar si se vulneró el principio de confianza legítima al desconocer la competencia de DIGESA para el otorgamiento del título habilitante del producto “Pura Vida Nutrimax” y si, como consecuencia de ello, se habría afectado la seguridad jurídica.
- (iii) **Tercer problema:** Determinar si la medida correctiva ordenada por el Indecopi fue efectiva para corregir los supuestos actos de engaños cometidos por Gloria S.A.

V. ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS

5.1. La interpretación del mensaje publicitario del producto “Pura Vida Nutrimax” realizado por la SDC y la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño respecto a la naturaleza del producto “Pura Vida Nutrimax”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, se implementó un nuevo régimen económico que tenía como eje principal la desregularización del mercado otorgándole al Estado un rol subsidiario, así como de garante en la actividad económica. Esta es la denominada Economía Social de Mercado, la misma que se fundamenta en los artículos 58¹ y 60², con la promoción de la libre competencia y el fomento de la iniciativa privada, como pilares para lograr una adecuada y eficiente participación de los agentes económicos en el mercado que permitirá la satisfacción de las necesidades de los consumidores y – en general – el bienestar social.

Como ningún mercado es perfecto, se necesita de disposiciones que guíen el funcionamiento del mismo y prohíba las conductas anticompetitivas. Con esto último, no se quiere dar a entender que un agente no pueda causarle un daño a otro en el ejercicio de

¹ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

(...)

TITULO III – DEL REGIMEN ECONOMICO

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.

² **Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...).

su actividad, al contrario, toda competencia siempre va a generar un perjuicio al competidor (daño concurrencial) porque justamente la finalidad de un empresario es captar clientes para realizar mayores transacciones, entonces una venta realizada por un agente económico significa una pérdida para otro.

Sin embargo, habrá situaciones en las cuales será relevante la intervención de la norma de competencia desleal para reprimir los actos de los agentes económicos que no se encuentren fundamentados en su propia eficiencia y causen un daño real o potencial a su competidor de forma ilícita.

En nuestro país, será Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, el encargado de reprimir toda conducta que afecte el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.³ Con ello, de acuerdo a lo señalado en los lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, se busca sancionar aquellos actos contrarios a la buena fe empresarial y así proteger no solo a los agentes económicos y consumidores, si no también el orden público económico. (Indecopi, 2019, pág. 3).

Así pues, es importante indicar que una materia que se encuentra regulada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el Derecho Publicitario – específicamente - la publicidad comercial por ser una de las herramientas de competencia más importantes para los agentes y por el efecto que puede llegar a tener en el mercado.

Por ello, en las próximas líneas, procederé a definir que es lo que se entiende por publicidad comercial y como es que esta debe ser interpretada a la luz de lo estipulado en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para así determinar si en base a la interpretación realizada por la SDC se podría concluir que Gloria S.A. cometió actos en la modalidad de engaño a partir de la publicidad de su producto “Pura Vida Nutrimax”.

5.1.1. ¿Qué se entiende por Publicidad Comercial?

³ **DECRETO LEGISLATIVO No. 1044 – LEY DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.- La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

En un mercado, la publicidad será parte integrante de la actividad empresarial por ser considerado un instrumento a disposición de los agentes para desviar la atención de los clientes hacia sus productos o servicios y así, incrementen su participación en el mercado.

En cuanto a la publicidad comercial, esta se puede definir a partir del artículo 59, inciso d) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el mismo que la define como:

“Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta ley se entenderá por:

(...)

d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”.

Del citado artículo, vemos que se desprenden las características principales que configuran la publicidad comercial, las cuales son las siguientes: (i) esta debe ser o configurar una forma de comunicación, (ii) debe ser difundida a través de cualquier medio o soporte, (iii) objetivamente apta o dirigida a promover ya sea directa o indirectamente la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, (iv) difundirse en el marco de una actividad concurrencial y (v) debe promover la contratación o realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales. (Murillo, 2015, pág. 165)

Podemos decir entonces que la publicidad comercial, hoy en día, puede ser considerada como un acto de competencia por la capacidad y eficacia que tiene para influir en la toma de decisiones de los potenciales adquirentes de un producto o servicio en particular. Esto quiere decir que, la publicidad logra esa atracción de compradores incluso en los supuestos de inexistencia de hábitos de compra del producto que es ofrecido; por ello es un poderoso instrumento que dirige y encauza las decisiones de consumo. (Baylos, 2009, pág. 328).

Por otra parte, a partir de esta definición, se pueden identificar las funciones que cumple esta publicidad comercial siendo la más importante la función persuasiva. Esta consiste en convencer al potencial cliente de comprar un producto determinado y, para ello, el agente económico podrá utilizar diversos medios como: humor, nostalgia, fantasía, atributos o beneficios del producto, entre otros, de tal manera que el mensaje que se transmita al consumidor genere en él, la necesidad de realizar esa transacción y de forma adicional, una fidelización con la marca. (Rodríguez & Sosa, 2020, pág. 24).

Además de la función antes mencionada, cuenta con una función informativa que - de igual manera - tiene un papel primordial en relación a la reducción de la asimetría informativa existente, puesto que la información que se brinde en la publicidad a los consumidores les será útil para poder comparar las diversas opciones que hay en el mercado. Esto, traerá como consecuencia que los costos de búsqueda sobre un producto o servicio también se vean reducidos y favorecerá la competencia en el mercado porque el agente económico encontrará en la publicidad un medio idóneo para transmitir la información necesaria y poder competir. (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013, pág. 75).

Entonces, vemos que la publicidad comercial tiene un papel importante para el desarrollo de la competencia porque va a beneficiar tanto al anunciante quien mediante esta publicidad dará a conocer y transmitir su oferta, así como – a su vez – al consumidor porque al recibir esta información va a causar un impacto en él, en el sentido de que esta publicidad va a llamar su atención y lo incentivará a comprar el producto. Esto generará finalmente un mercado más eficiente y dinámico.

5.1.2. ¿Cómo se debe interpretar la publicidad comercial según la LRCD?

La publicidad comercial se destaca por ser un medio en el cual el anunciante y el consumidor no tienen una comunicación directa. Esto hace que el consumidor se limite a recibir la información que contiene el anuncio publicitario; por ello, es que el anunciante al momento de emitir dicho anuncio verifica que el mismo pueda ser comprendido en su totalidad por el consumidor y sin necesidad de información adicional.

En ese sentido el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal nos señala lo siguiente:

“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”. **(subrayado añadido)**

Del artículo mencionado, se puede deducir entonces que: (i) la evaluación del anuncio publicitario y/o campaña publicitaria debe efectuarse tomando en cuenta la totalidad del contenido del mismo, y (ii) el destinatario del mensaje realizará un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que puede percibir, como lo haría un consumidor razonable.

Asimismo, se entiende como análisis integral del anuncio publicitario, la evaluación del contenido del anuncio en su conjunto o como un todo, el cual implica que no se interprete de forma fragmentada el mismo dejando de lado otros elementos - como palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros – que también formen parte del anuncio. Además de ello, se entiende como análisis superficial, el mensaje que surge a primera vista de un anuncio sin recurrir a un mayor esfuerzo interpretativo, exhaustivo o especializado del mismo sino que es el significado “común” o “usual” que un consumidor le puede atribuir.

Ahora bien, esta interpretación es realizada tanto por la CCD o la SDC del Indecopi, como autoridades administrativas en primera y segunda instancia quienes juzgan si un anuncio puede o no inducir a error a un consumidor. Para esto, deben realizar una abstracción para determinar cuál fue el mensaje que el consumidor recibió a través de las afirmaciones habladas o escritas, imágenes, sonidos u otros que conformaron el “paquete de información” de una campaña o un anuncio, luego deberán cotejar tal mensaje con la

realidad del producto anunciado. (2006, pág. 4). Para esta labor, se aplica la interpretación integral y superficial descrita anteriormente.

Es importante precisar, además, que será el consumidor el que le atribuirá un significado a dicho anuncio sobre la base de sus parámetros y en su condición de destinatario. No es que la autoridad – en este caso Indecopi - tenga que requerir estudios que determinen qué es lo que entendió el consumidor del anuncio difundido, pues ello sería ineficiente y generaría costos innecesarios en los administrados y dilataría los plazos de tramitación de los procedimientos. (2014, pág. 5). La interpretación de la publicidad comercial se deberá realizar, en principio, conforme lo haría un consumidor razonable.

¿Qué se entiende por consumidor razonable?

Si bien es cierto la Ley de Represión de la Competencia Desleal no define expresamente el estándar de consumidor aplicable a la publicidad comercial, respecto a esta materia, se entiende que el estándar utilizado es el de un consumidor razonable. Esto también se encuentra señalado en pronunciamientos del Indecopi y un ejemplo de ello es la Resolución No.0363-2014/SDC-INDECOPI⁴, la cual, en su fundamento 18, indica expresamente lo siguiente:

“18. Por tanto, en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (Principio de Veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas. Ello se debe a que solo respecto de afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas se puede exigir al anunciante que, en cumplimiento del deber de sustanciación previa, proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores”.

Entonces, se puede determinar que, el estándar utilizado por la autoridad competente para realizar un análisis del contenido del mensaje o campaña publicitaria es el de consumidor razonable. Este consumidor es definido como aquel que, sin contar con un nivel especial de conocimiento, tiene una actitud diligente para elegir entre todas las ofertas posibles, aquella que satisfaga del mejor modo sus necesidades. (2006, pág. 6)

⁴ El caso corresponde a la señora Carito del Carmen Carrasco Montalván contra la Universidad ESAN como denunciado por la comisión de actos en la modalidad de engaño contrarios al artículo 8 del Decreto Legislativo No.1044, debido a que el mensaje publicitario “ESAN, La mejor escuela de negocios del Perú” carecía de un criterio objetivo que permita su comprobación.

Tal como señala Alfredo Bullard, no se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean. Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. (Bullard, 2018, pág. 13). Podemos indicar entonces que, este estándar de consumidor es lo más adecuado debido a que lo que se busca es que los consumidores analicen de forma diligente la información que se les transmite a través del mensaje publicitario (análisis integral y superficial), ya que si se protege al consumidor que no fuera diligente, ello significaría que el anunciante tendría que transmitir toda la información de su producto mediante la publicidad.

Ello, distorsionaría también la función que tiene la publicidad de ser un mecanismo para reducir los costos de transacción, es decir, obtener información al menor costo posible. Esto debido a que, para difundir una publicidad más detallada y específica se tendría que incurrir en mayores costos, lo cual finalmente perjudicará al consumidor porque el exceso de información, terminará generando el efecto contrario a aquel que se quiere lograr que es el poder acceder a la información del producto de forma accesible y entendible.

A manera de síntesis, podemos señalar que la interpretación de la publicidad se debe realizar bajo un análisis integral y superficial del contenido del anuncio y tomando en consideración lo que un consumidor razonable podría deducir del mismo. Ahora, para saber que tipo de publicidad es la susceptible de inducir a error o engaño a los consumidores, será necesario analizar que esta sea contraria al Principio de Veracidad.

5.1.3. Principios de la Publicidad Comercial: El Principio de Veracidad

La publicidad comercial tiene diversos principios que rigen su actuación, entre ellos podemos encontrar el Principio de Autenticidad, Legalidad, Adecuación Social y Veracidad.

Sin embargo, habrán anuncios que luego de realizar un análisis integral y superficial del mismo, puedan inducir a engaño a los consumidores, es decir, contrarios al Principio de Veracidad. En esos casos, ¿Cómo determinamos que un anuncio es contrario a dicho principio?

Como se ha señalado previamente, una de las funciones de la publicidad comercial es servir como un elemento de persuasión para los adquirentes de un producto. Por ello, el agente económico podrá establecer en su anuncio la información que desee sobre el producto que va a ofertar en el mercado. No obstante, esto no quiere decir que dicho anuncio sea susceptible de inducir a error a los consumidores sobre las características, atributos o condiciones del bien y/o servicio ofrecido.

En base a ello, es importante precisar que, este principio puede definirse a partir del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – el mismo que se analizará a profundidad más adelante-, a partir de la definición de los actos de engaño como aquellos que tienen como efecto real o potencial, el inducir a error a otros agentes en el mercado, es decir, actos contrarios al Principio de Veracidad.

Así pues, en palabras de Fernández Novoa citado por Sosa y Rodríguez, la finalidad del Principio de Veracidad es proteger a la gran masa de consumidores, con ello se quiere evitar que a través del anuncio de una oferta sólo en apariencia ventajosa una empresa induzca a los consumidores a adquirir sus mercancías o servicios. El Principio de Veracidad quiere reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad. (2020, pág. 62).

Ahora bien, esto no significa que toda publicidad se encuentra sometida a este principio. Será a raíz del contenido del mensaje publicitario que se determine si es que es aplicable o no el Principio de Veracidad.

De acuerdo a ello, solo se encontrarán sometidos a este principio los anuncios que contengan alegaciones objetivas porque se realizan en base a información que debe ser susceptible a comprobación. Tal como señala Pierino Stucchi, es aquello verificable, mensurable y/o comprobable. Es pasible de ser probado y no depende de la opinión de quien emite un mensaje, sino de aquello que haya sido recibido como un dato por el destinatario del mensaje. Además, con respecto al conjunto de atributos que conforma un producto, la información permite al consumidor obtener datos verificables sobre la calidad, precio y condiciones de venta, entre otros extremos de importancia fáctica, para determinar su elección. (Stucchi, 2006, pág. 9).

Mientras que, por otra parte, los anuncios publicitarios de contenido subjetivo, no se encuentran sujetos a este principio pues - por lo general – se tratarán de juicios estimativos, exageraciones publicitarias o de fantasía que no son susceptibles de ser verificados.

Entonces, este Principio de Veracidad se verá complementado por el deber de substanciación previa el cual implica que los agentes económicos - de forma previa - a la difusión de su publicidad en base a alegaciones objetivas, tengan los medios probatorios necesarios que respalden que lo informado es verídico. (Indecopi, 2015, pág. 10)

Ello, debido a que los anunciantes pueden elegir libremente los aspectos que desean resaltar en sus mensajes publicitarios y difundirlos sin que tengan que ser aprobados previamente por alguna autoridad. Por tanto, los consumidores al estar expuestos a estos anuncios, reciben los mensajes que resumen verdaderos y comprobables y en base a ello adoptan decisiones de consumo; por esta razón, los anunciantes tienen la obligación de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas difundidas por los anuncios publicitarios. (2014, pág. 38).

Esto es importante, porque si es que el agente emite una publicidad sin una prueba que avale la veracidad de la información, en ese caso, los consumidores pueden ser inducidos a engaño.

Cabe resaltar que, esto se encuentra indicado en el artículo 8, numeral 3⁵ y 4⁶ de la Ley de Represión de Competencia Desleal, el mismo que señala que la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas corresponde a quien las comunica en su calidad de anunciante y, que para la difusión de cualquier mensaje referido a las características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten su veracidad.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO No. 1044 – LEY DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

⁶ 8.4.-En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

No obstante, esto no implica que las empresas deban indicar todo acerca de su producto en la publicidad, sino que deben: (i) presentar la información relevante del producto; y, (ii) no sea capaz de generar en el consumidor una impresión del producto y/o de las circunstancias con las que se oferta, que sea diferente a la realidad. (2006, pág. 15)

Como se ha visto, el Principio de Veracidad y el deber de substanciación previa van de la mano y tienen por objetivo el determinar si la publicidad transmitida por un agente económico puede o no inducir a engaño al consumidor a partir de la información transmitida.

Finalmente, queda claro entonces que el objetivo de este principio es evitar que los consumidores realicen transacciones en base a una publicidad que distorsione su decisión de consumo porque cada transacción que realice una empresa infringiendo el principio de veracidad, perjudica al competidor porque es una transacción menos que pudo realizar. A partir ello, existirá un deber de no engañar por parte del agente económico para que – de esta forma – se pueda no solo proteger el interés del consumidor, si no también a los competidores que actúan dentro del mercado, el mismo que debe ser, además de eficiente, transparente.

5.1.4. Los actos en la modalidad de engaño como infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal

En el punto anterior, se señaló que la publicidad comercial debe estar sujeta al Principio de Veracidad siempre y cuando estas sean alegaciones objetivas y comprobables.

Así, el inciso 1 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, expresa lo siguiente:

“Artículo 8º.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error

sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)" **(subrayado añadido)**

Respecto a la definición que se le da a los actos de engaño en la Ley, no se alude a la falsedad o a la mentira, sino a la "inducción a error". Este acento en la inducción a error es correcto porque incluso un contenido verdadero puede ser presentado de manera engañosa y dar como resultado un supuesto de inducción a error. Ni la falsedad asegura la ilegalidad ni la verdad asegura la legalidad. (2020, pág. 62)

En efecto, la deslealtad reside en el error a que conducen o pueden conducir los anuncios publicitarios. En este contexto, el error se produce cuando la realidad de las cosas se separa de la idea de la realidad o expectativas inducidas por el acto considerado o, expresado de la forma más simple, el error es la falsa representación de la realidad que la conducta considerada provoca o puede provocar entre sus destinatarios. (Massaguer, 1999, pág. 228).

Entonces, si luego de realizado un análisis integral y superficial de un anuncio o campaña publicitaria, un consumidor que asume como información real sobre un producto algo no acorde con la realidad, podría estar sujeto a una inducción a error y habría una infracción al Principio de Veracidad. Cabe precisar que no tiene que presentarse un engaño efectivo, basta que haya la susceptibilidad de generarse dicho engaño para que sea considerado como acto ilícito.

Es importante resaltar que, hay modalidades de inducción a error a los consumidores, además de la falsedad- la misma que recae sobre todo anuncio cuyo mensaje publicitario al contrastarse con la realidad es engañoso -, están pues la omisión de determinada información y los mensajes ambiguos. (Sosa, 2017, pág. 163).

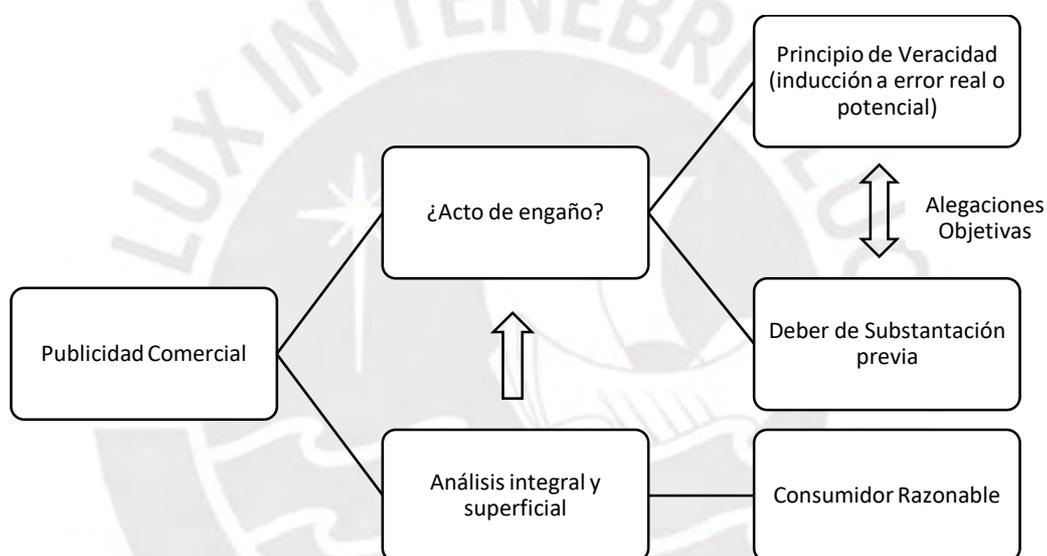
Adicionalmente a ello, según los lineamientos sobre la competencia desleal y publicidad comercial emitidos por el Indecopi, si es que el agente económico no cuenta con un sustento previo que acredite la veracidad de su publicidad, también incurrirá en un acto de engaño. (2019, pág. 12)

De lo señalado, entonces se puede afirmar que habrá un acto de engaño si los consumidores son inducidos a error, ya sea por la falsedad del anuncio, omisión de

información o ambigüedad del mensaje difundido respecto a los productos o servicios que se ofertan, generando una desviación en sus preferencias o decisiones en el mercado.

Finalmente, corresponde destacar que la finalidad de la represión del acto de engaño es el mantenimiento de la transparencia del mercado mediante la sanción a los agentes que no concurren en este basándose en la competencia por eficiencia y utilicen la publicidad como mecanismo para desviar la demanda de sus competidores hacia su producto o servicio ofertado, pero a partir de la información engañosa.

A continuación se visualiza un gráfico con los conceptos señalados hasta ahora:



***Elaboración Propia**

5.1.5. Análisis del mensaje publicitario del producto “Pura Vida Nutrimax” y la presunta comisión del acto en la modalidad de engaño

Luego de haber efectuado el análisis sobre la publicidad comercial y ver cuando esta puede ser contraria al principio de veracidad a partir de la interpretación de la misma, corresponde ahora aplicar los conceptos al caso en concreto.

En primer lugar, en la Resolución No.0273-2018/SDC-INDECOPI, la Sala señaló que, de la interpretación que se realizaba a primera vista de la parte frontal de la etiqueta se podía apreciar un campo verde y de forma destacada la imagen de una vaca junto a la frase: “Nutrimax. Hierro , calcio, fósforo, zinc y vitaminas A y D”.

A partir de ello, expresó que si bien la publicidad no indica textualmente que dicho producto es 100% leche de vaca, de una apreciación “superficial”, la imagen de un bovino podría dar a entender a un consumidor que el producto estaría compuesto de leche de vaca - lo cual- no es correcto asumir. Asimismo, indicó que la presentación del producto permitía considerar que no se trataba de un alimento en su estado natural, entonces de una aproximación espontánea del consumidor se transmitía - de manera natural- el mensaje de que el producto anunciado es leche de vaca comercializada de forma evaporada.

Para poder visualizar mejor como era la etiqueta del producto cuestionado, esta se adjunta a continuación:



Fuente: Resolución No.0273-2018/SDC-INDECOPI

De forma clara y visible se puede ver la composición y naturaleza del producto

Entonces, ¿Era la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax” susceptible de inducir a error al consumidor?

Antes de realizar el análisis de la etiqueta del producto, es importante mencionar que esta publicidad se dio en el marco de la campaña publicitaria del producto “Pura Vida Nutrimax”.

Sobre la campaña publicitaria del producto “Pura Vida Nutrimax”

La SDC analiza la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax” en el marco de la campaña publicitaria de dicho producto transmitida mediante diversos medios como: publicidad tanto en envase, como en página web y televisión.

Al respecto, sobre las campañas publicitarias, el artículo 59, literal e) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala lo siguiente:

“Artículo 59º.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

e) Campaña publicitaria: a los anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal (...).”

Este artículo señalado previamente debe ser leído junto con el artículo 21, numeral 2) de la misma Ley, la cual dispone que las campañas publicitarias son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que la conforman.

Entonces, de la aplicación de estos dos artículos, se deduce que se deberá realizar un análisis integral y superficial de la campaña publicitaria en su conjunto, es decir, comprendiendo la totalidad de los anuncios y los medios de difusión, para determinar si es que existe una infracción al principio de veracidad y se ha inducido a error a los consumidores.

Ahora bien, el cuestionamiento de la publicidad del producto, proviene a raíz del etiquetado del mismo, ya que la SDC en su fundamento 90 señala que los elementos gráficos en la etiqueta permiten deducir que la leche sería de vaca, al mostrar la imagen de un bovino de forma destacada. Es por esta razón, que a continuación se procederá a analizar si es que el etiquetado del producto “Pura Vida Nutrimax”, el mismo que se difundió en diversos medios publicitarios, inducía a error al consumidor.

Análisis integral y superficial del anuncio publicitario

Comencemos por el análisis del anuncio publicitario contenido en la etiqueta del producto “Pura Vida Nutrimax”. Aquí, es interesante notar lo contraproducente que ha sido el Indecopi en este caso, puesto que la misma SDC en su fundamento 54 señala expresamente que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se precisa que el análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta que el destinatario queda influenciado mediante un examen superficial de lo publicitado, es decir, sin realizar ninguna evaluación detenida del producto.

Utilizando el propio criterio del Indecopi en su Resolución, se puede determinar claramente que, de un análisis de la publicidad en su conjunto, se observa que además de la imagen de la vaca en la etiqueta, hay una frase que la acompaña de manera visible y que indica lo siguiente: *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”*.

Esto quiere decir que, Gloria S.A. si informó a los consumidores la verdadera naturaleza y composición del producto sin obviar ningún tipo de información que distorsione el mensaje publicitario, ya que de la lectura de la etiqueta un consumidor razonable puede entender que el producto además de tener un componente lácteo (de origen animal), también tenía otros componentes no lácteos. Es por ello que, se puede considerar como una contradicción lo señalado por la Sala porque esta manifiesta que solamente de la imagen de la vaca y el campo verde que se desprende del anuncio, puede inferirse que Gloria S.A. ha inducido a los consumidores a error. Esto debido a que, ha dado a conocer o entender que dicho producto contenía leche de vaca.

Entonces, se puede determinar que al solo tomar en cuenta la imagen del bovino en un campo verde no se ha realizado un análisis integral del anuncio, ya que – como se ha indicado líneas anteriores- lo integral está relacionado a interpretar la publicidad como un todo, lo cual implica tomar en cuenta las frases que se encuentran de forma llamativa como parte de la publicidad del producto.

Asimismo, de un análisis superficial y no exhaustivo de la publicidad, a primera vista al ver la imagen de una vaca junto con la frase que indica la naturaleza y componentes del

producto, claramente un consumidor razonable puede entender que: (i) es producto de origen animal, (ii) presentado de forma evaporada, (iii) tiene un componente lácteo y otros compuestos adicionales como vitaminas y minerales, y, (iv) ha sido sometido a un proceso de industrialización, por lo que se entiende que ese producto no se encuentra en su estado original (puramente leche de vaca).

La SDC también señala que las personas expuestas a dicha publicidad no son consumidores especializados, pues el anuncio está dirigido a personas que acuden a los supermercados o establecimientos de venta al por mayor y menor porque es un producto de consumo masivo, por lo que al observar la imagen de la vaca podrían determinar que el producto es leche de vaca.

Aquí es importante precisar que, como en el mercado de lácteos en el Perú existe variedad de ofertas a disposición del consumidor para que este elija la opción que mejor satisfaga sus necesidades, este consumidor razonable no solo observará la imagen de la etiqueta sino también la información que esta contiene y que forma parte de la publicidad. Al verificar ello, se podrá dar cuenta que este producto es diferente a los que son presentados como “leche puramente de vaca” porque esta última característica implica darle un valor agregado al producto que – por lo general - se ve reflejado sobre todo en el precio del mismo.

Por último, el análisis efectuado por la Sala resulta controversial porque pese a que la autoridad competente a través de la campaña “Julieta checa la etiqueta” orienta al consumidor a que esa es la forma diligente de conocer el contenido de los productos procesados industrialmente (análisis superficial e integral), en este caso no solo no se ha analizado completamente la etiqueta sino que, además, la información se encontraba en el mismo producto, lo que se entregaba al consumidor (el contenido) era lo que se ofrecía. (Stucchi, 2018).

Por lo tanto, si había una correlación entre lo transmitido mediante el anuncio publicitario y lo entregado en el producto “Pura Vida Nutrimax”. En este punto, también es necesario resaltar que, este producto contaba con el 60% de leche de vaca⁷, la imagen del bovino, hace alusión al componente lácteo del producto, al cual se le añadieron ingredientes

⁷ Fuente: Información obtenida de los Expedientes acumulados No. 099-2017/CCD y No. 117-2017/CCD

complementarios que – como se mencionó – fueron descritos en la misma etiqueta. Con ello, se puede concluir que dicho producto no es 100% leche de vaca.

¿Hubo una vulneración al Principio de Veracidad configurando así un acto de engaño?

