

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Resolución N° 0131-2020/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autor

Lucy Reynaga Cordero

Revisor

Karin Paola Manzur Filomeno

Lima, 2021

RESUMEN

El Código de Protección y Defensa del Consumidor regula el deber de inocuidad mediante el cual garantiza el derecho a los consumidores de consumir alimentos que no causen daños a su salud. Sin embargo, qué sucede cuándo este deber es infringido por los proveedores y ofertan en el mercado productos que ponen en riesgo a la salud de los consumidores.

El presente trabajo académico se propone analizar cómo la Sala Especializada de Protección al Consumidor ha abordado el derecho que tienen los consumidores a ingerir alimentos libres de causar daños a la salud (deber de inocuidad), y el deber de los proveedores de ofrecer alimentos inocuos en el mercado. Para tal efecto, se recurrirá a un marco normativo como son el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley y Reglamento de Inocuidad de los Alimentos, así como a Resoluciones Administrativas emitidas por el Indecopi; y, a recientes fuentes doctrinarias.

Todo ello con la finalidad de demostrar la importancia de la protección de brindar alimentos inocuos/seguros a los consumidores. Asimismo, exponer el rol de las autoridades competentes en la presente materia; y, exhibir que se configura como falta grave o muy grave la reincidencia en la falta del deber de inocuidad por parte los fabricantes.

Palabras claves: deber de inocuidad – elementos extraños – producto gasificado – empresa Lindley – Código de Protección y Defensa del Consumidor – Sala Especializada de Protección al Consumidor

ABSTRACT

The Consumer Protection and Defense Code regulates the obligation of innocuousness by which guarantees the right of consumers to consume food that does not cause damage to their health. However, what happens when this duty is infringed by suppliers, and they offer products in the market that put the health of consumers at risk.

This academic paper we propose to analyze how the Specialized Chamber of Consumer Protection has addressed the right of consumers to eat food free from causing harm to health (obligation of innocuousness), and the obligation of suppliers to offer safe food on the market. For this purpose, we will resort to a normative framework such as the Consumer Protection and Defense Code, the Food Innocuousness Law and Regulations, as well as Administrative Resolutions issued by Indecopi; and recent doctrinal sources.

All this with the purpose of demonstrating the importance of the protection of providing safe food to consumers. Likewise, to expose the role of the competent authorities in this matter; and, to show that the recidivism in the lack of the duty of innocuousness on the part of the manufacturers is configured as a serious or very serious misconduct.

Key words: *obligation of innocuousness – strange elements – gasified product – business Lindley – Consumer Protection and Defense Code – Specialized Chamber of Consumer Protection*

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. JUSTIFICACIÓN.....	2
III. PRINCIPALES HECHOS DEL CASO:.....	2
IV. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	8
V. DESARROLLO Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS	8
5.1. Determinar si la empresa Lindley vulneró el deber de inocuidad regulado en el artículo 30 del Código de Protección al Consumidor	8
5.2. ¿Son adecuadas las medidas correctivas impuestas por la Comisión a la Corporación Lindley?	22
5.3. ¿Resulta razonable la multa impuesta por la Sala?	24
5.4. ¿La Sala sólo debió llamar la atención a la Secretaría Técnica por la demora injustificada en la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión?.....	28
5.5. ¿Es procedente que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 evalúe el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) a la Corporación Lindley?	31
VI. CONCLUSIONES	32
VII. RECOMENDACIONES	34
VIII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

I. INTRODUCCIÓN

En 1997 la señora Shirley Sánchez Cama, adquirió en la tienda del señor Cantuarias una botella de jugo de marca la Watt's, la misma que al ser agitada dejó ver una mosca en su interior.¹ En diciembre de 2007, la señora María del Pilar Polar Cáceres compró una botella de la bebida Inca Kola personal de 296 ml en la tienda “Natali” – Cerro Colorado, percatándose que dentro de la misma existían formaciones de color crema que asemejaban ser larvas de insectos.² En el año 2014, el señor Guido Caviedes Rosas adquirió en el establecimiento de Inversiones Generales tres bebidas gaseosas de la marca Inca Kola Zero, presentando dolores estomacales después de haber consumido la segunda bebida, lo cual motivó su ingreso de emergencia al hospital Santa Rosa, donde le diagnosticaron una severa infección estomacal; posteriormente, el señor Caviedes advirtió que en el contenido de la botella se encontraba un elemento extraño.³ En 2017, la señora Luz Hermelinda Mosqueira Mendoza compró una gaseosa de marca Inca Kola de 2000 mililitros, que contenía un cuerpo extraño en su interior, aparentemente una bolsa.⁴

Las situaciones antes descritas terminaron en denuncias interpuestas ante la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi por infracción al Código de Protección al Consumidor, teniendo como común denominador a los productos que contenían un elemento extraño en su interior, impidiendo el consumo de las bebidas por parte de los consumidores.

A razón de ello, en el desarrollo del presente informe, se procederá a analizar el principio que garantiza a los consumidores el derecho a disfrutar de alimentos inocuos/seguros, lo cual puede ser vulnerado por los proveedores, como lo demostraron los casos antes citados.

¹ Ver información en la Resolución N° 0277-1999/TDC-INDECOPI, caso Shirley Sánchez Cama contra Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y Corporación José R. Lindley S.A.

² Ver información en la Resolución N° 0024-2009/SC2-INDECOPI, caso María del Pilar Polar Cáceres contra Corporación José R. Lindley S.A.

³ Ver información en la Resolución N° 3605-2015/SPC-INDECOPI, caso Guido Caviedes Rosas contra Corporación Lindley S.A.

⁴ Ver información en la Resolución N° 2850-2019/SPC-INDECOPI, caso Luz Hermelinda Mosqueira Mendoza contra Corporación Lindley S.A.

En esa línea, se presentará la justificación de la elección de la resolución, así como los antecedentes del caso y los problemas jurídicos identificados para luego realizar el análisis de cada uno de ellos; y, finalmente, se señalará las conclusiones y recomendaciones del presente informe jurídico.

II. JUSTIFICACIÓN

La elección de la Resolución 0131-2020/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor se justifica en los siguientes motivos:

- De un lado, resulta importante que la decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual sea acorde a lo establecido por el Código de Protección al Consumidor. En el caso en concreto, el órgano resolutorio debe velar que los proveedores brinden alimentos inocuos; es decir, que su ingesta no cause daño a la salud del consumidor. Y, para asegurar dicho derecho, se deberá aplicar adecuadamente el artículo 30 del Código de Protección al Consumidor.
- Y, por otro lado, si bien las decisiones que toma la Sala Especializada en Protección al Consumidor se basan en argumentos de Derecho, aún se puede encontrar fundamentos que no se encuentran debidamente motivados, un problema que se mantiene desde la Primera Instancia que resolvió el presente caso.

En el siguiente apartado, se procederá a narrar los hechos de la Resolución N° 0131-2020/SPC-INDECOPI, que posteriormente, será materia de análisis.

III. PRINCIPALES HECHOS DEL CASO:

1. El 23 de abril de 2018 el señor Kelin Day Alvarado Cuenca (en adelante, el señor Alvarado) presentó una denuncia contra la Corporación Lindley S.A. (en adelante, la empresa Lindley) ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión), por presunta infracción de la Ley N° 29572, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) alegando lo siguiente:

- El 17 de febrero de 2018 adquirió una bebida gaseosa de la marca Inca Kola en envase de vidrio de 296 ml, en el distrito de San Juan de Lurigancho; al recibirla se percató que contenía una mosca en su interior⁵.
 - Como medios probatorios presentó un Disco Compacto y fotografías del producto.
2. Mediante Resolución N° 1 del 04 de mayo de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría) admitió la denuncia imputando como hecho infractor que la empresa Lindley había elaborado una bebida gasificada de la marca Inca Kola de 296 ml en botella de vidrio con un elemento extraño (mosca) en su interior.
3. El 17 de mayo de 2018 la empresa Lindley presentó sus descargos señalando lo siguiente:
- El señor Alvarado debía presentar el producto cuestionado, bajo apercibimiento de declararse improcedente la denuncia.
 - Las condiciones de la tapa del envase del producto discutido sugerían una falsificación o manipulación de este.
 - El señor Alvarado no demostró que dentro de la gaseosa Inca Kola se encontraba un cuerpo extraño por causas imputables al proveedor.
 - La Comisión debía ordenar que se realice un examen de sellado de envase y del nivel de carbonatación del producto para determinar si este fue manipulado o adulterado, y si el producto cuestionado había sido fabricado y envasado por el denunciado.
4. Asimismo, el 17 de julio de 2018 la empresa Lindley presentó un ejemplar del producto Inca Kola de 296 ml en envase de vidrio⁶, en calidad de contramuestra para la realización de los exámenes del nivel de carbonatación del producto.

⁵ Cabe señalar que la bebida gasificada en cuestión provenía del lote N° 0368011633 con fecha de vencimiento 08 de septiembre de 2018.

⁶ La Secretaría dejó constancia en Acta que el producto con fecha de vencimiento el 08 de septiembre de 2018 provenía del lote N° 0368011635.

5. La Secretaría dispuso que el Centro Toxicológico S.A.C. – Cetox (en adelante Cetox) realizará los exámenes de hermeticidad o sellado del envase, y del nivel de carbonatación del producto cuestionado.
6. El 12 de octubre Cetox inició el peritaje a los medios probatorios y presentó los siguientes resultados:
 - El Informe de Ensayo P.M. - 00334-2018 emitido el 26 de octubre de 2018 señaló la presencia de un insecto entero sumergido en el contenido, no siendo conforme a los estándares de calidad del producto;
 - El Informe de Ensayo P.Q. - 005846-2018 y el Informe de Ensayo P.Q. - 005847-2018 emitidos el 23 de octubre de 2018 precisaron el pH⁷ del producto (2,75) y el nivel de carbonatación⁸ (1,80 volúmenes de CO₂⁹), lo cual daba certeza que los productos se encontraban herméticamente sellados y no generaban indicios de que ambos productos provengan de fabricantes diferentes.

⁷ El potencial Hidrógeno (pH) es una forma convencional y muy conveniente de expresar según una escala numérica adimensional, el grado de acidez o basicidad de soluciones acuosas diluidas. Es en realidad una medida de la actividad de los iones hidrógeno en una solución electrolítica.

(...)

Los niveles de pH son muy importantes en la elaboración de los productos alimenticios, ya que sirve como indicador de condiciones higiénicas en el proceso de transformación del producto. Por ello, en ocasiones se elige que un producto tenga un valor bajo de pH lo que permite aumentar su tiempo de conservación. Información extraída de http://www.biblioteca.udep.edu.pe/bibvirUDEP/tesis/pdf/1_197_184_140_1851.pdf (consultado el 20 de mayo de 2021).

⁸ Por definición, de una bebida carbonatada es el producto obtenido por disolución de edulcorantes nutritivos y gas carbónico en agua potable tratada, pudiendo estar adicionada de saborizantes naturales y/o artificiales, jugos de frutas, acidulantes, conservadores, emulsionantes, y estabilizantes, antioxidantes, colorantes, amortiguadores, agente de enturbiamiento, antiespumantes, y espumantes. Todos los aditivos alimentarios deben ser los permitidos por la autoridad sanitaria. Información extraída de <http://www.lamolina.edu.pe/postgrado/pmdas/cursos/dpact/lecturas/SeparataBebidas%20carbonatadas.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2021).

⁹ El contenido de CO₂ se mide en volúmenes de carbonatación. La *Food and Drug Administration (FDA)* exige que una bebida carbonatada contenga como mínimo 1 volúmenes de CO₂ A 760 MM Hg y 60° o 15.56 °C. Y si se trata de una bebida tipo “cola” la concentración de cafeína debe ser como máximo del 0.02%. Información extraída de <https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/11008/FRIAS%20QUESQU%C3%89N,%20Carlos%20Heriberto.pdf?sequence=1> (consultado el 20 de mayo de 2021).

