

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

“AUNQUE LA LECHE SE VISTA DE SEDA, LECHE SE QUEDA”

**Breves reflexiones sobre el análisis publicitario realizado por el INDECOPI en
productos de origen lácteo.**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor**

AUTOR

Karen Rivera Vela

ASESOR:

Javier Mihail Pazos Hayashida

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20120884

2020

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar el criterio que viene siendo utilizado por el Indecopi para determinar si se han configurado actos de engaño en publicidad en empaque de productos de origen lácteo, ello en la medida que si bien la metodología para realizar dicho análisis es acertado, esto es, teniendo en cuenta la delimitación del mensaje y la verificación de veracidad de las afirmaciones consignadas en la misma, existen ciertos aspectos en el desarrollo de estos momentos que resultan cuestionables.

En ese sentido, a lo largo del desarrollo del presente artículo, se demostrará que pueden existir determinados elementos propios del rotulado que también pueden formar parte de la publicidad en el empaque. Asimismo, se concluirá que, si bien es válida la remisión del Codex Alimentario para acreditar la veracidad de las afirmaciones consignadas en las publicidades en empaque de productos de origen lácteo, difícilmente un consumidor va a conocer las definiciones desarrolladas en la misma, por lo que es de vital importancia recurrir a la experiencia del consumidor. Finalmente, se propondrá un concepto de lo que el consumidor, bajo dicha experiencia, podría entender como leche de vaca y por qué la imagen de una vaca no puede ser el elemento determinante que concluya que los productos de origen lácteo contienen 100% leche de vaca.

ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	Introducción.....	3
II.	El régimen jurídico en la publicidad en empaque de productos de origen lácteo.....	4
	2.1. La publicidad.....	4
	2.2. Los actos de engaño según la Ley de Represión de la Competencia Desleal.....	7
	2.3. Los productos de origen lácteo de acuerdo con el Codex Alimentario....	16
III.	Análisis de los casos de aplicación del marco regulatorio.....	20
	3.1. El “famoso” caso Pura Vida.....	20
	3.2. Reina del Campo vs. Reina del Campo.....	24
	3.3. ¿La “leche” Bell’s?	27
	3.4. El caso Gloria Escolar.....	28
IV.	Perspectivas respecto del criterio establecido por el Indecopi.....	29
	4.5. ¿Por siempre rotulado?	30
	4.6. La sabia experiencia del consumidor.....	31
V.	Conclusiones.....	36
VI.	Bibliografía.....	38

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2017, la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA) ordenó suspender el ingreso del Producto “Leche Pura Vida Nutri Max” de titularidad de Gloria S.A. a su país, puesto que, de acuerdo con su informe, dicho producto se vendía como leche cuando en realidad no lo era, bajo las denominaciones establecidas en el Codex Alimentario correspondiente.

En el Perú, ello generó una gran polémica en el país y, como consecuencia, el inicio de diversos procedimientos de oficio contra las empresas que vendían productos de origen lácteo por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal) con la finalidad de determinar si el producto, en efecto, era o no leche de vaca.

Sin embargo, como demostraremos a lo largo de este artículo, si bien la metodología para realizar el análisis publicitario por el Indecopi es acertada para dichos fines, esto es, la delimitación del mensaje y la verificación de veracidad del mismo, existen ciertos aspectos en el desarrollo de estos momentos que resultan cuestionables.

En ese sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar los criterios que han venido siendo utilizados por el Indecopi en los últimos años para determinar si se han configurado actos de engaño en publicidad en empaque de productos de origen lácteo.

Como punto de partida, desarrollaremos un marco teórico para una mayor comprensión de la materia, por lo cual abordaremos la definición de publicidad y su diferencia con el rotulado. Así, podremos entender qué es un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño y lo que implica para, posteriormente, explicar la aplicación del Codex Alimentario para acreditar la veracidad de las afirmaciones consignadas en las publicidades en empaque de los productos de origen lácteo.

Teniendo en cuenta dicho marco teórico, expondremos cuatro casos que resultan de gran relevancia: (i) El Caso Pura Vida; (ii) el caso Reina de Campo; (iii) El caso Bell's; y, (iv) El Caso Gloria Escolar. Frente a ello, daremos nuestra posición al respecto para evidenciar los criterios establecidos por el Indecopi.

Finalmente, buscaremos brindar nuestras perspectivas de cómo debe ser analizada la publicidad en productos de origen lácteo, cuáles son los elementos que deben ser considerados y como ello, desde nuestro punto de vista, es entendido por el consumidor.

II. El régimen jurídico en la publicidad en empaque de productos de origen lácteo

En el presente apartado, nos enfocaremos en describir los conceptos relevantes, así como la normativa aplicable para determinar cuándo nos encontraremos frente a un supuesto de actos de engaño en publicidad en empaque de productos lácteos.

2.1. La publicidad

Como punto de partida, resulta necesario determinar qué se debe entender por publicidad. Al respecto, el literal d) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal entiende como 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 competencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

Así, la publicidad tendrá como finalidad informar sobre el producto o servicio así

como promover la adquisición de los mismos ofertados por un agente económico. Es por ello que se afirma que la publicidad cumple una doble función: (i) la función persuasiva, mediante la cual se busca convencer potencialmente al cliente a la adquisición de un producto; y, (ii) la función informativa, mediante la cual se busca informar a los consumidores, ya sea de manera directa o indirecta, respecto del producto en sí.¹

Es así que, la publicidad adquiere una gran relevancia en toda actividad económica, al ser un elemento indispensable en el consumo que finalmente, lleva a beneficiar a todo agente económico.

Para ello, este agente económico utiliza todos sus recursos que estén a su alcance para que dicha publicidad tenga el impacto que es esperado, ya sea con métodos persuasivos o canales de difusión.

Entre los canales de difusión, uno de los que son bastante utilizados en productos de origen lácteo, son las publicidades consignadas en el producto, esto es, publicidad en empaque, establecido en el literal i) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Ahora bien, dicho artículo hace una salvedad respecto de que el rotulado no tiene naturaleza publicitaria². En efecto, la norma establece como rotulado:

¹ Rodríguez, Gustavo y Sosa, Alex (2014). "Capítulo II. El deber de no engañar: principio de Veracidad". *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Themis, Pp. 10-11.

² **Decreto Legislativo N° 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;

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;

Como se puede evidenciar de la literalidad de la norma, el rotulado va a ser aquella información neutra, consignada en publicidad en empaque, que no busca promover la adquisición o el consumo del producto.

Para efectos del presente artículo, esta diferenciación es de gran relevancia pues nos va a permitir determinar qué elementos de la publicidad en empaque se encuentran sujetos a un análisis publicitario. En efecto, “cuestionamientos al rotulado serían encausados como potencial infracción a la normativa contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (...) mientras que los cuestionamientos al contenido publicitario importarían una posible infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal”³.