La SDC en el fundamento 107 y 108 de la Resolución, manifiesta que, habrán ciertos mensajes publicitarios cuya veracidad se establezca luego de realizar un cotejo entre el producto anunciado y determinados estándares que las normas sectoriales reconocen. Esto es así, puesto que la misma naturaleza del Principio de Veracidad implica que el mensaje transmitido sea objetivamente comprobable.

En base a dicho fundamento, la SDC solo tomó como parámetro para verificar la veracidad del anuncio, lo establecido en el Códex Alimentarius para la denominación de productos lácteos, así como la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas y, en lo no previsto por este, por la Food and Drug Administration.

Sin embargo, algo que desconoció la SDC era que correspondía a la DIGESA otorgar tanto la denominación respecto a la naturaleza de producto y el registro sanitario del mismo a partir de la interpretación de las normas del Códex Alimentarius. Entonces, el parámetro que debió tomar en cuenta el Indecopi al momento de valorar la información del anuncio publicitario era el Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA, en el cual se determinaba como se debían denominar estos productos cuando tuvieran leche y otros ingredientes no lácteos.

Luego de la emisión de este informe, Gloria S.A. se adecuó a lo establecido por la DIGESA y esta le otorgó la aprobación para comercializar el producto “Pura Vida Nutrimax” bajo la denominación señalada en la etiqueta. Siendo ello así, entonces no existiría inducción a error al consumidor ni engaño alguno puesto que la publicidad del producto se realizó sobre la base de lo autorizado por la autoridad competente, es decir, se cumplió con informar al consumidor que dicho producto tenía componentes lácteos y no lácteos.

En ese sentido y contrario a lo señalado por la SDC, si se cumplió con el numeral 4 del Codex Stan 1-1985 – Norma General para el etiquetado de los productos preenvasados,

el cual indicaba que salvo cuando se trate de alimentos de un único ingrediente, deberá figurar en la etiqueta la lista de ingredientes. Es más, el Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA, mostraba un ejemplo sobre como era que los proveedores debían denominar sus productos, tal como se muestra a continuación:

e. Para el caso de los productos lácteos compuestos podrán incluir dentro del nombre del producto el término "Leche" o el nombre específico de acuerdo a la naturaleza de su composición de ingredientes mayoritarios, siempre y cuando los constituyentes no lácteos no sustituyan parcial o totalmente los constituyentes de la parte láctea del producto. Ejemplo: leche evaporada con chocolate. Para estos casos en el trámite de registro sanitario la DIGESA debe notificar a la empresa a fin de establecer si los ingredientes no lácteos declarados en la solicitud sustituyen un componente de la leche, en el caso la empresa aclare la citada observación al iniciar el trámite no será necesario realizar la notificación.

f. Para establecer el nombre de aquellos productos que no califiquen con la definición de leche¹, producto lácteo² o producto lácteo compuesto³ o con las demás definiciones del numeral 2⁴ del Codex Stan 206 - 1999 que contengan ingredientes no lácteos que sustituyen los componentes de la parte láctea del producto en forma parcial o total aplica lo establecido en el numeral 4. Etiquetado Obligatorio de los Alimentos Preenvasados de la norma Codex Stan 1-1985 - NORMA GENERAL PARA EL ETIQUETADO DE LOS ALIMENTOS PREENVASADOS en concordancia con lo establecido en la Ley N° 29571 CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. A continuación se cita un ejemplo:



Nombre del producto:
Leche Evaporada Descremada con Grasa Vegetal, Proteína Aislada de Soya y Miel

Ingredientes:
Leche evaporada descremada, grasa vegetal, proteína aislada de soya, maltodextrina, miel, aditivos, saborizantes.

Fuente: Diario El Comercio.⁸

Si bien el tema de la denominación del producto será desarrollado más adelante a profundidad, lo cierto es que la DIGESA luego de interpretar el Codex Alimentarius y contrastarlo con los componentes que tiene el producto, decide si otorga o no el registro sanitario. En ese sentido, al haberle otorgado dicho título habilitante a Gloria S.A. lo está autorizando para utilizar la denominación respectiva del producto aplicando lo establecido en dicho informe.

En consecuencia, el mensaje publicitario transmitido por Gloria S.A. si cumple con el principio de veracidad y el deber de substanciación previa, puesto que en ningún momento señalaron que dicho producto sería 100% leche de vaca, más bien indicaron expresamente en el anuncio publicitario la frase *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y*

⁸ Fuente: <https://elcomercio.pe/economia/peru/gloria-productores-etiquetado-digesa-428906-noticia/>

enriquecida con vitaminas (A y D)”, información que da a entender que dicho producto tiene componentes adicionales al contenido lácteo.

Por lo tanto, no se configuró el acto de engaño sancionado por la SDC puesto que la información trasladada al consumidor sobre la naturaleza del producto era verídica sustentada en un informe de la DIGESA como autoridad técnica competente para establecer en base a un procedimiento previo, la naturaleza del producto.

Adicionalmente a ello, respecto a la campaña publicitaria del producto, cabe señalar que todas estas piezas publicitarias así hayan sido transmitidas por diversos medios, trasladaban – como se ha desarrollado - el mismo mensaje al consumidor consistente en que “Pura Vida Nutrimax” además de contener un componente lácteo, también contiene otros compuestos (nutrientes y vitaminas) esenciales para el desarrollo de la persona; por lo que, aplicando el principio de veracidad antes visto, ninguna transmite información engañosa.

Para concluir este punto, considero importante mencionar la Resolución No. 061-2010/CCD-INDECOPI⁹ emitida en el año 2010 y en la cual se cuestionaba – de igual manera como en el presente caso – la publicidad del producto, en ese entonces llamado, “Pura Vida Rica y Nutritiva”. En ese caso, la CCD había señalado expresamente que, luego de realizar un análisis superficial e integral de la publicidad del producto “Pura Vida Rica y Nutritiva”, se podía concluir que el hecho de que se utilice una publicidad que contenga elementos como el campo verde, la imagen de una vaca, entre otros similares, no informaba a los consumidores que se trataba del mismo contenido, es decir, leche puramente de vaca.

Es más, incluso la etiqueta cuestionada en el procedimiento del año 2010 contenía menos texto y la imagen de la vaca era mucho más protagónica que la cuestionada en este procedimiento bajo análisis, por lo que se puede deducir que Gloria S.A. ha transmitido mucho más información en este último etiquetado de su producto, para que de esta forma se evite una inducción a error al consumidor.

⁹ El caso corresponde a Laive S.A. como denunciante y Gloria .S.A. como denunciada por la presunta comisión de actos de engaño establecidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal por la publicidad de su producto “Pura Vida” , el cual contenía en su publicidad en envase la imagen de una vaca en un campo verde y con el sol sobre el cielo azul, lo cual induciría a error a los consumidores.

Siendo ello así, ¿Cuál fue el motivo para que Indecopi años después se vuelva a pronunciar por lo mismo y de forma contraria al criterio establecido?. Esto, tomando en consideración que Gloria S.A. si contaba con la autorización para comercializar el producto “Pura Vida Nutrimax”.

¿Es rotulado y no publicidad en empaque?

Otro punto que corresponde necesario aclarar, es que Indecopi – respecto a la publicidad en el envase- en su fundamento 80 y 81, señalaba que la frase *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”* formaba parte del rotulado de producto, no pudiendo ser objeto de análisis en el caso.

Al respecto, del artículo 59, literal i) y k) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal definen los concepto de publicidad en producto y rotulado, veamos:

“Artículo 59°.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

i) Publicidad en producto: a toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley.

(...)

k) Rotulado: a la información básica comercial, consistente en los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor suministra al consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica o en virtud a estándares de calidad recomendables, expresados en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la información aporta al producto, es decir, sin la finalidad de promover su adquisición o consumo”.

(subrayado añadido)

Así, aquella información que tenga por finalidad promover directa o indirectamente el consumo de un producto o contratación de un servicio, no se considerará como mero rotulado del producto, sino que será considerado por el ordenamiento como publicidad en envase. (Bardales, 2009).

Esta distinción es relevante dado que, en función a ello, se determina el órgano competente del Indecopi para conocer la controversia. Cuestionamientos sobre el rotulado

serán de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor, mientras que los cuestionamientos al contenido publicitarios serán una posible infracción a la LRCD. (2020, pág. 35)

Queda claro entonces que la frase *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”* si forma parte de la publicidad en el envase del producto porque esta se encuentra en la etiqueta junto con el elemento gráfico del mismo justamente para que el consumidor pueda observarlo de forma fácil, directa y pueda determinar razonablemente que se trata de una leche complementada con otros ingredientes adicionales.

No obstante, esto no significa que al momento de evaluar si un mensaje es acorde al Principio de Veracidad, la autoridad no pueda referirse a la información del rotulado. La determinación del engaño no puede sostenerse en una interpretación literal de las palabras empleadas en un anuncio, sino de lo que el consumidor entienda razonable y cotidianamente. Este “entendimiento” del consumidor se construye a partir de toda la información que le es revelada (2020, págs. 36 - 37). Entonces, no es que la CCD o la SDC se pronuncien sobre el rótulo del producto, si no que pueden considerar la información contenida en este, si es que ayudan a la construcción de este entendimiento del anuncio desde la perspectiva del consumidor.

5.2. Vulneración del principio de confianza legítima al desconocer la competencia de DIGESA para el otorgamiento del título habilitante del producto “Pura Vida Nutrimax” y la consecuente afectación a la seguridad jurídica.

En el Perú, el modelo de organización en el cual se basa el funcionamiento del Estado es la división de poderes, los cuales cumplen distintas funciones y se concretizan en: El Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, siendo este último el que ejercerá – conjuntamente con las instituciones y entidades que lo conforman - la función administrativa que buscan regular y garantizar el interés general de la ciudadanía.

Ello, nos permite señalar que la Administración Pública versa sobre intereses colectivos, que son precisamente los que surgen de las exigencias básicas de una comunidad de vida. (Martín Mateo & Díez Sánchez, 2012, pág. 28)

Entonces, la Administración Pública, en cuanto parte de los poderes públicos constituidos, tiene relevancia política y jurídica. Se trata de una organización cuya actividad se hace presente en la mayoría de ámbitos y facetas de la vida social, siendo así fundamental para el desarrollo de las personas en la sociedad actual y su función partirá de una estructura predeterminada constitucionalmente. (Parejo, 2008, pág. 18)

En virtud a ello, podemos decir entonces que la Administración Pública es una organización que cuenta con una determinada estructura que integra los medios para cumplir su fin primordial que es garantizar la satisfacción de los intereses de la colectividad.

Siendo que, un medio por el cual puede lograr ello, es mediante el procedimiento administrativo como el conjunto de actos y diligencias que tiene como fin la obtención de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados. El mismo que – a su vez – estará basado en un serie de principios. (Círculo de Derecho Administrativo , 2018)

5.2.1. Los principios del procedimiento administrativo: El Principio de Confianza Legítima

La Administración Pública tiene un mandato prescriptivo de tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como la finalidad – ethos – de su actividad estatal. Entonces, el Estado – en el ejercicio de sus potestades ordinarias y discrecionales - debe configurar su potestad administrativa y su actuación prestacional en función de los principios constitucionales, para así proteger los derechos fundamentales de los administrados no solo frente a la misma Administración Pública, si no también frente a terceros y particulares. (Landa, 2016, págs. 202 -203)

Es así que, los principios del procedimiento administrativo son aquellos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento. Controlan la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas existentes, en la

integración jurídica para resolver aquello no regulado, así como para desarrollar las normas administrativas complementarias. (Morón, 2011, págs. 58 -59)

De lo señalado previamente, se puede determinar que, con el objetivo de tutelar los derechos fundamentales de los administrados, existirán principios que encausen el actuar de la Administración Pública y los administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Uno de estos Principios será el de Confianza Legítima, cuya definición se encontrará reconocida - de forma expresa – a partir del año 2016 con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1272 que incluía diversas modificaciones al Texto Unico Ordenado de la Ley No. 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”).

Así, el artículo IV, numeral 1.15 de la LPAG, y define al Principio de Confianza Legítima de la siguiente manera:

“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:

(...)

- 1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-** La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar

irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”
(subrayado añadido)

De acuerdo al artículo citado, podemos indicar que cuando los administrados confían de manera legítima en la estabilidad o durabilidad de una situación o relación jurídica generada por la actuación de las entidades de la Administración Pública, y en base a ella configuran su esfera de actuación, el principio de confianza legítima le impide a la Administración Pública defraudar la confianza que previamente ha creado o alentado. (Arrieta Pongo, 2012, pág. 46)

Este principio, además, se va a construir sobre la base de la buena fe y la seguridad jurídica porque va a garantizar al administrado una expectativa de previsibilidad sobre la actuación del poder público. Los particulares al constatar que el Estado actúa de acuerdo a las exigencias que emanan del imperio del Derecho, depositan su confianza sobre dicha actuación y organizan su conducta presente y proyectan su acción futura. (2012, pág. 49). Entonces, se puede deducir que este principio, en un sentido jurídico, garantiza la defensa de los derechos del ciudadano frente a la Administración, protegiendo sus expectativas frente a la actuación de esta.

Siendo ello así, el Principio de Confianza Legítima será primordial para garantizar la estabilidad del derecho porque la Administración va a generar una confianza en el ciudadano, es decir, este va a confiar en que la Administración va a configurar su actuación en determinado sentido y partir de ello, el ciudadano va a condicionar su conducta y prever las consecuencias de sus actuaciones.

De ello, se desprende la razón de ser de este principio el mismo que consiste – como se ha señalado - en que la actuación de los poderes públicos no deben defraudar las expectativas legítimamente generadas en los administrados que confían en los actos administrativos válidos expedidos por la Administración Pública. (Alvites, 2015, pág. 22).

Ahora, este principio, tiene especial relevancia para el desenvolvimiento de un ordenamiento jurídico basado en el libre mercado, en el que tanto agentes económicos como consumidores, necesitan de un marco jurídico estable para poder realizar sus relaciones de consumo u otras operaciones de índole económico. (Sanz Rubiales, 2001,

pág. 94). Esto quiere decir que, de existir un cambio en la normativa o procedimientos, las entidades deberán determinar un periodo de transición para que los administrados no se vean afectados por el cambio de criterio de las entidades en virtud a esta confianza depositada en la Administración Pública.

Cabe precisar que, este Principio de Confianza Legítima ha sido definido y reconocido también en algunos pronunciamientos del Indecopi, como por ejemplo en la Resolución 3092-2013/SPC-INDECOPI¹⁰, en el cual consideró que el Principio de Confianza Legítima formaba parte de nuestro ordenamiento como un principio – en ese entonces – no expresamente contemplado en la LPAG, pero que se encontraba vinculado con la seguridad jurídica y su aplicación se basaba en proteger la confianza de un administrado cuando exista un cambio de criterio. (Maraví Contreras, 2018, pág. 18)

Por tanto, podemos señalar que, respecto al caso concreto, tanto DIGESA como Indecopi, al ser entidades pertenecientes a la Administración Pública, tienen que adecuar su conducta a los principios que forman parte de este. Es así que, no pueden obviar la aplicación del Principio de Confianza Legítima puesto que este es fundamental para lograr la seguridad jurídica y así no defraudar la confianza que los administrados depositan en estas entidades que encausan su actuación.

5.2.2. El Principio de Confianza Legítima como eximente de responsabilidad administrativa

Hemos visto en líneas anteriores que este Principio de Confianza Legítima será fundamental para que la Administración Pública actúe en el marco de una normativa previsible para los administrados y sin arbitrariedades.

No obstante, existirán casos en donde será la Administración Pública quién induzca a error a los propios administrados. En el error inducido por la Administración Pública, ocurre la vulneración manifiesta del citado principio. Esto, genera como consecuencia principal, que la autoridad administrativa no podrá sancionar al administrado y, como

¹⁰ El caso corresponde al señor Andrés Avelino Flores Venegas contra el Banco de Crédito del Perú como denunciado, ya que este último habría extraído montos de la cuenta del cliente a través de la compensación para cobrarse una deuda que este mantenía con el Banco.

consecuencia secundaria, al interior de la propia administración, que se tenga que determinar la responsabilidad del funcionario que emitió dicho acto. (Neyra Cruzado, 2018, pág. 340)

De la misma forma, Juan Carlos Morón señala que este supuesto de exclusión de responsabilidad se basa en el principio de predictibilidad o de confianza legítima reconocido por la LPAG que, entre otras cosas, establece que la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable, de manera tal que se presume su licitud. (Morón, 2019, pág. 520)

Asimismo, señala que, estas actuaciones deben ser concluyentes, lo que implica que deben ser capaces de generar en el administrado la convicción de la licitud de su actuar. El requisito para la aplicación de este eximente es que la acción infractora cometida esté estrechamente vinculada con la convicción generada por estas actuaciones; motivo por el cual esta acción, en la psiquis del administrado, se cree no contraria al Derecho, habiendo una ausencia de antijuricidad. Por ello, generada esta convicción no puede sancionarse la infracción cometida sobre la base del error inducido por la Administración Pública. (2019, pág. 520)

Cabe resaltar que este supuesto de inducción a error por parte de la Administración Pública, se encuentra de forma expresa como eximente de responsabilidad en el artículo 236-A, literal e) de la LPAG, el mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

(...)” **(subrayado añadido)**

Queda claro entonces que, puede ocurrir que la Administración induzca a error al particular, por haber facilitado una información equivocada, por haber dictado un acto administrativo generador de confianza o quizás, incluso por su simple inactividad. (2018, pág. 7)

Ahora bien, para determinar si un administrado se encuentra sujeto a este principio o – mejor dicho – si una conducta es susceptible de generar confianza legítima, esta debe cumplir una serie de requisitos. Según Arrieta Pongo estos requisitos son los siguientes: (i) que exista una determinada acción estatal generadora de la confianza que se pretende proteger, (ii) que haya manifestado su confianza sobre aquella actuación de los poderes públicos mediante signos externos concretos y constatables, (iii) que la confianza creada sea legítima, esto es, conforme con el ordenamiento jurídico y (iv) que exista una actuación estatal posterior que rompa con la confianza previamente creada. (2012, págs. 47-48)

Entonces, con el objetivo de poder analizar si es que se vulneró el Principio de Confianza Legítima al señalar que la actuación de DIGESA no era vinculante para la denominación de Producto “Pura Vida Nutrimax”, a continuación se procederá a definir las funciones que cumple cada entidad para así poder delimitar quién era competente en este caso.

5.2.3. Atribuciones de DIGESA e Indecopi: ¿Quién es competente?

Tal como se mencionó previamente es importante poder delimitar la competencia tanto de la DIGESA como de Indecopi para poder determinar si es que la actuación de Gloria S.A. podría definirse como una confianza legítima.

5.2.3.1. La Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria – DIGESA

En el año 1998 con el fin de establecer un marco normativo para el control sanitario de alimentos y bebidas, se promulgó el Decreto Supremo No. 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas. Dicho reglamento establece los requisitos sanitarios que se necesitan para la comercialización de alimentos y bebidas, así como el procedimiento para la inscripción, modificación, suspensión y/o cancelación del mismo.

Así, este Decreto Supremo en su artículo 7¹¹, en cuanto a la vigilancia de la calidad de los alimentos y bebidas, señala que el registro sanitario de los mismos estará a cargo del Ministerio de Salud.

¹¹ **DECRETO SUPREMO No. 007-98-SA – REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS**
(...)

Este artículo entonces nos remite al Decreto Supremo N° 008-2017-SA - Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, el mismo que en su artículo 78 indica que será la DIGESA la entidad encargada de brindar las autorizaciones, así como el registro sanitario de los productos para que puedan ser comercializados en el mercado, tal como se señala a continuación:

“Artículo 78.- Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria - DIGESA

(...)

Tiene competencia para otorgar, reconocer derechos, certificaciones, emitir opiniones técnicas, autorizaciones, permisos y registros en el marco de sus competencias, ejerce las funciones de autoridad nacional de salud ambiental e inocuidad alimentaria. Constituye la última instancia administrativa en materia de su competencia.

(...)”. **(subrayado añadido)**

Así pues, la DIGESA es un órgano dependiente del Viceministerio de Salud Pública, la cual tiene competencia para otorgar, reconocer derechos, certificaciones, emitir opiniones técnicas, autorizaciones, permisos y registros en el marco de sus competencias.¹² Siendo que, tendrá como parámetro de referencia para el otorgamiento de estos registros, al Codex Alimentarius.

Ahora bien, respecto a los registros sanitarios de productos industrializados, el artículo 101¹³ del Decreto Supremo No. 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, establece que la DIGESA será la encargada de la

TITULO III – DE LOS ORGANISMOS DE VIGILANCIA SANITARIA

Artículo 7.- Vigilancia de la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas industrializados

La vigilancia de la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas sujetos a Registro Sanitario está a cargo del Ministerio de Salud.

¹² Fuente: <http://www.digesa.minsa.gob.pe/institucional1/institucional.asp>

¹³ **DECRETO SUPREMO No. 007-98-SA – REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS**

(...)

TITULO VIII – DEL REGISTRO SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS INDUSTRIALIZADAS

Artículo 101.- Autoridad encargada del Registro Sanitario

La Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) del Ministerio de Salud es el órgano encargado a nivel nacional de inscribir, reinscribir, modificar, suspender y cancelar el Registro Sanitario de los alimentos y bebidas y de realizar la vigilancia sanitaria de los productos sujetos a registro.

inscripción, modificación, suspensión y cancelación de los registros sanitarios de dichos productos y que, además, tienen como función realizar la vigilancia de estos productos al estar sujetos a registro.

Además de ello, en su artículo 102, señala cuando un producto requerirá de registro sanitario:

“Artículo 102.- Obligatoriedad del Registro Sanitario

Sólo están sujetos a Registro Sanitario los alimentos y bebidas industrializados que se comercializan en el país.

Para efectos del Registro Sanitario, se considera alimento o bebida industrializado al producto final destinado al consumo humano, obtenido por transformación física, química o biológica de insumos de origen vegetal, animal o mineral y que contiene aditivos alimentarios”.

Entonces, los artículos precedentes señalan claramente que la entidad competente para otorgar el registro sanitario de los productos industrializados es la DIGESA y que además dicho registro es el título habilitante para que dichos productos puedan comercializarse. Es más, el registro sanitario de alimentos y bebidas para consumo humano es un acto administrativo que autoriza a una persona natural o jurídica para fabricar, envasar e importar un producto. (Vilcapoma Alvarado, 2018, pág. 26)

5.2.3.2.El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual – Indecopi

El Indecopi fue creado en noviembre de 1992 mediante el Decreto Ley No. 25868 como un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y con la finalidad de vigilar y promover el correcto funcionamiento de la economía de mercado en el Perú.

En cuanto a las funciones encargadas al Indecopi, según el artículo 2¹⁴ del Decreto Legislativo No.1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi, estas consisten en

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO No. 1033 – LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
(...)

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa;

vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante control posterior y eliminación de barreras burocráticas, así como defender la libre y leal competencia sancionando conductas anticompetitivas y desleales para que, de esta forma, exista una competencia efectiva. Además de proteger el derecho de los consumidores, así como los derechos de propiedad intelectual, entre otros.

Respecto a la Represión de la Competencia Desleal, como se señaló anteriormente, esta institución se encarga de promover el correcto funcionamiento del mercado, para que los agentes económicos intervengan y compitan en base al principio de competencia por eficiencia, y a su vez, reprime todo acto o conducta que afecte dicho principio.

Por ello, al ser la publicidad comercial una de las herramientas más importantes de competencia para los agentes económicos, el Indecopi mediante el Decreto Legislativo No.1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, fiscalizará que la información brindada por el agente económico a través de la publicidad este acorde a la realidad del producto que se ofrece.

Será importante destacar lo señalado previamente, puesto que será la DIGESA la que asumirá la competencia para establecer la denominación de los productos, más no el Indecopi. Este último no tiene la facultad de analizar si la denominación del producto que se encuentra en el etiquetado es la correcta, puesto que existe una autoridad técnica especializada para ello.

5.2.4. ¿Existió una vulneración al principio de confianza legítima? ¿Se afecta la seguridad jurídica?

Luego de los conceptos descritos anteriormente y haber delimitado las competencias tanto de la DIGESA como del Indecopi, corresponde determinar si es que existió una vulneración al Principio de Confianza Legítima en tanto el Indecopi habría desconocido

-
- b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva
(...)
 - d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo
(...)"

la competencia de la DIGESA como la autoridad técnica especializada para la denominación de los productos comercializados en el mercado.

Respecto al Informe No. 005376-2014/DHAZ/DIGESA

A raíz de una consulta realizada por los proveedores de los productos lácteos respecto a la denominación correcta que debían asignar en el etiquetado de sus productos para que sea concordante a la normativa vigente, la DIGESA emitió el Informe No. 005376-2014/DHAZ/DIGESA de fecha 20 de octubre de 2014. En este informe, estableció las reglas que las empresas debían seguir en el Perú para denominar los productos correspondientes a la industria láctea.

Es así que, se había establecido que los productos de componente lácteo que contengan ingredientes no lácteos, lleven en su denominación el término “leche” junto con la descripción de sus otros insumos.

Por esta razón, en aplicación de los criterios establecidos por dicha entidad, es que en marzo del 2015, Gloria S.A. solicitó la denominación de su producto, el cual se correspondía con el ejemplo brindado por la misma DIGESA, tal como se muestra a continuación:

	Ejemplo DIGESA 2014	Solicitud 2015
Denominación	<i>“Leche Evaporada Descremada con Grasa Vegetal, Proteína Aislada de Soya y Miel”</i>	<i>“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (Hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”</i>
Ingredientes	Leche evaporada descremada, grasa vegetal, proteína aislada de soya, maltodextrina, miel, aditivos y saborizantes	Leche evaporada parcialmente descremada, leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (Hierro y Zinc) y vitaminas (A y D)

Fuente: Expedientes acumulados No. 099-2017/CCD y No.117-2017/CCD

En ese sentido, mediante Anotación de fecha 31 de marzo del 2015, Gloria S.A. modificó la denominación de su producto “Pura Vida Nutrimax”, el cual se inscribió bajo el registro sanitario A3860814N/NAGOSA. y, se le otorgó la siguiente denominación del producto:

“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”¹⁵.

Esto quiere decir que, la denominación de los productos no está sujeta a la discrecionalidad de los productores, sino que deben pasar por todo un procedimiento de aprobación para otorgarles el título habilitante que les permita comercializar sus productos.

Como se indicó, el registro sanitario es un acto administrativo que es emitido por la DIGESA como autoridad competente para otorgar el mismo. Pero, para ello, el productor debe pasar por todo un procedimiento en el cual se va a evaluar el componente del producto para que a partir de la interpretación del Codex Alimentarius, se otorgue el título habilitante de comercialización del producto.

Ahora bien, la SDC en sus fundamentos 41 y 42 manifiesta que no se habría infringido el principio de confianza legítima puesto que en el Informe N° 5376-2014-DHAZ/DIGESA no se analizó el empague del producto “Pura Vida Nutrimax” y tampoco se evaluaron aspectos publicitarios y si estos eran capaces de inducir o no a error respecto a la naturaleza del producto; por lo tanto, no constituía un parámetro a tomar en cuenta para analizar el elemento publicitario cuestionado.

Los administrados depositaron su confianza en el informe emitido por la autoridad competente y que cuenta con conocimientos técnicos para asignarle la denominación a sus productos, es decir, la DIGESA. Además, encausaron su comportamiento en base a dicho informe porque al tener la confianza en que la autoridad competente tenía conocimiento respecto a la aplicación de la normativa, no había posibilidad de cometer una infracción. (2018, pág. 20)

Por lo tanto, considero que si es un parámetro a tomar en consideración porque al momento que la DIGESA otorga el registro sanitario, los productores en base a ello realizarán el etiquetado del producto. Entonces, en el caso concreto, este informe sirve como respaldo a Gloria S.A. porque lo consignado en el etiquetado está avalado por la autoridad técnica competente.