7. A razón de ello, la Comisión mediante Resolución N° 676-2019/CC2, dispuso lo siguiente:

- Declarar la confidencialidad de la siguiente información presentada por la empresa Lindley:
 - (a) La declaración jurada del número de unidades vendidas y los volúmenes de ventas de la gaseosa de marca Inca Kola en botella de vidrio, con fecha de vencimiento el 08 de setiembre de 2018 del lote 0368011633.
 - (b) Documentos presentados el 17 de julio de 2018 y 13 de marzo.
- Declarar fundada la denuncia interpuesta por el señor Alvarado en contra de la empresa Lindley por infracción del artículo 30 del Código, por violación al deber de inocuidad, sancionándola con una multa de 36 UIT.
- En calidad de medida correctiva, ordenó a la empresa Lindley que en un plazo máximo de 15 días hábiles dispusiera lo siguiente: (a) implementar las medidas necesarias para evitar que en el proceso de producción ingresen elementos extraños a las bebidas gaseosas; y, (b) colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que fueron sancionados por elaborar una gaseosa de marca Inca Kola, con un elemento extraño (mosca) en su interior.
- Condenó a la empresa Lindley al pago de las costas y costos del procedimiento.
- La inscripción del denunciado en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, el RIS).
- Ordenó a la Secretaría el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) a Lindley, por presunta infracción al artículo 5 del Decreto Legislativo 807, toda vez que no presentó la información solicitada referida a las medidas que toma la empresa para evitar el ingreso de elementos extraños en el proceso productivo de las bebidas gasificadas.

8. La empresa Lindley apeló la Resolución N° 676-2019/CC2, presentando los siguientes argumentos:

- El 12 de octubre de 2018 Cetox realizó un peritaje de carbonatación y sellado con productos ya vencidos con fecha 08 de setiembre de 2018. En consecuencia, los resultados eran nulos e ineficaces, y no generaban certeza de que la muestra haya sido fabricada por su empresa.
 - En la Resolución N° 790-2018/SPC-INDECOPI, se exhortó a la Secretaría que procedimientos administrativos como en el presente se realicen con celeridad; no obstante, en el presente caso se realizaron diligencias innecesarias infringiendo el debido proceso e impidieron la oportuna actuación de los medios probatorios, como son los peritajes del sellado de envase y del nivel de carbonatación.
 - Se dispuso que la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante, la Digesa) realizara otra pericia, lo cual fue cuestionado por el denunciado puesto que no era posible realizar el peritaje de sellado de envase y niveles de carbonatación, en dos momentos distintos, caso contrario se quebraría la cadena de custodia tanto de la muestra y contramuestra.
 - Los resultados de los exámenes realizados por Cetox muestran niveles de carbonatación inferiores al índice mínimo de carbonatación por lo que se acredita que el producto cuestionado no provenía de la fábrica del denunciado; en consecuencia, se encuentra dentro del supuesto de exoneración de responsabilidad.
 - La Comisión infringió el deber de motivación en tanto que (a) determinó la responsabilidad de Lindley desestimando que el producto cuestionado no provenía de su fábrica; y (b) las muestras se encontraban caducas y a pesar de ello fueron sometidas a peritaje.
 - La Comisión vulneró el Principio de Verdad Material y el de Legalidad, dado que no realizó los actos de instrucción necesarios para comprobar los hechos denunciados.
9. El 18 de setiembre de 2019 el señor Alvarado reiteró los argumentos presentados en la Resolución N° 676-2019/CC2 solicitando que la decisión fuera confirmada.

10. Finalmente, a través de la Resolución N° 0131-2020/SPC-INDECOPI, la Sala especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) resuelve la controversia disponiendo lo siguiente:

10.1. Confirmó la Resolución N° 676-2019/CC2 en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Alvarado contra Lindley, por infracción del artículo 30 del Código, en tanto se acreditó que el denunciado elaboró una bebida gasificada de la marca Inca Kola en botella de vidrio de 296 ml que contenía un elemento extraño (mosca en su interior).

10.2. Confirmó la medida correctiva en el extremo que dispuso que, en el plazo máximo de quince (15) días hábiles, cumpla con implementar las medidas necesarias a efectos de evitar que durante su proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas del producto que fabrica.

10.3. Dejó sin efecto la medida correctiva en el extremo que ordenó a la empresa Lindley que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que ha sido sancionado por elaborar una gaseosa con un elemento extraño (mosca) en su interior; toda vez que la Primera Instancia no sustentó en qué medida coadyuvaría a la reversión de los efectos o la prevención del hecho infractor concreto.

10.4. Revocó la Resolución de la Primera Instancia en el extremo que sancionó a la empresa Lindley con una multa de 36 UIT; y, consecuencia, se le impuso una multa de 5 UIT por infracción del artículo 30 del Código.

10.5. Confirmó el pago de costos y costas por parte de la empresa Lindley y su inscripción en el RIS.

10.6. Llamó la atención a la Secretaría por la demora injustificada en la tramitación del presente procedimiento puesto que el examen de peritaje se realizó alrededor de cinco (5) meses después de la interposición de la denuncia.

10.7. Dispuso que la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 remita una copia de los actuados vinculados a la presunta infracción del artículo 5° del Decreto Legislativo 807, a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, a fin de que dicho órgano evalúe el inicio de un PAS a la empresa Lindley.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

Habiéndose desarrollado los hechos relevantes de la Resolución N° 0131-2020/SPC-INDECOPI, corresponde señalar los problemas jurídicos que se pasarán a analizar:

Problema principal

Determinar si la empresa Lindley vulneró el deber de inocuidad regulado en el artículo 30 del Código de Protección al Consumidor

Problemas secundarios

- a. ¿Son adecuadas las medidas correctivas impuestas por la Comisión a la Corporación Lindley?
- b. ¿Resulta razonable la multa impuesta por la Sala?
- c. ¿La Sala sólo debió llamar la atención a la Secretaría Técnica por la demora injustificada en la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión?
- d. ¿Es procedente que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 evalúe el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) a la Corporación Lindley?

V. DESARROLLO Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

5.1. Determinar si la empresa Lindley vulneró el deber de inocuidad regulado en el artículo 30 del Código de Protección al Consumidor

Cuestiones previas al deber de inocuidad

El deber de inocuidad reconoce el derecho de los consumidores a consumir alimentos inocuos, así como la responsabilidad de los proveedores de ofrecer alimentos seguros a los consumidores, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Código¹⁰.

¹⁰ Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 30.- Inocuidad de los alimentos

Los consumidores tienen derecho a consumir alimentos inocuos. Los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria.

Asimismo, diferentes autores han definido a la inocuidad de los alimentos, en los siguientes términos:

En el sistema jurídico peruano tenemos que la inocuidad alimentaria es la garantía de que un alimento no contenga agentes o peligros físicos, químicos o biológicos en niveles o de naturaleza tal, que causen daño a consumidor cuando sea preparado o ingerido de acuerdo al uso que se destine. (Sánchez, 2015, 86)

El deber básico del fabricante consistente en la prohibición de colocar en el mercado productos inseguros en caso de utilización de acuerdo con su finalidad, o de una manera racionalmente previsible, permite a los consumidores confiar en la inocuidad del producto, liberándolos de la pesada carga de verificar por sí mismos su carácter seguro. (Contreras, 2019, p.25)

El sistema de prerrequisitos consiste en asegurar una serie de prácticas higiénicas y condiciones ambientales y operativas encaminadas a la producción de alimentos inocuos. Es decir, se trata de aplicar medidas muy básicas para que se puedan elaborar alimentos en un entorno seguro. Por ejemplo, que no haya plagas de insectos o roedores, que el agua utilizada en la limpieza y en la fabricación sea potable, que las instalaciones y la maquinaria estén limpias y desinfectadas, etc. (Lureña, 2012)

Por lo expuesto, el deber de inocuidad garantiza que el consumidor reciba un producto alimenticio que no genere daños a la salud o que no contenga algún agente extraño, a fin de garantizar la ingesta de alimentos sanos y libre de cualquier patógeno que ponga en riesgo la salud del consumidor.

Por otro lado, cabe diferenciar entre el deber de idoneidad y de inocuidad. De acuerdo con el artículo 18 del Código¹¹, el deber de idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera recibir de un producto o servicio en general y lo que

¹¹ **Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 18.- Idoneidad**

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

efectivamente recibe, mientras que el deber de inocuidad se centra en garantizar que un producto alimentario no genera daños o riesgos a la salud del consumidor.

Lo señalado ha sido ratificado por el Tribunal en la Resolución N° 0434-2019/SPC-INDECOPI, en los siguientes términos:

Tenemos los artículos 18 y 19, los cuales establecen el deber de idoneidad, concepto que podría entenderse que vela de un modo general por la seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado. No obstante, para el caso de alimentos, tenemos el artículo 30 del Código, el cual vela por la inocuidad de los mismos, no siendo necesaria para su constitución, la ingesta de un producto alimentario sino únicamente determinar el rasgo de nocividad que este tenga ante un potencial consumo.

De esta manera, para aquellos casos en los cuales se analice concretamente la potencial afectación de la salud de los consumidores por la ingesta de alimentos, este Colegiado considera que, en aplicación del Principio de Especialidad, la responsabilidad del proveedor deberá ser evaluada únicamente bajo el marco legal del deber de inocuidad. (Sala Especializada en Protección al Consumidor, 2019, p. 7)

En relación con lo expuesto, dado que el presente caso versa sobre la potencialidad afectación a la salud del denunciante por la bebida gasificada que contiene un elemento extraño (mosca) en su interior, corresponderá aplicar el deber de inocuidad en concordancia con el principio de especialidad.

Sobre la responsabilidad

El artículo 30 del Código señala que los proveedores son los responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado. En esa misma línea, el artículo 104 del mismo cuerpo normativo menciona que la carga probatoria de acreditar que no es responsable por la falta de inocuidad del bien colocado en el mercado recae sobre el proveedor¹². Del mismo modo, el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1062,

¹² **Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor**

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

Ley de Inocuidad de los Alimentos¹³, señala que los proveedores deben suministrar alimentos sanos y seguros.

Adicionalmente, respecto a la responsabilidad por los alimentos que son o potencialmente dañinos para la salud del consumidor, el autor Sánchez (2015) ha mencionado lo siguiente:

Los primeros responsables de la inocuidad en la cadena de la industria alimentaria son los fabricantes de alimentos, distribuidores y comerciantes de animales, agroquímicos, ganaderos, agricultores, productores, transportistas, distribuidores, comerciantes y manipuladores.

En segundo lugar, de responsabilidad de la inocuidad alimentaria en la cadena son las autoridades competentes nacionales y extranjeras porque son aquellas que deben controlar y garantizar el cumplimiento de esta obligación a través de los sistemas de vigilancia y control.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

¹³ Decreto Legislativo N° 1062. Ley de Inocuidad de los Alimentos. Artículo 5.- Obligaciones de los proveedores

Los proveedores deben suministrar alimentos sanos y seguros, siendo responsables directos por la inocuidad de los alimentos, en tal sentido están obligados a:

1. Cumplir con las normas sanitarias y de calidad aprobadas por la Autoridad de Salud de nivel nacional, las normas de la presente Ley, su Reglamento y disposiciones complementarias y, en lo que corresponda, las normas de rotulado.
2. Asegurar que el personal que intervenga en todas y cualquiera de las fases de la cadena alimentaria, cumpla con realizarlo conforme a los Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius.
3. Asegurar que el manejo poscosecha, la fabricación, elaboración, fraccionamiento, almacenamiento y expendio de alimentos se realice en locales que reúnan las condiciones de ubicación, instalación y operación sanitaria y de inocuidad adecuadas, conforme a los Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius.
4. Garantizar y responder, en el caso de alimentos elaborados industrialmente envasados, por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase. Dichos envases deben ser inocuos.
5. Brindar información, en el caso de alimentos elaborados industrialmente de manufactura nacional, en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida. Tratándose de alimentos elaborados industrialmente de manufactura extranjera, deberá brindarse en idioma castellano la información relacionada con el producto, las condiciones de las garantías, las advertencias y riesgos previsible, así como los cuidados a seguir en caso se produzca un daño
6. Adoptar, en caso que se coloque en el mercado alimentos en los que posteriormente se detecte la existencia de peligros no previstos, las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los alimentos, disponer su sustitución, e informar a los consumidores oportunamente las advertencias del caso.

En tercer lugar, de responsabilidad, tenemos a los consumidores, quienes tienen la responsabilidad de almacenar, manipular y cocinar los alimentos de manera apropiada. (p. 86)

Por lo expuesto, queda claro que la principal responsabilidad de brindar un alimento inocuo para los consumidores recae en los proveedores, así como la carga procesal de sustentar y probar que no es responsable por la falta de inocuidad del producto.