Por el momento, nos atreveremos a mencionar que la clave para determinar cuándo estamos frente o no de un elemento que debe ser susceptible del análisis publicitario es la finalidad promover la adquisición o el consumo del producto.

³ Rodríguez, Gustavo y Sosa, Alex (2014). “Capítulo II. El deber de no engañar: principio de Veracidad”. *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Themis, Pp. 15.

2.2. Los actos de engaño según la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Teniendo en cuenta la relevancia que adquiere la publicidad en toda actividad económica, resulta necesario que ésta sea difundida bajo la buena fe empresarial, es decir, que no incurra en ningún supuesto de acto de competencia desleal. En efecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal entiende que un acto de competencia desleal es aquel que es contrario a la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado⁴.

Para efectos de este artículo, nos enfocaremos en desarrollar uno de los supuestos de actos de competencia desleal establecidos en dicha norma, esto es, los actos de engaño, establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual señala lo siguiente:

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.

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas

⁴ **Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 6.- Cláusula general

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

sobre los bienes o servicios corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

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

Tal como señala la norma, se configurará un acto de engaño cuando el agente económico comunique información que origine en el receptor una idea errónea del producto o servicio ofrecido, distinto a lo que es en realidad. Por ello, se exige que al agente que, previo a la difusión de la publicidad, cuente con las pruebas que sustenten con la veracidad de dicha información.

En efecto, mediante la publicidad engañosa “se pretende promover o incentivar el producto o servicio propio, pero no sobre la base de la eficiencia propia sino sobre la base de información falsa, distorsionada o presentada de forma tal que el receptor del mensaje publicitario arribará razonablemente a conclusiones incorrectas”⁵.

Ahora bien, es necesario precisar que, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, no es necesario que se genere un efecto real en el mercado para que se pueda configurar un acto de competencia desleal. Únicamente, basta con que sea potencial para poder determinar la responsabilidad de un agente económico, por lo que, para efectos del supuesto que se está desarrollando, “habrá un acto de engaño desleal si los consumidores son inducidos a error sobre algún extremo determinante de sus preferencias o decisiones en el mercado, aunque de ello no se siga ningún perjuicio para los competidores”⁶.

Por otra parte, cabe precisar que las alegaciones sujetas al principio de veracidad

⁵ Rodríguez, Gustavo y Sosa, Alex (2014). “Capítulo II. El deber de no engañar: principio de Veracidad”. *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Themis, pp. 35

⁶ Massaguer, José (1999). “Artículo 7. Actos de engaño”. *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas. Pp. 217.

son aquellas que contengan información objetivamente susceptible de inducir a error a los consumidores, en tanto que, a partir de éstas, se puede realizar un análisis bajo elementos comprobables, es decir, mensajes comprobables. En consecuencia, los anuncios publicitarios que contengan alegaciones subjetivas no se encontrarán bajo dicho análisis, al ser consideradas como exageraciones publicitarias⁷.

Por el contrario, las alegaciones objetivas, al ser pasibles de ser comprobadas y no dependen de la representación mental individual o de la opinión de quien emite el mensaje, son mensajes que sí son tomados en serio por los consumidores⁸, por lo que, en este caso, sí están sujetas a un análisis de veracidad. En ese mismo sentido, la doctrina española señala lo siguiente:

(...) las alegaciones, indicaciones o manifestaciones difundidas necesariamente han de poseer un núcleo fáctico. Sólo en tales circunstancias es posible fijar, en efecto, la existencia o no de la divergencia entre lo comunicado y la realidad que constituye error y sobre la que se asienta el engaño, esto es, sobre la que se construye en este caso el juicio de deslealtad.⁹

A mayor abundamiento, la Sala ha establecido que el elemento objetivo del mensaje se desprende del propio anuncio, lo cual permite que, de manera unívoca, se pueda comprobar su veracidad:

27. Por tanto, en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (principio de veracidad) aquellas expresiones

⁷ Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A. y Stucchi, P. (2013). "Aspectos sustantivos: principios que rigen la publicidad comercial y formatos publicitarios". *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI. Pp. 91.

⁸ Sosa, Alex y Maguiña, Ricardo. "El mejor del Perú": ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted. En: *Revista de la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*. Año 6 –Número 10 – Otoño 2010. Pp. 102 – 103.

⁹ Massaguer, José (1999). "Artículo 7. Actos de engaño". *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas. Pp. 220.

publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas. La regla en mención obedece a que solo respecto a las afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas, se puede exigir al anunciante el cumplimiento del deber de sustanciación previa, debiendo proporcionar los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores.

28. Por otro lado, a manera de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes afirmaciones subjetivas: *“El mejor jugador de fútbol del año 2013”* o *“El mejor restaurante de Lima”*.

(...)

31. A partir de lo anterior, se evidencia que las afirmaciones subjetivas antes descritas no hacen referencia expresa al parámetro objetivo con el que se puede comprobar su veracidad ni es posible determinar este parámetro objetivo de manera implícita, dado que no existe un criterio objetivo unívoco con el que pueda comprobarse la veracidad de su afirmación¹⁰.

En este punto, cabe precisar que no nos encontramos de acuerdo con la Sala respecto a la necesidad de contar con un parámetro unívoco para comprobar la veracidad de una afirmación o que dicho parámetro deba desprenderse del anuncio publicitario para la afirmación sea calificada como objetiva.

En efecto, consideramos que dicho criterio es contradictorio con la forma en la que se debe interpretar la publicidad comercial, además de desnaturalizar el análisis superficial e integral establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que no se estaría realizando el mismo a partir de lo que entendería el consumidor y si para éste existiría un parámetro objetivo, convirtiendo su análisis en uno de cumplimiento de 2 reglas excluyentes¹¹.

¹⁰ Resolución N° 012-2018/SDC-INDECOPI del 15 de enero de 2018.

¹¹ Sosa, Alex. “Cómo no se debe interpretar la publicidad comercial”. En: Pólemos, 2017. Consulta: 10 de julio de 2020. <http://polemos.pe/no-se-interpretar-la-publicidad-comercial>

Al respecto, el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la carga probatoria de la veracidad y exactitud de las afirmaciones corresponde al anunciante sin establecer alguna delimitación o precisión para probarla. En ese sentido, a nuestro criterio, una afirmación seguirá siendo objetiva a pesar que existan otras formas comprobables de acreditar su veracidad.

Ahora bien, de acuerdo con los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del año 2019, emitida por el Indecopi mediante Resolución N° 001-2019-LIN-CCD/INDECOPI, se indicó que, para determinar si un anuncio publicitario resulta engañoso, se debe realizar un análisis integral y superficial del mismo, que permita delimitar el contenido del mensaje que reciben los consumidores. Una vez determinado ello, dicho mensaje debe ser corroborado con la realidad. En la medida que exista una disconformidad entre el mensaje difundido y la realidad del anuncio, se habrá configurado un acto de engaño por parte de un agente económico.