¹⁵ Fuente: Resolución No. 159-2017/CCD-INDECOPI

Por esta razón, considero que el Indecopi con este pronunciamiento estaría vaciando de contenido el registro sanitario otorgado a Gloria S.A. para la comercialización de su producto “Pura Vida Nutrimax”, así como desconociendo la competencia de la DIGESA para el otorgamiento del mismo al señalar que el informe emitido no sería vinculante al administrado.

Esto, debido a que esta entidad es la encargada de controlar ex ante la denominación de los productos. Al verificar de forma previa los productos, tiene la responsabilidad sobre el primer control para su entrada al mercado. Es decir, actúa como un “primer filtro” sobre la normativa y calidad que deben cumplir los productos antes de ser comercializados. (2018, pág. 22). Por ello, considero que la labor que realiza la DIGESA es indispensable puesto que, son los responsables de verificar si la composición del producto cumple con los requisitos para obtener un registro sanitario y posteriormente, comercializarse.

Considero correcto lo señalado por Alfredo Bullard citado por Hebert Tassano, en cuanto a la competencia del Indecopi. Este no asume tareas de regulación ex ante, puesto que podría afectar los procesos competitivos que se le ha encargado defender. Su actuación es ex post al detectar alguna práctica presuntamente anticompetitiva en el mercado. (Tassano, 2016, pág. 114). Esto quiere decir que, dicha institución no tiene competencia para analizar si es que la denominación del producto refleja la naturaleza del producto.

Es más, incluso el Decreto Supremo No. 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas Asimismo, indica expresamente en el artículo 8¹⁶ que, en cuanto a la verificación de la información materia de rotulado y publicidad, esta le corresponderá a Indecopi.

Si el Indecopi tuviera esa competencia, entonces habrían dos entidades que realizan la misma función lo cual hace que se pierda esa eficiencia que se quiere lograr en el mercado porque los agentes económicos tendrían que pasar una suerte de “doble filtro” para poder denominar sus productos.

¹⁶ **DECRETO SUPREMO No. 007-98-SA – REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS**
(...)
TITULO III – DE LOS ORGANISMOS DE VIGILANCIA SANITARIA

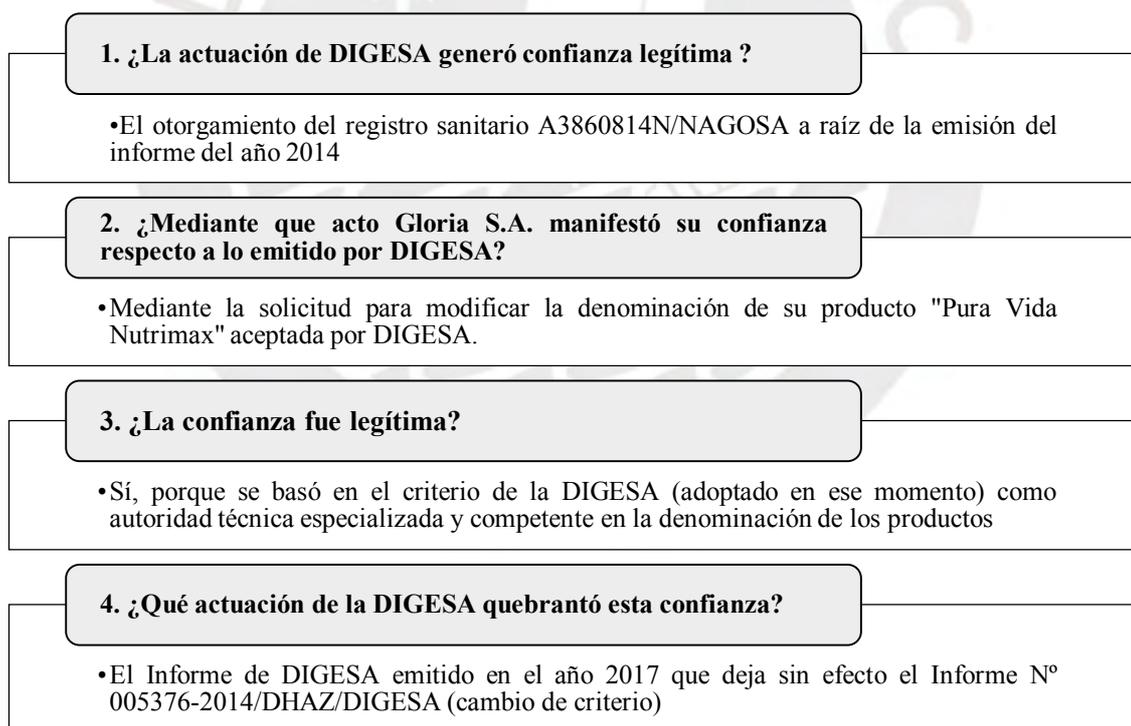
Artículo 8.- Vigilancia en materia de rotulado y publicidad de alimentos y bebidas
La vigilancia en materia de rotulado y publicidad de alimentos y bebidas está a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

Esto traería como consecuencia, la pérdida de la predictibilidad de las decisiones que se adopten, ya que las decisiones estatales deben ser predecibles y permitir a los administrados adoptar decisiones en función de ellas, tener la expectativa razonablemente fundada acerca de cual será el sentido de la futura actuación del poder. (Morón Urbina, 2011, pág. 424).

¿La conducta de Gloria S.A. podría ser susceptible de generar confianza legítima?

Anteriormente, se indicaron los requisitos para que una conducta sea susceptible de generar confianza legítima, estos requisitos eran: (i) Una acción estatal que genere esta confianza que se procura proteger, (ii) que el administrado haya manifestado su confianza en base a la actuación del poder público, (iii) la confianza sea legítima y (iv) exista una actuación estatal posterior que quebranta esta confianza generada.

El siguiente cuadro permite determinar si es que la conducta de Gloria S.A. – de acuerdo a los requisitos antes señalados – podía ser susceptible de generar confianza legítima, veamos:



***Elaboración Propia**

Respecto al último punto, es importante precisar que si bien mediante Informe N° 002357-2017/DCEA/DIGESA, la DIGESA cambió los criterios establecidos en el 2014; el Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA era el que se encontraba aplicable a la fecha

en que Gloria S.A. solicitó se otorgue el registro sanitario del producto “Pura Vida Nutrimax”.

Por esa razón, como el título habilitante fue autorizado cumpliendo con la normativa vigente y de acuerdo a la expectativa razonablemente generada por la autoridad técnica competente, sí hubo una vulneración al Principio de Confianza Legítima.

¿Se podría hablar de una vulneración a la seguridad jurídica?

Como se ha señalado, el Principio de Confianza Legítima será una especie de límite que tiene la Administración Pública para impedir que sus actuaciones quiebren la confianza que se haya creado en los ciudadanos sobre la estabilidad de una situación jurídica determinada.

En tal sentido, este principio tiene como principal fundamento que los administrados no se vean afectados por el cambio de criterio, salvaguardando de esta forma la seguridad jurídica al otorgar al ciudadano un periodo de transición para que adecúe su comportamiento a una nueva situación, sin regir cambios respecto de normas procesales. (2018, pág. 17).

Esto quiere decir que, esta confianza legítima tendrá como base la seguridad jurídica, la cual será un presupuesto para la certeza del derecho y permitirá a los administrados actuar de acuerdo a los criterios establecidos y poder prever las consecuencias de sus actos. Además de ello, exigirá que las normas sean claras, precisamente para que los operadores jurídicos sepan a que atenerse. Cuándo se fomenta la confusión, cuándo se oscurece el régimen jurídico deliberadamente, de alguna manera se está afectando negativamente este criterio jurídico. (Rodríguez - Arana, 2013, pág. 69).

Ahora, es importante indicar que, si bien la seguridad jurídica no está enunciada de manera literal en la Constitución Política del Perú, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al Estado de Derecho. Según el mismo Tribunal, la seguridad jurídica consiste en la predecibilidad de las conductas (en especial) de los poderes públicos frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho. (Morón, 2019, pág. 130)

Es así que, será tanto un principio que rige la actuación de los organismos públicos en tanto los obliga a que sus conductas sean predecibles y – al mismo tiempo – un derecho subjetivo de todo ciudadano, ya que es una garantía por la que se le atribuye un valor jurídico a su expectativa legítima o razonable de que su actuación no será arbitrariamente descoconocida o modificada.

Por otro lado, según Morón Urbina, esta seguridad jurídica se podría determinar en tres momentos en la actuación de la Administración Pública:

- (i) En la certeza en el conocimiento del Derecho Administrativo: En tanto se debe dar a conocer que norma está vigente y cual derogada, así como evitar las derogaciones tácitas y publicitar debidamente las normas administrativas. También se encuentra vinculado con el hecho de que los administrados puedan obtener decisiones claras y debidamente notificadas.
- (ii) En la certeza de la actuación de determinadas potestades administrativas necesarias: Se encuentra relacionada con las anulaciones de oficio, revocaciones de actos y la ejecución de tareas de fiscalización o control, así como con los derechos adquiridos por los administrados. Aquí cabe preguntarnos, ¿Cómo explicar que si algo para la Administración era correcto, al cabo de un plazo, ya no lo sea? ¿Cómo explicar que si alguna decisión ya fue objeto de control, luego otro examinador cambie de criterio y cuestione la operación?
- (iii) En la certeza en los cambios regulatorios: Relacionado a las alteraciones en las competencias administrativas, requisitos o costos para obtener el reconocimiento de determinados derechos, en la estructura de los procedimientos mismos, modificación o supresión de determinados derechos otorgados por el Derecho Administrativo, las cuales se deben realizar sin afectar situaciones de confianza legítima ya generadas. (2019, págs. 131-132)

En el caso concreto, se ha determinado que efectivamente existió una vulneración al Principio de Confianza Legítima debido a que Gloria S.A. depositó su confianza en el informe emitido por DIGESA - como autoridad competente - para asignar la denominación del producto “Pura Vida Nutrimax” .

Entonces, al momento en que la Sala señala que dicho informe no es vinculante al administrado desconociendo la competencia de la autoridad técnica para el otorgamiento

del registro sanitario, existe una afectación a la seguridad jurídica porque habrá una vulneración a esa expectativa legítima generada por parte de Gloria S.A.

Ahora bien, la vulneración de esta expectativa trae como consecuencia una ruptura de esta predictibilidad y certeza que justamente se necesita que tenga la Administración Pública. Cumplir con la predictibilidad, exige que las autoridades entreguen información de cada procedimiento que reúna tres calidades: información cierta, información completa e información confiable, con el objeto claro de generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho y se retire cualquier riesgo de incertidumbre. (2011, pág. 92)

En efecto, si las autoridades públicas fueran predecibles en sus decisiones de creación y aplicación del Derecho Administrativo, entonces los ciudadanos diligentes e informados podrían conocer de antemano y predecir aquello prohibido, aquello a que están obligados y aquello que está permitido, valorar las consecuencias y riesgos de los actos y omisiones y tomar decisiones autónomamente asumiendo los costos y riesgos. (2019, pág. 131)

Es así que, la DIGESA, al emitir el Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA en donde señalaba las reglas a seguir para la denominación de los productos correspondientes a la industria láctea a raíz de la consulta realizada por los proveedores, generó la predictibilidad necesaria para que Gloria S.A. sea diligente y cumpla con los requisitos establecidos para obtener el registro sanitario de su producto “Pura Vida Nutrimax” y realizar el etiquetado del mismo, sobre la base de la información y autorización otorgada.

Por lo tanto, si no se realizaba la denominación conforme a lo establecido, es decir, si dicho producto que tenía componente lácteo y a la vez ingredientes no lácteos, no hubiese llevado en su denominación el término “leche” junto con la descripción de sus otros insumos tal como lo indicaba dicho informe, no se le hubiera otorgado el registro sanitario del producto a Gloria S.A.

Con ello, podemos determinar que la expectativa generada por Gloria S.A. era totalmente legítima puesto que tenía certeza de que su actuación era conforme a la normativa vigente en ese entonces, ya que será recién en el año 2017 donde DIGESA emita un nuevo informe que deja sin efecto el emitido en el año 2014. Por lo tanto, se habría emitido un acto administrativo conforme al criterio vigente de la entidad competente.

Ahora bien, considero importante analizar la actuación del Indecopi, en específico de la SDC, puesto que en su pronunciamiento de forma expresa señalan que el Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA no podía haber generado certeza a Gloria respecto a la denominación de su producto. Aquí, considero importante tomar en consideración lo señalado por Morón y que se detalló anteriormente en cuanto a la certeza. Es decir, debe existir una certeza en la actuación de las potestades administrativas y también respecto a los cambios regulatorios en la Administración Pública.

Si bien es cierto que es parte del propio desarrollo y dinámica del Estado que la regulación pueda modificarse en algún momento, debe protegerse la confianza de los administrados frente al cambio arbitrario de la legislación. En relación al presente caso, Indecopi, ya se había pronunciado previamente – exactamente en el año 2010 - respecto a la misma materia cuestionada correspondiente a la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax”.

Entonces, ¿cómo se explica este brusco cambio de criterio que tuvo la Sala? Se supone que ya había una decisión respecto al mismo cuestionamiento, ello sumado al reconocimiento por parte de la DIGESA de que Gloria S.A. si cumplía con los requisitos para comercializar el producto “Pura Vida Nutrimax”, por lo que bajo este título habilitante otorgado no había inducción a engaño alguno al consumidor.

Esto, demuestra que la Administración Pública no ha sido del todo coherente con las decisiones que emite, no solo respecto a la relación jurídica con el administrado – en este caso Gloria S.A.- en el marco de los pronunciamientos emitidos, si no que tampoco ha existido una coherencia en relación con las actuaciones efectuadas por otras entidades de la Administración como lo es la DIGESA, ya que al desconocer la competencia de dicha entidad y no tomar en cuenta una situación previamente reconocida a favor del administrado, se está vulnerando la confianza legítima generada y, por ende, la seguridad jurídica.

5.3. Tercer problema: Determinar si la medida correctiva ordenada por el Indecopi fue efectiva para corregir los supuestos actos de engaños cometidos por Gloria S.A.

La Administración Pública, en el marco de su actuación, debe contemplar diversos instrumentos que le permitan tener una dirección y control sobre el administrado, sobre todo en los supuestos en que se incurren en conductas consideradas como ilícitas.

Es así que, uno de estos instrumentos son las sanciones, ejecutadas como parte de la potestad sancionadora de la administración. Esta, es el más intenso instrumento para desincentivar y controlar las conductas de los particulares, constituye una potestad necesaria para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público. (Carreras Schabauer, 2011, pág. 492).

Sin embargo, si bien las sanciones administrativas son conocidamente el instrumento típico que dispone la Administración Pública para corregir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, esta también cuenta con otros variados instrumentos para imponer el respeto a lo dispuesto en las normas. (Casino Rubio, 2011, pág. 569). Esto quiere decir que, imponer una sanción no es la única facultad que tiene la Administración Pública para hacer que el administrado actúe acorde al ordenamiento, sino que existirán otras medidas las cuales podrán ser ordenadas de forma concurrente – o no - a una sanción.

En esa misma línea, se debe tener en cuenta que, un tratamiento de confrontación pleno contra un ilícito administrativo no sólo conlleva a la imposición de una consecuencia jurídica prevista por la norma a título de sanción, sino que también importa la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños inferidos a terceros. Por lo tanto, existen aspectos importantes latentes en la realidad que el derecho debe darle solución apropiada mediante medidas complementarias. (Morón Urbina, 2010, pág. 135)

Entonces, estas medidas surgirán como consecuencia de las conductas ilícitas de los administrados y podrán – no necesariamente – concurrir con las sanciones administrativas impuestas por la autoridad con la finalidad de reponer los efectos causados por un actuar ilícito. Estas serán las denominadas medidas correctivas, las cuales se desarrollarán a mayor profundidad a continuación.

5.3.1. Las medidas correctivas: ¿Cuál es su finalidad en el ámbito de la Administración Pública?

Una medida correctiva es un mandato u orden que proviene de una autoridad competente y que tiene el objetivo de corregir o subsanar una situación que se encuentra errada producto de un comportamiento ilícito realizado. Asimismo, se debe mencionar que este tipo de medida no es más que una conceptualización de una actuación de la administración dirigida a ordenar una conducta a un particular sobre la base del incumplimiento de una norma. (2011, pág. 504)

Así pues, el artículo 232 de la LPAG, define a las medidas correctivas de la siguiente manera:

“Artículo 232. -Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

(...)”. **(subrayado añadido).**

En tal sentido, si lo que se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el mismo, estaremos ante una medida correctiva que estará destinada – en la mayoría de casos - a concluir con el estado de las cosas y las consecuencias ilegales creadas mediante la infracción. (2019, pág. 367)

Queda claro entonces que, este tipo de medidas son actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también a partir de la comisión de comportamientos ilícitos y que tienen como obligación restablecer el orden legal vulnerado por el administrado.

Ahora bien, las medidas correctivas cuentan con tres elementos que son concurrentes:

- (i) Un contenido: un acto de gravamen
 - (ii) Una causa: es respuesta de la administración frente a un ilícito que se ha cometido.
 - (iii) Un propósito retrospectivo: se propone reestablecer o reparar la legalidad mediante la cancelación o reversión de sus efectos en el mundo externo.
- (2010, pág. 147)

Entonces, para que se ordene una medida correctiva debe existir, en primer lugar, un acto administrativo de gravamen, es decir, se debe determinar un acto ilícito que suponga el otorgamiento de una medida, la cual será emitida por un organismo específico y que contiene un mandato concreto dirigido a un administrado o supervisado.

Luego de ello, en cuanto al segundo elemento, estará vinculado a la respuesta de la administración frente a este acto, es decir que, además de identificar el acto ilícito la Administración Pública deberá determinar el tipo de medida correctiva a emplear.

Las medidas correctivas son medidas reactivas y concurrentes o posteriores a algún ilícito, con el objetivo de revertir, reponer o repartar los efectos directos derivados de las conductas indebidas. (2010, pág. 147)

Finalmente, en cuanto al tercer elemento, el mismo está relacionado con la finalidad para la cual se ordena dicha medida el cual será reponer o reestablecer las cosas al estado anterior de la comisión del ilícito, corrigiendo los efectos que la conducta infractora hubiese causado en el interés público, ya sea ordenando realizar alguna acción determinada (mandato positivo de hacer) o disponiendo el cese, suspensión o prohibición de alguna actividad.

Cabe resaltar que, como estas medidas son esencialmente actos administrativos, para su validez, deben cumplir con las exigencias legales de todo acto administrativo: ser emitido por una autoridad con competencia asignada para ello, tener un objeto o contenido lícito, preciso y posible, satisfacer una finalidad pública, estar debida y adecuadamente motivadas, así como surgir luego de haber seguido un procedimiento previo y con las garantías debidas. (2019, pág. 370).

Esto quiere decir que, las medidas correctivas deben estar sujetas al principio de legalidad, el cual es un principio al cual la Administración Pública está sometida pues

solo por ley se le puede atribuir potestades y competencias para el desarrollo de sus actividades. Por esa razón, para que un acto administrativo sea válido no es suficiente que no sea ofensivo a la Ley sino que debe ser realizado en base a alguna norma que lo faculte. (Salazar Verdi, 2019, pág. 24).

En razón a ello, según Juan Carlos Morón citado por Salazar Verdi, dicha norma que habilita esta facultad deberá – además – satisfacer un nivel de abstracción y generalidad que permita que el administrado pueda conocer el contenido previsible de la medida impuesta, es decir, en la norma debe haber una descripción de los mandatos autorizados, los mismos que no deben ser enunciados vagos e imprecisos. No obstante, esto no significa que no se puedan utilizar conceptos jurídicos indeterminados, pero siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia. (2019, págs. 25 - 26)

Finalmente, podemos decir entonces que las medidas correctivas serán actos administrativos sujetos al principio de legalidad para su validez y que buscan – sin tener un fin represivo - restaurar o reponer la legalidad que se ha visto vulnerada por alguna omisión o acción determinada en el ejercicio de una actividad.

5.3.2. Aplicación de las medidas correctivas por parte del INDECOPI

En nuestro país, existe un agente de competencia creado para proteger el mercado de las prácticas anticompetitivas o que generan una competencia desleal y afectan a los agentes económicos, consumidores, así como la eficiencia del mercado en sí mismo. Este es el Indecopi, el cual tiene – como se ha mencionado anteriormente – una función ex post, ya que se encargará de detectar una práctica presuntamente anticompetitiva en el mercado e impulsará y difundirá la libre competencia, así como la promoción de la participación adecuada de los agentes económicos en el mercado. (2016, pág. 114).

Dentro de las funciones con las que cuenta el Indecopi como organismo público especializado, cuenta con la facultad para ordenar diversos tipos de sanciones o medidas administrativas, como es el caso de las medidas correctivas. Esto, se encuentra - de igual manera - expresado en el artículo 2, numeral 2 del Decreto Legislativo No. 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi, el mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-

(...)

2.2. Para el cumplimiento de sus funciones, el INDECOPI se encuentra facultado para emitir directivas con efectos generales, supervisar y fiscalizar actividades económicas, imponer sanciones, ordenar medidas preventivas y cautelares, dictar mandatos y medidas correctivas, resolver controversias, así como las demás potestades previstas en la presente Ley”. **(subrayado añadido)**

En ese sentido, esta facultad asignada se otorga con la finalidad de proteger el proceso competitivo. Por tal motivo, será necesario que – en algunos supuestos – se prohíban, sancionen y corregan aquellas conductas que tengan por efecto, real o potencial, la concentración de poder de mercado por medios o razones distintos a la eficiencia económica.

Cabe añadir que, incluso el Tribunal Constitucional mediante Expediente No. 1963-2006-PA/TC¹⁷ de fecha 05 de diciembre de 2006, reconoce la potestad del Indecopi para imponer medidas complementarias. Así pues, en el fundamento 22 de la sentencia, se expresa lo siguiente:

“ 22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61 ° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución)”.

Entonces, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el Indecopi puede ordenar el cese de todas aquellas conductas que vulneren la libre competencia o los derechos de los

¹⁷ El caso corresponde a Depósitos Santa Beatriz vs Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., en el cual el Tribunal Constitucional analiza y reconoce la potestad del Indecopi para imponer medidas complementarias, en el marco de la denuncia presentada por abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios y ventas atadas en el mercado de distribución de cementos y otros materiales de construcción.

consumidores. (Higa, 2018, pág. 266). Esto, mediante medidas complementarias, como lo son las medidas correctivas.

De negarse que este organismo tiene esta atribución, se admitiría el absurdo de que solo con cumplir la sanción, el infractor podría seguir cometiendo la conducta ilícita. La relevancia de este caso radica en que el Tribunal Constitucional reconoce que la posibilidad de emitir dichas medidas es necesario complemento de la potestad sancionadora. No admitirlo sería “negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades”. (2011, págs. 504 - 505)

Así, cuando la agencia de competencia- en este caso- Indecopi, determina la existencia de un abuso de posición de dominio o de una práctica restrictiva, además de declarar la ilegalidad de la conducta e imponer la sanción correspondiente, puede - o debe – establecer medidas correctivas adecuadas destinadas a corregir las distorsiones producidas - o que podrían producirse - en el proceso competitivo. (Palacios Pareja & Luque Oyarce, 2008, pág. 436). Cabe resaltar que, esta atribución se dará tanto a nivel de las Comisiones como de las Salas.

Ahora bien, dado que se ha demostrado la facultad que tiene el Indecopi para imponer medidas correctivas veamos que sucede en el caso de la Represión de la Competencia Desleal. El Decreto Legislativo No.1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal en su artículo 55 numeral 1¹⁸ y 2¹⁹, señala que, adicionalmente a las sanciones impuestas, se podrán dictar diversos tipos de medidas correctivas conducentes a restablecer la leal

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO No. 1044 – LEY DE REPRESION 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, envases, 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; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

¹⁹ 55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

competencia en el mercado. Además de ello, precisa que ambas instancias tienen las mismas facultades para el dictado de medidas correctivas.

Podemos señalar entonces que, esta autoridad administrativa tiene la competencia suficiente y ha quedado facultada para dictar o imponer distintos tipos de medidas correctivas que se encuentran de forma expresa en la Ley de Represión de la Competencia Desleal con la finalidad de restituir y –a su vez – garantizar que la competencia en el mercado se desarrolle de manera adecuada y eficiente, cumpliendo de esta forma con el principio de legalidad que requieren las mismas para su validez.

5.3.3. ¿La medida correctiva ordenada fue efectiva para corregir los supuestos actos de engaños cometidos?

Luego de haber definido algunos conceptos básicos acerca de las medidas correctivas y como estas son aplicadas por parte del Indecopi, corresponde ahora analizar el caso concreto.

En el presente caso, las Asociaciones solicitaron se ordene una medida correctiva a ejecutar por Gloria S.A. con la finalidad de que se cese inmediatamente con los actos denunciados y el comiso, incautación y destrucción de todo material infractor que se encuentre en el territorio nacional y de los elementos que contribuyen a la inducción a error.

Por esta razón, es que la CCD – en primera instancia – resolvió ordenar en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax” que dé a entender a los consumidores que dicho producto es leche a pesar de que no sea cierto. Del mismo modo, la SDC al emitir su pronunciamiento, confirmó lo señalado en el quinto extremo resolutivo correspondiente a la medida correctiva ordenada.

Ahora bien, sobre la medida correctiva ordenada, al señalar que se debe “cesar de forma inmediata y definitiva con la difusión de la publicidad de dicho producto que induzca a error a los consumidores”, se está refiriendo al retiro de la imagen de la vaca de la etiqueta del producto “Pura Vida Nutrimax”. Esto, debido a que durante todo el análisis que

realizan tanto la Comisión como la Sala en el presente caso, se determina finalmente que la inducción a error proviene de la imagen del bovino en la etiqueta del producto, ya que este daría a entender que el mismo es leche puramente de vaca cuando – en realidad - tendría otros ingredientes que lo complementan.

Entonces, como se ha detallado anteriormente, las medidas correctivas sirven para poder restablecer la legalidad frente a un supuesto acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el mismo. Partiendo de ello, cabe preguntarnos: ¿La medida correctiva adoptada fue verdaderamente efectiva para corregir el supuesto acto de engaño efectuado por Gloria S.A.?

Analicemos el razonamiento del Indecopi para el otorgamiento de dicha medida correctiva. Como se explicó previamente, las medidas correctivas cuentan con tres elementos concurrentes que son: (i) existencia de un acto de gravamen, (ii) que sea una respuesta frente a un ilícito cometido y (iii) que tenga un propósito retrospectivo, es decir, que reestablezca o repare la legalidad afectada.

Entonces, de acuerdo al razonamiento utilizado en el presente pronunciamiento, existiría un acto ilícito que merece el otorgamiento de una medida, este acto sería el acto de engaño contrario al Principio de Veracidad cometido por Gloria S.A. al inducir a error a los consumidores respecto a la naturaleza de su producto “Pura Vida Nutrimax”, ya que en la publicidad difundida se daría a entender a los consumidores que dicho producto estaría compuesto al 100% de leche de vaca cuando en realidad esto no sería así.

Es así que, según el criterio adoptado, tanto la Comisión como la Sala consideraron pertinente dar una respuesta frente a dicho acto de engaño como organismo e instancias competentes en materia de Competencia Desleal. Por esta razón, estimaron oportuno ordenar una medida correctiva que tenga la finalidad de evitar que la conducta infractora se repita en un futuro. Esta medida correctiva consistió en el cese definitivo e inmediato de la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax” el cual daba a entender a los consumidores que dicho producto estaba compuesto enteramente por leche de vaca.

Entonces, vemos que - para ambas instancias – si se habrían cumplido los tres elementos que se necesitan para otorgar una medida correctiva, ya que habría un acto de engaño merecedor de una respuesta de la administración. Dicha respuesta se materializó mediante

una medida correctiva que tenía por finalidad corregir los efectos que dicho acto generó, es decir, la inducción a error a los consumidores.