Aplicación del deber de inocuidad en el caso en concreto

De los hechos desarrollados, se desprende que el 17 de febrero de 2018 el señor Alvarado adquirió una bebida gaseosa de la marca Inca Kola de 296 ml con fecha de vencimiento el 08 de setiembre de 2018 y perteneciente al lote N° 0368011633 la cual contenía un elemento extraño (mosca) en su interior. Frente a lo sucedido, el señor Alvarado presentó una denuncia ante la Comisión por violación al artículo 30 del Código.

Por otro lado, la empresa Lindley, en calidad de contramuestra, presentó una bebida gasificada de la marca Inca Kola de 296 ml, en la cual se aprecia que el lote de fabricación varía en sus últimas dos cifras (0368011635), pero coincidían en la misma fecha de vencimiento (08 de setiembre de 2018).

Con dichos medios probatorios, la Secretaría ordenó que se realizaran los peritajes para acreditar si (a) el producto fue adulterado o manipulado; y (b) si el producto provenía de la empresa fabricante del denunciado, ello con la finalidad de determinar la procedencia del producto cuestionado.

Para comprender los resultados del peritaje realizado por Cetox el 12 de octubre de 2018, se muestra el siguiente cuadro:

Muestra	Cantidad/Presentación	Lote y fecha de vencimiento	Tipo de examen	Resultados
Gaseosa “Inca Kola” (muestra del producto cuestionado)	01 unidad/botella de vidrio de 296 ml	Lote N° 0368011633/F.V. 08/09/2018	Sellado del envase y nivel de carbonatación	-En el producto cuestionado, se comprobó la presencia de un insecto entero sumergido.
Gaseosa “Inca Kola” (contramuestra)	01 unidad/botella de vidrio de 296 ml	Lote N° 0368011635/F.V. 08/09/2018	Sellado del envase y nivel de carbonatación	-Los ensayos no mencionan que el

				<p>producto cuestionado presentara evidencias de abertura o manipulación.</p> <p>-El nivel de carbonatación es igual en ambos productos lo cual evidencia que ambos productos provienen del mismo fabricante.</p>
--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Cuadro N° 01: Resultados del peritaje realizado por Cetox – elaboración propia

Como se puede observar del cuadro N° 1, se obtuvo como resultados, para el producto cuestionado, la presencia de un insecto entero sumergido en su contenido; asimismo, no se evidencia la abertura o manipulación de la tapa del producto cuestionado, y, finalmente, el nivel de carbonatación es igual al de la muestra (1,80 volúmenes de CO₂).

La empresa Lindley cuestionó los resultados alegando que los peritajes se realizaron cuando los productos ya habían vencido, lo cual no generaba convicción sobre la real condición de las muestras, por lo que los consideraba nulos e ineficaces.

Cabe señalar que la denuncia fue presentada en el mes de abril de 2018 y el peritaje se realizó en el mes de agosto. Es decir, los exámenes se realizaron casi 6 meses después de que se interpuso la denuncia y un mes después desde de que venciera el producto en cuestión.

Sobre ello, la Sala ha reconocido que, si bien los productos de muestra y contramuestra se encontraban vencidos al momento de realizarse el peritaje y presentaban un descenso en el CO₂, ello no alteraba el resultado de las pruebas, puesto que ambos productos tuvieron un resultado igual en el nivel de carbonatación, demostrando que provenían de la misma fabricante.

Asimismo, la Sala ha precisado que con la Resolución N° 2850-2019/SPC-INDECOPI (emitida el 14 de octubre de 2019) hubo un cambio de criterio con respecto a la flexibilización del examen de carbonatación.

Anteriormente, el Tribunal tenía la siguiente posición:

1. Se consideraba que el nivel de carbonatación constituía una prueba directa e inmediata para establecer la originalidad de una bebida gasificada.

2. El análisis de carbonatación debía realizarse cuando el producto cuestionado estuviera dentro de la fecha de vencimiento, de lo contrario, se afectaría la idoneidad del medio probatorio.

Sin embargo, en base a la posición que antes asumía, se declararon infundadas varias denuncias¹⁴ de consumidores por elementos extraños en el interior del envase de una bebida gasificada.

A razón de ello, la Sala ha considerado cambiar de criterio del siguiente modo:

Flexibilizar la valoración que se venía efectuando al examen de carbonatación de una bebida gasificada dentro de su fecha de vencimiento; dado que era considerada como única prueba directa e inmediata para corroborar la autenticidad del producto cuestionado, pese a que, las particularidades del caso concreto, podrían requerir la actuación de otros medios probatorios que complementen dicho examen para generar convicción en la autoridad sobre la autenticidad del producto, siendo que no debería destacarse *a priori* el valor probatorio que pudiera tener una evaluación de ese tipo en un producto vencido. En todo caso, la resolución del caso concreto debe basarse en el análisis conjunto de los medios probatorios presentados por las partes del procedimiento, aplicando las reglas de la carga de la prueba, sin asignarse a uno u otro medio probatorio, un valor preestablecido. (Sala Especializada en Protección al Consumidor, 2019, p. 11)

Es decir, en pronunciamientos anteriores a la Resolución N° 2850-2019/SPC-INDECOPI, la Sala consideraba al examen de carbonatación como el único medio probatorio que determinaba la procedencia de la bebida gasificada, y para obtener un resultado adecuado el producto cuestionado tenía que estar dentro de la fecha de vencimiento. No obstante, el nuevo criterio se basa en el análisis en conjunto de los medios probatorios, sin asignarse un valor preminente a algún medio probatorio, flexibilizándose el examen de carbonatación.

¹⁴ Ver Resolución 2603-2010/SC2-INDECOPI del 17 de noviembre de 2010; Resolución 2794-2010/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2010, Resolución 670-2012/SC2-INDECOPI del 8 de marzo de 2012, Resolución 980-2012/SC2- INDECOPI del 3 de abril de 2012, Resolución 1735-2012/SC2-INDECOPI del 11 de junio de 2013, Resolución 1070- 2018/SPC-INDECOPI del 9 de mayo de 2018, Resolución 2555-2018/SPC-INDECOPI del 26 de setiembre de 2018.

Frente a ello, surge la pregunta ¿cuál fue el motivo del cambio de criterio? Para dar respuesta a la interrogante, a continuación, se repasará algunos conceptos relacionados a las bebidas gasificadas.

Bebidas carbonatadas

El autor Guevara (2015) señala lo siguiente:

Es el producto obtenido por disolución de edulcorantes nutritivos y gas carbónico en agua potable tratada, pudiendo estar adicionada de saborizantes naturales y/o artificiales, jugos de frutas, acidulantes, conservadores, emulsionantes, y estabilizantes, antioxidantes, colorantes, amortiguadores, agentes de enturbiamiento, antiespumantes, y espumantes. Todos los aditivos alimentarios deben ser los permitidos por la autoridad sanitaria. (p. 1)

Asimismo, mencionan que “la carbonatación de bebidas refrescantes requiere CO₂¹⁵ en forma de compuesto gaseoso a alta presión. El objetivo es liberar la mínima cantidad posible de CO₂ y lograr una proporción óptima en la mezcla”. (Drager, p. 3)

En otras palabras, las bebidas carbonatadas se encuentran compuestas por el dióxido de carbono (CO₂), el cual es utilizado como estabilizador del sabor o para preservar el sabor de la bebida, este elemento químico se incorpora al agua tratada y se le puede adicionar endulzantes, saborizantes, colorantes, entre otros aditivos alimenticios.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, la Sala consideraba al examen de carbonatación como el único medio probatorio para demostrar la originalidad de las bebidas gasificadas, y se encontraban condicionadas a que estas tenían que estar dentro de la fecha de vencimiento; por lo contrario, no se tendría un adecuado resultado.

Respecto a ello, la Sala ha advertido que el nivel de carbonatación de un producto gasificado disminuye conforme pasa el tiempo, lo cual puede deberse a diversos

¹⁵ El dióxido de carbono (CO₂) es una de las sustancias más importantes en la producción de refrescos, vino, cerveza o vino espumoso de calidad estándar. Se utiliza de diversas formas:

Quizás la aplicación más conocida es la adición de dióxido de carbono como estabilizador del sabor. Su uso obedece principalmente a los hábitos de consumo y las preferencias de sabor específicos de cada país. Otro uso común del CO₂ es el lavado de piezas o las unidades de llenado. Se utiliza para desplazar el oxígeno, reducir la formación de espuma y preservar así el sabor de la bebida. Al mismo tiempo, en el proceso de maduración o fabricación se emite también CO₂.

Drager (S/F). *Control fiable de CO₂ en la industria de bebidas*. Alemania. <https://www.draeger.com/Library/Content/Control%20CO2%20industria%20bebidas.pdf>

factores; por ello, el análisis del nivel de carbonatación, por sí solo, no resultaría determinante a fin de corroborar la autenticidad del producto.

Sobre este último punto, coincidimos con la postura de la Sala en la medida que autores como Méndez (2018) han mencionado lo siguiente:

El nivel de carbonatación disminuye con el tiempo, como resultado de los mecanismos de permeación o difusión a través de las paredes de la botella. Esto se debe a que la vida útil de un alimento o una bebida envasada dependerá de la resistencia o barrera que las paredes del envase plástico sean capaces de ofrecer a diversos compuestos que se difunden a través de ellos (pérdida de CO₂ o ingreso de oxígeno O₂).

Adicionalmente, el autor en referencia ha mencionado en otro artículo que en los envases de bebidas carbonatas se presentan cuatro mecanismos de permeación:

- Pérdida de dióxido de carbono, que hace que una bebida pierda su efervescencia.
- Pérdida de vapor de agua, que puede reducir el nivel de llenado.
- Absorción de oxígeno, que puede causar la degradación del producto.
- Pérdida de aroma, que puede afectar el sabor.¹⁶

Con lo expuesto, se obtiene la misma conclusión a la que llegó la Sala, esto es, que el nivel de carbonatación no es constante y puede variar con el tiempo por los factores antes señalados. En consecuencia, coincidimos en la argumentación que la fecha de vencimiento de una bebida gasificada no es determinante para comprobar la originalidad del producto cuestionado, será necesario evaluarlo con los otros elementos probatorios para determinar la originalidad del producto.

En este sentido y conforme a los resultados de análisis efectuados, queda comprobado que el producto cuestionado no presenta indicios de que haya sido manipulado, asimismo se acreditó que proviene de la empresa Lindley, y que en su interior se encontraba un elemento extraño (mosca).

¹⁶ Méndez, A. (2018) *Introducción sobre propiedades de barrera del PET, parte I*. *Plastics Technology*. México, Centro de Investigación en Química Aplicada. <https://www.pt-mexico.com/articulos/introducci%C3%B3n-sobre-propiedades-de-barrera-parte-1->

Por otro lado, respecto a la carga probatoria que posee Lindley para desacreditar los hechos que se le imputan, ello de conformidad a lo establecido en los artículos 30 y 104 del Código. El denunciado presentó con fecha 17 de julio de 2018 lo siguiente:

1. Informe de Nivel de Carbonatación del producto Inca Kola 296 ml expedido por la Gerente de Aseguramiento de la Calidad de Corporación Lindley S.A.¹⁷
2. Un ejemplar del producto Inca Kola 296 ml con fecha de vencimiento el 08 de setiembre de 2018 y lote N° 0368011635.

Con relación a ello, la Sala señaló que el denunciado no ha presentado medios probatorios que demuestren fehacientemente que el producto en cuestión no fue fabricado por él, se encuentre adulterado o que la introducción del elemento extraño no le fuera atribuible; en consecuencia, la empresa Lindley no acreditó que la responsabilidad por la falta de inocuidad no le fuera imputable.

Por otra parte, respecto a la mosca que se encontró en el interior de la bebida Inca Kola de 296 ml, algunos autores han señalado lo siguiente: “la presencia de moscas en zonas próximas a núcleos humanos representa un serio riesgo sanitario. Las enfermedades más importantes transmitidas por las moscas a las personas y a los animales domésticos son intestinales e infecciones oculares” (Quiceno, Bastidas y otros autores, 2010, p. 24). Adicionalmente, añaden que:

En las moscas domésticas, existe evidencia de que su contacto con nuestros alimentos puede representar un vehículo transmisor de enfermedades como cólera, disentería o salmonelosis, entre otras, ya que en sus patas puede transportar patógenos cuya presencia es común en materia fecal y basura en estado de putrefacción. (Centro de Investigación en Alimentos y Desarrollo, 2021)

Entonces, no queda duda que las moscas son un riesgo para la salud humana, por ser un vehículo transmisor de diferentes enfermedades.