En efecto, la Sala ya ha señalado que, se deben distinguir dos momentos para un correcto análisis de los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de publicidad engañosa:

(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.¹²

Como se desprende de lo desarrollado, respecto a la delimitación del mensaje, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la interpretación de la publicidad debe realizarse sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras, números, presentaciones visuales, entre otros, que puedan resultar atractivos para el consumidor para promover su consumo.

Así, dicha interpretación se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que el destinatario queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, al captar el referido mensaje en su conjunto y sin efectuar una evaluación detenida de la publicidad, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual. En efecto, quien atribuye el significado al anuncio es el destinatario y no el anunciante, por lo que la intención de este último no será relevante para delimitar el mensaje¹³.

A modo de ejemplo, en pronunciamientos previos¹⁴, la Sala ha establecido que, la publicidad en envases de bebidas gaseosas y rehidratantes que exponían imágenes y/o denominaciones de frutas naturales como naranja, lima-limón, mandarina, los cuales fueron imputados como si estuvieran dando a entender que incluían entre sus ingredientes dichos insumos naturales, de acuerdo al contexto del mercado, la experiencia previa y el significado atribuido por parte de los consumidores, en este tipo de productos, éstos no espera que las bebidas gaseosas y rehidratantes se encuentren elaboradas con insumos naturales; por lo que, las

¹² Resolución N° 0066-2019/SDC-INDECOPi del 2 de abril de 2019.

¹³ Resolución N° 0086-2019/SDC-INDECOPi del 2 de mayo de 2019.

¹⁴ Resoluciones N° 0725-2013/SDC-INDECOPi del 6 de mayo de 2013 y N° 1618-2013/SDC-INDECOPi del 1 de octubre de 2013.

imágenes y/o denominaciones referentes a las frutas se percibían únicamente como alusiones a su sabor y no a una composición de sus insumos.

Por otra parte, con relación a la verificación de la veracidad del mensaje, el artículo 8.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. En este sentido, este último deberá contar con las pruebas que sustenten sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 del mismo cuerpo normativo.

Dicho criterio se encuentra establecido en diversos pronunciamientos, entre ellos, la Resolución N° 032-2019/SDC-INDECOPI, en el cual se confirmó la resolución de la Comisión que declaró fundada la denuncia por la comisión de actos de engaño, en la medida que la imputada no adjuntó ningún medio probatorio que acredite la veracidad de los mensajes publicitarios imputados del producto “Syaloset” que daban a entender que era un producto biotecnológico y que había sido sometido a diversos estudios.

Cabe precisar que también se incurrirá en actos de engaño cuando la inducción a error se genere a partir de la omisión de información en la publicidad. En efecto, si bien no se exige que los anunciantes consignen toda la información sobre su producto en los anuncios, pues se entiende que la publicidad no es un contrato de consumo, si esta omisión de información genera una percepción errónea en el consumidor, esto es, una discordancia entre el mensaje que reciben los consumidores y la realidad, se incurrirá en un acto de engaño.¹⁵

Al respecto, para la configuración de un acto de engaño a partir de la omisión de

¹⁵ Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A. y Stucchi, P. (2013). “Aspectos sustantivos: principios que rigen la publicidad comercial y formatos publicitarios”. *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI. Pp. 92-93.

información, no resulta suficiente probar la omisión de datos esenciales, sino que también se debe demostrar que provocan o pueden provocar en los destinatarios una falsa representación de la realidad, es decir, una impresión y expectativas que no se corresponde con la realidad¹⁶.

En este punto, resulta necesario mencionar el Precedente de Observancia Obligatoria “Telmex”¹⁷, mediante la cual se estableció que, en los anuncios publicitarios, se debe consignar expresamente toda la información relacionada con las advertencias, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones de los productos o servicios anunciados. Como era evidente, dicho precedente generaba que la publicidad no cumpliera con su finalidad persuasiva y perjudicaba el libre desenvolvimiento del mercado, en la medida que generaba mayores costos de transacción a los anunciantes¹⁸.

Frente a ello, dicho precedente fue dejado sin efecto, dando pase a un nuevo Precedente de Observancia Obligatoria (el Precedente “Metro”)¹⁹, el cual señala lo siguiente:

52. La Sala reconoce el importante objetivo perseguido por el Precedente Telmex consistente en reprimir la exposición fugaz de las condiciones particulares de los productos y servicios publicitados, cuya falta de conocimiento ocasionaba que los consumidores a los que les resultara aplicable estas condiciones, recibieran un mensaje erróneo.

53. Como se ha visto en los numerales precedentes, no existe un deber de información mínima o de exhaustividad publicitaria exigible bajo la aplicación

¹⁶ Massaguer José (1999). “Artículo 7. Actos de engaño”. *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas. Pp. 234.

¹⁷ Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOP del fecha 7 de diciembre de 2004.

¹⁸ Rodríguez, Gustavo y Sosa, Alex (2014). “Capítulo II. El deber de no engañar: principio de Veracidad”. *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Themis, pp. 56-58.

¹⁹ Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOP del 3 de setiembre de 2007.

del principio del principio de veracidad, sino un deber de no omitir información cuando ello induzca a error a los consumidores. La información sobre las condiciones particulares de los productos o servicios en los anuncios publicitarios debe considerar las características propias de cada medio de comunicación evitando generar que dicha información pueda conllevar a representar una barrera de entrada a la actividad publicitaria.

En efecto, el Precedente Metro estableció que, si bien se buscaba reducir las asimetrías informativas, el medio para lograrlo debe tener en cuenta las capacidades de los consumidores para recibir información, la cantidad de información a incluir en el anuncio, las particularidades propias del mercado del producto o servicios, las características de los medios de comunicación y el desarrollo tecnológico al que se tiene acceso en los diferentes mercados donde se promociona la venta o contratación de los productos.

En esta misma línea, el mencionado precedente señala que la publicidad, además de beneficiar a los anunciantes, ayuda a los consumidores a conocer la información sobre los productos o servicios ofrecidos que, por su naturaleza, es de difícil acceso. No obstante, requerir que un anuncio publicitario consigne todas las condiciones de los productos o servicios contradice dicha finalidad, en tanto genera que los anunciantes dejen de realizar publicidad o que se consigne información de manera imperceptible para los consumidores.

Por lo tanto, resulta importante que resaltemos que, si bien los anunciantes no tienen el deber de consignar toda la información en sus anuncios publicitarios, ésta no debe generar una percepción errónea al consumidor.

Por último, también nos encontraremos frente a un supuesto de actos de engaño cuando el mensaje es ambiguo, esto es, “en los cuales sin proporcionar información falsa o engañosa, se transmite información que puede causar un error en la decisión de consumo de los potenciales clientes”²⁰.

²⁰ Murillo, Javier. “Con los Precios Más Bajos... Mentira Caserito, Solo Estaba Exagerando. Analizando los

Así, en este supuesto, lo que se busca es que el anunciante evite que los términos de la publicidad difundida sean oscuras o ambiguas, en la medida que este se encuentra en una mejor posición y cuenta con toda la información para emitir el mensaje publicitario, garantizando así que el contenido de sus anuncios responda fielmente a lo publicitado²¹.