Sin embargo, es importante reiterar que las medidas correctivas tienen como objetivo precisamente restablecer el orden jurídico incumplido, es decir, desaparecer la situación contraria a la norma. (Calderón Morales, 2017, pág. 17). En ese sentido, las medidas correctivas no tienen naturaleza sancionadora per se porque no constituyen castigos que se aplican a los infractores, por tanto, su finalidad es obligar al autor del ilícito para que reponga la situación alterada por la infracción a su estado anterior. (Danós Ordoñez, 2019, pág. 46).

Entonces, dejando clara la finalidad de una medida correctiva, si bien – según el análisis del Indecopi - se podría considerar que se habrían cumplido los requisitos para imponer la misma en el presente caso, esta no corregía el supuesto acto de engaño producido por Gloria S.A. En este punto, cabe reiterar que el acto de engaño definido tanto por la CCD como por la SDC fue la imagen de la vaca contenida en la publicidad del producto “Pura Vida Nutrimax”. Es así que, la medida correctiva ordenada implicaba el retiro de dicha imagen de la etiqueta del producto, ya que era lo que se había determinado que generaba una inducción a error al consumidor.

Pero, ¿El hecho de eliminar la imagen del bovino terminó con el acto de engaño generado? Considero que no, puesto que el contenido del producto – el cual supuestamente no es leche de vaca – seguía siendo el mismo y, a su vez, seguiría siendo adquirido tal cual por los consumidores. Por lo tanto, de qué restablecimiento de la legalidad podríamos hacer referencia si es que con el cese de la publicidad del producto - entendiéndose por este - eliminar la imagen de la vaca, de igual forma, se continuaría causando un “engaño” al consumidor porque este estaría adquiriendo un producto compuesto por leche evaporada complementada con otros insumos no lácteos y no por leche pura de vaca.

La imagen de la vaca en la etiqueta del producto no es un elemento visual determinante que influye en la decisión de consumo puesto que este es un elemento subjetivo que se ha añadido porque efectivamente el producto tiene un origen animal pero no cabe la

posibilidad de deducir a partir de dicha imagen que el producto es 100% leche de vaca cuando de forma clara y expresa se especifican los demás ingredientes.

Por otro lado, y dejando de lado el razonamiento realizado por la SDC, respecto al análisis efectuado a lo largo del presente informe, se ha podido determinar que Gloria S.A. no cometió acto de engaño alguno respecto a la naturaleza de su producto “Pura Vida Nutrimax”, ya que si cumplía con los parámetros establecidos por la DIGESA como autoridad competente para verificar la denominación de los productos lácteos y autorizar el registro sanitario de los mismos previo a su comercialización en el mercado.

Siendo ello así, al no producirse un supuesto determinado del cual se necesite una reposición de una situación alterada, no se cumplirían los tres elementos para ordenar una medida correctiva y, por lo tanto, no habría fundamento alguno para ordenar la misma puesto que no existía una inducción a error al consumidor debido a que la naturaleza y contenido del producto estaban plenamente establecidos de forma destacada en la etiqueta; siendo que, se cumplió con entregar al consumidor lo ofrecido.

El Indecopi como autoridad administrativa, cumple un rol fundamental en la promoción de la libre competencia para que esta se pueda desarrollar de manera justa y leal en el mercado. Para lo cual, utiliza – de ser necesario - mecanismos que le permitan regular el mercado, siendo que uno de estos serán las medidas correctivas como instrumento regulador de las conductas económicas negativas en el mercado, que satisface y garantiza los derechos e intereses de los consumidores, inversionistas, proveedores y el mercado en general. (Villanueva Haro, 2007, pág. 12)

Por esta razón, al momento de ordenar algún tipo de medida correctiva se debe ser cuidadoso y tomar en cuenta los efectos colaterales que estas pueden tener en el mercado tanto a nivel de consumidores, proveedores y del Estado en general. (2007, pág. 20). Esto, debido a que Indecopi al momento de emitir un pronunciamiento siempre regula la actividad económica.

En el caso concreto, considero que la medida correctiva ordenada perjudicó económicamente a Gloria S.A. puesto que toda empresa o proveedor siempre incurre en costos de administración, producción y comercialización al momento de elaborar un

producto. Se debe tener en cuenta que, la medida correctiva busca internalizar las externalidades, es decir, que quien genere una conducta negativa asuma los costos de su acción u omisión frente a los consumidores o los que potencialmente se hubieran afectado, para que se satisfagan y garanticen los derechos e intereses de los consumidores y se impide que se cometan en el futuro nuevas, iguales o modificadas infracciones en el mercado. (2007, pág. 38)

Sin embargo, en este caso específico, considero que Gloria S.A. no había actuado de forma contraria a ley puesto que había seguido la normativa establecida por la autoridad competente. Entonces, el hecho de tener que acatar esta medida, genera que el proveedor incurra en un costo adicional porque no solo es el hecho de retirar la publicidad si no también quitar el stock de productos existentes en el mercado con el fin de retirar la imagen de la vaca que induciría a error. Más aún cuando finalmente no se corregía con ella el acto de engaño concreto.

Además de ello, se perjudicó a los consumidores puesto que, este era un producto al alcance de un sector amplio de la ciudadanía y, por lo mismo que era económico, formaba parte de su canasta básica de alimentación. Siendo que, al tener que retirarlo – aunque sea de forma provisional del mercado – para así poder retirar la imagen de la vaca, generó que los consumidores tuvieran que buscar otras opciones que, tal vez, no estuvieran al alcance de su economía o necesidades.

Por último, la emisión de esta medida correctiva y - en general - el pronunciamiento emitido, perjudican el correcto funcionamiento de la Administración Pública porque se estarían desconociendo las atribuciones de la DIGESA para evaluar y determinar la denominación que deben de llevar los productos y, a partir del cual, posteriormente, se realizará la publicidad. En pocas palabras, una autoridad administrativa está desconociendo las facultades de otra autoridad administrativa, lo cual termina afectando la seguridad jurídica.

VI. CONCLUSIONES

1. La publicidad comercial hoy en día tiene un papel fundamental para el desarrollo y eficiencia de la competencia. Por ello, será indispensable realizar un análisis integral y superficial del anuncio publicitario para determinar el mensaje que el consumidor recibe mediante esta. Sin embargo, luego de efectuado este análisis, existirán casos en los cuales el consumidor podría considerarse inducido a error con lo cual estaríamos frente una infracción al Principio de Veracidad configurándose así los denominados actos en la modalidad de engaño.
2. Respecto del caso “Pura Vida Nutrimax”, de un análisis integral y superficial del mismo, se determinó que un consumidor si puede entender que el producto tiene un componente lácteo, así como también otros no lácteos. Asimismo, dicha denominación podía ser verificable a partir del Informe N° 005376-2014/DHAZ/DIGESA emitido por la DIGESA como autoridad competente.
3. El Principio de Confianza Legítima tiene la finalidad de garantizar que la actuación de la Administración Pública sea congruente con la expectativa legítima generada en el administrado. Es así que, la confianza de Gloria S.A. si fue legítma, ya que se determinó a partir del informe emitido por la DIGESA. A su vez, al momento que Indecopi desconoce la competencia de dicha entidad, habría afectado la seguridad jurídica y, finalmente, el hecho de inducir a error al propio administrado habría configurado un eximente de responsabilidad administrativa.
4. Las medidas correctivas surgirán con el objetivo de reponer al estado anterior los efectos causados por un acto ilícito. Siendo ello así, el retiro de la imagen de la vaca como medida correctiva ordenada por la Comisión y, posteriormente, confirmada por la Sala no restablecería la legalidad presuntamente infringida puesto que el producto seguía teniendo la misma naturaleza. No obstante, de acuerdo al análisis efectuado en el presente informe, al no existir acto de engaño alguno, no habría fundamento para emitir una medida correctiva.

BIBLIOGRAFIA

Alvites, C. (2015). *Los cambios de criterio en las resoluciones emitidas por Indecopi en materia de Protección al Consumidor con especial referencia a la aplicación del Principio de Protección de la Confianza Legítima*.

Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima, Lima, Perú: Indecopi.

Arrieta Pongo, A. (12 de diciembre de 2012). Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de la confianza legítima. *Revista Ita Ius Esto. Revista de estudiantes de Derecho de la Universidad de Piura* , 41-51.

Bardales, E. (11 de setiembre de 2009). Consulta realizada el 18 de octubre de 2020, de Blog de Enrique Bardales - Temas de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia :

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/enriquebardales/2009/09/11/comentarios-respecto-a-la-publicidad-en-envase-y-rotulado-de-las-bebidas-alcoholicas/>

Baylos, H. (2009). *La Competencia Económica* (3ra edición ed.). Navarra: Civitas.

Bullard, A. (2018). ¿Es el consumidor idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. 1-54.

Calderón Morales, R. A. (2017). *Breve análisis respecto a la aplicación de medidas correctivas por parte de Indecopi en materia de Libre Competencia*. Facultad de Derecho PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Carreras Schabauer, N. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* (67), 487 -509.

Casino Rubio, M. (2011). La indebida ocnfusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía . *Revista de Estudios de la Adminsitración Local y Autónoma* , 569 - 574.

Círculo de Derecho Administrativo. (29 de agosto de 2018). *El procedimiento administrativo y la actividad de fiscalización*. Consulta realizada el 21 de octubre de 2020, de PROMETHEO - Portal Jurídico : <http://prometheo.pe/el-procedimiento-administrativo-y-la-actividad-de-fiscalizacion/>

Danós Ordoñez, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Círculo de Derecho Admnistrativo* , 26 - 50.

Higa, C. (2018). El Reconocimiento Constitucional de la potestad del Indecopi para imponer medidas complementarias: Análisis de la sentencia No.1963-2006-PA/TC (Caso Dino). *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual No. 5* , 257 - 276.

Indecopi. (2015). Documento de trabajo: "Lineamientos sobre publicidad engañosa". 1-15.

Indecopi. (14 de abril de 2010). Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (18 de noviembre de 2013). Resolución 3092-2013/SPC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (06 de marzo de 2014). Resolución 0363-2014/SDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (26 de diciembre de 2018). Resolución 0273-2018/SDC-INDECOPI. Lima, Perú: Expedientes acumulados 099-2017/CCD y 117-2017/CCD.

Indecopi. (2019). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Lima, Lima, Perú: INDECOPI.

- Landa, C. (2016). La Constitucionalización del Derecho Administrativo. *THEMIS*, 199-217.
- Maraví Contreras, A. (2018). *Indecopi Jalado: La incorrecta aplicación del Principio de Confianza Legítima ante la retención de libretas de notas en los colegios*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martín Mateo, R., & Díez Sánchez, J. J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo* (Vigésimo novena ed.). España: Aranzadi S.A.
- Massaguer, J. (1999). *Comentario a la ley de competencia desleal*. Civitas.
- Morón Urbina, J. C. (2011). La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho* (67), 419-455.
- Morón Urbina, J. C. (2010). Los actos- medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo* (9), 135 - 157.
- Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Tomo I* (14va Edición ed.). Perú: Gaceta Jurídica.
- Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Tomo II* (14va Edición ed.). Gaceta Jurídica.
- Morón, J. C. (2011). Principios del Procedimiento Administrativo . En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (9na Edición ed., pág. 954). Perú : Gaceta Jurídica .
- Murillo, J. (2015). *Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de publicidad comercial en el Perú*. Perú.
- Neyra Cruzado, C. (2018). Las condiciones exigentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental. (80), 333-360.
- Palacios Pareja, E., & Luque Oyarce, M. A. (2008). Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* (4), 435 - 450.
- Parejo, L. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2da Edición ed.). Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez - Arana, J. (2013). El Principio General del Derecho de Confianza Legítima. *Ciencia Jurídica -Departamento de Derecho* (4), 59- 70.
- Rodríguez, G., & Sosa, A. (2020). *Con licencia para anunciar: Un tratado de derecho publicitario en el Perú* (2da edición ed.). Lima, Lima, Perú: THEMIS.
- Salazar Verdi, S. C. (2019). *La conceptualización y la aplicación de las medidas administrativas, específicamente las medidas preventivas, medidas correctivas y medidas cautelares, en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) en el sector hidrocarburos en el año 2018*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sanz Rubiales, I. (2001). El Principio de Confianza Legítima, limitador del poder normativo comunitario . *Revista de Derecho - Universidad de Piura* , 2, 91-122.
- Sosa, A. (2014). *Compendio Criterios Resolutivos Conar* (Nueva Era:2009-2014). 1-70.
- Sosa, A. (2017). Guerra publicitaria en el "Mundo Telecom" (Casos Prácticos). *Revista Derecho & Sociedad* (49), 161-182.
- Stucchi, P. (2018). Decisiones del Indecopi sobre productos lácteos - Caso Pura Vida y Otros. (I. 360°, Entrevistador)

Stucchi, P. (2006). El principio de veracidad publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor . *Bepress* , 1-29.

Tassano, H. (2016). Competencia y Regulación. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (76), 105 -176.

Tribunal Constitucional. (05 de diciembre de 2006). Expediente 1963-2006-PA/TC. Lima, Perú.

Vilcapoma Alvarado, N. M. (2018). *Entre dos fuegos: DIGESA vs. INDECOPI y la Denominación de Productos Lácteos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villanueva Haro, B. (2007). La funcionalidad y delimitación de las medidas correctivas como mecanismo regulador de las conductas económicas negativas en el mercado y el respeto al principio del non bis in idem. *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (19), 1 -45.



VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

DENUNCIANTES : INSTITUTO DE DERECHO ORDENADOR DE MERCADO CAUDAL – INSTITUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
INSTITUTO PROYECTO SOLIDARIDAD GLOBAL
ASOCIACIÓN CIVIL CONSTRUCTORES DE PAZ
ASOCIACIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL PERÚ
ASOCIACIÓN CIVIL MÁS QUE CONSUMIDORES
DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR
CENTRO DE PROTECCIÓN AL CIUDADANO EQUIDAD
CONSUMERS ASSOCIATED

DENUNCIADA MATERIAS : LECHE GLORIA SOCIEDAD ANÓNIMA - GLORIA S.A.¹
: CONFIDENCIALIDAD
PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, a través de la cual la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal halló responsable a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contenido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Esta decisión se sustenta en el hecho de que la empresa imputada difundió tres (3) anuncios publicitando el producto “Pura Vida Nutri Max” (publicidad en empaque, en página web y en televisión) que trasladaban el mensaje de que sería “leche de vaca” (en este caso, evaporada), pese a que ello no era cierto, pues el mencionado producto contenía insumos que conforme a los parámetros objetivos establecidos en el Codex Alimentarius -aplicables al presente caso- no permitían que fuese presentado como “leche de vaca”.

¹ Identificada con RUC: 20100190797.

Por otro lado, se declara la NULIDAD de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en el extremo referido a la graduación de la sanción, debido a que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no determinó la multa correspondiente para cada una de las tres (3) infracciones cometidas, pese a existir un concurso real de infracciones. En tal sentido, la primera instancia incurrió en un vicio de motivación.

Sin perjuicio de lo antes indicado, en aplicación del artículo 211.2 del Decreto Supremo 006-2017-JUS – Texto Único de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, este Colegiado ha procedido a evaluar los elementos existentes en el expediente, a fin de graduar la sanción respectiva.

En tal sentido, considerando el beneficio ilícito derivado de la difusión de los anuncios imputados y el límite legal establecido en el artículo 52 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, la sanción aplicable para cada una de las infracciones cometidas ascendería a 700 UIT, lo que determinaría que la sanción final por los tres anuncios cuestionados fuese de 1400 UIT, lo cual equivale al doble de la infracción más grave. Sin embargo, en aplicación del principio de interdicción de la reforma en peor, se sanciona a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. con una multa de 700 UIT.

SANCIÓN: SETECIENTAS (700) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.

Lima, 26 de diciembre de 2018

I. ANTECEDENTES

Expediente 099-2017/CCD

1. El 6 de junio de 2017, Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Caudal – Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidaridad Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated (en adelante las asociaciones) denunciaron a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. (en adelante Gloria) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley

de Represión de la Competencia Desleal). Al respecto, las denunciantes señalaron lo siguiente:

- (i) El 2 de junio de 2017, se hizo público a través de los medios de comunicación que el producto denominado “Leche Pura Vida”, elaborado por Gloria, había sido observado por las autoridades panameñas debido a que no cumpliría con los parámetros dispuestos en la norma Codex Stan 1-1985.
 - (ii) En el Perú, Gloria comercializa el producto “Pura Vida Nutri Max” con una etiqueta compuesta por la imagen de una vaca y el término “leche”, por lo que un consumidor razonable podría considerar que está adquiriendo leche de vaca.
 - (iii) En la página web de “Pura Vida Nutri Max” también se difunde que dicho producto es leche, por lo que se incurriría en un acto de engaño.
 - (iv) En consecuencia, se debe sancionar a Gloria por la comisión de actos de engaño, ordenar el pago de las costas y costos incurridos en el procedimiento y disponer que se otorgue a las asociaciones un porcentaje de la multa al haber firmado convenios de cooperación con el Indecopi.
2. Mediante Resolución s/n del 7 de junio de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a Gloria la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo siguiente:
- (i) La difusión de publicidad en el empaque de los productos “Pura Vida Nutri Max” que contendría la imagen de una vaca, lo cual daría a entender a los consumidores que los referidos productos serían leche de vaca, pese a que no sería cierto.
 - (ii) La difusión de publicidad en su página web, donde se apreciaría la imagen de los empaques de los productos “Pura Vida Nutri Max” que contendrían la ilustración de una vaca, junto con las palabras “Leches evaporadas Pura Vida”, lo cual daría a entender a los consumidores que los referidos productos serían leche de vaca, pese a que no sería cierto.
3. El 22 de junio de 2017, Gloria presentó sus descargos y señaló lo siguiente:

- (i) De la revisión de la primera pieza publicitaria, se concluye que el mensaje difundido consiste en que el producto contiene insumos no lácteos (por ejemplo, leche de soya y grasa vegetal), lo cual ha sido colocado con letras claras en la misma cara frontal del envase, al costado de la imagen de la vaca.
- (ii) Dicha información también fue consignada en la cara posterior del empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”. Por lo tanto, sin importar el ángulo, cada vez que se observe la imagen de la vaca también figurarán los ingredientes del producto.
- (iii) En el caso de la segunda pieza publicitaria imputada (la página web), consta la imagen del producto, pero se ha añadido un recuadro que reitera la presencia de insumos no lácteos.
- (iv) Si bien las piezas publicitarias contienen la imagen de una vaca, en ambos casos se acompañó una descripción del contenido del producto, por lo que se aprecia que contiene insumos no lácteos. Sin perjuicio de ello, incluso considerando únicamente la imagen de la vaca, esta solo evoca el contenido principal de “Pura Vida”.
- (v) Lo antes indicado ha sido reconocido por la Comisión a través de la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI. En dicho pronunciamiento, la autoridad señaló que el uso de la imagen de una vaca en la publicidad de los productos “Pura Vida” no constituye un acto de engaño, aun cuando estos no coincidían con la definición de “leche” contenida en el *Codex Alimentarius*.
- (vi) La Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura emitió la Resolución 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU, en la cual analizó la etiqueta del producto “Pura Vida” y concluyó que la imagen de la vaca no causaba engaño en los consumidores.
- (vii) Por otro lado, mediante Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI, la Comisión señaló que el uso del término “leche enriquecida” en la publicidad de un suplemento nutricional no inducía a error a los consumidores, pues dicho insumo sí estaba presente en el producto. En tal sentido, es posible emplear el término “leche”, incluso cuando el producto no cuente con el 100% del referido ingrediente.

- (viii) En el presente caso, se ha utilizado la imagen de una vaca y el término “leche” debido a que el producto contiene más del 60% de leche de vaca, acompañando la publicidad con la descripción del resto de componentes del producto (los insumos no lácteos).
- (ix) Cabe señalar que la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (en adelante Digesa), en el Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA, dispuso que los productos de componente lácteo que tuvieran ingredientes no lácteos, lleven en su denominación el término “leche” seguido de la descripción de sus insumos.
- (x) El artículo 255 del Decreto Supremo 006-2017-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la Ley 27444) reconoce la subsanación voluntaria de la conducta como un eximente de responsabilidad. Siendo así, antes de la notificación de la resolución de imputación de cargos, se procedió a cambiar la publicidad de los productos “Pura Vida”, retirando la imagen de la vaca.

Expediente 117-2017/CCD

- 4. Mediante Cartas 001-85-2017/CCD-INDECOPI y 002-85-2017/CCD-INDECOPI del 5 de junio de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (canal “América Televisión”) y a Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (canal “Latina”), respectivamente, que cumplan con remitir todos los anuncios de los productos “Pura Vida Nutri Max” difundidos a través de sus señales de televisión desde la quincena de mayo de 2017.
- 5. El 12 y 16 de junio de 2017, Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. y Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., respectivamente, remitieron copia de la publicidad televisiva del producto “Pura Vida Nutri Max”. Adicionalmente, indicaron que Gloria fue la empresa que contrató su difusión.
- 6. Mediante Resolución s/n del 26 de junio de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Gloria la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de un anuncio televisivo del producto “Pura Vida Nutri Max” en el cual se destaca la imagen de una vaca así como la frase “Leche Pura Vida Nutri Max”, dando a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, pese a que no sería cierto.

7. El 11 de agosto de 2017, Gloria presentó sus descargos. Al respecto, reiteró lo señalado en el Expediente 099-2017/CCD y adicionalmente indicó lo siguiente:
- (i) La última vez que se emitió la publicidad cuestionada en los canales “América Televisión” y “Latina” fue el 5 de junio de 2017, pues dicha empresa solicitó que se levante del aire todo anuncio del producto “Pura Vida”. Por tanto, corresponde que se le exima de responsabilidad, en aplicación del artículo 255 del TUO de la Ley 27444.
 - (ii) En los 30 segundos que dura el anuncio televisivo se reproducen las siguientes frases: *“aporta zinc y vitamina A que ayudan a reforzar las defensas”, “Calcio, fósforo y vitamina D que favorecen el crecimiento”, “hierro que contribuye al desarrollo mental”, y “tiene nutrientes esenciales que contribuyen a su protección, crecimiento y desarrollo”*. El término “leche” solo es mencionado en dos oportunidades, por lo que se puede concluir que en todo momento se informó la presencia de los componentes no lácteos del producto.
8. La Secretaría Técnica de la Comisión emitió la Resolución s/n del 20 de noviembre de 2017, por la cual dispuso la acumulación del procedimiento seguido en el Expediente 117-2017/CCD al Expediente 099-2017/CCD.
9. Mediante Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, la Comisión declaró fundadas las imputaciones contra Gloria por la comisión de actos de engaño, sancionándola con una multa ascendente a setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) y ordenó una medida correctiva². La primera instancia sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:
- (i) En la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI se evaluó una campaña publicitaria y se realizó un análisis general de las distintas presentaciones del producto “Pura Vida” para determinar si poseían una composición homogénea, lo cual difiere del presente caso, en el que se está analizando la publicidad de un solo producto para determinar si este es leche.

² La Comisión ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max” que dé a entender a los consumidores que es leche a pesar de que ello no sea cierto. Asimismo, dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta y condenó a Gloria al pago de las costas y costos incurridos por las asociaciones en el presente caso.

- (ii) De otro lado, en la Resolución 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura analizó una relación de consumo específica, por lo que ese pronunciamiento no contiene un criterio aplicable a la publicidad en general.
- (iii) Asimismo, en la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI se analizó la publicidad de “Gain Plus Advance” para determinar si era posible que se comercialice como “una leche enriquecida con una combinación de nutrientes” pese a que estaría clasificado como un “suplemento nutricional”, lo que evidencia que los hechos evaluados en ese caso difieren del actual procedimiento.
- (iv) En materia publicitaria, el cese de la difusión de la publicidad no podría ser considerado como una subsanación de la conducta, pues cuando una publicidad engañosa se difunde en el mercado, esta conducta se materializa en la falsa expectativa creada en el destinatario, por lo que no es posible subsanar dicha infracción.
- (v) De la revisión integral y superficial de los anuncios cuestionados, se observa que estos transmiten que el producto “Pura Vida Nutri Max” es leche de vaca. La mención de los demás ingredientes en el empaque, página web y publicidad televisiva no influyen en la naturaleza del producto publicitado, pues el uso de la imagen de una vaca genera una asociación natural que traslada a los consumidores el mensaje antes señalado.
- (vi) La frase “Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)” consignada en el empaque de “Pura Vida Nutri Max”, corresponde a su rotulado, por lo que no forma parte de la publicidad cuestionada. Sin perjuicio de ello, aun si dicho elemento fuese analizado, esto solo evidenciaría una información contradictoria con el mensaje principal.
- (vii) El Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA hace una distinción entre leche, producto lácteo y producto lácteo compuesto. De la revisión de dicho documento, se aprecia que este generaba certeza a Gloria de que su producto no era leche, por lo que debió tomar las medidas para evitar inducir a error a los consumidores sobre la naturaleza del producto mediante la publicidad.

- (viii) La propia Gloria emitió un comunicado en el cual reconoció que su publicidad podría inducir a error a los consumidores, por lo que los anuncios no son veraces.
 - (ix) Con relación a la graduación de la sanción, además de la publicidad en página web y televisión, se aprecia que existe un alto impacto publicitario dado el nivel de difusión del empaque en los diversos puntos de venta.
 - (x) En este punto, corresponde evaluar el ciclo de evolución en el mercado del producto con el empaque infractor, considerando dos etapas: introducción y crecimiento. Así, se tomó como período de introducción los cuatro primeros meses de la difusión de la publicidad, y como período de crecimiento los cuatro meses siguientes.
 - (xi) La diferencia de ambos períodos da como resultado el beneficio ilícito obtenido por Gloria por la difusión de la publicidad infractora. El monto resultante excede la cantidad máxima prevista en la Ley de Represión de la Competencia Desleal ascendente a setecientas (700) UIT, por lo que corresponde sancionar a la imputada con la referida multa.
10. El 29 de enero de 2018, Gloria apeló la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI, solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral y señaló lo siguiente:
- (i) La Comisión vulneró los principios de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental, al no tener en cuenta los criterios adoptados en las Resoluciones 061-2010/CCD-INDECOPI, 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU y 215-2009/CCD-INDECOPI.
 - (ii) En la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI se denunció que la publicidad de “Pura Vida” daría a entender que los productos anunciados eran “leche”, por lo que la Comisión evaluó si -dada su composición- era posible presentar a tales productos de dicha forma, y concluyó que la empresa anunciante no incurrió en engaño alguno. En este sentido, existe un pronunciamiento que le permitía replicar la conducta investigada, en tanto fue declarada lícita por la autoridad.
 - (iii) En la Resolución 972-2016/PS0-INDECOPI, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura indicó que el producto “Pura Vida Nutri Max” no genera engaño a los consumidores pues tiene dentro de sus insumos leche evaporada que proviene de las vacas.

- (iv) Si bien la materia controvertida evaluada en la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI no versa específicamente sobre la posibilidad de que el producto “Pura Vida” incluya la imagen de una vaca, lo cierto es que en dicho pronunciamiento se señaló que resulta lícito publicitar un producto como “leche” en tanto su insumo principal sea, precisamente, leche.
- (v) La consignación de la imagen de la vaca obedece también a lo dispuesto por la Digesa en el Informe 005376-2014/DHAZ/DIGESA, el cual indica que aquellos productos con la composición de “Pura Vida Nutri Max” pueden denominarse “leche” (evaporada y parcialmente descremada) acompañado de una lista con el resto de sus ingredientes. Por tanto, corresponde declarar la nulidad del pronunciamiento de la Comisión.
- (vi) Sin perjuicio de ello, solicita que se les exima de responsabilidad en atención al retiro del producto “Pura Vida Nutri Max” que contenía la publicidad en empaque cuestionada, así como de la publicidad audiovisual difundida en televisión. Ello fue realizado antes de la notificación de las imputaciones de cargos efectuadas en el presente procedimiento. Cabe señalar que el 6 de junio de 2017 se informó al público del cambio de la publicidad cuestionada, haciendo énfasis en el retiro de la imagen de la vaca.
- (vii) Es importante tener en cuenta que la conducta no solo consistió en retirar la publicidad cuestionada, sino que también informó sobre la naturaleza del producto, especificando que tiene 60% de leche de vaca junto con ingredientes no lácteos. En consecuencia, corresponde aplicar el literal f) del artículo 255.1 del TUO de la Ley 27444 y que se les exima de responsabilidad.
- (viii) En caso se desestime dicha pretensión, resulta pertinente resaltar que el mensaje transmitido en la publicidad consiste en que el producto “Pura Vida Nutri Max” está elaborado a partir de leche de vaca (más del 60%) a la cual se le ha añadido otros insumos no lácteos que aportan nutrientes.
- (ix) La Comisión consideró que el término leche podía ser empleado como parte de la denominación únicamente en el caso de que tal producto no haya sido sometido a proceso alguno (leche cruda). Sin embargo, la propia Digesa indicó que es posible consignar el término “leche” acompañado del proceso

al que fue sometido, como por ejemplo “leche pasteurizada” o “leche semidescremada pasteurizada”.