¹⁷ **Resolución N° 676-2019/CC2 (párrafos 27 y 28).**-

La Comisión declaró la confidencialidad de información respecto al “Informe de Nivel de Carbonatación”, en tanto contiene información específica respecto a nivel de carbonatación que contienen los productos Inca Kola de 296 ml, así como el proceso de envasado de bebidas gasificadas de los productos, los cuales resultan importantes dentro de la actividad comercial que desarrolla, por lo que, no debería estar expuestos a terceros.

En ese sentido, la Comisión determinó que dicha información deberá ser mantenida en reserva de manera indefinida, en tanto constituye un secreto comercial cuya divulgación podría ser utilizada por sus competidores para su propio beneficio.

Ahora bien, mediante Resolución N° 0171-2018/SPC-INDECOPI, la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

Debe precisar que el deber de inocuidad de un alimento implica que su preparación deber ser apta para el consumo humano, guardando dicho concepto una estrecha relación con el efecto nocivo que este puede producir en los consumidores. en ese sentido, para la configuración de una infracción de este deber, no necesariamente debe acreditarse la afectación particular por la ingesta de un alimento, sino que **deberá determinarse el rasgo de nocividad que este posee ante un potencial consumo por parte de un administrado.** Por ejemplo, aquellos casos consistentes en la presencia de un elemento extraño, corresponderá acreditar la nocividad de este, sin necesidad de comprobar la afectación causada particularmente en el consumidor. (Sala Especializada en Protección al Consumidor, 2018, p. 08) (el resaltado es nuestro)

En consecuencia, dada la naturaleza de los alimentos, no es necesario que estos sean ingeridos para que se configure una infracción al deber de inocuidad, puesto que al encontrarse una mosca en el interior de la bebida gasificada ya resulta nocivo para la salud del consumidor, a pesar de que este no haya sido consumido.

Con todo lo antes expuesto, corresponde absolver el principal problema jurídico: ¿la empresa Lindley vulneró el deber de inocuidad regulado en el artículo 30 del Código? La respuesta es afirmativa debido a que se ha demostrado que en la bebida gasificada de marca Inca Kola se encontró un elemento extraño (mosca) en su interior, incumpliendo con el deber de inocuidad y poniendo en riesgo la salud del señor Alvarado.

Deber general de seguridad

Sin perjuicio de la conclusión arribada en el párrafo anterior, es importante hacer referencia al deber general de seguridad el cual se encuentra regulado en el artículo 25 del Código¹⁸ y dispone que los productos y/o servicios ofertados en el mercado

¹⁸ Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 25.- Deber general de seguridad

Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

no deben conllevar riesgos injustificados o inadvertidos para la salud o seguridad de los consumidores.

Adicionalmente, se encuentra reconocido en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú¹⁹ el cual menciona que el Estado defiende el interés del consumidor y del usuario, así como la salud y la seguridad de la población.

Respecto a ello, el autor Durand (1995) menciona que:

El consumidor merece una protección enérgica contra productos, proceso de producción y servicios que, en condiciones normales o previsibles represente riesgo o peligro para la salud o seguridad física. Asimismo, el consumidor tiene la protección respecto de los daños físicos que pudiera sufrir respecto al consumo de alimentos envasado, aditivos y otros que no deben presentar riesgo alguno para la salud. (p.423)

En efecto, los productos y/o servicios ofrecidos en el mercado no deben causar daño a la salud de los consumidores. Adicionalmente, el proveedor tiene el deber de evitar la presencia de elementos extraños y peligrosos tanto en el proceso productivo del producto como en el servicio que brinda, lo cual se encuentra estrechamente unido al deber de inocuidad del cual ya se habló extensamente.

Dado que los consumidores pueden verse afectados por alimentos que causen daño a la salud. Surge la interrogante de ¿quién es el órgano competente en vigilar el cumplimiento sanitario de los alimentos?

Competencias de las entidades públicas en materia de alimentos

El artículo 8 del Decreto Supremo N° 007-98-SA, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas²⁰ faculta al Indecopi la vigilancia en materia de rotulado y publicidad de alimentos y bebidas.

¹⁹ **Constitución Política del Perú. Artículo 65.- Protección al consumidor**

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población

²⁰ **Decreto Supremo N° 007-98-SA. 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.

Por otro lado, mediante el artículo 12 del Decreto Supremo N° 034-200-AG, Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos se establece que la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA²¹ (en adelante, Digesa) se encuentra facultada de la vigilancia sanitaria de los alimentos elaborados industrialmente.

Asimismo, mediante Resolución N° 223-2018/SPC-INDECOPI – GLORIA S.A. vs. ASPEC – se dispuso el marco de regulación de los productos alimenticios de la siguiente manera:

- a. El control *ex ante* lo realiza la Digesa dicha institución cumple un rol preponderante en su tarea de velar por que todos los productos alimenticios que serán comercializados no afecten la salud de los ciudadanos. Para ello, dicha institución deberá efectuar acciones de calidad y vigilancia sanitaria, siendo parte de esta política, otorgar la inscripción de los registros sanitarios de aquellos productos que cumplan con aquel rasgo de inocuidad necesario para su potencial consumo.
- b. El control *ex post* viene a ser constituido por la función de velar que, entre otros, en el marco de prestación de bienes y servicios (mercado), los consumidores tengan a su alcance la información adecuada para realizar una óptima decisión de consumo. En el caso particular de alimentos y bebidas, dicha tarea ha sido encomendada al Indecopi, quien tiene que ejercer un control consistente en vigilar el cumplimiento de cada uno de los componentes del etiquetado, lo cual contiene entre sus disposiciones, que el nombre o denominación de este tipo de productos refleje la verdadera naturaleza de su composición.

De lo expuesto, se puede apreciar que la Digesa tendrá un control *ex ante* respecto a la vigilancia sanitaria de los alimentos, mientras que el Indecopi tendrá una evaluación *ex post* respecto al etiquetado, información y publicidad de los alimentos. En consecuencia, bajo el control *ex ante*, corresponde a la Digesa realizar una

²¹ **Decreto Supremo N° 034-200-AG. Artículo 12.- Vigilancia sanitaria de los alimentos elaborados industrialmente (fabricados)**

La vigilancia sanitaria de los alimentos elaborados industrialmente (fabricados), que incluye la vigilancia de contaminantes físicos, químicos y biológicos que puedan afectar a estos alimentos, de acuerdo al artículo 6 y los numerales 3, 5 y 9 del artículo 15 de la Ley, están a cargo del Ministerio de Salud a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA.

evaluación sanitaria de los productos alimenticios, lo cual implica controlar el proceso productivo de los alimentos elaborados industrialmente.

Retomando al caso, recordemos que la empresa Lindley ha infringido el deber de inocuidad en tanto elaboró una bebida gasificada de marca Inca Kola con un elemento extraño en su interior (mosca), poniendo en peligro la salud del consumidor que pudiese ingerirlo. Sin embargo, consideramos que esta falta de inocuidad se pudo haber evitado si la empresa Lindley contaba con los medios adecuados para evitar que ingrese algún elemento extraño en la etapa de producción.

Asimismo, de los peritajes realizados, resulta incierto determinar si la mosca sólo contaminó el contenido de la botella del producto cuestionado; o contaminó a las demás bebidas gasificadas del lote. Lo cual nos lleva un estado de incertidumbre al no poder determinar en qué parte del proceso productivo se infiltró el elemento extraño y si este afectó a las otras bebidas gasificadas del mismo lote.

No obstante, el solo hecho de encontrarse un elemento extraño dentro un producto alimenticio pone en peligro la salud del consumidor; puesto que, “las enfermedades transmitidas por alimentos como consecuencia de patógenos microbianos, biotoxinas y contaminaciones químicas representan graves amenazas para la salud de miles de millones de personas” (FAO, p. 31). A razón de ello, consideremos que en su control *ex ante* por parte de la Digesa, debería supervisar que la empresa Lindley cumpla con todas las medidas adecuadas para evitar que elementos extraños se filtren en el proceso productivo de la gaseosa Inca Kola. Y, en caso esto no fuese cumplido por la empresa Lindley, se deberá aplicar el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos:

Artículo 24.- Medidas sanitarias de seguridad

Constituye medida sanitaria de seguridad toda acción preventiva y de control, de ejecución inmediata, que realizan las Autoridades competentes, ante un peligro o riesgo para la salud pública.

Dichas autoridades, podrán dictar las siguientes medidas sanitarias de seguridad en cualquiera de las fases de la cadena alimentaria:

- a. Inmovilización;
- b. Retiro del mercado de alimentos y piensos;
- c. Suspensión de actividades;
- d. Cierre temporal del establecimiento;

- e. Comiso o decomiso;
- f. Incautación; y
- g. Disposición final.

Ahora bien, consideramos que la Sala debió evaluar, adicionalmente, el deber general de seguridad de los productos, puesto que es evidente que afecta directamente a la salud y seguridad de los consumidores, como ya lo hemos expuesto.

Por otro lado, si bien, no es materia del presente Informe Jurídico realizar una evaluación exhaustiva respecto a las funciones de la Digesa, ello no excluye señalar las competencias que posee la Digesa frente a casos como este que se presentan reiteradas veces ante la Comisión de Protección al Consumidor, lo cual denota que la autoridad de control *ex ante* debe tener mayor rigurosidad en la evaluación sanitaria; y, un mayor control con relación al proceso productivo de la gaseosa Inca Kola. Respecto a la reincidencia de la infracción al deber de inocuidad, se desarrollará más adelante.

5.2. ¿Son adecuadas las medidas correctivas impuestas por la Comisión a la Corporación Lindley?

La Primera Instancia impuso como medidas correctivas a la empresa Lindley que en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con lo siguiente:

- (i) Implementar las medidas necesarias a efectos de evitar que durante su proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas de la bebida gaseosa de marca Inca Kola de 296 ml no descartable que fabrica; y,
- (ii) Colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que han sido sancionados por elaborar una gaseosa de marca Inca Kola en botella de vidrio de 296 ml, lote N° 0368011633 y fecha de vencimiento 08 de setiembre de 2018, con un elemento extraño en el interior del mismo.

Respecto al primero punto, es conveniente citar los comentarios realizados por Carbonell O'Brien (2018) al artículo 30 del Código:

La inocuidad alimentaria es un proceso que asegura la calidad en la producción y elaboración de los productos alimentarios. Garantiza la obtención de alimentos sanos y nutritivos y libres de peligros para el consumo de la población.

La preservación de alimentos inocuos implica la adopción de metodologías que permitan identificar y evaluar los potenciales peligros de contaminación de los alimentos en el lugar que se producen o se consumen, así como la posibilidad de medir el impacto que una enfermedad transmitida por un alimento contaminado puede causar a la salud. Finalmente, establece que los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria. (p. 162)

Del mismo modo, los artículos 4 y 5 del Decreto Legislativo 1062, Ley de Inocuidad de los Alimentos²², mencionan que las personas tienen derecho a consumir alimentos y que son los proveedores los obligados a suministrar alimentos sanos y seguros.

Por otro lado, se tiene que “la medida correctiva es un acto procedimental que tiene por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro” (Carbonell, 2018, p. 418). Lo antes citado se da de conformidad con lo establecido en el artículo 116 del Código²³.

En consecuencia, la medida correctiva referida a “implementar las medidas necesarias para evitar que durante el proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas de las bebidas gasificadas”, resulta concordante con lo dispuesto por los artículos 30 y 116 del Código y la Ley de Inocuidad de los Alimentos, en la medida que se busca evitar que la infracción al deber de inocuidad se produzca nuevamente en el futuro. Asimismo, son los proveedores los

²² **Decreto Legislativo N° 1062, Ley de Inocuidad de los Alimentos**

Artículo 4.- Derechos de los consumidores

Toda persona tiene derecho a:

1. Consumir alimentos inocuos. En el caso de alimentos de procedencia extranjera, únicamente se permitirá la importación de aquellos cuya producción, comercialización y consumo estén permitidos en el país de origen por no constituir riesgo para la salud.
(...)