2.3. Los productos de origen lácteo de acuerdo con el Codex Alimentario

Como ya hemos mencionado previamente, para determinar que existe un acto de engaño, la Comisión y la Sala tiene dos momentos en su análisis: (i) la delimitación del mensaje; y, (ii) la verificación de veracidad.

Es en este último momento en el cual, la Comisión y la Sala analiza la veracidad de las afirmaciones consignadas en la publicidad teniendo en cuenta los medios probatorios aportados por el anunciante, así como a los parámetros normativos y técnicos necesarios para el mismo.

Para el tema que nos ocupa, el Decreto Supremo N° 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas tiene como objetivo, entre otros, establecer los requisitos sanitarios para la elaboración y expendio de los alimentos de consumo humano. En esta línea, su Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final establece que “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)”.

límites de las licencias publicitarias frente a los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño”. *Diálogo con la jurisprudencia*. pp. 262

²¹ Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A. y Stucchi, P. (2013). “Aspectos sustantivos: principios que rigen la publicidad comercial y formatos publicitarios”. *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI. Pp. 94.

Bajo dicha premisa, para la publicidad en empaque de productos de origen lácteo, la Comisión se remite al Codex Alimentario, un conjunto de directivas internacionales que brindan ciertos parámetros en normas alimentarias para el correcto desenvolvimiento en el mercado internacional.

Entre las directivas existentes, resulta pertinente mencionar el Codex Stan 1-1985, Norma General para el Etiquetado de los Alimentos (en adelante, 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.

En efecto, de acuerdo con dicho Codex, los alimentos preenvasados no deberán presentarse de manera que la información sea falsa o puedan inducir a error al consumidor respecto de la naturaleza del producto.

Ahora bien, para determinar si el producto materia de imputación califica como leche de vaca, la Comisión recurre al Codex Stan 206-1999, Norma General Del Codex Para El Uso De Términos Lecheros (en adelante, Codex Stan 206-1999) y el Codex Stan 281-1971, Norma del Codex para las leches evaporadas (en adelante, Codex Stan 281-1971).

Respecto al Codex Stan 206-1999, resulta necesario citar el numeral 2, que hace referencia a las definiciones:

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.

(...)

En este punto, de la lectura del Codex Stan 206-1999, también establece que se podrá utilizar el término “leche” si: (i) de realizarse un adición o extracción constituyente de la leche, se consigna una descripción clara de la modificación de la misma o; (ii) de ser un producto lácteo compuesto, cerca de la denominación figure una descripción clara de los demás ingredientes.²²

²² **Norma General Del Codex Para El Uso De Términos Lecheros Codex Stan 206-1999**

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.

En ese sentido, de acuerdo con las definiciones establecidas en el Codex Stan 206-1999, se entenderá por leche, en principio, como aquella sustancia procedente de la secreción mamaria de animales lecheros. Así, tal secreción también puede calificar como leche cuando haya sido modificada por la adición y/o extracción de constituyentes propios de la leche.

Por su parte, el Codex Stan 281-1971, respecto al término “leche evaporada” indica lo siguiente:

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.

Dicho Codex establece la composición esencial que debe contener la leche evaporada, así como una lista taxativa de los aditivos que pueden agregarse para no desnaturalizar el producto en cuestión²³.

Así, la leche evaporada será aquella a la cual se le ha eliminado parcialmente el

(...)

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).”

²³ Ver Sección 3 y 4 del Codex 281-1971.

agua, manteniendo su composición y características. A esta se le pueden incorporar componentes y/o aditivos que se señalan taxativamente en el Codex correspondientes, por lo que, de agregarse insumos que no se encuentren en el mismo, no podrá ser considerado como leche evaporada.

III. Análisis de los Casos de aplicación del Marco Regulatorio

Teniendo en cuenta todo el marco normativo aplicable a la publicidad en empaque de los productos lácteos, procederemos a relatar los casos más resaltantes relacionados con la materia, con la finalidad de evidenciar el criterio que es aplicado por el Indecopi.

3.1. El “famoso” caso Pura Vida

Mediante Resolución N° 0273-2018/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución N° 159-2017/CCD-INDECOPI que declaró fundadas las imputaciones en contra de Gloria por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la medida que la imputada difundió publicidad en empaque, así como vía página web y por medios televisivos, de los productos “Pura Vida Nutri Max”, los cuales contenían la imagen de una vaca, la cual dio a entender que el producto en cuestión era leche de vaca y ello no era cierto.

Sin perjuicio del análisis desarrollado en dicha resolución, de la revisión de la misma, advertimos que existen argumentos desarrollados por la Sala que valen la pena comentar.

3.1.1. Sobre la denominación del producto

Al respecto, uno de los argumentos desarrollados por la Sala fue que no se consideró la afirmación “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 del producto materia de imputación,

como parte del análisis publicitario al ser, a su criterio, información correspondiente al rotulado, por lo que ello sería competencia de los órganos de protección al consumidor del Indecopi.

Ahora bien, este razonamiento desarrollado por la Sala puede parecer concordante con el marco teórico desarrollado en este presente artículo. En efecto, tal y como hemos mencionado previamente, la Ley de Represión de la Competencia Desleal es clara al señalar que todo aquel elemento parte del rotulado, como es la denominación de un producto, no debe ser analizado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal; sin embargo, si la denominación del producto coincide con una afirmación consignada en la publicidad, ¿eso implica que ese elemento no puede ser parte del análisis publicitario?

Publicidad en empaque del producto “Pura Vida Nutri Max”

INGREDIENTES
Leche evaporada parcialmente descremada (leche parcialmente descremada, suero de vaca pasteurizado, emulsificante: C381-471) y leche de soja (SOY 352 (S1), caseína vegetal (SOY 354 (S1) y (SOY 407)), leche de soja (grano de soja) y aceite maltodextrina de maíz, grasas vegetales de palma, sal, Biotina, Hierro, prebiótico de heces, saborizante artificial, (leche de soja) y leche de zinc, calcio y vitamina A y D. Elaborado en instalaciones donde se procesan productos base de gluten (soya).

Este producto no sustituye a la leche materna. Comparar en un lugar fresco y seco. Agitar bien el envase antes de abrir. Consumir diluido en agua hervida o agua. Refrigerar después de abrir el envase. Cerrar el envase inmediatamente antes de la fecha indicada en la base.