- (x) La Comisión desconoce que es válido que se pueda destacar en la publicidad algún insumo, en la medida que sea representativo y se encuentre presente en el producto como, por ejemplo, la leche en el caso de “Pura Vida Nutri Max”.
- (xi) Respecto a la publicidad en página web, se consignó la lista de ingredientes no lácteos de forma destacada (incluso más resaltados que la imagen de la vaca), por lo que el consumidor entenderá con facilidad que está ante un producto que tiene leche de vaca y otros insumos.
- (xii) La publicidad en televisión dura treinta (30) segundos, y solamente en siete (7) de ellos se muestra la imagen de la vaca, mientras que durante diez (10) segundos se especifican los demás ingredientes no lácteos del producto. Por tanto, tampoco se difunde el mensaje imputado.
- (xiii) La graduación de la sanción adolece de vicios de nulidad debido a que la Comisión determinó arbitrariamente los períodos en los cuales se habría comercializado el producto con la publicidad en empaque cuestionada. Al respecto, la primera instancia no habría sustentado por qué consideró cuatro meses del período de difusión de la publicidad como no infractor y los cuatro meses siguientes como el período infractor, si dicha publicidad no fue modificada durante el tiempo en que fue difundida.
- (xiv) La publicidad televisiva y en página web se difundieron de manera posterior, por lo que ello debió ser evaluado al momento de determinar el parámetro de la sanción a imponer.
- (xv) La Comisión debió emplear los demás criterios de graduación de la sanción previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y adicionalmente, determinar la sanción en función a anteriores pronunciamientos de la Sala, como por ejemplo la Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, en la que se consideró que el beneficio ilícito correspondía al 0.08% de los ingresos obtenidos por la comercialización de un bien de alto consumo y bajo precio (como lo es también la leche). La primera instancia no motivó por qué no empleó dicho criterio.

11. El 4 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe oral en la cual asistieron los representantes de Gloria y las asociaciones. En dicha oportunidad, Gloria reiteró sus argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
12. El 7 de septiembre de 2018, Gloria presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos en su informe oral y adjuntó dos “Protocolos de Análisis” del producto “Pura Vida Nutri Max”, del 17 de marzo de 2015 y del 15 de junio de 2017. En este punto, solicitó que se declare la confidencialidad de dichos documentos, pues su divulgación podría causar un perjuicio, dado que se daría a conocer a los competidores el detalle sobre el análisis físico-químico del referido producto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala lo siguiente:
 - (i) Analizar la solicitud de confidencialidad presentada por Gloria;
 - (ii) determinar la validez de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI;
 - (iii) analizar si Gloria cometió actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, por la difusión de publicidad de su producto “Pura Vida Nutri Max”;
 - (iv) de ser el caso, evaluar la validez de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción; y,
 - (v) de corresponder, determinar la sanción a imponer a Gloria.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre la solicitud de confidencialidad presentada por Gloria

14. De acuerdo con lo establecido en el numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, las partes pueden solicitar a la autoridad administrativa que declare la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, en la medida que se trate de: (i) un secreto empresarial, (ii) información que afecte la intimidad personal o familiar, (iii) información cuya

divulgación podría perjudicar a su titular, así como, (iv) información prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública³.

15. La Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, Directiva sobre Confidencialidad de la Información en los Procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del Indecopi (en adelante la Directiva sobre Confidencialidad) dispone en su artículo 2.1 que podrá declararse confidencial aquella información cuya divulgación implique una afectación para su titular o un tercero de quien la hubiera recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor. Entre dicha clase de información se encuentran los secretos comerciales e industriales⁴.
16. Como se aprecia, un primer supuesto por el cual determinada documentación podrá ser declarada como confidencial, está referida a que contenga un secreto comercial, esto es, información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a ella.

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

Artículo 40.- Información confidencial. -

40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

(...)

⁴ **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

(Modificada por la Directiva N° 002-2017-TRI-INDECOPI)

IV. Disposiciones Generales

(...)

2. Información confidencial.

2.1. Puede declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI o aquella información acopiada por el INDECOPI en el curso de sus actividades de supervisión, fiscalización y/o investigación, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información.

Puede también declararse confidencial aquella información que sea considerada reservada o confidencial por Ley. Entre éstas:

(...)

c) La información protegida por la respectiva regulación del secreto bancario, tributario, comercial, industrial, empresarial, tecnológico y bursátil.

Se considerará lo siguiente:

Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;

Secreto industrial: conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.

(...)

17. La autoridad también podrá declarar la confidencialidad de un documento en caso la información consignada califique como secreto industrial, en la medida que se encuentre referido a conocimientos tecnológicos vinculados con procedimientos de fabricación o producción en general, así como al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan a la empresa titular obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.
18. El numeral 40.2 del artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵ precisa que la solicitud de confidencialidad de un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:
- (i) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado.
 - (ii) Que las personas quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello.
 - (iii) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
19. En su escrito del 7 de septiembre de 2018, Gloria solicitó a la Sala que declare la confidencialidad de los documentos denominados “Protocolo de Análisis” del producto “Pura Vida Nutri Max”, elaborados el 17 de marzo de 2015 y el 15 de junio de 2017. Con el objeto de sustentar dicho pedido, alegó que los referidos informes contienen los resultados de ensayos físico-químicos de su producto, por lo que la revelación de tal información podría generarle un daño considerable y beneficiar a sus competidores.
20. De la revisión de los documentos en mención, se observa que versan sobre un conocimiento determinado, respecto a la totalidad de componentes utilizados para la elaboración del producto “Pura Vida Nutri Max”, así como a sus características físico-químicas.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 40.- Información confidencial. -

(...)

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

(...)

21. Cabe indicar que esta información específica es reservada y no consta en la etiqueta del producto. Asimismo, la Sala aprecia que la referida información no ha sido revelada en el procedimiento y, precisamente, se busca evitar su difusión a través de la solicitud presentada por Gloria.
22. Teniendo en cuenta lo expuesto, de hacerse accesible esta información técnica a terceros, podría brindar a los demás agentes del mercado una ventaja competitiva en detrimento de Gloria, al permitirles conocer detalladamente la composición del producto “Pura Vida Nutri Max”. Esta información resultaría de valor comercial para cualquier agente económico que pretenda comercializar productos lácteos, pues develaría la fórmula del mencionado producto, la cual en su momento fue resultado de la inversión realizada para su elaboración.
23. En consecuencia, los documentos denominados “Protocolo de Análisis” presentados por Gloria cumplen con los requisitos establecidos en el inciso 40.2 del artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que corresponde declarar su confidencialidad.

III.2 Sobre la validez de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI

24. En su recurso de apelación, Gloria alegó que la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI sería nula debido a que contravendría los principios de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental⁶. Al respecto, señaló los siguientes cuestionamientos:

⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo.

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

(...)

1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

(...)

1.14. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo

- (i) La Comisión emitió un pronunciamiento sin tener en consideración los criterios adoptados en las Resoluciones 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU, 061-2010/CCD-INDECOPI y 215-2009/CCD-INDECOPI, en las cuales se indicó que el uso del término “leche” en la publicidad no constituiría un acto de engaño en la medida que el producto contenga tal insumo.
 - (ii) La Comisión no tomó en cuenta que a través del Informe 5376-2014/DHAZ/DIGESA, Digesa dispuso que los productos de componente lácteo que contengan ingredientes no lácteos podían llevar en su denominación el término “leche” seguido de la descripción de sus insumos.
25. En tal sentido, corresponde a la Sala evaluar lo antes señalado, para determinar la validez de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI.

III.2.1 Sobre los pronunciamientos anteriores alegados por Gloria

26. El artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444 recoge los principios de confianza legítima, predictibilidad, uniformidad y buena fe procedimental⁷.
27. Siendo así, la autoridad debe guardar concordancia y uniformidad en sus actuaciones, para que los administrados puedan conocer de manera predecible los resultados de los respectivos procedimientos. Asimismo, todos los partícipes del procedimiento deberán realizar sus actos procedimentales guiados por la buena fe, lo cual significa, además, que las entidades competentes no pueden ir en contra de sus propios actos, salvo en aquellos casos de revisión de oficio.
28. Lo anterior implica que, en supuestos similares, los administrados serán sometidos a procedimientos equivalentes bajo las mismas reglas. Esto resulta de central relevancia para que los ciudadanos puedan conocer de antemano la forma en la que podría actuar la autoridad frente a determinados comportamientos y las consecuencias jurídicas asignadas en función a la normativa aplicable. De esta

momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)

⁷ Ver nota al pie anterior.

manera, los administrados se deberán conducir de buena fe, realizando sus actividades conforme a los parámetros pertinentes que haya establecido la entidad competente, los cuales son pasibles generar una confianza amparable con relación a su legalidad.

29. Sin embargo, existen situaciones en las cuales lo decidido por la autoridad respectiva en un caso previo no resulta trasladable a una conducta posterior, en función a los alcances del pronunciamiento anterior o el reexamen que pueda efectuar la entidad, en ejercicio de sus atribuciones. En tal sentido, se pueden dar dos escenarios:
- (i) La administración puede encontrarse ante un supuesto de hecho distinto, con características peculiares que difieren de los anteriores pronunciamientos, por lo que podrían existir diferencias entre el análisis y las conclusiones del caso evaluado y aquel anteriormente resuelto.
 - (ii) La administración puede encontrarse ante un supuesto igual al analizado en anteriores oportunidades, pero opta por elaborar un cambio de criterio, el cual debe ser motivado para evitar arbitrariedad en su decisión.
30. Resulta entonces de especial importancia constatar si existen o no elementos diferenciadores entre lo evaluado en este procedimiento y los pronunciamientos citados por la empresa apelante. Cabe resaltar que, únicamente si los casos antes indicados son equivalentes, sería posible considerar que -en principio- las decisiones mencionadas en el literal (i) numeral 24 de esta resolución, podrían haber generado confianza legítima a la imputada en su actuación en el mercado y correspondería determinar si: (i) se ha aplicado un regla o interpretación distinta, y (ii) si este eventual cambio de criterio consta de forma clara y motivada en el referido pronunciamiento.
31. Ahora bien, de la revisión de las tres resoluciones invocadas por Gloria en su apelación, se observa lo siguiente:
- (i) Mediante la Resolución 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU, emitida en el marco de la tramitación de un procedimiento en materia de protección al consumidor⁸, se evaluó la presunta comisión de una infracción al artículo 3 de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante Código de Protección y Defensa del Consumidor), en la medida que el

⁸ Expediente 738-2015/PS0-INDECOPI-PIU.

etiquetado del producto “Pura Vida Nutri Max Niños” habría informado que era “leche de vaca”. En dicha oportunidad, analizando la denuncia presentada en particular, se determinó si el producto contenía el referido insumo y, además, si la denominación empleada de “alimento lácteo evaporado” contradecía la naturaleza de “leche evaporada” del producto, alegada por la denunciada en aquella oportunidad.

- (ii) En la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI⁹, la Comisión constató la veracidad de la publicidad televisiva del producto “Gain Plus”, en la cual se indicaba que era una “leche enriquecida”. En dicha oportunidad, de acuerdo con el mensaje imputado, se analizó si era posible anunciar este producto como “leche enriquecida” pese a contar con la denominación “suplemento nutricional”.
- (iii) En el caso de la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI¹⁰ se evaluó un presunto acto de engaño que, conforme a la respectiva imputación de cargos, consistiría en haber dado a entender que las diversas presentaciones del producto “Pura Vida” tenían una composición homogénea y podían ser consideradas como “leche”.

Sobre dicha base, la autoridad analizó el mensaje difundido en una campaña publicitaria del producto “Pura Vida”, la cual estaba referida a cuatro (4) presentaciones distintas (caja, bolsa, lata y sobre), sin perjuicio de que el presunto acto de engaño imputado se encontraba circunscrito a solo tres presentaciones (caja, bolsa y lata). Cabe señalar que la referida campaña publicitaria se conformaba por dos anuncios televisivos y tres anuncios difundidos a través de los distintos empaques del producto “Pura Vida”.

32. Como se puede observar, en el pronunciamiento reseñado en el punto (i) del numeral anterior, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura evaluó el etiquetado del producto “Pura Vida” en un procedimiento de protección al consumidor iniciado por una denuncia en particular, a fin de determinar si se había afectado el derecho a la información del denunciante, reconocido en la normativa en materia de protección al consumidor. Sin embargo, en el presente caso la Comisión ha analizado si, de manera general, la inclusión de los elementos publicitarios en el empaque transmite un mensaje engañoso al mercado, más allá

⁹ Emitida en el Expediente 020-2009/CCD.

¹⁰ Emitida en el Expediente 145-2009/CCD.

de un caso en concreto. En tal sentido, en este procedimiento se tutela un bien jurídico distinto: la leal competencia.

33. En segundo lugar, con relación a la resolución descrita en el punto (ii) del numeral 31, se evaluó un anuncio referido a un producto diferente (“Gain Plus” que contaba con la denominación de “suplemento nutricional”) con respecto al alimento publicitado en este caso. Asimismo, también se constata que el mensaje presuntamente engañoso no resulta ser el mismo, pues en la Resolución 215-2009/CCD-INDECOPI se analizó un anuncio que presentaba al producto como “leche enriquecida”, mientras que el mensaje engañoso imputado en este caso versa sobre el hecho de que Gloria -a través de diversas imágenes y afirmaciones consignadas en su empaque, página web y televisión¹¹- habría transmitido en el mercado que su producto “Pura Vida Nutri Max” es “leche de vaca”.
34. Ahora bien, lo decidido en el pronunciamiento señalado en el punto (iii) del numeral 31, en efecto, estuvo relacionado a la publicidad del producto “Pura Vida”. No obstante, el objeto de evaluación en dicho caso y en el presente procedimiento es distinto, pues en el primero se analizó una campaña publicitaria en su totalidad, con diversos anuncios y un mensaje unificador, mientras que en este caso se están cuestionando (de forma autónoma) tres anuncios específicos y distintos que no forman parte de la campaña antes señalada¹².
35. En esa línea, se aprecia que la evaluación realizada en la Resolución 061-2010/CCD-INDECOPI también implicó que la Comisión determinara si -a su criterio- la semejanza en las distintas presentaciones del producto publicitado podía inducir a error al consumidor; lo cual no es parte de la controversia en el presente caso.
36. Finalmente, los pronunciamientos señalados en el numeral 31 de esta resolución no podrían ser aptos para reflejar el criterio que esta Sala tendría en casos de

¹¹ Publicidad en empaque: la imagen de una vaca en un campo verde y en la parte posterior, la indicación de la frase “Porque una porción de Pura Vida Evaporada Nutri Max (...)” junto con un vaso con líquido blanco.

Publicidad en página web: la indicación en el lateral izquierdo que señala “leches evaporadas Pura Vida”, junto con tres imágenes de las presentaciones del producto “Pura Vida Nutri Max”, en las que se destaca la imagen de una vaca en un campo verde.

Publicidad en televisión: la presentación en tarro del producto “Pura Vida Nutri Max” (con la imagen de una vaca en un campo verde) y las frases “Por eso yo le doy una buena alimentación con leche “Pura Vida Nutri Max” que aporta Zinc y Vitamina A que ayudan a reforzar las defensas. Calcio, Fósforo y Vitamina D que favorecen el crecimiento, y Hierro que contribuye al desarrollo mental” y “Dale tú también a tu hijo una buena alimentación con leche “Pura Vida Nutri Max” que tiene nutrientes esenciales que contribuyen a su protección, crecimiento y desarrollo”.

¹² Cabe indicar que, si bien los anuncios en ambos casos pueden tener similitudes, se tratan de piezas publicitarias distintas que deben ser evaluadas de forma independiente.

publicidad en envase de alimentos, ya que se tratan de resoluciones emitidas por otros órganos resolutivos y no en segunda instancia administrativa respecto a las normas que regulan la leal competencia en el mercado.

37. A mayor abundamiento, es pertinente recordar que, en materia publicitaria, la evaluación del mensaje difundido se realiza considerando cada anuncio y sus particularidades; por lo que no necesariamente lo analizado en un caso (aunque involucre el mismo producto u otro similar) determinará el contenido de los mensajes difundidos por otras piezas publicitarias, ni mucho menos su veracidad o no.
38. En la medida que se ha constatado la existencia de elementos diferenciadores sustanciales entre los casos invocados por Gloria y la controversia materia del presente procedimiento, el hecho de que la Comisión no haya considerado tales resoluciones en el análisis de este caso, no denota una vulneración de los principios de confianza legítima, uniformidad, predictibilidad o buena fe procedimental. Por ende, al no estar ante el mismo supuesto de hecho que en los casos mencionados, la distinta decisión no constituye algún cambio de criterio o desviación de los principios antes indicados.

III.2.2 Sobre el Informe 5376-2014/DHAZ/DIGESA

39. En su apelación, Gloria cuestionó que la Comisión no haya tomado en cuenta el Informe 5376-2014/DHAZ/DIGESA, pues de acuerdo con lo alegado por dicha empresa, tal documento indicaría que es posible: (i) declarar como “leche” un producto que tenga tal ingrediente como parte de su composición, en tanto se indique de forma conjunta el proceso al que fue sometido y los componentes añadidos, así como (ii) destacar uno de los ingredientes en la publicidad, sin que se traslade el mensaje que el producto es únicamente leche de vaca.
40. Al respecto, es pertinente tener en cuenta sobre qué versaba este informe, lo cual permitirá dilucidar si la Comisión debió resolver en función al análisis y conclusiones expuestos en tal documento.
41. De la revisión de dicho informe, se aprecia que contiene el criterio de Digesa (en su condición de autoridad en materia de calidad sanitaria e inocuidad de alimentos) respecto al empleo del término “leche” en la denominación de productos

alimenticios, en el marco de los trámites correspondientes para la obtención del registro sanitario.

42. Asimismo, cabe indicar que en el Informe 5376-2014/DHAZ/DIGESA no se analizó el empaque de “Pura Vida Nutri Max” o los anuncios objeto de imputación, y lo que es más importante, tampoco se evaluaron aspectos publicitarios ni si determinadas formas de presentación publicitaria (de manera gráfica o escrita) podían o no inducir a error a los demás agentes en el mercado respecto a la naturaleza del producto.
43. En ese sentido, el informe emitido por Digesa no constituye un parámetro que la Comisión tuviese que haber tomado en cuenta para analizar los elementos publicitarios cuestionados, pues su evaluación es de exclusiva competencia del Indecopi¹³. Por lo tanto, no se verifica que la Comisión haya infringido los principios de buena fe procedimental, uniformidad, predictibilidad y confianza legítima, ni que lo alegado por Gloria pueda generar la consecuente nulidad del pronunciamiento materia de apelación.
44. En consecuencia, en atención a todo lo expuesto, corresponde desestimar la solicitud de nulidad de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI y, a continuación, se evaluará el fondo de la controversia en el presente caso.

III.3 Sobre la presunta subsanación de la conducta imputada

45. En su recurso de apelación, Gloria indicó que, con anterioridad a la notificación de las resoluciones de imputación de cargos¹⁴, procedió a retirar la publicidad cuestionada y adicionalmente emitió comunicados en los cuales habría indicado la verdadera composición del producto “Pura Vida”. Por tanto, en aplicación del literal

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACION Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**

Artículo 25.- De la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.-

Corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

¹⁴ Como se puede apreciar de los antecedentes expuestos en la presente resolución, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó dos imputaciones de cargos a Gloria: una en atención a la denuncia interpuesta por las asociaciones y otra como consecuencia de las inspecciones que realizó el referido órgano instructor.

- f) del artículo 255.1 del TUO de la Ley 27444¹⁵, correspondería eximirla de responsabilidad.
46. De acuerdo con el referido artículo 255.1 del TUO de la Ley 27444, corresponde indicar que esta Sala en anteriores pronunciamientos¹⁶ ha establecido que la subsanación voluntaria de la infracción implica la realización de actos conducentes no solo al cese de la conducta infractora, sino también a la reversión de sus consecuencias¹⁷ (como, por ejemplo, la publicación de un aviso rectificatorio respecto a un mensaje engañoso o denigratorio difundido previamente).
47. Como ha sido indicado previamente, la publicidad cuestionada en este caso consiste en: (i) un anuncio en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”; (ii) publicidad en la página web de la imputada; y, (iii) un anuncio en televisión.
48. En el presente expediente se aprecia que Gloria presentó dos correos electrónicos enviados el 5 de junio de 2017 a los canales “América Televisión” y “Latina” solicitando el retiro de la publicidad televisiva. Sin embargo, no adjuntó pruebas que demuestren que retiró de circulación la publicidad en empaque cuestionada correspondiente a los productos “Pura Vida Nutri Max” ni la publicidad difundida en su página web y, de ser el caso, la fecha de cese de la difusión de los referidos anuncios.

¹⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones.

1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

¹⁶ Ver Resoluciones 101-2018/SDC-INDECOPI del 15 de mayo de 2018 y 030-2018/SDC-INDECOPI del 13 de febrero de 2018.

¹⁷ Esto resulta concordante con la opinión emitida por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia el 8 de mayo de 2017, a través de la Consulta Jurídica N° 010-2017/JUS/DGDOJ, como se puede apreciar a continuación:

“El artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, establece las causales eximentes y atenuantes de la responsabilidad administrativa:

(...)

Finalmente, el literal f) es un supuesto de distinta naturaleza a los anteriores. (...) Este supuesto, no solo consiste en cesar la conducta infractora, sino que cuando corresponda la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta.”

Consulta Jurídica N° 010-2017/JUS/DGDOJ del 8 de mayo de 2017, pp. 5 y 6.

49. Con relación al comunicado señalado por Gloria en apelación, obra en el expediente un acta del 7 de junio de 2017 respecto a la inspección hecha por la Secretaría Técnica de la Comisión al perfil de *Facebook* de la imputada, en donde se constató la difusión de un comunicado en el cual se señala que el producto “Pura Vida Nutri Max” contendría 60% leche.
50. Sin embargo, este documento solo evidencia que el comunicado en cuestión habría sido difundido mediante una publicación en el portal que Gloria tiene en la red social *Facebook*, mientras que los anuncios cuestionados fueron difundidos por tres medios de distintos alcances (publicidad en empaque, en página web y en televisión). Por lo tanto, se aprecia que este comunicado únicamente fue difundido en un portal de alcance medio¹⁸ y no coincide con los empleados para la difusión de los anuncios denunciados.
51. La Sala observa entonces que Gloria únicamente ha acreditado el cese antes de la imputación de cargos respecto a la difusión de un anuncio (pese a que son 3 publicidades cuestionadas). Además, no se observa que la empresa imputada haya desplegado alguna medida que sea apta para revertir los efectos del mensaje transmitido, considerando los diversos medios empleados y sus alcances.

III.4 Sobre los actos de engaño

52. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁹ establece que los actos de engaño son aquellos a través de los cuales los agentes inducen a error a otros participantes del mercado, sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos o beneficios que presentan sus bienes o servicios.

¹⁸ Al respecto, ver Resolución 205-2017/SDC 10 de abril de 2017 en la que se determinó que los anuncios difundidos en *Facebook* son de mediano alcance.

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

Artículo 8.- Actos de engaño.-

8.1 Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones, que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición del mercado; o inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)

53. Por su parte, el artículo 8.3 del mismo cuerpo normativo²⁰ señala que la carga de sustentar las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios publicitados, corresponde a quien las haya difundido como anunciante. De esta manera, conforme al deber de sustanciación previa²¹, en un procedimiento de competencia desleal por la presunta comisión de actos de engaño, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o potencialmente ciertas.
54. Por otro lado, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²² establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta que el destinatario del anuncio queda influenciado mediante un examen superficial de lo publicitado, esto es, captando el mensaje transmitido en su conjunto y sin realizar una evaluación detenida de la pieza publicitaria, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.
55. Siendo así, a fin de dilucidar el mensaje que los anuncios evaluados transmiten, es pertinente considerar los parámetros antes señalados y el hecho de que el sujeto quien atribuye el significado al anuncio es el destinatario y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante.
56. Una vez delimitado el mensaje, la autoridad verificará si la imputada cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de la difusión del anuncio

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

(...)

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

²² **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.

bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, procederá a determinar si en efecto prueban la veracidad de lo transmitido.

57. Cabe resaltar que esta Sala ha señalado de forma sostenida²³ que existen mensajes publicitarios frente a los cuales, considerando la especialidad de la materia a la que se refieren o su contenido, la autoridad deberá recurrir a determinados elementos de valoración normativamente reconocidos, en la medida que constituyen parámetros objetivos que permiten constatar su veracidad.
58. En síntesis, se deben distinguir dos momentos en el análisis de los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño:
- (i) **Delimitación del mensaje:** Considerado la evaluación integral y superficial prescrita en la ley, el elemento relevante radica en determinar cómo es que los destinatarios perciben la publicidad a la cual están expuestos, pues justamente ello delimitará el mensaje transmitido sobre el cual se centrará el análisis de veracidad. En tal sentido, no se admiten interpretaciones complejas, forzadas o alambicadas, pues esto iría en contra de una lectura natural y espontánea de la pieza publicitaria, realizada de acuerdo con el significado común y usual de las afirmaciones y elementos presentados.
 - (ii) **Verificación de veracidad del mensaje:** En dicha etapa, el anunciante deberá acreditar que el mensaje antes indicado es veraz, pues dada la asimetría informativa existente, es aquel quien conoce las características del producto o servicio publicitado y en ejercicio de su libertad empresarial, decidió difundir los anuncios evaluados. La autoridad, en caso sea necesario, deberá recurrir a los parámetros normativos y técnicos aplicables para cotejar la veracidad de lo transmitido en el mercado.

III.5 Sobre la delimitación de los elementos publicitarios contenidos en el envase del producto

59. Como ha sido indicado, Gloria difundió tres (3) anuncios que han sido cuestionados en el presente procedimiento, siendo que uno de ellos fue difundido a través del envase del producto “Pura Vida Nutri Max”. Por lo tanto, resulta pertinente definir aquellos aspectos del empaque que serán objeto de análisis en este caso.

²³ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0268-2017/SDC-INDECOPI, 0670-2017/SDC-INDECOPI y 0722-2017/SDC-INDECOPI.

60. Las presentaciones de los envases de los productos puestos a disposición en el mercado pueden contener diversos elementos, los cuales, en muchas oportunidades, poseen finalidades diferentes y se encuentran sujetos a regulaciones distintas.
61. En tal sentido, además de los signos distintivos (marcas) que de manera usual son consignados con el objeto de diferenciar los productos e identificar su origen empresarial, frecuentemente los envases puestos a disposición de los destinatarios finales incluyen dos elementos claramente definidos a nivel normativo: el rotulado y la publicidad en envase.
62. Al respecto, de lo señalado en el literal k) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁴ se desprende que el rotulado está compuesto por la información básica comercial consignada en el empaque y/o envase, sin que su inclusión tenga por finalidad promover la adquisición o consumo del producto en cuestión. Por lo tanto, la disposición y diseño gráfico de dicha información es de carácter neutro, es decir, sin la presencia de elementos que den a entender a los demás agentes del mercado que esta información tiene por objeto resaltar alguna característica del producto.
63. Asimismo, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1304 - Ley de Etiquetado y Verificación de los Reglamentos Técnicos de los Productos Industriales Manufacturados (en adelante, la Ley de Etiquetado) ha establecido la información que debe contener el etiquetado (rotulado)²⁵ de los productos industriales

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

k) Rotulado: a la información básica comercial, consistente en los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor suministra al consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica o en virtud a estándares de calidad recomendables, expresados en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la información aporta al producto, es decir, sin la finalidad de promover su adquisición o consumo.