Artículo 5.- Obligaciones de los proveedores

Los proveedores deben suministrar alimentos sanos y seguros, siendo responsables directos por la inocuidad de los alimentos, en tal sentido están obligados a:

1. Cumplir con las normas sanitarias y de calidad aprobadas por la Autoridad de Salud de nivel nacional, las normas de la presente Ley, su Reglamento y disposiciones complementarias y, en lo que corresponda, las normas de rotulado.
(...)

²³ **Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias**

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (...)

responsables de brindar alimentos inocuos, a fin de evitar y prevenir potenciales peligros de contaminación en los alimentos de los consumidores.

Con relación a la segunda medida correctiva, la Sala alega que la Primera Instancia no motivó las razones que justifiquen ordenar que la empresa Lindley publique un aviso de circulación nacional, a través del cual informe haber sido sancionada, y mucho menos especificó el efecto que esta medida tendría respecto de la reversión de efectos o prevención del hecho infractor.

El literal e) del artículo 116 del Código²⁴ permite imponer como medida correctiva complementaria la publicación de avisos rectificatorios o informativos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado, tomando en consideración los medios que resulten idóneos.

Ahora bien, recordemos que “las medidas correctivas buscan revertir los efectos que la infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro, generando un mercado de bienestar, tolerancia y equilibrio entre los agentes económicos” (Carbonell, 2018, p. 424).

Por lo expuesto, concordamos con lo señalado por la Sala respecto a la falta de motivación de la imposición de la segunda medida correctiva; toda vez que no se puede apreciar que dicha sanción contribuya a revertir los efectos de la conducta infractora o a evitar que se produzca en el futuro; en la medida que ya quedó claro que es obligación del proveedor proporcionar alimentos inocuos, y es un derecho del consumidor consumir alimentos libres de generar algún daño a la salud.

5.3. ¿Resulta razonable la multa impuesta por la Sala?

Respecto a las multas administrativas, Marroquín (2017) menciona lo siguiente:

En el ámbito administrativo sancionador, las sanciones pecuniarias obedecen a la imputabilidad del hecho a consecuencia de la trasgresión de la norma o a su simple

²⁴ **Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias**

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

(...)

e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.

incumplimiento, ello a que se atribuye responsabilidad directa al infractor; señalándole como responsable, sin importar los efectos del fenómeno económico que produce en el infractor, ya que se protege en primer lugar la simple puesta en peligro de un bien jurídico basado en un ilícito que en lo particular está despenalizado con relevancia social. (p.49)

Con lo cual, las multas administrativas responden al incumplimiento de un mandato legal por parte de los administrados; asimismo, “buscan forzar al individuo a que cumpla con cierta obligación”. (Ramírez, 2007, p. 279)

En esta misma línea, de acuerdo con el artículo 110 del Código²⁵, el órgano administrativo puede sancionar las infracciones administrativas con amonestaciones o multas hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, la graduación dependerá de la gravedad de infracción administrativa. Así también, el artículo 112 del Código²⁶ considera como agravantes especiales la reincidencia o incumplimiento reiterado de la falta.

Por otro lado, el artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444²⁷ regula los principios de la potestad sancionadora, entre ellos se encuentra el principio de razonabilidad, el cual dispone que la comisión de una conducta no resulte más ventajosa para el

25 Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 110.- Sanciones administrativas

El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

(...)

26 Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

(...)

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencias o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

(...)

27 TUO de la Ley 27444. Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

- 3) Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

(...)

infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Respecto a este principio, la autora Indacochea (2008) menciona lo siguiente:

La razonabilidad implica evaluar si las restricciones que se imponen a los derechos o a la libertad de los individuos se adecuan a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como injustificadas o arbitrarias, sino como razonables; esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se quiere alcanzar con ellas. (p. 103)

En ese sentido, dado que las sanciones administrativas tienen como finalidad “la prevención de una conducta, evitar una acción u omisión que ha sido tipificada como infracción administrativa” (Soto, 1998, p. 327), estas no pueden ser aplicadas de manera arbitraria o desproporcionada; por el contrario, deberán emplearse de manera adecuada y conforme a la gravedad del caso concreto.

En el caso, la Primera Instancia sancionó a la empresa Lindley con una multa de 36 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT); sin embargo, la Sala revocó dicha decisión y graduó la multa en 5 UIT, por infracción al deber de inocuidad.

La Sala redujo la multa en base a lo siguiente:

1. El “beneficio ilícito” obtenido por la empresa Lindley estaría representada solamente por la ganancia obtenida por la venta de la bebida gasificada; cantidad que, en el presente caso, representa una cantidad ínfima que no refleja la gravedad de la sanción.
2. La Sala incluyó como factor de graduación el daño causado al consumidor; que, en este caso, fue un daño potencia; puesto que el producto cuestionado no fue consumido.
3. La Sala no estuvo de acuerdo con los factores agravantes: (i) lo evaluado constituye una situación particular, que por sí misma no evidencia la existencia de una potencial afectación colectiva a los consumidores; y, (ii) la puesta en riesgo de la vida y salud de los consumidores no califica como agravante.
4. En casos similares como en el presente, se impuso una multa de 5 UIT; por lo que, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y predictibilidad, corresponde sancionar a la empresa Lindley con una multa de 5 UIT.

Sin embargo, consideramos que la Sala debió considerar como agravante la reincidencia en el incumplimiento de la norma.; toda vez que se han presentado los siguientes casos en los últimos años:

1. Resolución N° 0041-2019/INDECOPI-CAJ sobre el Expediente N° 0051-2017/CPC-INDECOPI-CAJ del 06 de febrero de 2019

En el presente caso, se tiene como partes a la señora Luz Mosqueira Mendoza y la Corporación Lindley S.A., la materia de la controversia versa sobre la infracción al deber de idoneidad, puesto que se encontró en una bebida gasificada de marca Inca Kola de 2000 mililitros un cuerpo extraño (una bolsa).

La Comisión resolvió sancionar a la empresa Lindley con una multa de 5 UIT por infracción a los artículos 18 y 19 del Código.

2. Resolución N° 0912-2020/SPC-INDECOPI sobre el Expediente N° 574-2019/CC2 del 25 de junio de 2020

En el presente caso, se tiene como partes al señor Ronald Quispe Navarro y a la Corporación Lindley S.A., la materia de la controversia versa sobre la infracción al deber de inocuidad; puesto que se encontró en una bebida gaseosa de marca Inca Kola de dos litros (2L) un elemento extraño que se asemejaba a un gusano.

La Sala resolvió revocar la Resolución de Primera Instancia que sancionaba con una multa de 18 UIT; y, en consecuencia, imponer una multa de 5 UIT por infracción del artículo 30 del Código.

3. Resolución N° 0762-2021/SPC-INDECOPI sobre el Expediente N° 1059-2019/CC2 del 07 de abril de 2020

En el presente caso, se tiene como partes a la señora Yngrid Quiroz Urbina y a la Corporación Lindley S.A., la materia de la controversia versa sobre la infracción al deber de inocuidad; debido a que se encontró en una bebida gaseosa de marca Inca Kola de 625 ml un elemento extraño (pedazo de plástico).

La Sala resolvió revocar la Resolución de Primera Instancia que sancionaba con una multa de un (1) UIT; y, en consecuencia, imponer una multa de 5 UIT por infracción del artículo 30 del Código.

Como se puede observar, de los casos recién aludidos, son reiterados las denuncias que se han presentado en los últimos tres años, sin mencionar años anteriores al 2019. En tal sentido, la Sala no puede hacer caso omiso a las denuncias que se presentan contra la empresa Lindley y alegar que, en base al principio de predictibilidad, se

aplicará la misma multa a todas las denuncias que se declaren fundadas por infringir el deber de inocuidad.

Respecto a ello, el principio de razonabilidad establece que “las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas”, lo cual implica que la sanción tiene que ser aplicable conforme a la gravedad del caso, a fin de evitar que ésta sea más ventajosa que cumplir con el mandato legal. De las Resoluciones mencionadas, se podría inferir que resulta más beneficioso infringir el deber de inocuidad y pagar la multa de 5 UIT que cumplir con el mandato legal, con lo cual no se estaría cumpliendo con la finalidad de principio de razonabilidad y mucho menos con el fin de la sanción.

Asimismo, recordemos que la reincidencia en el incumplimiento de la norma es una agravante de la falta administrativa, conforme al artículo 112 del Código y el artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444. Por lo expuesto, discrepamos de lo resultado por la Sala, en este extremo; toda vez que no se consideró el agravante por la comisión de la misma infracción en reiteradas veces, lo cual puede configurar como una falta grave o muy grave, imponiéndose una multa más elevada.

5.4. ¿La Sala sólo debió llamar la atención a la Secretaría Técnica por la demora injustificada en la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión?

En el título preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se regula el principio de celeridad y de eficacia:

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen

aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

En este sentido, bajo el principio de celeridad, los procedimientos administrativos deben desarrollarse con la mayor rapidez posible. Y, con el principio de eficacia, “se debe privilegiar el logro de su finalidad, para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilataciones innecesarias; debiendo prevalecer dicho logro sobre los formalismos siempre que no incidan en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados”. (Brewer-Carías, 2008, p.15)

En los antecedentes del caso, se ha mencionado que los peritajes en los productos (muestra y contramuestra) fueron realizados en el mes de octubre. Cabe señalar que, en principio, la denuncia fue presentada en el mes de abril de 2018, y los productos en cuestión tenían como fecha de vencimiento el 08 de setiembre de 2018; es decir, los exámenes para determinar el origen del producto y si este fue manipulado fueron realizados casi 6 meses después de haberse interpuesto la denuncia y un mes después del vencimiento de los productos.

Frente a ello, la decisión que tomó la Sala sólo fue “llamar la atención a la Secretaría por la demora injustificada en la tramitación del presente procedimiento; y, exhortar a tener mayor celo en el análisis y en la tramitación de los expedientes que tienen a su cargo”. Decisión de la cual no nos encontramos de acuerdo.

El Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, el TUPA) establece que las denuncias por Infracción a las Normas sobre Protección al Consumidor deben ser resueltas en un plazo de 120 días hábiles. Sin embargo, ello no ha sido cumplido en el presente caso, toda vez que la denuncia fue admitida el 04 de mayo de 2018 y fue resuelto por la Comisión el 05 de abril de 2019. Asimismo, los exámenes de peritajes se iniciaron el

12 de octubre de 2018 (fecha próxima al vencimiento de los 120 días hábiles)²⁸; demostrando que no se cumplió con respetar el plazo establecido para resolver una denuncia de esta materia.

Del mismo modo, recordemos que los peritajes se realizaron en productos vencidos (vencían el 08 de setiembre) que, si bien no afectaron el resultado final de los exámenes del nivel de carbonatación, si da pie a que incentive, a los funcionarios, a realizar en un plazo mayor los peritajes correspondientes, sin motivación alguna, perjudicando directamente a los administrados; puesto que, no están garantizando eficazmente la aplicación de los principios administrativos.

En consecuencia, el solo “llamar la atención a la Secretaría Técnica por la demora injustificada en la tramitación del presente procedimiento administrativo”, no garantiza la aplicación adecuada de los principios administrativos como son el de celeridad y de eficacia. Igualmente, se ha demostrado que la Comisión ha resuelto en un plazo mayor a los 120 días hábiles que establece el TUPA de la Comisión; lo cual configura como un supuesto de responsabilidad administrativa funcional:

Ley N° 27785, Disposiciones Finales:

Responsabilidad Administrativa Funcional: Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentran vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente. (el subrayado es nuestro)

Del cuerpo normativo citado, se observa que los funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando incumplen las normas internas de la entidad a la que pertenecen. En el caso en concreto, se configura como responsabilidad administrativa funcional al no respetar los plazos legales que establece el TUPA, y no respetar los principios administrativos. En tal sentido, el

²⁸ Del cálculo realizo a través de la página web gob.pe, el plazo de 120 días hábiles contados a partir de la admisión de la denuncia por parte de la Secretaría, venció el 26 de octubre de 2018. Ver resultados del conteo de días hábiles en: <https://www.gob.pe/8283-calcular-dias-habiles-o-calendario>

simple llamado de atención a la Secretaría no asegura que, en los próximos procesos administrativos de la misma materia, sean resuelto con mayor eficacia y celeridad.

5.5. ¿Es procedente que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 evalúe el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) a la Corporación Lindley?