INFORMACIÓN NUTRICIONAL
Porción de porción: 100 g
Porciones por envase: 4

Cantidades por porción		
Energía: 134 kcal		
Energía de la grasa: 48 kcal. % VD*		
Grasa Total	7.5 g	15%
Grasa saturada	3.7 g	10%
Grasa trans	0 g	
Carbohidratos	19 mg	7%
Sodio	80 mg	4%
Carbohidratos	12.1 g	4%
Fibra dietaria	0 g	0%
Proteínas	5.5 g	11%
Proteínas	3.5 g	8%

Porque una porción de Pura Vida Evaporada Nutrimax (100 g) proporciona la energía equivalente a:

- 128 g de leche
- 2 huevos (100 g)
- 113 g de pan
- 1/2 taza de papas cocidas (100 g)

Beneficios:
Protección: Zinc y vitamina A. Contribuyen al bienestar de nuestros defensas.
Crecimiento: Calcio, fósforo y vitamina D. Ayudan a construir y fortalecer los huesos.
Desarrollo: Hierro. Contribuye al desarrollo mental.

Elaborado y envasado por: OLONIA S.A. RUC: 2000019397 P.L.L.: As. La Capriana 190 Lurigancho - Chosica, Lima. R.S.A. A3380954N NAGOSA P.L.L.: Av. General Dreyfus 527, Cercado, Arequipa. R.S.A. A3380954N NAGOSA PRODUCTO PERUANO 3599312 - V013

Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soja, maltodextrina, grasas vegetales, minerales (Hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D). PESO NETO 400 g

Fuente: Resolución N° 159-2017/CCD-INDECOPI

Como podemos evidenciar de la publicidad materia de imputación, la denominación “Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soja, maltodextrina, grasas vegetales, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)” se encuentra consignada de manera visible en la publicidad del producto. A nuestro

entender, el lugar en el que esta afirmación ha sido consignada, busca resaltar las cualidades del producto e, inclusive, promover su consumo.

Bajo dicha premisa, de conformidad con el literal d) del artículo 59 de la Ley de Represión, que hace referencia con el concepto de publicidad y su carácter esencial que es la de promover la adquisición del producto, ¿esta afirmación no debe ser considerada como parte del análisis publicitario? Como vemos, este argumento es claramente cuestionable desde nuestro punto de vista.

3.1.2. Sobre el análisis de los anuncios publicitarios

En este punto, a decir de la Sala, realizando un análisis de los anuncios materia de imputación, ellas darían a entender que el producto “Pura Vida Nutri Max” es leche de vaca, comercializada de forma evaporada.

Es justamente que, a nuestro entender, la Sala llega a dicha conclusión al no considerar la afirmación “Leche evaporada parcialmente descremada con leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)” como parte de su análisis.

En efecto, si realizamos un análisis integral y superficial, teniendo en cuenta dicho elemento, un consumidor fácilmente podría concluir que el producto en cuestión no contiene 100% leche de vaca, sino que, además de ello, contiene otros elementos.

3.1.3. Sobre la evaluación de veracidad de los anuncios publicitarios

Al respecto, para desarrollar dicho argumento, la Sala se remitió al Codex Alimentario, específicamente al inciso 2.3 del numeral 2 del Codex Stan 206-1999²⁴,

²⁴ **Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros - Codex Stan 206-1999**

2. Definiciones

(...)

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

para determinar que el producto “Pura Vida Nutri Max” no cumple con dicha disposición, 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 del referido Codex²⁵.

Bajo esa misma línea, según lo alegado por la Sala, Gloria tampoco habría cumplido con el Codex Stan 1-1985²⁶, que indica que no se 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 apreciaría que mediante los elementos publicitarios de la etiqueta del producto “Pura Vida Nutri Max”, Gloria habría trasladado un mensaje engañoso consistente en que dicho producto era leche de vaca (evaporada), pese a que esto no resultaba cierto.

En este punto, sin perjuicio de ser desarrollado a mayor profundidad posteriormente, si bien resulta válido la remisión de la Sala a las definiciones establecidas en el Codex Alimentario correspondiente para determinar la veracidad de las afirmaciones consignadas en las tres publicidades, en tanto resulta un parámetro objetivo para su comprobación, somos de la opinión que más allá de una definición

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.

²⁵ **Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros - Codex Stan 206-1999**

4. Aplicación de los términos lecheros

(...)

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).

²⁶ **Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados - Codex Stan 1-1985**

3. Principios Generales

(...)

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.

formal de lo que se debe entender por “leche” por el Codex respectivo, para el análisis publicitario, resulta necesario determinar que entendería un consumidor como “leche de vaca” para determinar si Gloria incurrió en un acto de engaño.

3.2. Reina del Campo vs. Reina del Campo

En el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada e imputó a Nestlé Perú S.A. (en adelante, Nestlé) la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la medida que:

- (i) Habría difundido publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, que contendría la imagen de dos vacas en el campo, lo que se sumaría a una mujer con un recipiente y un balde que contendría leche, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.
- (ii) Habría difundido la publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, que contendría la imagen de una jarra de leche, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto.

Lo que resulta bastante curioso en este caso es que, mediante la Resolución N° 158-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión resolvió declarar fundado el extremo referido a la publicidad en empaque que contendría la imagen de dos vacas y la mujer con un recipiente y un balde que contendría leche, pero infundado en el extremo referido a la publicidad en empaque que contendría la imagen de una jarra.

Publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”
que contendría la imagen de una jarra



Fuente: Resolución N° 158-2017/CCD-INDECOPI

En efecto, a decir de la Comisión, dicha publicidad no contendría elementos que permitan dar a entender a los consumidores que el producto contiene leche de vaca, en tanto únicamente se mostraba una jarra y un vaso con líquido blanco.

Sin embargo, a la hora de analizar el otro extremo imputado, la Comisión y la Sala exponen argumentos similares a los desarrollados en el caso “Pura Vida”, esto es, el no considerar la denominación como parte del análisis publicitario, el uso del Codex Alimentario para determinar la veracidad del producto imputado, pero sobre todo que, a su entender, bajo un análisis superficial e integral, las imágenes de vacas, en el campo, con una persona que tiene un cántaro, generaban la conclusión natural de que el producto se trata de leche de vaca.

Publicidad en empaque del producto “Reina del Campo” que contendría la imagen de dos vacas en el campo, una mujer con un recipiente y un balde que contendría leche



Fuente: Resolución N° 158-2017/CCD-INDECOPI

Como podemos evidenciar, el análisis de los elementos que constan en cada anuncio publicitario pareciera no tomar en cuenta la experiencia que tiene el consumidor respecto de estos productos y la apreciación que puede tener de los mismos.

En nuestra opinión, el consignar dos vacas y una mujer con un recipiente y un balde que contendría leche no determina que el producto en cuestión sea 100% leche de vaca y menos teniendo en cuenta que, en la parte inferior del producto, se consignó la afirmación “Leche evaporada, parcialmente descremada con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales”, la cual no fue tomada en cuenta como parte del análisis publicitario al ser “parte del rotulado”.

Cabe precisar que, en este caso, también se recurrió al Codex Alimentario para acreditar la veracidad de la información, cuyo análisis fue bastante similar al realizado en el Caso Pura Vida.

3.3. ¿La “leche” Bell’s?