(Subrayado agregado)

²⁵ La Ley de Etiquetado emplea el término "Etiquetado" para reemplazar el término "Rotulado" empleado por la anteriormente vigente Ley 28405 - Ley de rotulado de productos industriales manufacturados, conforme se desprende a la cita legal reproducida a continuación:

DECRETO LEGISLATIVO 1304. LEY DE ETIQUETADO Y VERIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES MANUFACTURADOS

Disposiciones Complementarias Finales

TERCERA. - Referencia al rotulado

manufacturados, que incluye el nombre o denominación del producto, según corresponda²⁶.

64. El artículo 10 del Código de Protección y Defensa del Consumidor²⁷ -norma que versa sobre el rotulado de productos envasados-, en concordancia con el artículo 27 del Decreto Legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi²⁸ y los artículos 44 y 49-A del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM²⁹, permiten concluir

Toda referencia al término rotulado contenido en otras disposiciones normativas vigentes debe ser entendida como etiquetado.

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1304. LEY DE ETIQUETADO Y VERIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES MANUFACTURADOS**

Artículo 3.- Información del etiquetado

El etiquetado debe contener la siguiente información:

a) Nombre o denominación del producto.

(...)

²⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 10.- Información acerca de los productos envasados

10.1 Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2, los productos envasados ofrecidos al consumidor deben tener de manera visible y legible la información establecida en la norma sectorial de rotulado correspondiente. En el caso de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

10.2 Es competencia del Indecopi fiscalizar el cumplimiento de los artículos 8 y 10, así como sancionar las infracciones, únicamente si el producto se encuentra a disposición del consumidor o expedito para su distribución en los puntos finales de venta, sin perjuicio de las competencias sectoriales que correspondan. Su competencia no se restringe a las listas de productos que pudieran contemplar normas sectoriales de rotulado, resultando aplicables las exigencias establecidas en la presente norma a todos los productos destinados a los consumidores.

(Subrayado agregado)

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 27.- De la Comisión de Protección al Consumidor.-

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

²⁹ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 44.- Comisión de Protección al Consumidor

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor y de la normatividad que, en general, protege a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios, de la vulneración al derecho de información y de la discriminación en el marco de las relaciones de consumo, así como de las demás afectaciones a los derechos que reconocen las normas sobre la materia, y aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Artículo 49-A.- Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor

Los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor son los encargados de resolver, en primera instancia administrativa, los asuntos concernientes a las normas de protección del consumidor, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Para el ejercicio de su función resolutoria, gozan de autonomía técnica y funcional.

(Artículo incorporado por el Artículo 3 del Decreto Supremo 107-2012-PCM)

que los órganos de protección al consumidor del Indecopi son las autoridades competentes para conocer y sancionar aquellas infracciones relativas al incumplimiento de las normas de rotulado.

65. Por otra parte, se define a la publicidad en envase como aquella publicidad contenida en el empaque del producto, la cual, considerando lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, está orientada a promover el consumo del bien anunciado³⁰.
66. El literal i) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala claramente que la evaluación del rotulado no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha norma:

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

i) Publicidad en producto: a toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley;

(Subrayado agregado)

67. Finalmente, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³¹, las conductas cometidas mediante la actividad publicitaria (lo cual incluye a la publicidad en envase) pueden calificar como actos de competencia desleal.
68. Ahora bien, de la revisión de la resolución de imputación de cargos y lo actuado en el expediente, se desprende que lo evaluado en el presente procedimiento se encuentra circunscrito a la presunta comisión de un acto de engaño, como contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
69. Esto resulta de especial importancia, pues la competencia de la Comisión y la Sala para conocer y eventualmente sancionar aquellos actos cometidos mediante

³⁰ Ver nota al pie 22.

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

la actividad publicitaria en el mercado está enmarcada en la aplicación del mencionado cuerpo normativo³².

70. Sobre la base de las premisas expuestas, la evaluación que corresponde realizar a esta Sala en el extremo referido al empaque del producto “Pura Vida Nutri Max” se debe limitar a sus elementos publicitarios, los cuales son parte del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, este pronunciamiento no incluirá en su análisis la denominación del producto contenida en el envase, al ser información correspondiente al rotulado, que es competencia de los órganos de protección al consumidor del Indecopi.
71. A mayor abundamiento, cabe mencionar que mediante Resolución 2623-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha emitido un pronunciamiento que agotó la vía administrativa con respecto a la denominación del producto “Pura Vida Nutri Max”, decidiendo -por mayoría-³³ que el uso del término *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (Hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”* en el empaque de tal producto contravino los artículos 18, 19 y 32 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
72. Por consiguiente, respecto a la descripción del anuncio y la interpretación del mensaje publicitario transmitido mediante el empaque, solo se tendrán en cuenta aquellos elementos gráficos y denominativos que, por su disposición y características propias, califiquen como publicidad.

III.6 Descripción de los anuncios cuestionados

³² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
TÍTULO IV

DE LAS AUTORIDADES DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 24.- Las autoridades. -

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

(...)

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

³³ En el referido pronunciamiento, se emitió un voto en discordia parcial a través del cual se sostuvo que correspondía declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 901-2017/CC2-INDECOPI y 2055-2017/CC2-INDECOPI, en el extremo que se imputó y evaluó la responsabilidad de Gloria bajo la aplicación de los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Por otro lado, también consta en otro voto en discordia, mediante el cual se consideró que debía revocarse la Resolución 2055-2017/CC2-INDECOPI al no existir -a criterio del vocal firmante- responsabilidad por presuntas infracciones a los artículos 10, 18, 19 y 32 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Etiqueta del producto “Pura Vida Nutri Max”



Detalle en la etiqueta:

(VER IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA)

2.-



73. Con relación a la sección 1 señalada en la etiqueta, se puede apreciar un campo verde y, de manera destacada, la imagen de una vaca junto a la frase "Nutri Max. Hierro, calcio, fósforo, zinc y vitaminas A y D" con letras características en una etiqueta roja. Al tratarse de imágenes a colores consignadas de forma altamente llamativa en la parte frontal del empaque, al igual que la frase antes mencionada, se desprende que tales elementos tienen naturaleza persuasiva y por ende, publicitaria.

74. Respecto al punto 2 señalado en la etiqueta, en la parte posterior se consigna la frase “Nutri Max” con letras características, junto con tres afirmaciones colocadas en círculos de forma destacada: “*Protección. Zinc y Vitamina A contribuyen al mantenimiento de nuestras defensas*”, “*Crecimiento. Calcio, fósforo y vitamina D ayudan a construir y fortalecer los huesos*” y, “*Desarrollo. Hierro contribuye al desarrollo mental.*” Asimismo, en el centro se indica la frase “*Porque una porción de Pura Vida Evaporada Nutrimax (100g) proporciona la energía equivalente a:*” seguido de una imagen de un vaso con líquido blanco y cuatro (4) círculos con lo siguiente: “*128g de carne de res*”. “*2 huevos (96g)*”. “*113g de pollo*”. “*1/2 taza de frejol canario cocido (158g)*”.
75. Cabe señalar que, a diferencia de los elementos consignados de manera neutra en la etiqueta del producto “Pura Vida Nutri Max”, las imágenes y afirmaciones descritas en el párrafo anterior califican como publicidad, en la medida que se encuentran consignadas de forma destacada y están orientadas a resaltar los atributos del producto antes mencionado.

Publicidad en página web:



76. En el centro de dicho anuncio, se aprecian tres (3) presentaciones del producto “Pura Vida Nutri Max”, en las cuales se distinguen claramente las imágenes de una

vaca en un campo verde, figurando ello en un primer plano. Al costado izquierdo se indica “Leches Evaporadas Pura Vida” y al costado derecho se señalan las frases “Alimento Lácteo Evaporado”, “Alimento Lácteo Evaporado Nutrimax”, y “Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D). Pura Vida Nutrimax aporta Zinc y Vitamina A que ayudan a reforzar las defensas; Calcio, Fósforo y Vitamina D, que favorecen el crecimiento y Hierro que contribuye al desarrollo mental.”

Publicidad en televisión:



77. El anuncio inicia con la imagen de un niño colocándose un casco en el parque y subiendo a las escaleras de un juego, mientras una voz en off dice: “La valentía la heredó de mamá, pero él le agrega todo su esfuerzo”. Posteriormente se muestra un tarro del producto “Pura Vida Nutri Max”, destacándose determinados nutrientes y vitaminas, mientras la voz en off dice: “Por eso yo le doy una buena alimentación con leche “Pura Vida Nutri Max” que aporta Zinc y Vitamina A que ayudan a reforzar

las defensas. Calcio, Fósforo y Vitamina D que favorecen el crecimiento, y Hierro que contribuye al desarrollo mental”.

78. A continuación, aparece nuevamente el niño (junto a una mujer) bebiendo el producto y una imagen final de este último, mientras una voz en *off* indica: *“Dale tú también a tu hijo una buena alimentación con leche “Pura Vida Nutri Max” que tiene nutrientes esenciales que contribuyen a su protección, crecimiento y desarrollo”.*

III.7 Interpretación de los mensajes transmitidos mediante los anuncios imputados

79. Como ha sido indicado, en el presente caso se cuestionan tres anuncios difundidos: (i) en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”, (ii) en la página web de la imputada, y (iii) en televisión. Por lo tanto, se procederá a evaluar el mensaje transmitido en cada una de las piezas publicitarias denunciadas.

a) Publicidad en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”

80. En cuanto a la publicidad en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”, la Comisión indicó que las imágenes de una vaca junto a un campo verde, darían a entender a los consumidores que se trataría de leche de vaca.
81. Al respecto, Gloria alegó que se debía tener en cuenta todo lo señalado en la etiqueta de “Pura Vida Nutri Max”, esto es, la imagen de la vaca, así como la frase *“Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)”*. De acuerdo con lo alegado, estos elementos permitirían al destinatario entender que se trata de un producto compuesto por leche de vaca y otros insumos no lácteos.
82. Con relación a la frase mencionada en el párrafo anterior, dicha indicación se trata en realidad de la denominación del producto, lo cual corresponde a la información propia del rotulado (ver fundamento 70 de esta resolución), no siendo objeto de análisis en este caso. Sin perjuicio de ello, tal como se ha desarrollado en el acápite III.5 del presente pronunciamiento, cabe mencionar que la autoridad de consumo (Sala Especializada en Protección al Consumidor) indicó en su oportunidad que tal denominación resultaba contraria al Código de Protección y Defensa del Consumidor y sancionó su incorporación en la etiqueta.
83. Por otra parte, si bien la publicidad analizada no señala textualmente las frases “únicamente de vaca” o “100% leche de vaca”, se debe tener en cuenta que la interpretación del mensaje trasladado en el mercado tiene como sustento una

apreciación integral y superficial de los elementos publicitarios del anuncio evaluado, de acuerdo con la forma en la que serían entendidos por el destinatario.

84. Siendo así, corresponde analizar si las imágenes y frases publicitarias consignadas en el envase del producto, en función a su contenido y el contexto de su difusión, puede transmitir el mensaje presuntamente engañoso imputado (que el producto anunciado es “leche de vaca”), para luego, de ser el caso, proceder a verificar su veracidad.
85. En primer lugar, respecto del público expuesto a la publicidad evaluada en este caso, se debe resaltar que tal anuncio se encuentra en la etiqueta individual del producto, por lo que resulta claro que está dirigido al consumidor final, pues será dicho sujeto quien acudirá a los establecimientos de venta por menor y estará en contacto directo con los empaques de los productos exhibidos. Asimismo, este Colegiado aprecia que se trata de un producto de consumo masivo distribuido en bodegas y supermercados, conforme se puede corroborar a partir del número de unidades vendidas desde el inicio de su comercialización hasta la fecha de notificación de la Resolución s/n del 7 de junio de 2017³⁴.
86. Lo antes indicado denota entonces que las personas expuestas a dichos elementos publicitarios en el empaque no son consumidores especializados.
87. En tal contexto, el proceso de selección de los productos anunciados por parte de sus destinatarios tiene como sustento una apreciación superficial de sus principales características, siendo usualmente resaltantes -en términos generales- aquellos elementos visuales que, por la configuración del empaque, ocupan un lugar destacado en aquel.
88. En la etiqueta evaluada, se observa la imagen de una vaca en un campo verde en primer plano. Asimismo, en la cara posterior se consigna la imagen de un vaso con líquido blanco y encima del mismo la frase “*Porque una porción de Pura Vida Evaporada Nutrimax (100g) proporciona la energía equivalente a: (...)*”.
89. Finalmente, la etiqueta está adherida a una lata y no a un envase destinado al consumo directo (como, por ejemplo, una botella), lo cual conjuntamente con la

³⁴ La información respecto a las unidades vendidas de este producto fue presentada por Gloria en su escrito de descargos del 22 de junio de 2017, y obra en la foja 94 del cuaderno confidencial.

mención “leche evaporada” antes indicada, denota que el producto requiere un proceso de preparación para su consumo.

90. De lo antes expuesto, se desprende lo siguiente:
- (i) Los elementos gráficos en la etiqueta resultan claros al aludir a la leche (a través de la imagen de un vaso con líquido blanco) y que aquella sería de vaca, al mostrar de forma destacada a un bovino.
 - (ii) La presentación del producto (en lata) y lo señalado en la parte posterior del empaque, permite considerar que no se trata de un alimento en su estado natural, sino que ha pasado por un proceso de evaporación.
91. Las premisas antes indicadas implican que una aproximación espontánea y superficial del público en general (no especializado) a tales elementos publicitarios, transmite de forma natural el mensaje de que el producto anunciado es leche de vaca, comercializada de forma evaporada.
- b) Publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max” en la página web de Gloria*
92. Con relación a la publicidad difundida en la página web de la imputada, la Comisión consideró que también trasladaba el mensaje de que el producto “Pura Vida Nutri Max” era leche de vaca, debido a que se mostraban las diversas presentaciones del referido producto con la imagen destacada de una vaca, y que al costado izquierdo de la página constaba la frase “Leches Evaporadas Pura Vida”.
93. Por su parte, Gloria alegó en apelación que debía tenerse presente que al lado derecho se consignaban los insumos no lácteos del producto, por lo que el consumidor podía fácilmente comprender que “Pura Vida Nutri Max” no era leche de vaca, sino que tenía dicho insumo como parte de su composición.
94. Tal como ha sido indicado previamente, los productos como “Pura Vida Nutri Max” se encuentran dirigidos a un público no especializado, por tanto, es importante considerar su impresión superficial e integral respecto al anuncio respectivo.
95. Siendo así, un elemento altamente atrayente es la representación de los empaques mostrados en primer plano y en los cuales se aprecia la imagen de las vacas; a lo cual se suma que, en la parte derecha, debajo de la indicación “*Productos*” aparece la frase “LECHES EVAPORADAS PURA VIDA”. Lo antes indicado determina que,

de forma natural, los visitantes de dicho portal web entiendan que el producto ofrecido se trata de una leche procedente de la vaca y que es evaporada.

96. Si bien al lado derecho de la página web se señalan una serie de insumos, es importante indicar que la sola inclusión de estos elementos no permite que, de forma superficial y espontánea, el público en general considere que dicho producto no pueda ser leche, más aún si en el propio inicio de la frase se indica “*Leche evaporada (...)*”. Por consiguiente, esta Sala considera que lo alegado por la recurrente en este punto no desvirtúa que este anuncio transmita el mensaje que el producto es leche de vaca (en este caso, evaporada).

c) Publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max” en televisión

97. En la resolución impugnada, la Comisión ha indicado que el anuncio televisivo cuestionado traslada al consumidor el mensaje que “Pura Vida Nutri Max” es leche de vaca.
98. En apelación, Gloria alegó que solo se observa la imagen de una vaca por un período reducido y durante un lapso mayor se precisan cuáles son los insumos no lácteos del producto. Por lo tanto, el mensaje transmitido es que “Pura Vida Nutri Max” contiene leche de vaca como uno de sus ingredientes, mas no que es leche de vaca en su totalidad.
99. Al respecto, cabe precisar que la evaluación del mensaje difundido en el anuncio se realiza considerando la integridad de la pieza publicitaria, lo cual incluye tanto las imágenes como las expresiones indicadas en el anuncio televisivo difundido por Gloria. De su revisión, se advierte que, en diversas partes de la pieza publicitaria, se presenta al producto “Pura Vida Nutri Max” como “leche”, principalmente con las frases “*por eso yo le doy buena alimentación con leche Pura Vida Nutri Max*” y “*Dale tú también a tu hijo una buena alimentación con leche “Pura Vida Nutri Max” que tiene nutrientes esenciales que contribuyen a su protección, crecimiento y desarrollo*”.
100. En tal sentido, el propio anunciante señala que su producto es “leche”, siendo que la imagen de la vaca en el tarro de leche exhibido refuerza lo indicado por la voz en *off* reproducida en este anuncio audiovisual.
101. Asimismo, la mención de los nutrientes y vitaminas del producto no trasladan al consumidor la presencia de insumos “no lácteos” que alteren su naturaleza

anunciada, sino únicamente destacan las cualidades de la “leche” “Pura Vida Nutri Max”.

102. Finalmente, las imágenes del producto en tarros, bajo la misma premisa indicada en el numeral 89 de la presente resolución, transmite que es una presentación que requiere una preparación previa a su consumo. Por tanto, en este anuncio también se difunde el mensaje de que “Pura Vida Nutri Max” es leche de vaca, que se comercializa de forma evaporada.

d) Sobre los mensajes publicitarios antes señalados y el presunto acto de engaño imputado

103. Como se puede apreciar de la lectura de los numerales 91, 96 y 102 de la presente resolución, los mensajes contenidos en cada uno de los anuncios cuestionados es que el producto “Pura Vida Nutri Max” sería una leche de vaca (en este caso, evaporada).

104. Sin perjuicio de lo antes indicado, es importante tener en cuenta que el presunto acto de engaño materia de este procedimiento es que las piezas publicitarias cuestionadas transmiten que el producto “Pura Vida Nutri Max” sería “leche de vaca” cuando ello no sería cierto, al margen de que, por ejemplo, sea entera o evaporada.

105. Por lo tanto, de acuerdo con el mensaje publicitario difundido por los anuncios imputados, así como la materia controvertida en este procedimiento y el principio de congruencia procedimental³⁵, el análisis que corresponderá realizar a este Colegiado estará orientado a determinar si el producto publicitado en efecto califica como leche de vaca, no siendo objeto de cuestionamiento en específico su calidad de “evaporada”.

³⁵

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 01798-2016-PHC/TC

6. De otra parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatória) sea respetada al momento de emitirse sentencia.

(...)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EN EL EXPEDIENTE 02605-2014-PA/TC

9. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, y obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables (STC Exp. 1300-2002-HC/TC, Fundamento 27). Dicho principio garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (STC Exp. 7022-2006-PA/TC, Fundamento 9).

106. Finalmente, debido a que el presunto acto de engaño resulta transversal a estas tres piezas publicitarias, se procederá a evaluar de forma conjunta la veracidad del mensaje publicitario antes indicado, sin perjuicio de su individualización posterior al momento de graduar la sanción, de ser el caso.

III.8 Sobre los parámetros para la verificación de veracidad en los anuncios referidos a productos lácteos

107. Conforme a lo señalado, existen ciertos mensajes publicitarios cuya veracidad se establecerá luego de realizar un cotejo entre el producto anunciado y determinados estándares que las normas sectoriales reconocen. Cabe señalar que, al tratarse de criterios de evaluación recogidos en normas jurídicas, son aplicables de forma general a todos los agentes del mercado, los cuales pueden constatar su contenido y alcances.

108. Esto resulta especialmente relevante, pues la propia naturaleza del principio de veracidad implica que el mensaje transmitido sea objetivamente comprobable, lo cual acarrea la necesaria existencia de un parámetro unívoco que permita establecer su contenido y, por ende, dilucidar si el producto o servicio evaluado corresponde a ello.

109. Uno de los mercados en los cuales existe regulación vinculada a las características y requisitos que deben tener determinados productos, es el referido a los alimentos destinados al consumo humano. En el presente caso, se advierte que el Decreto Supremo 007-98-SA - Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas establece los requisitos sanitarios para la elaboración y el expendio de los alimentos de consumo humano³⁶.

110. Específicamente, en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA, se señala lo siguiente:

DECRETO SUPREMO 007-98-SA. APRUEBAN EL REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS

³⁶ **DECRETO SUPREMO 007-98-SA. APRUEBAN EL REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS**

Artículo 1.- Con arreglo a lo dispuesto por la Ley General de Salud, N° 26842, y en concordancia con los Principios Generales de Higiene de Alimentos del *Codex Alimentarius*, el presente reglamento establece:

a) Las normas generales de higiene así como las condiciones y requisitos sanitarios a que deberán sujetarse la producción, el transporte, la fabricación, el almacenamiento, el fraccionamiento, la elaboración y el expendio de los alimentos y bebidas de consumo humano con la finalidad de garantizar su inocuidad.
(...).

“Cuarta.- (...)”

En tanto no se expida la norma pertinente, la fabricación de los alimentos y bebidas se rige por las normas del Codex Alimentarius aplicables al producto o productos objeto de fabricación y, en lo no previsto por éste, lo establecido por la Food And Drug Administration de los Estados Unidos de Norteamérica (FDA).”
(Énfasis agregado)

111. Considerando lo antes expuesto, cabe señalar que hasta la fecha no se ha emitido la norma pertinente indicada en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA; por lo que correspondería observar lo dispuesto en el *Codex Alimentarius*, en la medida que contenga reglas aplicables para el producto anunciado, el cual se presenta publicitariamente como leche de vaca (en este caso, evaporada).
112. En tal sentido, el Codex Stan 1-1985 Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados, establece lo siguiente:

**NORMA GENERAL PARA EL ETIQUETADO DE LOS ALIMENTOS PREENVASADOS
CODEX STAN 1-1985**

“3. PRINCIPIOS GENERALES

3.1 *Los alimentos preenvasados no deberían describirse ni presentarse con una etiqueta o etiquetado en una forma que sea falsa, equívoca o engañosa, o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza en ningún aspecto.*

3.2 *Los alimentos preenvasados no deberán describirse ni presentarse con una etiqueta o etiquetado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que se refieran a -o sugieran, directa o indirectamente- cualquier otro producto con el que el producto de que se trate pueda confundirse, ni en una forma tal que pueda inducir al comprador o al consumidor a suponer que el alimento se relaciona en forma alguna con aquel otro producto.*

(Subrayado y resaltado agregados)

113. Esta primera disposición, de vocación general, recoge una regla transversal que resulta concordante con el Principio de Veracidad establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal: las etiquetas de los productos alimenticios no deben inducir a error –de forma directa o indirecta-, a través de las palabras, ilustraciones o representaciones con las que cuente.
114. Ahora bien, teniendo en cuenta el mensaje transmitido en el mercado mediante los elementos publicitarios de la etiqueta del producto (que forma parte de las piezas publicitarias cuestionadas en este caso), es pertinente acotar que el *Codex Alimentarius* contiene dos normas que resultan aplicables para determinar cuándo un producto alimenticio presentado de forma evaporada objetivamente puede calificar como “leche de vaca”, las cuales son de ineludible

evaluación a fin de determinar si el mensaje publicitario antes indicado, es o no veraz: (i) Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros, y (ii) Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas.

115. Respecto a lo que se entiende por “leche”, el Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros señala lo siguiente:

**NORMA GENERAL DEL CODEX PARA EL USO DE TÉRMINOS LECHEROS
CODEX STAN 206-1999.**

“2. Definiciones

2.1 Leche es la secreción mamaria normal de animales lecheros obtenida mediante uno o más ordeños sin ningún tipo de adición o extracción, destinada al consumo en forma de leche líquida o a elaboración ulterior.

2.2 Producto lácteo es un producto obtenido mediante cualquier elaboración de la leche, que puede contener aditivos alimentarios y otros ingredientes funcionalmente necesarios para la elaboración.

2.3 Producto lácteo compuesto es un producto en el cual la leche, productos lácteos o los constituyentes de la leche son una parte esencial en términos cuantitativos en el producto final tal como se consume, siempre y cuando los constituyentes no derivados de la leche no estén destinados a sustituir totalmente o en parte a cualquiera de los constituyentes de la leche.

2.4 Producto lácteo reconstituido es el producto lácteo resultante de la adición de agua a la forma deshidratada o concentrada del producto en la cantidad necesaria para restablecer la proporción apropiada del agua respecto del extracto seco.

2.5 Producto lácteo recombinado es el producto resultante de la combinación de materia grasa de la leche y del extracto seco magro de la leche en sus formas conservadas, con o sin la adición de agua para obtener la composición apropiada del producto lácteo.

2.6 Por términos lecheros se entiende los nombres, denominaciones, símbolos, representaciones gráficas u otras formas que sugieren o hacen referencia, directa o indirectamente, a la leche o los productos lácteos.

(...)

4. Aplicación de los términos lecheros.

(...)

4.2 Uso del término “leche”

4.2.1 Podrán denominarse “leche” sólo los alimentos que se ajusten a la definición formulada en la sección 2.1. Si tales alimentos se destinan a la venta en cuanto tales se denominarán “leche cruda” u otra expresión apropiada que no induzca a error o a engaño al consumidor.

4.2.2 La leche cuya composición se haya modificado mediante la adición y/o extracción de constituyentes de la leche podrá denominarse con un nombre que incluya el término “leche”, siempre que muy cerca de la denominación figure una descripción clara de la modificación a que se ha sometido la leche.

(...)

4.5 Uso de términos para los productos lácteos compuestos

Un producto que se ajuste a la descripción que figura en la sección 2.3 podrá denominarse con el término “leche” o el nombre especificado para el producto lácteo, según proceda, siempre que muy cerca de la denominación figure una descripción clara de los demás ingredientes caracterizantes (tales como alimentos aromatizantes, especias, hierbas aromáticas y aromas).”

(Subrayado y resaltado agregados)

116. Asimismo, de la lectura de los numerales 2.3 y 4.5 del Codex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros se desprende que aquellos productos lácteos compuestos que contengan leche en una parte esencial, pueden presentarse como leche, siempre que: (i) los elementos no derivados de la leche que formen parte del producto no estén destinados a sustituir los constituyentes de la leche, y (ii) se incluya una descripción clara de los demás ingredientes caracterizantes del producto, de forma cercana a su denominación.
117. Complementariamente, el Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas señala lo siguiente:

NORMA PARA LAS LECHES EVAPORADAS.

CXS 281-1971.

“2. Descripción

Se entiende por leches evaporadas los productos obtenidos mediante eliminación parcial del agua de la leche por el calor o por cualquier otro procedimiento que permita obtener un producto con la misma composición y características. El contenido de grasa y/o proteínas podrá ajustarse únicamente para cumplir con los requisitos de composición estipulados en la Sección 3 de la presente Norma, mediante adición y/o extracción de los constituyentes de la leche, de manera que no se modifique la proporción entre la caseína y la proteína del suero en la leche sometida a tal procedimiento.

(...)

7. Etiquetado

Además de las disposiciones de la Norma general para el etiquetado de los alimentos preenvasados (CXS 1-1985) y la Norma general para el uso de términos lecheros (CXS 206-1999), se aplicarán las siguientes disposiciones específicas:

7.1 Denominación del alimento

La denominación del alimento deberá ser:

De conformidad con la composición especificada en la Sección 3

Leche evaporada

Leche evaporada desnatada (descremada)

Leche evaporada parcialmente desnatada (descremada)

Leche evaporada de elevado contenido de grasa

La leche evaporada parcialmente desnatada (descremada) podrá denominarse “leche evaporada semidesnatada (semidescremada)” si el contenido de materia grasa de la leche es de 4,0 - 4,5% y el contenido de extracto seco de la leche es de 24% m/m.