Mediante la Resolución N° 027-2013-INDECOPI/COD, se aprobó la división de las competencias de las Comisiones de Protección al Consumidor N° 1 y N° 2, de la siguiente manera:

- Comisión de Protección al Consumidor N° 1 (en adelante, Comisión N° 1)

Procedimientos e investigaciones que versen sobre: (i) servicios bancarios y financieros, (ii) mercados de valores en tanto se refiera a inversiones que califican como consumidores, (iii) sistema de pensiones, (iv) planes de salud, (v) servicios de salud humana; y, (vi) seguros incluido el Seguro Obligatorio por Accidentes de Tránsito (SOAT) y Certificado Contra Accidentes de Tránsito (CAT).

- Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, Comisión N° 2)

Procedimientos e investigaciones en materia de Protección al Consumidor que contemplen los demás segmentos económicos que no sean de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1.

Por otro lado, mediante la Resolución N° 102-2015-INDECOPI/COD, se estableció lo siguiente:

- Crear la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 (en adelante, Comisión N° 3) la misma que es competente de forma exclusiva para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos por propia iniciativa en materia de protección al consumidor.
- Las Comisiones N° 1 y 2 seguirán siendo competentes para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores por propia iniciativa en materia de protección al consumidor.

Como se puede observar, la Comisión N° 3 se encuentra facultado para iniciar de oficio procedimientos administrativos sancionadores, mientras que las

Comisiones N° 1 y 2 solo son competentes respecto a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por denuncia.

Ahora bien, en el caso, la Comisión ordenó a la Secretaría el inicio de un PAS a la empresa Lindley por presunta infracción del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi²⁹, toda vez que incumplió con presentar información relacionada de cómo el denunciado evita que, en su proceso de producción de las bebidas gasificadas de la marca Inca Kola, ingresen elementos extraños. No obstante, la Sala considera que la Comisión N° 2 no es competente para evaluar de oficio el inicio de un PAS, por lo que dejó sin efecto este extremó.

Respecto a ello, nos encontramos de acuerdo con lo resulto por la Sala en la medida que se ha comprobado que mediante la Resolución N° 102-2015-INDECOPI/COD se aprobó las facultades de la Comisión N° 3 para ser el único competente en iniciar PAS de oficio. En consecuencia, la competencia de evaluar el inicio de un PAS de oficio a la empresa Lindley le corresponde a la Comisión N° 3.

VI. CONCLUSIONES

1. El deber de inocuidad garantiza el derecho de los consumidores a ingerir alimentos libres de causar daños a la salud, es así como los fabricantes son los principales responsables de ofrecer productos seguros para los consumidores. A razón de ello, se compró, mediante los peritajes realizados por Cetox que, la empresa Lindley vulneró el deber de inocuidad regulado en el artículo 30 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que fabricó una bebida gasificada de marca Inca Kola con un elemento extraño en su interior, poniendo en riesgo la salud del señor Alvarado.

²⁹ **Decreto Legislativo N° 807. Artículo 5.-** Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

2. Colocar un producto alimenticio riesgoso, no solo infringe el deber de inocuidad sino también el deber de seguridad, toda vez que pone en peligro la salud y seguridad de los consumidores. En tal sentido, corresponde a la Digesa realizar un control *ex ante* para vigilar el control sanitario de la empresa Lindley, y así se pueda asegurar que dicha empresa ofrezca alimentos inocuos a los consumidores.
3. Las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos de la conducta ilegal y evitar que se generen nuevamente en el futuro. En tal sentido, el órgano competente deberá evaluar y justificar adecuadamente las medidas correctivas que imponga al agente infractor, y con ello cumplir la finalidad que tienen las medidas correctivas.
4. El artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor faculta al órgano administrativo sancionar las infracciones administrativas con multas de hasta 450 UIT, para ello podrá utilizarse los criterios de graduación de las sanciones regulados en el artículo 112 del Código, así como las agravantes de este. Asimismo, en aplicación del principio de razonabilidad, las sanciones administrativas deberán ser conforme a la gravedad del caso.
5. La Sala no ha considerado la reincidencia por parte de la empresa Lindley en la falta de inocuidad presentada en los últimos años. Lo cual configura como un agravante en la sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del Código y el artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444. En ese sentido, es incorrecto calificar la falta como una infracción leve y sancionarlo con una multa de 5 UIT, cuando lo más adecuado es calificarlo como una infracción grave o muy grave.
6. El principio de eficacia y celeridad disponen que los procesos administrativos deben ser resueltos sin dilataciones innecesarias y con mayor celeridad posible, a fin de garantizar la aplicación adecuada de los principios administrativos. Asimismo, el TUPA de la Comisión de Protección al Consumidor regula que las denuncias por infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor deben ser resueltas en un plazo de 120 días hábiles; no obstante, ello no ha sido cumplido por la Secretaría Técnica y la Comisión, incumpliendo la normativa interna del Indecopi, lo cual configura como un supuesto de responsabilidad administrativa funcional.
7. La Comisión de Protección al Consumidor N° 3 se encuentra facultado para iniciar de oficio procedimientos administrativos sancionadores conforme a lo establecido

en la Resolución N° 102-2015-INDECOPI/COD, mientras que las Comisiones de Protección al Consumidor N° 1 y 2 tienen la competencia de resolver procedimientos administrativos sancionadores interpuestos por los consumidores/usuarios.

VII. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a la Dirección General de Salud Ambiental – Digesa que, en su tarea del control *ex ante*, realice una vigilancia sanitaria rigurosa y minuciosa a las fábricas que producen alimentos industrializados y semielaborados para evitar que ofrezcan alimentos que contengan elementos extraños en su interior, especialmente, a la empresa Lindley; toda vez que ha demostrado, en los últimos años, la reincidencia en la falta de inocuidad en las bebidas gasificadas de marca Inca Kola.
- Se recomienda a la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección y Defensa del Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 contar con un plan estructurado de plazos de tiempos para los peritajes o exámenes que se realicen a los medios probatorios, en los casos similares como en el presente. Ello con la finalidad de realizar los peritajes solicitados en el menor tiempo posible y evitar que los medios probatorios se vean perjudicados o dañados.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brewer-Carías, A. R. (2008) *Principios Generales del Procedimiento Administrativo: Hacia un estándar continental*. New York.

Carbonell, E. (2018). *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima: Jurista Editores.

Contreras, C., L. (2019). La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme a su finalidad o racionalmente previsible. *Ius et Praxis* (07172877), 25(2), 19–66. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.4067/s0718-00122019000200019>

- Centro de Investigación en Alimentos y Desarrollo. (2021). *¿Cuál es el riesgo de la mosca de la fruta para la salud humana?* <https://www.ciad.mx/notas/item/2501-cual-es-el-riesgo-de-la-mosca-de-la-fruta-para-la-salud-humana>
- Dräger (S/F). *Control fiable de CO₂ en la industria de bebidas*. Alemania. [https://www.draeger.com/Library/Content/Control%20CO₂%20industria%20bebidas.pdf](https://www.draeger.com/Library/Content/Control%20CO2%20industria%20bebidas.pdf)
- Durand, J. (1995) *Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia*. Editorial San Marcos, Lima.
- Indacochea, U. (2008). *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación*. *THEMIS, Revista de Derecho*, (55), 97-108.
- Guevara, A. (2015). *Bebidas carbonatadas*. Lima: Universidad Nacional Agraria La Molina. <http://www.lamolina.edu.pe/postgrado/pmdas/cursos/dpactl/lecturas/SeparataBebidas%20carbonatadas.pdf>
- León, M. (2009). *El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador: metodología para la determinación de la sanción administrativa*. *Ius Et Veritas*, 19(38), 296-310.
- Lurueña, M. A. (22 de abril de 2021). *Si encuentras objetos extraños en un alimento, esto es lo que ha fallado*. *Consumer*. <https://www.consumer.es/seguridad-alimentaria/encontrar-objetos-extranos-en-alimentos-explicacion.html>
- Marroquín, C. C. (2017). *Aplicación de la sanción pecuniaria del Indecopi a los infractores del Código de Protección y Defensa del Consumidor según los criterios utilizados por la Comisión de Protección del Consumidor de la Oficina Regional del Indecopi-Cusco, 2014-2016* [Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad Andina del Cusco]. http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/799/1/Cristhian_Tesis_bachiller_2017.pdf
- Méndez, A. (2018) *Barrera en envases de PET para bebidas gaseosas*. Plastics Technology. México, Centro de Investigación en Química Aplicada.

<https://www.pt-mexico.com/articulos/angel-oria-un-lider-que-se-reinventa-al-ritmo-que-marca-la-industria-del-plastico>

Méndez, A. (2018). *Introducción sobre propiedades de barrera del PET, parte 1*. Plastics Technology. México, Centro de Investigación en Química Aplicada. <https://www.pt-mexico.com/articulos/introducci%C3%B3n-sobre-propiedades-de-barrera-parte-1->

Orihuela D. (04 de marzo de 2021). *El deber de idoneidad en las relaciones de consumo*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2021/03/04/el-deber-de-idoneidad-en-las-relaciones-de-consumo/#comments>

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y Organización Mundial de la Salud. (2003). *Garantía de la inocuidad y calidad de los alimentos: Directrices para el fortalecimiento de los sistemas nacionales de control de los alimentos*. *Graficas Reunidas, Ginebra*.

Quiceno, J., Bastidas, X., Rojas, D., Bayona, M. (2010). La mosca doméstica como portador de patógenos microbianos, en cinco cafeterías del norte de Bogotá. *Bogotá: Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales*, 13(1), 23-29.

Ramírez, M. L. (2007). La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español. Universidad del Norte de Colombia. *Revista de Derecho*, (27), 272-279.

Sánchez, C. E. (2015). *Derecho de elección de los consumidores mediante las declaraciones de los proveedores de alimentos envasados destinados al consumo humano* [Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad de San Martín de Porres]. https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_11/tesis_pregrado/Tesis%20Clotilde%20Sanchez.pdf

Soto, J. (1998). Elementos para Definir las Sanciones Administrativas. *Revista Chilena de Derecho*, 1998, 323-334.

Supo, D. y Bazán, V.H. (2020). El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. *Forseti. Revista De Derecho*, 8(12), 69 - 94. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v8i12.1355>

RESOLUCIONES:

Resolución N° 0277-1999/TDC-INDECOPI

Resolución N° 0024-2009/SC2-INDECOPI

Resolución 2603-2010/SC2-INDECOPI

Resolución 2794-2010/SC2-INDECOPI

Resolución 670-2012/SC2-INDECOPI

Resolución 980-2012/SC2- INDECOPI

Resolución 1735-2012/SC2-INDECOPI

Resolución N° 027-2013-INDECOPI/COD

Resolución N° 102-2015-INDECOPI/COD

Resolución N° 3605-2015/SPC-INDECOPI

Resolución 1070- 2018/SPC-INDECOPI

Resolución 2555-2018/SPC-INDECOPI

Resolución N° 223-2018/SPC-INDECOPI

Resolución N° 790-2018/SPC-INDECOPI

Resolución N° 0171-2018/SPC-INDECOPI

Resolución N° 676-2019/CC2-INDECOPI

Resolución N° 0434-2019/SPC-INDECOPI

Resolución N° 2850-2019/SPC-INDECOPI

Resolución N° 0041-2019/INDECOPI-CAJ

Resolución N° 0912-2020/SPC-INDECOPI

Resolución N° 0762-2021/SPC-INDECOPI

Resolución N° 0131-2020/SPC-INDECOPI

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 2
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : KELIN DAY ALVARADO CUENCA
DENUNCIADA : CORPORACIÓN LINDLEY S.A.
MATERIA : DEBER DE INOCUIDAD
ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE BEBIDAS NO ALCOHOLICAS; PRODUCCIÓN DE AGUAS MINERALES Y OTRAS AGUAS EMBOTELLADAS

SUMILLA: *Se confirma la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Kelin Day Alvarado Cuenca contra Corporación Lindley S.A., por infracción del artículo 30° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; en tanto quedó acreditado que la proveedora elaboró una bebida gasificada de la marca Inca Kola en botella de vidrio, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, la cual contenía un elemento extraño (mosca) en el interior.*

SANCION: 5 UIT

Lima, 15 de enero de 2020

ANTECEDENTES

1. El 23 de abril de 2018, el señor Kelin Day Alvarado Cuenca (en adelante, el señor Alvarado) denunció a Corporación Lindley S.A.¹ (en adelante, Lindley), ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión), por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código); manifestando que, el 17 de febrero de 2018, adquirió de una tienda ubicada en el distrito de San Juan de Lurigancho, una bebida gaseosa marca Inca Kola en envase de vidrio, con fecha de vencimiento “08SEP18P” y lote 0368011633², siendo que al recibirla advirtió que contenía una mosca en su interior. Como medios probatorios, presentó un Disco Compacto y fotografías del producto.
2. La denuncia fue admitida por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Resolución 1 del 4 de mayo de 2018, imputando como hecho infractor a Lindley que había elaborado una gaseosa de marca Inca Kola en botella de vidrio, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, la cual contendría

¹ Con RUC 20101024645, con domicilio fiscal en avenida Javier Prado Este 6210, urbanización Rivera de Monterico (edificio Park Office La Molina, piso 10) Lima, Lima, La Molina. (Fuente: <https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>).