Mediante Resolución N° 036-2018/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundado el procedimiento iniciado de oficio en contra de Supermercados Peruanos S.A. (en adelante, Supermercados Peruanos) por la comisión de actos de engaño. Para el tema que nos ocupa, nos concentraremos solo en uno de los extremos analizados en dicho procedimiento, el cual se encuentra referido a que Supermercados Peruanos estaría difundiendo publicidad en empaque de su producto “Bell’s”, 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.

Así, luego de un análisis integral y superficial del anuncio en cuestión, a decir de la Comisión, si bien el producto consigna en la parte frontal del mismo la imagen de una vaca, en la medida que en la parte superior derecha de la publicidad en empaque analizada se encuentra de manera destacada la frase “Mezcla a Base de Leche en Polvo Azucarada, Fortificada con Calcio”, el mensaje publicitario brindado a los consumidores no transmite que el producto ha sido elaborado única y exclusivamente por elementos derivados de la leche de vaca, sino que el producto se trata de una mezcla a base de leche.

Publicidad en empaque del producto “Bell’s”



Fuente: Resolución N° 036-2018/CCD-INDECOPI

Sobre el particular, consideramos que el razonamiento realizado por la Comisión es un tanto incoherente con el realizado en los casos señalados previamente, en la medida que, en este caso, la Comisión consideró a la frase “Mezcla a Base de Leche en Polvo Azucarada, Fortificada con Calcio” como parte del análisis publicitario al encontrarse de manera visible en la parte frontal del empaque. Por lo tanto, no comprendemos por qué la lógica del mismo cambiaría en los otros dos casos mencionados previamente por coincidir con la denominación del producto. Esta situación también merece ser analizada a mayor profundidad.

3.4. El Caso Gloria Escolar

Finalmente, y no menos importante, mediante Resolución N° 066-2019/SDC-INDECOPI, la Sala revocó la Resolución N° 131-2018/CCD-INDECOPI, en la medida que determinó que el producto “Gloria Escolar” sí podía ser presentado publicitariamente como “leche de vaca” en su publicidad en empaque.

Publicidad en empaque del producto “Gloria Escolar”



Fuente: Resolución N° 066-2019/SDC-INDECOPI

Sobre el particular, tanto la Comisión como la Sala determinaron que las afirmaciones “Leche Gloria UHT Escolar es una leche con vitaminas y minerales (...)” y “La Leche Gloria Escolar UHT es un alimento (...)” trasladaba el mensaje de que el mencionado producto era leche de vaca. Al igual que en los otros dos primeros casos, no se consideró la afirmación “Leche Parcialmente Descremada UHT con Miel de Abeja” al coincidir con la denominación del producto. Sin embargo, a la hora de determinar la veracidad de las afirmaciones recurriendo al Codex Alimentario, la Sala llega a otra conclusión.

Al respecto, la Sala recurrió a los numerales 2.3 y 4.5 del Codex Stan 206-1999, que, como ya hemos mencionado, determina que aquellos productos lácteos compuestos que contengan leche en una parte esencial, pueden presentarse como tal, siempre que: (i) los elementos no derivados de dicho insumo 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.

Bajo dicha lógica, la Sala determinó que los elementos añadidos al producto publicitado no se encontraban destinados a sustituir sus componentes lácteos. Asimismo, se verificó que en la cara frontal, posterior y lateral del empaque se agregaron una descripción de los demás ingredientes que lo componen.

Nuevamente advertimos el uso del Codex Alimentario para acreditar la veracidad de las afirmaciones consignadas, a pesar que no es necesaria la remisión de la misma al ser un lineamiento referencial y que dichas definiciones formales no son conocidas por el consumidor.

IV. Perspectivas respecto del criterio establecido por el Indecopi

Como hemos venido desarrollando, los pronunciamientos realizado por el Indecopi por la comisión de actos de engaño por publicidad en empaque en productos de

origen lácteo, resultan bastante cuestionables por dos aspectos principales: (i) el límite entre un elemento publicitario y la denominación de un producto; (ii) el análisis que se realiza para determinar el mensaje que es transmitido al consumidor sin tomar en cuenta la experiencia del mismo. En ese sentido, en el presente apartado analizaremos estos dos aspectos con la finalidad de brindar propuestas al respecto.

4.1. ¿Por siempre rotulado?

Tal y como se ha expuesto, hemos podido advertir que el criterio establecido por el Indecopi respecto del Caso Pura Vida, Caso Reina del Campo y Caso Gloria Escolar difiere del Caso Bell's en la medida que en los dos primeros no se tomó en cuenta la afirmación que coincide con la denominación del producto; no obstante, ¿dicho criterio es el más idóneo para un correcto análisis publicitario?

Como hemos mencionado en nuestro marco teórico, la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha establecido que la publicidad tiene como finalidad promover la adquisición del producto correspondiente y que la referida norma busca diferenciar la publicidad con el rotulado, entendido como la información neutra de un producto que no forma parte del análisis publicitario. En ese sentido, entendemos que en la medida que la información sea parte del rotulado, como sería la denominación de un producto, dicho elemento no debe ser tomado en cuenta por la comisión.

Sin embargo, tal y como lo hemos ido adelantando, consideramos que pueden existir determinados elementos propios del rotulado que también pueden formar parte de la publicidad en el empaque. En ese sentido, los elementos a considerar en el análisis publicitario también pueden incluir afirmaciones que coinciden con la denominación del producto, siempre y cuando éstas se encuentren ubicados de manera visible, de manera que se busque resaltar con ella las cualidades del producto y/o promover su consumo.

En efecto, tanto la frase "Leche evaporada parcialmente descremada con leche de

soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)” en el Caso Pura Vida, como la afirmación “Leche evaporada, parcialmente descremada con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales” en el caso Reina del Campo y la frase "Leche Evaporada Parcialmente Descremada UHT con Miel de Abeja" en el caso Gloria Escolar, contienen información que definitivamente pueden atraer al consumidor respecto de los elementos que contiene el producto.

A su vez, cabe recordar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal exige que el análisis debe ser integral y superficial, esto es, que se realice una interpretación de la publicidad sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras, números, presentaciones visuales, entre otros, que puedan resultar atractivos para el consumidor para promover su consumo, por lo que resulta totalmente ilógico que las afirmaciones consignadas de manera visible y legible en la parte frontal de la publicidad en empaque no sean consideradas parte del análisis solo por coincidir con la denominación del mismo.

En ese sentido, como primera propuesta, proponemos que el análisis publicitario para determinar si existe o no un presunto acto de engaño debe tomar en cuenta todos los elementos que busquen promover la adquisición del producto, incluyendo por tal motivo, afirmaciones que coincidan con la denominación del producto.

4.2. La sabia experiencia del consumidor

El artículo 65º de la Constitución señala que el Estado defiende el interés de los consumidores, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo con dicho artículo, el Estado debe: (i) garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles; y, (ii) velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición

de consumidoras o usuarias²⁷.