(...)

118. Adicionalmente, las secciones 3³⁷ y 4³⁸ del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas establecen de forma clara y expresa la composición y la lista de aditivos que puede tener un producto para calificar como “leche” evaporada, e incluso indican determinados límites en la cantidad y proporción de aquellos. Estas reglas resultan acordes con la descripción que esta norma hace de lo que se entiende por leche evaporada, pues los parámetros contenidos en las sesiones 3 y 4 se encuentran orientados a que el proceso de industrialización propio de este producto no altere su naturaleza y características básicas.
119. Entonces, de la lectura concordada de las dos normas Codex mencionadas, las cuales resultan aplicables para determinar cuándo un producto objetivamente puede calificar como leche de vaca (en este caso, evaporada), se desprenden las siguientes reglas:
- (i) En principio, “leche” es aquella sustancia procedente de la secreción mamaria de animales lecheros.
 - (ii) Tal secreción mamaria también puede calificar como leche, cuando haya sido modificada por la adición y/o extracción de constituyentes propios de la leche.
 - (iii) La leche evaporada es aquella a la cual se le ha eliminado parcialmente el agua, manteniendo su composición y características.
 - (iv) Los componentes y aditivos pasibles de ser incorporados en la leche evaporada son solo aquellos que señale la norma Codex respectiva.
 - (v) La inclusión de elementos o aditivos distintos determinará que tal producto no califique como leche evaporada. Si dicho alimento además sufre una modificación a través de la extracción y posterior adición de insumos que no son constituyentes de la leche, en la medida que estos últimos sustituyan a los componentes lácteos, este producto no podrá presentarse como “leche”. Ello, sin perjuicio de que tal alimento califique (de ser el caso) como un producto lácteo distinto.

³⁷ Ver Anexo 1 de la presente resolución.

³⁸ Ver Anexo 2 de la presente resolución.

120. De acuerdo con lo desarrollado en el acápite III.6 de este pronunciamiento, el mensaje presuntamente engañoso no solo fue transmitido a través de la etiqueta del producto “Pura vida Nutri Max”, sino también mediante anuncios en página web y televisión, los cuales han sido objeto de imputación.
121. Si bien estos anuncios (en página web y televisión) difieren de la publicidad en envase en cuanto al medio empleado, lo cierto es que, en este caso, todas las piezas publicitarias cuestionadas replican un mismo mensaje respecto de la naturaleza del producto, consistente en que “Pura Vida Nutri Max” sería leche de vaca.
122. Por lo tanto, como las normas del Codex Alimentarius reseñadas previamente contienen un parámetro objetivo que permite establecer si un producto califica como “leche” y puede ser presentado así en las etiquetas, resulta coherente que el cumplimiento de tal estándar sustente también la veracidad de este mismo mensaje, trasladado por otros canales.
123. Una interpretación contraria conllevaría a que pudiese existir más de un parámetro de constatación para un mismo mensaje publicitario. Esta situación hipotética, al permitir que lo afirmado en ciertos anuncios (por ejemplo, aquellas piezas publicitarias distintas a la publicidad en envase) puedan regirse por reglas diferentes (por ejemplo, un parámetro técnico disímil a lo establecido en el *Codex Alimentarius*), inclusive podría derivar en que un mensaje sea veraz si se difunde por un medio y no en otro, lo cual evidentemente resulta asistemático y distorsiona la transparencia en el mercado.
124. Por lo tanto, siendo que el mensaje publicitario presuntamente infractor (consistente en que “Pura Vida Nutri Max” sería una leche de vaca, en este caso, evaporada) ha sido difundido tanto en la etiqueta como en la página web de la empresa imputada y la televisión, se procederá a contrastar el referido mensaje difundido por estos tres anuncios bajo las reglas antes señaladas.

III.9 Evaluación de veracidad respecto al mensaje difundido por Gloria en los anuncios cuestionados

125. Conforme a lo actuado en el expediente y la declaración de ingredientes contenida en el mencionado producto, se observa que está compuesto por: leche parcialmente descremada, suero de mantequilla, emulsificantes, lecitina de soya, leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal de palma, sal, pirofosfato de hierro, sulfato de zinc y vitaminas A y D.

126. De los insumos mencionados en el numeral anterior, se destaca la presencia de elementos como la maltodextrina y la grasa vegetal de palma.
127. La maltodextrina es un aditivo alimentario³⁹ y está compuesta por una mezcla de carbohidratos obtenidos por la hidrólisis del almidón⁴⁰. Por su parte, con relación a la grasa de palma, se trata de un aceite vegetal comestible que se obtiene del mesocarpio carnoso del fruto de la palma de aceite⁴¹.
128. Ahora bien, de la constatación de las secciones 3 y 4 del Codex Stan 281-1971 - Norma del Codex para las Leches Evaporadas, se aprecia que estos insumos incorporados en el producto “Pura Vida Nutri Max” no se encuentran dentro del listado taxativo de aditivos e insumos reconocidos para las leches evaporadas.
129. Con relación a los parámetros previstos en la norma Codex Stan 206-1999 - Norma General Para el Uso de Términos Lecheros, se debe señalar, en primer lugar, que la existencia de elementos como la maltodextrina y la grasa vegetal de palma determina que el mencionado producto no es una secreción mamaria (en este caso, de bovino) sin adiciones o extracciones. Por otra parte, la propia naturaleza de estos insumos, los cuales son de un origen distinto al animal (por ejemplo, la grasa de palma), implican la adición de elementos que no son constituyentes de la leche, por lo que de conformidad con los numerales 4.2.1 y 4.2.2 del Codex Stan 206-1999, el producto no califica como “leche” ni puede presentarse como tal.
130. Asimismo, cabe traer a colación que en el procedimiento tramitado bajo los Expedientes 676-2017/CC2, 724-2017/CC2, 729-2017/CC2, 750-2017/CC2, 819-2017/CC2 y 916-2017/CC2 (Acumulados), Gloria señaló que su producto “Pura Vida Nutri Max”: (a) no encajaba dentro de la definición de leche, producto lácteo, producto lácteo compuesto o dentro de alguna de las otras definiciones del Codex

³⁹ ARTEAGA, Ana y ARTEAGA, Hubert. *Optimización de la capacidad antioxidante, contenido de antocianinas y capacidad de rehidratación en polvo de arándano (Vaccinium corymbosum) microencapsulado con mezclas de hidrocoloides*. En: Scientia Agropecuaria. Núm. 7. Trujillo: 2016. P. 192.

⁴⁰ MONTAÑEZ, José Luis, BARRAGÁN, Blanca y CRUZ María Teresa, “*Propiedades fisicoquímicas de las maltodextrinas a partir del punto crioscópico de sus soluciones*”. En: Información Tecnológica. Vol, 13. México D.F.: 2002. P. 78.

⁴¹ Ver numeral 2.1 del Codex Stan 210-1999 – Norma Para Aceites Vegetales Especificados.

Stan 206-1999; y, (b) que tenía ingredientes no lácteos que sustitúan, de forma parcial o total, los componentes de la parte láctea de dicho producto⁴².

131. En ese sentido, el mencionado producto no cumple con lo previsto en el inciso 2.3 del numeral 2 de la norma Codex Stan 206-1999 - Norma General para el uso de Términos Lecheros⁴³, dado que cuenta con ingredientes no lácteos que sustituyen parcial o totalmente sus componentes lácteos; y, por ende, tampoco podía presentarse como “leche” al amparo de lo dispuesto en el inciso 4.5 del numeral 4 de dicha norma Codex⁴⁴.
132. Por su parte, conforme lo reconoce el Codex Stan 1-1985 Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados⁴⁵, los agentes económicos no deben consignar en el etiquetado de alimentos, palabras, ilustraciones o representaciones gráficas que puedan generar una idea errónea sobre la naturaleza del producto. Sin embargo, en el presente caso, se aprecia que mediante los elementos publicitarios de la etiqueta del producto “Pura Vida Nutri Max”, Gloria trasladó un mensaje engañoso consistente en que dicho producto era leche de vaca (en este caso, evaporada), pese a que esto no resultaba cierto.
133. Conforme a lo indicado previamente, los parámetros contenidos en las normas del *Codex Alimentarius* resultan además aplicables a los otros dos medios publicitarios empleados por Gloria en el presente caso (página web y televisión), pues se trata de la constatación de mensajes que replican aquel difundido en la etiqueta de “Pura Vida Nutri Max” respecto a la naturaleza del producto anunciado, siendo que inclusive dichos anuncios muestran el empaque del producto con sus respectivos elementos publicitarios.
134. Las piezas publicitarias difundidas en página web y televisión presentaron al producto “Pura Vida Nutri Max” como si fuese leche de vaca, pese a que, de acuerdo con los parámetros técnicos antes analizados, no calificaba como tal. Por tanto, dichos anuncios también son engañosos, en los términos del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁴² Esto consta en su escrito de descargos presentado ante la Comisión de Protección al Consumidor 2 el 3 de enero de 2018. Una copia de dicho escrito ha sido agregada al presente expediente mediante Razón de Secretaría Técnica del 21 de diciembre de 2018.

⁴³ Ver cita al cuerpo hecha en el numeral 115 de la presente resolución.

⁴⁴ Ver numerales 115 y 116 de la presente resolución.

⁴⁵ Ver cita al cuerpo hecha en el numeral 112 de la presente resolución.

135. Finalmente, esta Sala precisa que lo sancionado en este caso no implica que los anunciantes se encuentren prohibidos de destacar en su publicidad algún componente de sus productos, sino que, en mérito a la disposición de los elementos en la publicidad, resulta ilícito que se transmita un mensaje que induzca a error con relación a la naturaleza del alimento anunciado.
136. Por ende, si bien los agentes económicos pueden optar por realzar un determinado ingrediente, tienen el deber de cuidar que lo consignado en la publicidad que decidan difundir en el mercado, no sea pasible de distorsionar la percepción de los destinatarios. Esto, al margen de la intención o finalidad que haya perseguido el anunciante⁴⁶.
137. En tal sentido, corresponde confirmar la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundadas las imputaciones hechas contra Gloria por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, mediante la difusión de los anuncios cuestionados en este procedimiento.

III.10 Sobre la validez de la graduación de la sanción

138. En su recurso de apelación, Gloria señaló que la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI sería nula en el extremo referido a la graduación de la sanción, debido a los siguientes presuntos vicios:
- (i) La Comisión no habría utilizado todos los criterios de graduación de la sanción establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - (ii) La Comisión habría actuado con arbitrariedad, debido a que empleó como período no infractor cuatro (4) meses correspondientes al lapso en el que se difundió la publicidad cuestionada, sin sustentar por qué realizó dicha elección.
139. Al respecto, cabe señalar que el artículo 10 del TUO de la Ley 27444 contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo, el defecto o la omisión de

⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 7.- Condición de licitud.

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

(...)

alguno de sus requisitos de validez⁴⁷. Asimismo, el artículo 3.4 de la citada norma establece como uno de los requisitos de los actos administrativos, que estos se encuentren debidamente motivados de acuerdo con su contenido y el ordenamiento jurídico aplicable⁴⁸.

140. En el presente caso, la Sala aprecia que los anuncios declarados infractores son tres: (i) publicidad en la etiqueta del producto “Pura Vida Nutri Max”; (ii) publicidad en página web; y, (iii) publicidad en televisión. Por lo tanto, la difusión de cada uno de estos anuncios por sus respectivos medios publicitarios es pasible de generar una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la modalidad de engaño.
141. Este escenario es denominado en la doctrina penal como concurso real de infracciones, es decir, diversas acciones que presuponen, a su vez, una pluralidad de contravenciones a la ley⁴⁹. Siendo así, en la medida que el procedimiento administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva estatal, los principios y reglas del ordenamiento penal resultan aplicables supletoriamente al ámbito del derecho administrativo sancionador.
142. De acuerdo con lo antes indicado (lo cual ha sido reconocido en diversos pronunciamientos anteriores⁵⁰), en aquellos casos en los que la autoridad de

⁴⁷ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad.-

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

(...)

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.

(...)

⁴⁸ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

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

(...)

⁴⁹ Como señala Enrique Bacigalupo, “La existencia de un concurso real presupone, en primer término, la existencia de una pluralidad de acciones. (...) En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que –como en el concurso ideal– presupone que los delitos realizados son también independientes.” BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Lima: Ara Editores, 2004. p. 557.

⁵⁰ Ver, a manera de ejemplo, las Resoluciones 0151-2016/SDC-INDECOPI, 0147-2018/SDC-INDECOPI y 0233-2018/SDC-INDECOPI.

competencia verifique un concurso real de infracciones, la fijación de la sanción aplicable se determinará sumando cada una de las sanciones correspondientes hasta un máximo del doble de la multa de la infracción más grave, de manera similar a lo previsto por el artículo 50 del Código Penal⁵¹, norma aplicable supletoriamente al no estar regulado ello en las leyes especiales⁵².

143. De lo evaluado, se observa que Gloria ha infringido las normas que tutelan la leal competencia a través de tres (3) soportes publicitarios distintos, por lo que la sanción a imponer se encontrará sustentada en la evaluación que se realice respecto de tales piezas publicitarias por separado, las cuales pueden ocasionar un impacto independiente y potencialmente distinto en el mercado.
144. Lo antes indicado quiere decir que, en primer lugar, la Comisión debió calcular la sanción aplicable por cada una de las infracciones determinadas y, luego de ello, proceder a sumar las multas resultantes hasta un máximo del doble de la sanción más grave. Sin embargo, este Colegiado observa que la resolución impugnada no contiene este análisis, incurriendo así en un vicio de motivación.
145. Por lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI en el extremo referido a la graduación de la sanción. Asimismo, esta Sala precisa que, en la medida que se ha declarado la nulidad de este extremo del referido pronunciamiento, carece de objeto determinar si adicionalmente los cuestionamientos señalados en el numeral 138 de esta resolución constituyen o no otras causales de nulidad de la graduación de la sanción.
146. Habiendo declarado la nulidad de la graduación de la sanción, y en la medida que la autoridad cuenta con los elementos para determinar la multa a imponer a Gloria

⁵¹ **CÓDIGO PENAL**

Artículo 50.- Concurso real de delitos.-

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

⁵² **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. 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.
(...)

por la realización de las tres (3) conductas infractoras incurridas al difundir los anuncios cuestionados, de conformidad con el artículo 225.2 del TUO de la Ley 27444⁵³ se procederá a realizar el referido cálculo. Para tales efectos, se tendrán en cuenta los alegatos planteados en apelación por Gloria, incluyendo aquellos que originalmente dicho administrado presentó como causales de nulidad, a fin de salvaguardar su derecho de defensa.

III.11 Graduación de la sanción

III.11.1 Marco normativo

147. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁴ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción. Así, se adoptará determinado criterio en función a la conducta infractora cometida, considerando las particularidades y características de cada caso en concreto.

148. Del mismo modo, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 246.3 del TUO de la Ley 27444, que se exige como una regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora⁵⁵. Este principio determina que la

⁵³ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 225.- Resolución

(...)

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

⁵⁴ **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.

⁵⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

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

(...)

Administración deberá imponer sanciones que sean proporcionales a la infracción cometida y las circunstancias particulares de su realización, de manera tal que la comisión de las conductas punibles no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.

149. En virtud de lo anterior, la aplicación de las reglas antes señaladas permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que pudiese trasgredir los derechos de los administrados.
150. Ahora bien, un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, ello opera influyendo en las decisiones de los agentes del mercado al impactar negativamente sobre el beneficio derivado de la realización de prácticas ilegales, de modo que dicho beneficio ilícito resulte menor que aquel obtenido de actividades realizadas en el marco de la legalidad⁵⁶. Esto resulta concordante con el principio de razonabilidad antes desarrollado.
151. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁵⁷ está referido al beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación efectiva de la demanda de los consumidores que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción publicitaria cometida.

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. (...)

⁵⁶ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2018).

⁵⁷ Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

152. Complementariamente, cuando un agente económico decide cometer una conducta ilícita, previamente tiene en cuenta la probabilidad de que sea detectado por la autoridad administrativa y que, como consecuencia de este hecho, deba asumir como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa⁵⁸. En este sentido, la graduación que se realice está sujeta a la detección y sanción de la infracción, la cual, dado el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante, se da con cierta probabilidad.
153. Por lo tanto, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, en la determinación de la multa se debe considerar no solo el beneficio derivado de la conducta ilícita, sino también la probabilidad de detección^{59 60}.
154. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, con ello, una multa menor.
155. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa base se realizará aplicando la siguiente fórmula:

⁵⁸ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

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

⁵⁹ Por ejemplo, si al infractor solo se le detecta una de cada diez veces que comete una infracción (probabilidad de detección del 10%), para desincentivar dicha conducta, la multa a imponer cuando sea detectado debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. De lo contrario, el infractor se encontraría compensado con el beneficio ilícito que obtenga las otras nueve veces que no sea detectado por la autoridad.

⁶⁰ Este criterio económico de graduación ha sido recogido en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que reconoce como factores de graduación de la sanción el beneficio ilícito resultante de la infracción y la probabilidad de detección, entre otros.

Así, la Sala ha recogido estos factores como los primeros a determinar, por ser acordes con la teoría económica.

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

156. Finalmente, como ha sido indicado en los numerales 140 a 143 de la presente resolución, en el presente caso se presenta un concurso real de infracciones, por lo que esta Sala procederá a determinar el beneficio ilícito total obtenido por Gloria, para posteriormente establecer el impacto de cada uno de los anuncios cuestionados, a fin de poder atribuir un porcentaje del beneficio ilícito a cada uno de ellos. Luego de ello, se establecerá la probabilidad de detección aplicable para cuantificar la multa correspondiente.

III.11.2 Aplicación al presente caso

157. Una de las metodologías empleadas por la Sala⁶¹ con el objeto de calcular el beneficio ilícito y, de esta forma, aplicar dicho criterio de graduación de la sanción, consiste en evaluar la información existente en el expediente respecto a los ingresos obtenidos por el agente económico infractor en periodos comparables (antes y durante la infracción). Siendo así, será posible establecer el mayor ingreso generado como consecuencia de la contravención administrativa, en caso exista un diferencial positivo que refleje un incremento en las ventas en el período infractor.

158. En su recurso de apelación Gloria indicó que no correspondería hacer dicha evaluación tomando como parámetro de comparación inicial los primeros 4 meses de difusión, pues tanto durante dicho lapso como en el período posteriormente comparado, se habría difundido la publicidad cuestionada.

159. En efecto, como ha sido indicado líneas arriba, la comparación se realiza entre el período infractor y el contrafactual no infractor, con el objeto de efectuar un cotejo entre el escenario antes de la infracción y su efecto en los ingresos del infractor a raíz de su realización.

160. Por tanto, no sería correcto considerar la existencia de un beneficio ilícito en función al incremento que pudiese existir en los ingresos del respectivo agente económico con relación a dos lapsos del mismo período infractor, pues en ambas etapas subyace el mismo supuesto (ejecución de la infracción), por lo que no podría atribuirse el incremento a la infracción en sí misma.

⁶¹ Ver Resoluciones 563-2014/SDC-INDECOPI y 723-2014/SDC-INDECOPI.

161. De acuerdo con lo antes expuesto, no resulta adecuado considerar determinados meses dentro del mismo período infractor para realizar la comparación respectiva. Asimismo, de la revisión del expediente, se aprecia que solo hay información respecto a los ingresos en el período infractor, mas no de un período anterior equivalente. Por tanto, no es posible recurrir a la evaluación de períodos comparables.
162. En anteriores pronunciamientos⁶², se ha indicado que en aquellos casos en los cuales no se cuenta con información de períodos comparables, es posible recurrir a otras metodologías que permitan determinar el beneficio ilícito obtenido, tales como el impacto de la publicidad o la sustancialidad del mensaje publicitario en las ventas realizadas durante el período infractor⁶³.
163. La empresa apelante ha señalado que correspondía considerar únicamente el 0.08% de los ingresos obtenidos por la venta del producto “Pura Vida Nutri Max”, en atención a lo establecido en la Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, en la medida que también se trataría de una infracción cometida a través de la publicidad en el empaque de productos de consumo masivo.
164. Sin embargo, a diferencia de lo alegado por Gloria, esta Sala aprecia que el referido pronunciamiento versó sobre un tipo de publicidad distinto. En efecto, mediante Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI⁶⁴ se evaluó la publicidad contenida en el empaque de un producto alimenticio, en la cual se destacaba una característica en particular (“*CERO grasas TRANS*” y “*Panes más sanos libres de Grasas Trans*”) de un producto (pan), mientras que el presente caso está referido a un acto de engaño (a través de tres anuncios) sobre una característica esencial: que el producto tiene por naturaleza ser leche de vaca.
165. Por tanto, el engaño cometido en dicho caso no determinaba que los destinatarios puedan verse impulsados a adquirir un producto distinto al que pretendían comprar (pan), sino que, eventualmente, pudiesen ser persuadidos de adquirir específicamente el producto anunciado por la especial característica engañosa difundida. En tal sentido, resultaba lógico que el beneficio ilícito de dicho caso se

⁶² A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0641-2015/SDC-INDECOPI y 0256-2017/SDC-INDECOPI.

⁶³ Dicho método fue empleado en el cálculo de la graduación de las sanciones impuestas en las resoluciones citadas en el pie de página anterior.

⁶⁴ Emitida en el procedimiento tramitado bajo expediente 137-2014/CCD, iniciado de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal contra Supermercados Peruanos S.A.

haya calculado en función al porcentaje que los informes económicos disponibles atribuían al impacto publicitario en esa clase de productos.

166. No obstante, en este caso, la mencionada empresa ha difundido piezas publicitarias que dan a entender que el producto anunciado (“Pura Vida Nutri Max”) sería “leche de vaca” sin serlo, induciendo a error a los demás agentes en el mercado con relación a la naturaleza de dicho alimento, el cual es presentado como un producto sustancialmente distinto a aquellos que, no pudiendo ser ofrecidos como “leche de vaca”, no transmiten publicitariamente el mensaje infractor. Esto, a su vez, puede conllevar a que los destinatarios escojan un producto que ni siquiera sería el bien que pretendían adquirir, pues no se trataría de “leche de vaca” conforme a los parámetros técnicos legalmente establecidos.
167. Siendo así, esta Sala aplicará la literatura económica referida a la publicidad de productos diferenciados⁶⁵, como el presente caso, en el que se publicitó un producto como “leche de vaca” diferenciándose de aquellos productos lácteos que no podían presentarse como tal⁶⁶.
168. Grossman y Shapiro⁶⁷ así como Meurer y Stahl⁶⁸ señalan que este tipo de anuncios ofrecen información directa sobre los atributos esenciales de un producto, generando un efecto que vincula a los compradores con los productos de su preferencia (*match-products-to-buyers effect*, en inglés), lo cual incrementa el excedente del consumidor y expande las ventas del productor.⁶⁹
169. En particular, Meurer y Stahl (1994) muestran por un lado que, mediante la publicidad, más consumidores estarán “informados” y por ende obtendrán un buen “*match*” y, por otro lado, que la empresa ganará mayor poder de mercado por la diferenciación de su producto. En ese sentido, los autores señalan que, en

⁶⁵ Dicha literatura ha sido aplicada en la graduación de la sanción efectuada en la Resolución 0443-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁶ En cuanto al análisis económico sobre el impacto de la publicidad de productos diferenciados, ver la Resolución 0443-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁷ GROSSMAN, G. M. y SHAPIRO, C. (1984), “Informative Advertising with Differentiated Products”, *The Review of Economic Studies*, 51, 63-81.

⁶⁸ MEURER, M. y STAHL, D. O., II (1994), “Informative Advertising and Product Match”, *International Journal of Industrial Organization*, 12, 1-19.

⁶⁹ BAGWELL, Kyle, “The Economic Analysis of Advertising”, Discussion Paper N° 0506-01, Department of Economics, Columbia University, New York, NY 10027, Agosto 2005, p. 95.

particular, las empresas estarán especialmente tentadas a fijar un precio ascendente a V , beneficiándose de los consumidores informados para los cuales su producto ofrece un buen “*match*”.⁷⁰

170. En consecuencia, de acuerdo con el modelo económico planteado por los autores antes señalados, el efecto de la publicidad llevada a cabo por Gloria habría vinculado a los compradores que habrían buscado adquirir “leche de vaca” con el producto publicitado por Gloria como “leche de vaca”. Cabe señalar que el “*match*” entre tales consumidores con el referido producto, generaría un nivel de utilidad bruta V para los consumidores y un nivel de ventas V para el productor, bajo el supuesto de que la publicidad hubiese sido verdadera respecto a lo transmitido sobre la naturaleza del producto “Pura Vida Nutri Max”.
171. Sin embargo, para dichos consumidores el producto publicitado tendría una utilidad de cero, en caso hubieran conocido que aquél correspondía al escenario contrafactual, (esto es, que supieran que “Pura Vida Nutri Max” no calificaba dentro de los parámetros para ser presentado como “leche de vaca”).
172. Cabe resaltar que (conforme se ha indicado en el numeral 166 de esta resolución) la diferenciación publicitada a través de los anuncios infractores viene dada porque “Pura Vida Nutri Max” se presentó como si fuera “leche de vaca”, en contraposición a aquellos productos que no tenían esta naturaleza. Por lo tanto, en caso de que no se hubiera difundido el mensaje publicitario engañoso, los consumidores podrían haber advertido que no existía tal diferenciación entre “Pura Vida Nutri Max” y los productos ofrecidos por los demás competidores que tampoco calificaban como “leche de vaca”.
173. Considerando entonces la teoría económica expuesta, al realizar la conducta infractora, Gloria desvió ilegalmente las preferencias de los consumidores hacia su oferta, expandiendo sus ventas a dichos consumidores quienes compraron el producto “Pura Vida Nutri Max” considerando que era “leche de vaca” (los cuales pagaron el precio V) y haciendo suyo todo el excedente de quienes compraron tales productos influenciados por la publicidad infractora.
174. En efecto, en el supuesto de que Gloria no hubiera desviado de forma ilícita las preferencias de los consumidores, no hubiera percibido el precio V pagado por estos últimos. Ello se debe a que, para el consumidor, el producto de la calidad

⁷⁰ MEURER, M. y STAHL, D. O., *Op. Cit.*

contrafactual (que no puede ser presentado como “leche de vaca”) deja de ser un producto diferenciado, generándole una utilidad de cero.

175. Por consiguiente, la Sala considera que el monto sobre el cual se calcula el beneficio ilícito obtenido por la realización de la conducta desleal está compuesto por el cien por ciento (100%) de los ingresos brutos totales obtenidos por Gloria durante el periodo infractor⁷¹ derivados de la venta del producto “Pura Vida Nutri Max”, esto es: **[CONFIDENCIAL]**, equivalente a **[CONFIDENCIAL]** UIT.
176. Esta suma, referida a la integridad de las ventas del respectivo producto, lógicamente refleja el efecto de todos aquellos medios publicitarios que -de forma concurrente- promovieron su adquisición. De lo actuado en el presente caso, la difusión del mensaje engañoso sancionado se realizó a través de tres (3) anuncios publicitarios: publicidad en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”, publicidad en página web y publicidad televisiva. Por consiguiente, en esta etapa corresponde determinar qué porcentaje de este beneficio ilícito total es atribuible a cada uno de estos anuncios, en función a su alcance⁷².
177. Con relación a la publicidad en página web, se observa que fue difundida únicamente **[CONFIDENCIAL]**, por lo que -en la línea de lo indicado en casos anteriores⁷³- la referida infracción tiene un alcance mediano, pues a pesar de tratarse de un medio de comunicación de acceso permanente y gratuito, también es cierto que su contenido es conocido por el consumidor de manera voluntaria (al ingresar al respectivo sitio web), mientras que en otros medios (por ejemplo, televisión) el contenido del anuncio es conocido por el usuario de manera incidental (siguiendo el ejemplo de la publicidad en televisión, el consumidor se ve expuesto a tal publicidad en el momento mismo que es difundida durante la emisión de algún programa televisado).

⁷¹ Publicidad en empaque: desde el inicio de la comercialización del producto con la publicidad en su empaque hasta el 9 de junio de 2017 (fecha de imputación de cargos).
Publicidad en página web: desde el inicio de la difusión del anuncio hasta el 11 de julio de 2017 (fecha de imputación de cargos).
Publicidad televisiva: desde el inicio de la difusión del anuncio hasta el 11 de julio de 2017 (fecha de imputación de cargos).

⁷² Cabe indicar que esta metodología fue empleada por la Sala en las Resoluciones 641-2015/SDC-INDECOPI y 541-2016/SDC-INDECOPI.

⁷³ Ver las Resoluciones 852-2014/SDC-INDECOPI, 68-2015/SDC-INDECOPI y 88-2015/SDC-INDECOPI referentes a publicidad en páginas web, en las cuales la Sala señaló que tenían un alcance medio.

178. En cuanto a la publicidad en televisión, se difundió desde el **[CONFIDENCIAL]** por un total de **[CONFIDENCIAL]** veces. Considerando entonces el medio empleado, el nivel de repetición de la publicidad en un período aproximado de **[CONFIDENCIAL]**, y de conformidad con casos anteriores⁷⁴, se desprende que tiene un alto alcance.
179. Por otra parte, se comercializaron un total de **[CONFIDENCIAL]** unidades del producto “Pura Vida Nutri Max” durante el período comprendido entre **[CONFIDENCIAL]**. Ello denota que la difusión de los elementos publicitarios en la respectiva etiqueta tuvo un alcance incluso mayor que la publicidad en televisión, debido a la considerable cantidad de unidades distribuidas con la publicidad declarada infractora durante el lapso **[CONFIDENCIAL]**.
180. Es importante tener en cuenta que, en el caso de esta clase de productos, los destinatarios muchas veces consolidan su decisión de consumo en el momento previo a la adquisición. En tal sentido, el mensaje publicitario que transmite la etiqueta de este producto de consumo masivo resulta altamente relevante, pues es percibido por el público de forma directa justamente cuando se encuentra escogiendo el producto a adquirir.
181. En el presente caso, con la finalidad de mantener la proporcionalidad entre los distintos alcances que tienen los medios publicitarios antes aludidos, se tomará el anuncio en página web (cuyo alcance resulta menor) como base y se asignará a la publicidad transmitida en televisión y en el empaque, un alcance equivalente al doble y al triple, respectivamente, de aquel anuncio considerado como base. Asimismo, cabe señalar que los porcentajes que se asignen a cada medio publicitario deberán sumar 100%.
182. Por lo tanto, la publicidad en página web, la televisión y el empaque tendrán un peso relativo del 16.67%, 33.33% y 50%⁷⁵, respectivamente, con relación al beneficio ilícito total obtenido por Gloria por la venta del producto “Pura Vida Nutri

⁷⁴ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 0303-2013/SDC-INDECOPI, 0947-2013/SDC-INDECOPI y 0531-2014/SDC-INDECOPI.

⁷⁵ Cabe indicar que se han redondeado los porcentajes antes señalados, a fin de mantener la respectiva proporción y que el resultado de la suma de dichos porcentajes equivalga a 100%.

Max”, el cual asciende a **[CONFIDENCIAL]**⁷⁶. Siendo así, la proporción correspondiente a cada anuncio infractor da el siguiente resultado:

Anuncios infractores	Peso relativo	Beneficio ilícito atribuible (S/)
Empaque	50.00%	[CONFIDENCIAL]
Televisión	33.33%	[CONFIDENCIAL]
Página web	16.67%	[CONFIDENCIAL]
Total		[CONFIDENCIAL]

183. Ahora bien, trasladando dicho cálculo preliminarmente a UIT⁷⁷, se observa el siguiente desagregado:

- (i) Anuncio difundido en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”: **[CONFIDENCIAL]** UIT.
- (ii) Anuncio difundido en televisión: **[CONFIDENCIAL]** UIT.
- (iii) Anuncio difundido en página web: **[CONFIDENCIAL]** UIT.

184. Conforme se ha señalado, correspondería agregar la probabilidad de detección, lo cual en caso de ser la máxima (100%) implicaría que las sanciones totales quedarían en los montos antes indicados o, en su defecto, significaría un incremento en su cuantía.

185. Bajo el referido escenario, se observa que todas las multas (aun en el supuesto que se considere el 100% como probabilidad de detección) superan el límite máximo legal previsto en el inciso d) del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁷⁸, el cual establece que las sanciones deberían ser, como

⁷⁶ Con respecto a los ingresos obtenidos por la imputada en el período infractor, 1/6 de los mismos corresponde a la difusión de la página web, 2/6 a la difusión del anuncio en televisión y 3/6 al anuncio en el empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”.

⁷⁷ El valor de la UIT al año 2017 fue de S/ 4,050.00.

⁷⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 52.- Parámetros de la sanción.

51.1. 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:
(...)

máximo, de setecientas (700) UIT. Aplicando entonces las reglas expuestas respecto al concurso real de infracciones⁷⁹, la sanción total a imponer equivaldría al doble de la sanción más grave, lo que ascendería a 1400 UIT.

186. No obstante, se debe tener presente el principio de *non reformatio in peius* (prohibición de la reforma en peor) que rige la potestad sancionadora de la administración, según el cual, la Sala no podría empeorar la situación del apelante imponiéndole una sanción más gravosa⁸⁰.
187. A través de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó a Gloria con una multa de 700 UIT. Por lo tanto, la multa total que la Sala puede aplicar a la infractora en esta instancia no puede exceder tal monto.
188. Finalmente, Gloria alegó que se deberían considerar todos los criterios listados en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸¹. Sin embargo, como se ha indicado en anteriores pronunciamientos⁸², las sanciones que imponga la autoridad no necesariamente deben ser establecidas en función a todos los factores indicados de forma enunciativa en la norma antes señalada.

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

⁷⁹ Ver numerales 141 a 143 de la presente resolución.

⁸⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**
Artículo 49.- Resolución del Tribunal.

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

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 256.- Resolución.

(...)

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

Asimismo, el Tribunal Constitucional, a propósito del principio de prohibición de la reforma en peor, ha señalado en la Sentencia recaída en el Expediente 0553-2005-HC/TC que “3. (...) *la interdicción de la reformatio in peius (...) es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia.*”

⁸¹ Ver nota al pie 54 de la presente resolución.

⁸² Ver Resoluciones 0265-2018/SDC-INDECOPI, 0258-2018/SDC-INDECOPI, 0250-2018/SDC-INDECOPI y 0217-2018/SDC-INDECOPI, por ejemplo.

189. En tal sentido, corresponderá a la autoridad emplear -de forma motivada- aquellos criterios aplicables a cada caso en particular, en atención a las circunstancias específicas del respectivo procedimiento. A manera de ejemplo, existen casos en los cuales no resulta posible aplicar determinados criterios (por ejemplo, cuando la infracción no genera beneficio ilícito alguno o no se cuente con la respectiva información para fijar su cuantía) por lo que será válido recurrir a otros factores de graduación (como, por ejemplo, la modalidad o alcance de la publicidad infractora).
190. En el presente procedimiento, los elementos obrantes en el expediente y la teoría económica han permitido determinar la incidencia de los anuncios infractores en los ingresos de la empresa imputada, por lo que se empleó el beneficio ilícito como criterio de graduación aplicable al caso. Cabe señalar que este factor se encuentra reconocido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸³.
191. Asimismo, en los numerales 181 a 184 de la presente resolución se aprecia que la aplicación de este criterio determinó que la sanción por tales anuncios (de acuerdo con el principio de concurso real de infracciones) supere lo señalado por la Comisión en la resolución impugnada. Lo antes indicado, sumado el hecho de que no se ha constatado la existencia de algún atenuante, determina que no resulte pertinente la evaluación de factores adicionales que pudiesen inclusive incrementar la eventual sanción a imponerse.
192. Por lo tanto, este Colegiado considera que se debe imponer a Gloria una sanción total ascendente a setecientas (700) UIT.

III.12. Sobre los demás extremos de la resolución impugnada

193. Mediante Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Gloria por la realización de actos de engaño, y además de la sanción respectiva: (i) ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max” que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca a pesar de que ello no sea cierto, (ii) dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condenó a Gloria al pago de las costas y costos incurridos por las asociaciones en el presente procedimiento.

⁸³ Ver nota al pie 54 de la presente resolución.

194. En tal sentido, siendo que se ha confirmado la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Gloria por la comisión de actos de engaño, y en la medida que las partes no han presentado argumentos que cuestionen la medida correctiva ordenada, la condena de costas y costos, así como la participación en la multa impuesta, corresponde confirmar el referido pronunciamiento en los extremos antes indicados.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la confidencialidad de los documentos denominados “Protocolo de Análisis” elaborados el 17 de marzo de 2015 y el 15 de junio de 2017, presentados por Leche Gloria Sociedad Anónima – Gloria S.A. el 7 de septiembre de 2018.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, en el extremo que declaró fundadas las imputaciones contra Leche Gloria Sociedad Anónima – Gloria S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: declarar la nulidad de la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en el extremo referido a la graduación de la sanción correspondiente a Leche Gloria Sociedad Anónima – Gloria S.A.

CUARTO: en aplicación del artículo 225.2 del Decreto Supremo 006-2017-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se sanciona a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. con una multa de setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias.

QUINTO: confirmar la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en los extremos que: (i) ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max” que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche a pesar de que ello no sea cierto; (ii) dispuso que Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condenó a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. al pago de las costas y costos incurridos por las denunciantes en el presente procedimiento.

SEXTO: requerir a Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 203 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS⁸⁴, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Mónica Eliana Medina Triveño, José Francisco Martín Perla Anaya y Néstor Manuel Escobedo Ferradas, y el voto en discordia de la señora Silvia Lorena Hooker Ortega.

MÓNICA ELIANA MEDINA TRIVEÑO
Vocal

JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal

NÉSTOR MANUEL ESCOBEDO FERRADAS
Vocal

⁸⁴ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 203.- Ejecución forzosa

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

(...)

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

ANEXO 1

Sección 3 del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas

NORMA PARA LAS LECHES EVAPORADAS.

CXS 281-1971.

“3. FACTORES ESCENCIALES DE COMPOSICIÓN Y CALIDAD

3.1 Materias primas

Leche y leches en polvo, nata (crema) y natas (cremas) en polvo¹ y productos a base de grasa de leche.

Para ajustar el contenido de proteínas, podrán utilizarse los siguientes productos lácteos:

- Retentado de la leche: El retentado de la leche es el producto que se obtiene de la concentración de la proteína de la leche mediante ultrafiltración de leche, leche parcialmente desnatada(descremada), o leche desnatada (descremada);
- Permeado de la leche: El permeado de la leche es el producto que se obtiene de la extracción de la proteína y la grasa de la leche mediante ultrafiltración de leche, leche parcialmente desnatada (descremada), o leche desnatada (descremada);
- Lactosa.

3.2 Ingredientes autorizados

- Agua potable
- Cloruro de sodio

3.3 Composición

Leche evaporada

Contenido mínimo de materia grasa de la leche	7,5% m/m
Contenido mínimo de extracto seco de la leche(a)	25% m/m
Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche(a)	34% m/m

Leche evaporada desnatada (descremada)

Contenido máximo de materia grasa de la leche	1% m/m
Contenido mínimo de extracto seco de la leche(a)	20% m/m
Contenido mínimo de proteínas de la leche en el extracto seco magro de la leche(a)	34% m/m

Leche evaporada parcialmente desnatada (descremada)

Materia grasa de la leche más del 1% y menos del 7,5%
m/m

Contenido mínimo de extracto seco magro
de la leche(a) 20% m/m

Contenido mínimo de proteínas de la leche
en el extracto seco magro de la leche (a) 34% m/m

Leche evaporada de elevado contenido de grasa

Contenido mínimo de materia grasa de la leche 15% m/m

Contenido mínimo de extracto seco magro
de la leche(a) 11,5% m/m

Contenido mínimo de proteínas de la leche
en el extracto seco magro de la leche(a) 34% m/m.

(a) El contenido de extracto seco y de extracto seco magro de la leche incluye el agua de cristalización de la lactosa."

ANEXO 2

Sección 4 del Codex Stan 281-1971 Norma del Codex para las Leches Evaporadas

NORMA PARA LAS LECHEs EVAPORADAS.

CXS 281-1971.

“4. ADITIVOS ALIMENTARIOS

Solo podrán utilizarse los aditivos alimentarios que se indican a continuación, y únicamente en las dosis establecidas.

Nº del SIN	Nombre del aditivo	Nivel máximo
Reforzadores de la textura		
508	Cloruro de potasio	2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras
509	Cloruro de calcio	
Estabilizantes		
331	Citratos de sodio	2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras
332	Citratos de potasio	
333	Citratos de calcio	
Reguladores de la acidez		
170	Carbonatos de calcio	
339	Fosfatos de sodio	
340	Fosfatos de potasio	
341	Fosfatos de calcio	
450	Difosfatos	2 000 mg/kg solos o 3 000 mg/kg mezclados, expresados como sustancias anhidras
451	Trifosfatos	
452	Polifosfatos	
500	Carbonatos de sodio	
501	Carbonatos de potasio	
Espesante		
407	Carragenina	150 mg/kg
Emulsionante		
322	Lecitinas	Limitado por las BPF

(...)”

En este caso, el presente voto en discordia de la vocal Silvia Lorena Hooker Ortega es que se revoque la Resolución 159-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, mediante la cual se declararon fundadas la denuncia y la imputación hecha de oficio en contra de Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por la difusión de tres anuncios publicitarios del producto “Pura Vida Nutri Max” (publicidad en empaque, anuncio en página web y publicidad televisiva), los cuales presuntamente darían a entender que el producto sería “leche de vaca”, entendida como leche pura de vaca, en mérito a los siguientes argumentos:

1. La Vocal que suscribe el presente voto en discordia, discrepa de la posición del voto en mayoría, con relación a la interpretación de los mensajes publicitarios transmitidos por Gloria, los mismos que deben ser analizados desde el punto de vista del destinatario de los anuncios y lo que este razonablemente interpretaría al estar expuesto a las publicidades cuestionadas.

a) Publicidad en empaque
2. Al respecto, es pertinente resaltar que la información contenida en el empaque de un producto puede tener carácter publicitario o pertenecer al ámbito del rotulado. En este segundo supuesto, la autoridad en materia de protección al consumidor verificará que la información consignada de forma neutra en el etiquetado del producto respectivo sea correcta, la cual -de ser el caso- podría contar con la autorización de la autoridad competente, tratándose de productos sujetos a regulación sectorial.
3. Con relación a los aspectos publicitarios del empaque, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, son las autoridades encargadas de conocer las infracciones al Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal como, por ejemplo, la difusión de publicidad engañosa o que transgreda la normativa sectorial correspondiente.
4. Siendo así, determinados elementos propios del ROTULADO autorizado en un producto pueden formar parte de la PUBLICIDAD en empaque, en caso sean ubicados de manera visible junto a los elementos que buscan resaltar las cualidades del producto, más aún si dicha información es expuesta de forma clara y visible en la parte frontal del envase.
5. En el presente apartado se evaluará la publicidad difundida en el tarro que contiene el producto “Pura Vida Nutrimax”, bajo la denominación “Leche evaporada

*parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (Hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)*⁸⁵. En tal sentido, se determinará lo transmitido por la publicidad de manera superficial e integral y si este mensaje efectivamente difundido en el mercado coincide con aquel consignado por la autoridad de primera instancia en su imputación de cargos.

6. Para ello, es pertinente citar la imputación de cargos correspondiente a este anuncio publicitario⁸⁶:

*“PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Instituto de Derecho Ordenador de Mercado – IDOM, Caudal Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidario Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú – APAC, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor – ADEC, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated con fecha 6 de junio de 2017 y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, IMPUTAR a Gloria S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente: La imputada estaría difundiendo publicidad en empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”, que contendría la imagen de una vaca, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto; (...)*⁸⁷

7. De la revisión del producto “Pura Vida Nutri Max”, se aprecia que contiene la imagen señalada en la imputación de cargos, junto con una frase descriptiva de la naturaleza del producto, la cual ocupa un área altamente destacada de la respectiva etiqueta. Por tanto, corresponde analizar tal pieza publicitaria de acuerdo con el contexto en el que ha sido difundida, a fin de determinar si transmite a los demás agentes del mercado que el producto anunciado se trata de “Leche de Vaca” en el entendido de leche pura de vaca.

⁸⁵ Denominación aprobada en el rotulado autorizado por DIGEMID, tal como obra en el Certificado 02553-2014 emitido por la referida entidad, mediante el cual se autorizó la inscripción con el Registro Sanitario A3860814N/NAGOSA del producto “Pura Vida Nutri Max”

⁸⁶ Como se puede apreciar de las citas al cuerpo hechas en la presente resolución, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió dos resoluciones de imputación de cargos en atención a la denuncia interpuesta contra Gloria y a la investigación efectuada de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión (Expedientes 099-2017/CCD-INDECOPI y 117-2017/CCD-INDECOPI), las cuales fueron acumuladas por el órgano instructor.

⁸⁷ Imputación efectuada en el Expediente 099-2017/CCD-INDECOPI, el cual fue posteriormente acumulado.

8. En este caso, además del elemento gráfico del empaque (tal como la imagen de un campo verde en el que se encuentra una vaca) y las frases que resaltan sus características (por ejemplo, tener hierro, calcio, fósforo, zinc y vitaminas), se observa de forma clara y visible, justamente debajo de la imagen de la vaca, una frase que describe expresamente su composición y naturaleza: “LECHE EVAPORADA PARCIALMENTE DESCREMADA CON LECHE DE SOYA, MALTODEXTRINA, GRASA VEGETAL, MINERALES (HIERRO Y ZINC) Y ENRIQUECIDA CON VITAMINAS (A Y D)”. Lo antes señalado, brinda información completa que permite percibir de manera fácil y directa, que se trata de una leche con mezclas de otros ingredientes y aditivos que lo alejan de ser razonablemente considerado como una “Leche de Vaca”, en el sentido de leche pura de vaca.
9. Cabe resaltar que la maltodextrina, la grasa vegetal y la leche de soya no constituyen elementos propios de una leche pura de vaca, por lo que, si hubieran sido incluidos en el producto “Pura Vida Nutri Max” sin alguna indicación al respecto, se podría haber inducido a error a los destinatarios del mensaje. Sin embargo, en el presente caso, la presencia de dichos ingredientes y aditivos de origen vegetal añadidos a la leche de vaca ha sido debidamente informada a los consumidores en la parte captativa, por lo que al escoger el producto en cuestión no podrían abstraerse de conocer la naturaleza del producto ofertado.
10. Adicionalmente, resulta pertinente considerar que el mercado de los lácteos en el Perú ha crecido de manera importante en la última década, diversificando la oferta de productos puestos a disposición del consumidor⁸⁸. Lo anterior ha generado que exista una amplia variedad de marcas y productos para escoger, de manera que los consumidores pueden buscar aquellos alimentos que mejor se ajusten a sus necesidades en función a sus características diferenciadas.
11. Este nuevo escenario (cada vez más acentuado en nuestro mercado) implica que los consumidores no solo perciban las imágenes de la etiqueta que buscan resaltar alguna característica del producto, sino que también atiendan a la información consignada en el envase respectivo y que se presenta de forma complementaria con los elementos gráficos y escritos persuasivos que componen la publicidad, como en este caso, sería la indicación de que este producto lácteo se ofrece de forma evaporada, parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina y grasa vegetal.

⁸⁸ A manera de referencia, ver <https://gestion.pe/economia/produccion-leche-peru-aumento-100-000-toneladas-ano-235009>.

12. Lo antes señalado se ve reforzado por el contraste existente entre el producto anunciado mediante la etiqueta cuestionada y aquellos que, efectivamente, buscan diferenciarse al presentarse como “leche pura de vaca”. Ello responde al hecho de que esto último constituye un valor agregado, que se ve reflejado en el precio y perfil del consumidor a quien está dirigido el respectivo producto, por lo que, en la práctica del mercado, constituye una característica expresamente destacada⁸⁹.
13. En suma, es claro que estamos ante un **alimento de origen lácteo**, conforme es evocado por la ilustración de una vaca en el campo y la mención de la palabra “leche” como parte de su composición, lo cual es cierto en este caso. No obstante, también es evidente que es un producto industrializado, por lo que los destinatarios no podrían asumir de forma espontánea que se trate de un alimento en estado natural o sin ninguna alteración en su composición, más aún si la información de su contenido está consignada de forma destacada en la parte captatoria de la etiqueta a través de la cual se difunde la pieza publicitaria cuestionada.
14. Por lo tanto, el mensaje transmitido por este envase es que se trata de un producto de origen lácteo, presentado de forma evaporada (pues requiere de una preparación posterior para su consumo, consistente en la adición de agua), que está compuesto por diversos elementos y ha sido sometido a un proceso de industrialización. En tal sentido, aquellas personas que se ven expuestas a la publicidad de dicho empaque (el cual, por su naturaleza, solo puede ser apreciado cuando se está frente al producto) entenderán que este alimento no es leche de vaca en su integridad, sino que tiene leche como parte de sus componentes (lo que, en este caso, es cierto), así como otros insumos y aditivos de origen vegetal.

b) Publicidad en página web

15. Con relación a la publicidad difundida en la página web, también resulta pertinente evaluar dicho anuncio de manera superficial e integral y, de esta forma, establecer si el mensaje efectivamente difundido coincide con aquel consignado por la autoridad de primera instancia en su imputación de cargos.
16. Sobre este punto, la imputación de cargos realizada señala lo siguiente:

“PRIMERO: ADMITIR a trámite la denuncia presentada por Instituto de Derecho Ordenador de Mercado – IDOM, Caudal Instituto de Protección al Consumidor,

⁸⁹ Como por ejemplo, productos de la línea “Danlac” (a manera de referencia, ver <https://www.plazavea.com.pe/leche-fresca-danlac-botella-900ml/p>) o el producto “Gloria Leche Evaporada” en su presentación en lata azul (ver <https://www.plazavea.com.pe/leche-evaporada-gloria-azul-lata-400g/p>).

Instituto Proyecto Solidario Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú – APAC, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor – ADEC, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated con fecha 6 de junio de 2017 y, en consecuencia, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente resolución, IMPUTAR a Gloria S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente: (...) La imputada estaría difundiendo publicidad en su sitio de Internet que tendrían las imágenes de los empaques de los productos “Pura Vida Nutri Max” que contendrían la imagen de una vaca, junto con las palabras “Leches evaporadas Pura Vida”, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.”⁹⁰

17. De la revisión de la página web cuestionada, se aprecia que contiene las imágenes y frases objeto de imputación, las cuales están ubicadas de forma perceptible en la parte central e izquierda, respectivamente. Por tanto, corresponde analizar el resto de información consignada en el mencionado espacio digital, a fin de determinar, si a través de este medio, se transmite a los demás agentes del mercado que el producto anunciado se trata de “Leche de Vaca” en el entendido de leche pura de vaca.
18. Sin perjuicio de los elementos gráficos y denominativos indicados en el párrafo anterior, en la parte derecha de la misma página web, se han incluido las siguientes afirmaciones: “ALIMENTO LÁCTEO EVAPORADO” y “LECHE EVAPORADA PARCIALMENTE DESCREMADA CON LECHE DE SOYA, MALTODEXTRINA, GRASA VEGETAL, MINERALES (HIERRO Y ZINC) Y ENRIQUECIDA CON VITAMINAS (A Y D). PURA VIDA NUTRIMAX APORTA ZINC Y VITAMINA A QUE AYUDAN A REFORZAR LAS DEFENSAS; CALCIO, FÓSFORO Y VITAMINA D, QUE FAVORECEN EL CRECIMIENTO Y HIERRO QUE CONTRIBUYE AL DESARROLLO MENTAL”.
19. La detallada descripción del producto brindada por las frases antes reproducidas, permite afirmar que la publicidad en página web del producto “Pura Vida Nutri Max” contiene información completa y accesible, por la cual se informa que el alimento publicitado es una leche con mezclas de otros ingredientes y aditivos que lo alejan de ser razonablemente considerado como una “Leche de Vaca”, en el sentido de leche pura de vaca.

⁹⁰ Imputación efectuada en el Expediente 099-2017/CCD-INDECOPI, el cual fue posteriormente acumulado.

20. Por tanto, es claro que quienes ingresen a dicha página web, consideraran que el producto anunciado es un **alimento de origen lácteo**, el mismo que sería **industrializado**, en atención a las imágenes de sus diversas presentaciones y la indicación de que es “evaporado”. En tal sentido, los destinatarios no podrían entender que, pese a lo antes indicado, igualmente se trate de un alimento en estado natural o sin ninguna alteración en su composición.
21. Siendo así, aquellas personas que se vean expuestas a esta publicidad **entenderán que tal alimento no es leche de vaca en su integridad**, sino que tiene leche como parte de sus componentes (en este caso, leche evaporada parcialmente descremada) así como otros insumos y aditivos, tales como la maltodextrina o la grasa vegetal.

c) **Publicidad televisiva**

22. En el presente apartado, se evaluará la publicidad televisiva, tal como ha sido indicado en los numerales 6 y 16 del presente voto, para lo cual se cita la parte correspondiente de la imputación de cargos:

“PRIMERO: IMPUTAR a Gloria S.A. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que la imputada vendría difundiendo, a través de su publicidad del producto “Pura Vida Nutri Max”, anunciada en diversos medios televisivos (...) la imagen de una vaca, así como la frase “Leche Pura vida Nutri Max”, las cuales darían a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.”⁹¹

23. De la revisión de la referida publicidad, se observa que la imagen de una vaca se muestra como parte del tarro de "Pura Vida Nutri Max", mientras que la mención al término “leche” se hace de manera conjunta con el nombre del producto.
24. Asimismo, en el mismo anuncio se muestra de forma recurrente la presentación del referido producto (en tarro) así como vasos y jarras con líquido blanco, sin consignar alguna imagen o frase que aluda o evoque una fuente natural directa ni que transmita que tal producto sea un alimento que únicamente contenga los componentes de la leche procedente de la vaca.

⁹¹ Imputación efectuada en el Expediente 117-2017/CCD-INDECOPI, el cual fue posteriormente acumulado.

25. Si bien esta pieza publicitaria no menciona los elementos específicos del producto, lo es cierto es que la presentación en tarro del producto “Pura Vida Nutri Max” mostrada en dicho anuncio, traslada la idea que se trata de un alimento industrializado, por lo que los destinatarios no podrían asumir de forma espontánea que se trate de leche en estado natural o sin ninguna alteración en su composición.
26. Por lo tanto, el mensaje que transmite esta publicidad es que “Pura Vida Nutri Max”:
(i) es un producto de origen lácteo, (ii) presentado de forma evaporada -mediante un tarro-, (iii) que tiene diversas vitaminas y minerales, y (iv) ha sido sometido a un proceso de industrialización. En tal sentido, aquellas personas que se ven expuestas a la publicidad entenderán que tal alimento no es leche de vaca en su integridad, sino que tiene leche como parte de sus componentes, así como otros insumos y aditivos.

d) Conclusión

27. En la medida que los anuncios evaluados no transmiten el mensaje presuntamente engañoso materia de imputación (pues no se transmite que el producto sea -en estricto- “leche de vaca” en el sentido de leche pura de vaca), considero que el caso es infundado.
28. En atención a las consideraciones expuestas, mi voto es que se revoque la resolución apelada que halló responsable a Gloria por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño respecto de la difusión del mensaje antes señalado mediante los tres anuncios cuestionados y, reformándola, declararla infundada.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vocal