Bajo dicho contexto, el Indecopi, como órgano encargado de la protección del consumidor, ha señalado que la protección de éste se da bajo una economía social de mercado, esto es, un sistema basado en la interacción entre oferentes y demandantes que orientan la asignación de recursos, determinando la calidad y estableciendo los precios en los que los bienes y servicios se incorporan²⁸.

Al respecto, la interpretación realizada al Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido que la protección a los consumidores será aplicable al estándar de consumidor razonable, que es aquel que actúa en el mercado con la diligencia ordinaria requerida, en la medida que se busca promover conductas socialmente deseables y eficientes que tienen como consecuencia un mejor funcionamiento del mercado a partir de una disposición del consumidor a informarse.²⁹

Por el contrario, de asumirse que el consumidor es poco propenso a informarse o incluso a razonar, va a tenerse que obligar a los proveedores a proporcionar información en exceso, lo que significaría que los proveedores incurran en costos adicionales, incrementando el precio de los productos.³⁰

Ahora bien, para el ámbito de competencia desleal, el estándar de consumidor razonable también es aplicado en el análisis publicitario para determinar presuntas infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, tal como es señalado

²⁷ Fundamento 31 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC.

²⁸ Falla, A., Tovar, T., Gagliuffi, I. y Lesem, L. (2011). Mesa Redonda: "Analizando el Código de Consumo". *Derecho de la Competencia Tomo 2*. Lima: Revista de Derecho Administrativo. Pp. 79.

²⁹ Falla, A., Tovar, T., Gagliuffi, I. y Lesem, L. (2011). Mesa Redonda: "Analizando el Código de Consumo". *Derecho de la Competencia Tomo 2*. Lima: Revista de Derecho Administrativo. Pp. 79.

³⁰ Falla, A., Tovar, T., Gagliuffi, I. y Lesem, L. (2011). Mesa Redonda: "Analizando el Código de Consumo". *Derecho de la Competencia Tomo 2*. Lima: Revista de Derecho Administrativo. Pp. 79.

en la Resolución N° 0133-2012/SC1-INDECOPI, la cual indica que:

(...) la interpretación de los anuncios publicitarios que la Comisión o la Sala estima que un consumidor razonable realiza, no tiene que estar necesariamente sustentada en encuestas o focus groups. Si bien estos últimos podrían constituir herramientas útiles para determinar la percepción que tienen los consumidores de los anuncios y con ello el mensaje publicitario, se debe tener en consideración principalmente – como lo establece la ley– el análisis superficial de las palabras e imágenes expuestas y las expectativas razonables de los consumidores en atención a las características de los productos o servicios anunciados. Son estas pautas interpretativas las que debe seguir la autoridad para determinar el sentido jurídicamente relevante del anuncio publicitario.

Así, un consumidor razonable no debe ser entendido como uno experto o excesivamente exigente y cuidadoso, sino por el contrario, como una persona que actúa con diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias.³¹ En ese mismo sentido, la Sala ha señalado que:

10. (...) se considera consumidor razonable a aquel que antes de tomar una decisión de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente sobre los bienes y servicios, siendo sus principales fuentes de información el documento o medio que contiene los términos y condiciones en los que se contrata el producto o servicio, el lugar de contratación, la publicidad, la información contenida en el rotulado o envase del producto, las marcas de los mismos, los precios, etc.³²

Por lo tanto, para efectos del presente artículo, tendremos en cuenta el estándar de consumidor como uno razonable, entendida como aquella persona, sea natural o jurídica, que adquiera un producto o servicio como destinatario final, que actúa con

³¹ Bullard, Alfredo (2010). “¿Es el consumidor un idiota? El Falso Dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, año 6, número 10, pp. 5-58.

³² Resolución N° 0866-2008/TDC-INDECOPI del 6 de mayo de 2018.

diligencia ordinaria.

Bajo dicho contexto, si bien resulta válido la remisión de la Comisión y la Sala a las definiciones establecidas en el Codex Alimentario correspondiente para determinar la veracidad de las afirmaciones consignadas en las publicidades en empaque de los productos de origen lácteo mencionados, en tanto resulta un parámetro objetivo para su comprobación, somos de la opinión que más allá de una definición formal de lo que se debe entender por “leche” por el Codex respectivo, para el análisis publicitario, resulta de vital importancia determinar que entendería un consumidor razonable como “leche de vaca” para determinar si una empresa incurrió en un acto de engaño.

En efecto, difícilmente un consumidor razonable va a conocer las definiciones desarrolladas por el Codex correspondientes, en tanto que el consumidor razonable se va a encontrar influenciado por su propia experiencia del día a día en función al producto en cuestión.

Así, la experiencia del consumidor se da a partir de la interacción en la adquisición de un producto, las cuales son caracterizadas y potenciadas por las condiciones del ambiente, en base a una necesidad en particular y se encuentra determinada por los beneficios que recibe de la misma³³.

Sobre el particular, la Sala ya se ha pronunciado respecto a la experiencia del consumidor. Así, en la Resolución N° 176-2019/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la resolución de Comisión que declaró infundada la denuncia presentada por ASPEC en contra de Abbott Laboratorios S.A., por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la medida que consideró que, los suplementos industrializados “Pediasure Plus” en cuyos envases se

³³ Cardozo Vásquez, J. J., Hernandis Ortuño, B., y Ramírez Triana, N. Y. (2015). “Aproximación a una categorización de los sistemas de productos: el uso y la experiencia del consumidor como configuradores”. *Innovar*, 25(58), Pp. 127-141.

incluyen las palabras “fresa” y “vainilla” junto a imágenes de la fruta y del vegetal respectivos, se transmita a los consumidores la idea de que dichos componentes se encuentran en su estado natural. Así, la Sala consideró que, bajo la experiencia de los consumidores de este tipo de productos industriales en el mercado, dichas referencias serán percibidas como alusiones a su sabor y no a su composición:

44. En tal sentido, es pertinente asumir que el público consumidor de este tipo de producto, al adquirirlos, no esperaría que estos contengan ingredientes naturales de frutas dentro de su composición; por el contrario, considerando el contexto del mercado y la experiencia previa adquirida, el público esperará obtener un producto procesado con alto valor nutricional y saborizantes.
45. En conclusión, teniendo en cuenta la experiencia de los consumidores y el contexto del mercado de los productos publicitados, la Sala considera que la interpretación natural que fluye de la experiencia de los consumidores es que la publicidad de los productos “Pediasure Plus Fresa” y “Pediasure Plus Vainilla” informan que son suplementos alimenticios con sabor a fresa y/o vainilla.
46. Es decir, cuando los consumidores aprecian en la etiqueta de los productos industrializados antes señalados las imágenes de una fruta y/o de vainilla entenderán, en base a su experiencia, que ellas evocan a su sabor, mas no a la composición del referido producto industrial; y, por lo tanto, al percibir la publicidad en el envase entienden que son mezclas en polvo o líquidas con sabor a fresa y/o vainilla, pero no elaboradas con dichos insumos naturales, con prescindencia de que en dichos productos industriales se consigne o no la frase “sabor a”.

En ese sentido, un consumidor razonable, bajo su propia experiencia de consumo, podría entender como leche a aquella secreción mamaria proveniente de animales lecheros, en este caso, leche de vaca, que ha pasado por algún proceso de industrialización.

Bajo esta experiencia, el consumidor también puede esperar que en el contexto y la presentación en el que estos productos son vendidos y dependiendo de la calidad

del producto de origen lácteo, puede haberse extraído o adicionado algún tipo de componente o insumo, siempre y cuando se siga manteniendo como componente la leche de vaca y se informe la extracción o la adición de algún componente.

En esa lógica, la imagen de una vaca no puede ser el elemento determinante que concluya que los productos de origen lácteo, como los mencionados en el presente artículo, contengan 100% leche de vaca. Por el contrario, ello debe ser analizado en concordancia con los otros elementos que se han consignado en la publicidad en empaque.

V. CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente artículo, hemos podido evidenciar que, en los últimos años, los pronunciamientos realizados tanto por la Comisión como la Sala por la comisión por la comisión de actos de engaño por publicidad en empaque en productos de origen lácteo, resultan bastante cuestionables por dos aspectos principales: (i) el límite entre un elemento publicitario y la denominación de un producto; y, (ii) el análisis que se realiza para determinar el mensaje que es transmitido al consumidor sin tomar en cuenta la experiencia del mismo. Ello ha podido ser evidenciado en los casos expuestos: el Caso Pura Vida, Reina del Campo, Bell's y Gloria Escolar.

Así, hemos determinado que pueden existir determinados elementos propios del rotulado que también pueden formar parte de la publicidad en el empaque. En este sentido, los elementos a considerar en el análisis publicitario también pueden incluir afirmaciones que coinciden con la denominación del producto, siempre y cuando estas se encuentren ubicados de manera visible, de manera que se busque resaltar con ella las cualidades del producto y/o promover su consumo.

Ahora bien, también hemos concluido que, si bien resulta válido la remisión de la Comisión y la Sala a las definiciones establecidas en el Codex Alimentario correspondiente para determinar la veracidad de las afirmaciones consignadas en

las publicidades en empaque de los productos de origen lácteo mencionados, en tanto resulta un parámetro objetivo para su comprobación, difícilmente un consumidor razonable va a conocer las definiciones desarrolladas por el Codex correspondiente, en tanto que el consumidor se va a encontrar influenciado por su propia experiencia del día a día en función al producto en cuestión.

En ese sentido, bajo su propia experiencia de consumo, el consumidor podría entender como leche a aquella secreción mamaria proveniente de animales lecheros, en este caso, leche de vaca, que ha pasado por algún proceso de industrialización.

Asimismo, el consumidor también puede esperar que, bajo el contexto y la presentación en el que estos productos son vendidos y dependiendo de la calidad del producto de origen lácteo, puede haberse extraído o adicionado algún tipo de componente o insumo, siempre y cuando se siga manteniendo como componente la leche de vaca y se informe la extracción o la adición de algún componente.

Bajo dicha lógica, la imagen de una vaca no puede ser el elemento determinante que concluya que los productos de origen lácteo, como los mencionados en el presente artículo, contengan 100% leche de vaca. Por el contrario, ello debe ser analizado en concordancia con los otros elementos que se han consignado en la publicidad en empaque.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

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

Bullard, Alfredo (2010). “¿Es el consumidor un idiota? El Falso Dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, año 6, número 10.

Cardozo Vásquez, J. J., Hernandis Ortuño, B., y Ramírez Triana, N. Y. (2015). “Aproximación a una categorización de los sistemas de productos: el uso y la experiencia del consumidor como configuradores”. *Innovar*, 25(58).

Durand, Julio (2008). El Consumidor Razonable o Diligente, El mito que puede crear un cisma entre Los Peruanos. *Derecho & Sociedad*, (31), Pp. 327. Consulta: 25 de mayo de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17415>

EYZAGUIRRE, Hugo. “Los fundamentos económicos del Derecho de la Competencia Desleal”. En: PASQUEL, Enrique y otros. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: UPC, 2007. P. 59-74.

Falla, A., Tovar, T., Gagliuffi, I. y Lesem, L. (2011). Mesa Redonda: “Analizando el Código de Consumo”. *Derecho de la Competencia Tomo 2*. Lima: Revista de Derecho Administrativo.

Massaguer, José (1999). *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas.

Patiño, Beatriz. (2007). *La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al*

sistema español. Barcelona, Editorial Bosh S.A.

Rodríguez, Gustavo y Sosa, Alex (2014). *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Themis.

Sosa, Alex. “Guerra Publicitaria en el mundo telecom”. En: *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, N° 49, 2017. P. 161-182.

Sosa, Alex. “Cómo no se debe interpretar la publicidad comercial”. En: *Pólemos*, 2017. Consulta: 10 de julio de 2020.
<http://polemos.pe/no-se-interpretar-la-publicidad-comercial/>

Sosa, Alex y Maguiña, Ricardo. “El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted”. En: *Revista de la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*. Año 6 –Número 10 – Otoño 2010.

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI. Lima: 7 de diciembre de 2004.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI. Lima: 3 de setiembre de 2007.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0866-2008/TDC-INDECOPI. Lima: 6 de mayo de 2008.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 215-2009/CCD-INDECOPI. Lima: 11 de

noviembre de 2009.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 061-2010/CCD-INDECOPI. Lima: 14 de abril de 2010.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0133-2012/SC1-INDECOPI. Lima: 26 de enero de 2012.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0725-2013/SDC-INDECOPI. Lima: 6 de mayo de 2013.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1618-2013/SDC-INDECOPI. Lima: 1 de octubre de 2013.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución Final N° 972-2016/PS0-INDECOPI-PIU. Piura: 26 de octubre de 2016.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 158-2017/CCD-INDECOPI. Lima: 22 de diciembre de 2017.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 159-2017/CCD-INDECOPI. Lima: 22 de diciembre de 2017.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 012-2018/SDC-INDECOPI. Lima: 15 de enero de

2018.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 036-2018/CCD-INDECOPI. Lima: 28 de marzo de 2018.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 131-2018/CCD-INDECOPI. Lima: 8 de agosto de 2018.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 273-2018/SDC-INDECOPI. Lima: 26 de diciembre de 2018.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 032-2019/SDC-INDECOPI. Lima: 21 de febrero de 2019.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0066-2019/SDC-INDECOPI. Lima: 2 de abril de 2019.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0086-2019/SDC-INDECOPI. Lima: 2 de mayo de 2019.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 176-2019/SDC-INDECOPI. Lima: 17 de setiembre de 2019.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Lima: 11 de noviembre de 2013.