² Cabe señalar que, mediante Acta de Verificación de Estado Físico de Prueba del 15 de junio de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión, entre otros, dejó constancia de que el contenido de la botella de Inca Kola era de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml).

un elemento extraño (mosca) en el interior. Asimismo, se requirió al señor Alvarado que, en el plazo de cinco (5) días hábiles después de notificado, presente el comprobante de pago del producto cuestionado, señale el Registro Único del Contribuyente de la tienda donde había comprado el producto y presente la bebida gaseosa materia de denuncia; requerimiento que fue atendido por dicha parte el 31 de mayo de 2018.

3. El 17 de mayo de 2018, Lindley presentó sus descargos manifestando lo siguiente:
 - (i) Se debía requerir al denunciante que presente el producto cuestionado, bajo apercibimiento de declarar la improcedencia de la denuncia;
 - (ii) las condiciones de la tapa del envase del producto discutido evidenciaban características irregulares del producto que sugerían una falsificación o manipulación del mismo;
 - (iii) el denunciante no cumplió con demostrar que, dentro del producto se encontraba un cuerpo extraño debido a causas imputables a la proveedora;
 - (iv) la Comisión debía ordenar que se practique un examen de sellado de envase y nivel de carbonatación del producto, para que se determine fehacientemente si el producto fue adulterado o manipulado; y,
 - (v) en caso la Comisión dispusiera que se realicen las referidas pruebas, era ella quien asumiría los costos de los mismos.
4. Mediante escrito del 17 de julio de 2018, Lindley presentó un (1) ejemplar del producto Inca Kola de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml) en envase de vidrio³, a fin de que sea utilizado en calidad de contramuestra en los exámenes del nivel de carbonatación del producto cuestionado. Asimismo, adjuntó el documento "Informe de Nivel de Carbonatación del Producto Inca Kola 296 ml", expedido por su Gerente de Aseguramiento de la Calidad, para que fuera tomado en cuenta por el perito respectivo al momento de interpretar el resultado del nivel de carbonatación de la muestra sub-litis.
5. Mediante Cartas 115-2018/CC2-INDECOPI y 129-2018/CC2-INDECOPI del 18 y 25 de julio de 2018, respectivamente, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a Centro Toxicológico S.A.C. – Cetox (en adelante, Cetox) y Laboratorio Baltic Control, Calidad y Medio Ambiente, Laboratorios y Certificaciones S.A. (en adelante, Baltic)⁴, respectivamente, envíen una cotización para realizar los exámenes de hermeticidad o sellado del envase y

³ Producto constatado en el Acta de Verificación de Estado Físico de Prueba del 20 de julio de 2018, donde la Secretaría Técnica de la Comisión, entre otros, dejó constancia del lote del producto (0368011635) y fecha de vencimiento (08SEP18P).

⁴ Cabe señalar que, desde la presentación de los descargos de Lindley solicitando que se efectúen pruebas de carbonatación y hermeticidad al producto cuestionado (17 de mayo de 2018) hasta las solicitudes de cotización (18 y 25 de julio de 2018), transcurrieron más de dos (2) meses.

del nivel de carbonatación del producto cuestionado.

6. Baltic no presentó cotización alguna; a diferencia de Cetox, quien el 19 de julio de 2018, absolvió el requerimiento planteado por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Carta 115-2018/CC2-INDECOPI.
7. Mediante Resolución 8 del 3 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión informó a las partes que estaban invitadas para acudir a las instalaciones de Cetox en fecha 12 de octubre de 2018 a las 15:00 horas, a fin de verificar la entrega de los medios probatorios para la realización del peritaje; diligencia que fue registrada en el acta levantada en la última fecha indicada.
8. Cetox presentó los resultados de la pericia solicitada a través de:
 - (i) Informe de Ensayo P.M. - 00334-2018 del producto cuestionado, emitido el 26 de octubre de 2018, donde se señaló la presencia de un insecto entero sumergido en el contenido, no siendo conforme a la calidad del producto;
 - (ii) Informe de Ensayo P.Q. - 005846-2018 del 23 de octubre de 2018, donde se precisó el pH⁵ del producto (2,75) y el nivel de carbonatación (1,80 volúmenes de CO₂); y,
 - (iii) Informe de Ensayo P.Q. - 005847-2018 del 23 de octubre de 2018, donde se precisó el pH del producto (2,75) y el nivel de carbonatación (1,80 volúmenes de CO₂).
9. Por Resolución 676-2019/CC2 del 5 de abril de 2019, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
 - (i) Declaró la confidencialidad de la información contenida en:
 - (a) La declaración jurada del número de unidades vendidas y los volúmenes de ventas de la gaseosa de marca Inka Kola en botella de vidrio, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, presentado por Lindley a través del escrito del 14 de diciembre de 2018⁶, por tiempo indefinido, respecto de la parte denunciante y terceros ajenos al procedimiento;

⁵ "El potencial Hidrógeno (pH) es una forma convencional y muy conveniente de expresar según una escala numérica adimensional, el grado de acidez o basicidad de soluciones acuosas diluidas. Es en realidad una medida de la actividad de los iones hidrógeno en una solución electrolítica.

(...)

Los niveles de pH son muy importantes en la elaboración de los productos alimenticios, ya que sirve como indicador de condiciones higiénicas en el proceso de transformación del producto. Por ello, en ocasiones se elige que un producto tenga un valor bajo de pH lo que permite aumentar su tiempo de conservación."

Fuente: Capítulo 1. Importancia del pH en las industrias y módulo de laboratorio, disponible en http://www.biblioteca.udep.edu.pe/bibvirUDEP/tesis/pdf/1_197_184_140_1851.pdf (consultado el 9 de enero de 2019).

⁶ Cabe precisar que, parte de la información vinculada al número de unidades vendidas fue declarada confidencial, mediante Resolución 19 del 1 de agosto de 2019, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión.

- (b) documentos obrantes como Anexo 1 de los escritos presentados el 17 de julio de 2018 y 13 de marzo de 2019 por Lindley, por tiempo indefinido;
 - (ii) declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Alvarado contra Lindley, por infracción del artículo 30° del Código, en la medida que la proveedora elaboró una gaseosa de la marca Inca Kola en botella de vidrio, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, la cual contuvo un elemento extraño (mosca) en el interior; sancionándola con una multa de 36 UIT;
 - (iii) ordenó a Lindley, en calidad de medidas correctivas, que en el plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la referida resolución, cumpla con: (a) implementar las medidas necesarias a efectos de evitar que durante su proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas del producto gaseosa de marca Inca Kola de 296 ml no descartable, que fabrica; y, (b) colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que han sido sancionados por elaborar una gaseosa de marca Inca Kola en botella de vidrio de 296 ml, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 3 de setiembre de 2018, con un elemento extraño (mosca) en el interior del mismo;
 - (iv) condenó a Lindley al pago de las costas y costos del procedimiento;
 - (v) dispuso la inscripción de Lindley en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, RIS); y,
 - (vi) ordenó a la Secretaría Técnica de la Comisión el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) a Lindley, por presunta infracción a lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, en tanto incumplió la disposición ordenada, respecto a presentar la información solicitada a través de la Resolución 16 del 27 de febrero de 2019.
10. El 13 de mayo de 2019, Lindley apeló la Resolución 676-2019/CC2, manifestando lo siguiente:
- (i) La Secretaría Técnica de la Comisión envió el producto presentado por el señor Alvarado y la contramuestra el 12 de octubre de 2018 a Cetox para el peritaje de carbonatación y sellado; por lo que este se había practicado en productos ya vencidos el 8 de setiembre de 2018;
 - (ii) atendiendo a lo anterior, los resultados periciales: (a) eran nulos e ineficaces por carecer del propósito para el cual estaban destinados (proporcionar apoyo técnico y convicción sobre la real condición de las muestras); (b) no generaban certeza de que la muestra haya sido fabricada por su empresa, por lo que no corroboraban los hechos denunciados;

- (iii) en la Resolución 790-2018/SPC-INDECOPI se exhortó a la Secretaría Técnica de la Comisión a tramitar procedimientos como el presente con celeridad; pese a ello, en el presente procedimiento, se perjudicaron las muestras, ya que se realizaron diligencias innecesarias que violaron el debido proceso e impidieron la oportuna actuación de las pruebas que ofrecieron (exámenes de carbonatación y sellado de envase);
 - (iv) se llegó al extremo de disponer que la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante, la Digesa) realizara otra pericia, lo cual fue cuestionado el 26 de setiembre de 2018 señalando que no era posible realizar la pericia de carbonatación de la muestra en dos (2) momentos distintos;
 - (v) las muestras reportaron niveles de carbonatación inferiores a su índice mínimo de carbonatación, siendo que la Comisión no tuvo en cuenta este hecho, pese a que lo manifestó en su escrito del 8 de noviembre de 2018;
 - (vi) la apelada infringía el deber de motivación, dado que: (a) determinó su responsabilidad desestimando que el producto cuestionado no provenía de su fábrica; y, (b) las muestras caducas fueron sometidas ilegalmente a peritaje;
 - (vii) la apelada violó el Principio de Verdad Material, dado que no realizó los actos de instrucción necesarios para comprobar los hechos denunciados; y,
 - (viii) como consecuencia de lo señalado, también se vulneró el Principio de Legalidad.
11. El 18 de setiembre de 2019, el señor Alvarado absolvió el recurso de apelación presentado por Lindley, reiterando los argumentos expuestos por la Comisión en la Resolución 676-2019/CC2 y solicitando que la decisión fuera confirmada.
12. El 30 de setiembre de 2019, Lindley solicitó el uso de la palabra para exponer sus argumentos de defensa.

ANÁLISIS

Cuestiones previas:

- (i) *Sobre la solicitud de informe oral*
13. Mediante escrito del 30 de setiembre de 2019, Lindley solicitó el uso de la palabra para exponer sus argumentos de defensa.
14. Sobre el particular, es necesario precisar que el artículo IV numeral 1°.2 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), desarrolla el Principio del Debido Procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus

argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a solicitar el uso de la palabra⁷.

15. Como se observa, en el marco de dicha normativa general, la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del Principio del Debido Procedimiento; no obstante, dicho pedido deberá analizarse en concordancia con la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi (como ocurre en el presente), el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, y el Decreto Supremo 09-2009-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, dispone que, las Salas podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte, o denegar la solicitud mediante resolución debidamente motivada⁸.
16. Siendo ello así, por mandato específico de la referida norma es facultad discrecional de esta Sala citar a las partes de un procedimiento a informe oral, ya sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la Autoridad Administrativa a ello en todos los procedimientos puestos en su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.
17. Por tanto, resulta claro que la denegatoria de un informe oral no involucra una contravención al Principio del Debido Procedimiento, ni al derecho de defensa del administrado, en la medida que las disposiciones legales específicas sobre la materia otorgan la facultad a la Autoridad Administrativa de concederlo o no. Además, las partes del procedimiento pueden desplegar su actividad probatoria y de alegación, a través de la presentación de medios probatorios, alegatos e informes escritos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.

⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI. Artículo 16°.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal. - 16.1. Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.**

18. En la misma línea, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente 7017-2013, (el mismo que fue archivado definitivamente, según lo dispuesto en la Resolución 17 del 16 de marzo de 2017) la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, una vez puesto en conocimiento de la Comisión del Indecopi lo actuado para la resolución final, las partes podían solicitar la realización de un informe oral ante la Comisión del Indecopi, siendo que la actuación o la denegatoria del mismo quedará a criterio de la Autoridad Administrativa, según la importancia y la trascendencia del caso.
19. En ese sentido, el órgano jurisdiccional ratificó que, bajo lo dispuesto en la mencionada norma legal, la convocatoria a una audiencia de informe oral, por parte de la Comisión (o del Tribunal) del Indecopi, es una potestad otorgada a este órgano administrativo, mas no una obligación, considerando, además, que no hay necesidad de actuar dicha audiencia, cuando se estime que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas fueran suficientes para resolver la cuestión controvertida.
20. Por lo expuesto, y considerando que obran en autos los elementos de prueba suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento y que la solicitante, a lo largo del procedimiento, ha podido exponer y sustentar los argumentos que fundamentan su defensa, corresponde en uso de la potestad o prerrogativa conferida por la Ley, denegar la solicitud de informe oral formulada por Lindley.

(ii) *Sobre la nulidad planteada por Lindley*

21. El artículo 10° del TUO de la LPAG establece como causales de nulidad del acto administrativo, la omisión o defecto de sus requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el procedimiento regular que debe preceder la emisión del acto⁹.

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 10°.- Causales de nulidad.** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
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.

Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos. Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. **Objeto o contenido.-** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

(...)

5. **Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

22. En esa línea, el numeral 3 del artículo 254° de dicho cuerpo normativo dispone que, para el ejercicio de la potestad sancionadora, se debe cumplir con notificar a los administrados los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos constituirían, la expresión de las sanciones que, de ser el caso, se podrían imponer, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia¹⁰.
23. Asimismo, el numeral 5.4 del artículo 5° del mismo cuerpo normativo dispone que el contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados en el procedimiento¹¹. En ese sentido, la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por el administrado¹².
24. El Principio de Congruencia Procesal se sustenta en el deber de la Administración de emitir un pronunciamiento en torno a los planteamientos formulados por los administrados, sea para acogerlos o desestimarlos, de modo tal que mediante la resolución que decida sobre dicha pretensión, la autoridad competente emita íntegramente opinión sobre la petición concreta y real de los administrados.
25. En su recurso de apelación, Lindley cuestionó la validez de la resolución apelada, señalando que había vulnerado los Principios del Debido Procedimiento, Debida Motivación, Verdad Material y Legalidad, en tanto la primera instancia había realizado diligencias innecesarias que impidieron la oportuna actuación del peritaje, el cual se realizó en productos vencidos; por lo que dicho instrumento de probanza no generaba convicción de que el producto cuestionado hubiera sido fabricado por ella. Añadió que, no se habían realizado los actos de instrucción necesarios para comprobar los hechos

¹⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 254°.- Caracteres del procedimiento sancionador.** Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

(...)

¹¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 5°.- Objeto o contenido del acto administrativo.** (...)

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor de cinco (5) días para que expongan su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

¹² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 198°.- Contenido de la resolución.** (...)

198.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

denunciados.

26. Respecto de las presuntas diligencias que habría realizado la Comisión vulnerando del debido procedimiento, corresponde señalar lo siguiente:
- (i) Proponer a las partes la formulación de preguntas al perito no constituye un trámite innecesario, dado que debe permitirse a las partes deben tener la posibilidad de manifestar los puntos que consideren deban ser esclarecidos a través de la ejecución de una prueba compleja como lo es un peritaje; siendo por ello una manifestación de su derecho de defensa;
 - (ii) la constatación de prueba física, realizada el 20 de julio de 2018, estuvo referida al producto presentado por Lindley como adjunto a su escrito del 17 de julio de 2018; por lo que no fue una diligencia duplicada, dado que la primera verificación (del 15 de junio de 2018) correspondía al producto presentado por el denunciante; y,
 - (iii) si bien el otorgamiento al señor Alvarado de un plazo para presentar observaciones a la cotización de Cetox y disponer que adicionalmente fuera realizada por la Digesa, fueron diligencias que se realizaron poco tiempo antes del vencimiento del producto, se observa que las actuaciones en sí mismas no devienen en irregulares¹³.
27. Por otro lado, de la revisión de la Resolución 676-2019/CC2, esta Sala considera que se evaluó la denuncia conforme a los hechos narrados, medios probatorios ofrecidos y las normas que, conforme a su valoración, sustentaron su decisión. Es decir, la Autoridad cumplió con tomar en consideración los hechos fácticos y jurídicos expuestos al momento de sustentar la decisión a la que arribó en la resolución apelada, sin evidenciarse una vulneración a los principios mencionados por Lindley.
28. Por el contrario, lo que se aprecia de las cuestiones propuestas por Lindley como causales de nulidad de la Resolución 676-2019/CC2, constituyen más bien objeciones a los argumentos considerados por la Comisión para emitir su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, a través del cual declaró fundada la denuncia.
29. Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado por Lindley.

Sobre el deber de inocuidad

30. El artículo 30° del Código, reconoce el derecho de los consumidores a consumir alimentos inocuos, señalando, además, que los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de

¹³ No obstante, en cuanto a la demora en realizar dichas actuaciones, siendo ello atribuible a los funcionarios a cargo de la tramitación del procedimiento, no corresponde a esta instancia pronunciarse sobre el asunto.

conformidad con la legislación sanitaria¹⁴. Tal deber consiste en que los proveedores están obligados a asegurar al consumidor -en sentido amplio del término- que no sufrirá daños como consecuencia de la actividad económica desplegada, comercializando, por ejemplo, productos alimenticios inocuos.

31. Dicho supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de inocuidad del bien colocado en el mercado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, corresponderá al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el producto o servicio vendido, luego de lo cual el proveedor deberá acreditar que dicho defecto no le es imputable, conforme a lo establecido en el artículo 104° del Código¹⁵.
32. En concordancia con lo anterior, cabe precisar que el artículo 173° del TUO de la LPAG, señala que la carga de la prueba recae sobre los administrados¹⁶, lo cual guarda relación con lo establecido por el artículo 196° del Código Procesal Civil, aplicado de manera supletoria al presente procedimiento¹⁷, y según el cual quien alega un hecho asume la carga de probarlo¹⁸.
33. En su denuncia, el señor Alvarado manifestó que el 17 de febrero de 2018, adquirió una bebida gaseosa en envase de vidrio de la marca Inca Kola de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml), con número de lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, que contenía una mosca en su interior.

¹⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 30°.- Inocuidad de los alimentos.** Los consumidores tienen derecho a consumir alimentos inocuos. Los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria.

¹⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor.** El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18°.

¹⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 173°.- Carga de la prueba.**
(...)
173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

¹⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Disposiciones Complementarias. Disposiciones Finales. Primera.** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Carga de la prueba.** Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

34. La Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra Lindley, en la medida que consideró acreditado que la proveedora elaboró una bebida gasificada de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml) de la marca Inca Kola, que contenía un elemento extraño en su interior (mosca).
35. En su apelación, Lindley indicó, entre otros, que los ensayos practicados por Cetox eran nulos e ineficaces, pues carecían de eficacia para proporcionar apoyo técnico y convicción sobre la real condición de las muestras, debido a que estas se encontraban vencidas. En ese sentido, estimó que el peritaje fue ilegalmente realizado, y no generaba certeza de que el producto cuestionado haya sido fabricado por su empresa, quedando desacreditados los hechos denunciados.
36. Como se ha expuesto en los antecedentes, el señor Alvarado presentó, en calidad de prueba física, la bebida gasificada controvertida (Inca Kola de 296 ml), de cuyas características se dejó constancia a través del Acta de Verificación del 15 de junio de 2018, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión. De dicho documento, entre otros, se aprecia que la fecha de vencimiento del producto en cuestión era el 8 de setiembre de 2018 y que pertenecía al lote 0368011633.
37. Por otro lado, y para efectos de cotejar el producto antes mencionado con uno que proviniera de la fábrica de Lindley, esta entregó una (1) muestra de bebida gasificada de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml), en envase de vidrio de la marca Inca Kola, que si bien correspondía a un lote de fabricación (0368011635) distinto al de la botella objeto del procedimiento, tenía la misma fecha de vencimiento (8 de setiembre de 2018).
38. Lo anterior, con la finalidad de efectuar los análisis de carbonatación y sellado del envase que tendrían como finalidad verificar si el producto cuestionado se encontraba dentro de los parámetros técnicos establecidos por la proveedora (nivel de dióxido de carbono y producto sellado); todo ello, con el fin ulterior de determinar si el producto cuestionado (con un elemento extraño en su interior), había sido fabricado y envasado por la empresa denunciada.
39. Es necesario resaltar que, el producto entregado por la denunciada para el peritaje correspondiente tenía características similares a las del producto cuestionado, puesto que tenía la misma capacidad y tipo de envase, además de que pertenecía a un lote con dos (2) números de diferencia, e incluso registraba la misma fecha de vencimiento; lo cual permitiría asumir que, los resultados del análisis de ambos productos no deberían ser disímiles entre sí, en caso de que ambos fueran originales.
40. En este punto, cabe señalar que la bebida gasificada de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml) cuestionada, es una bebida carbonatada, esto es, un



producto obtenido por la incorporación de dióxido de carbono (CO₂) -en proporciones totalmente definidas por cada productor (según su fórmula)- al agua tratada, siendo que a esta puede estar adicionada saborizantes naturales y/o artificiales, jugos de frutas, colorantes, acidulantes, conservadores, antioxidantes¹⁹, etc.

41. Ahora bien, para el presente procedimiento, con los elementos probatorios entregados por las partes en el procedimiento (producto cuestionado -presentado por el denunciante- y la contramuestra de distinto lote y misma fecha de vencimiento -presentada por Lindley-), la Secretaría Técnica de la Comisión, solicitó a Cetox lo siguiente:

En este sentido, a efectos de establecer la autenticidad del producto cuestionado, le solicitamos:

- Realizar y registrar la descripción detallada de la botella materia de denuncia y de otro ejemplar que recibiría para su análisis, precisando los signos consignados e impresos en ella, y que puedan servir para identificar los ejemplares que se analizarían;
- realizar el análisis necesario a fin de determinar, antes de cualquier otro análisis, si la tapa presenta algún tipo de deformación y/o melladura que pudiera evidenciar que ha sido abierta y nuevamente tapada o que ha sido manipulada y/o adulterada; asimismo, el nivel de carbonatación de la misma (cantidad, porcentaje, etc), el cual debe ser contrastado con otro ejemplar de primer uso;
- luego de determinar lo anterior, deberá realizar el análisis físico químico – biológico, homologación, microbiológicos y otros que consideren pertinentes a fin de determinar si la botella materia de denuncia contiene elementos extraños al producto y, de ser el caso, indicar de qué tipo de materiales o sustancias se trata, así como si el producto es apto para el consumo; y,
- precisar las fechas en las cuales se efectúan cada uno de los análisis o exámenes solicitados al producto que recibirían.

En el solicitado informe, se deberá incluir especificaciones técnicas y/o normas técnicas aplicables al referido análisis. Asimismo, la Secretaría Técnica pondrá a su disposición la botella materia de denuncia y otro ejemplar de la botella, a fin de que se realicen los análisis correspondientes.

42. Adicionalmente, y en cuanto a los exámenes practicados por Cetox, es menester conocer los aspectos más relevantes para la resolución de la controversia; por lo que estos serán citados a continuación:

- A. Pruebas microbiológicas del producto cuestionado, Informe de Ensayo P.M. - 00334-2018 emitido el 26 de octubre de 2018:
- Ejecución del ensayo: del 15 al 26 de octubre de 2018;
 - Los resultados de la muestra analizada (producto controvertido) evidenciaban el cumplimiento de los requisitos de la muestra según Norma Técnica Sanitaria (NTS) 071-MINSA/DIGESA-V.01; sin embargo, se apreció la presencia de un insecto entero sumergido en el contenido, no siendo conforme a la calidad del producto.

¹⁹ Fuente: <https://www.unitrु.edu.pe/>

- B. Determinación de aspecto, pH y nivel de carbonatación del producto cuestionado, Informe de Ensayo P.Q. - 005846-2018 del 23 de octubre de 2018 (en adelante, el Informe Técnico del producto cuestionado):
- (i) Ejecución del ensayo: del 15 al 23 de octubre de 2018;
 - (ii) dentro de las características se mencionó que la tapa estaba aparentemente sellada;
 - (iii) aspecto: apariencia líquida, con presencia de un insecto entero sumergido en el contenido; color característico, amarillo; olor característico al producto, libre de olores extraños; el envase, de aspecto bien conservado;
 - (iv) pH del producto: 2,75;
 - (v) nivel de carbonatación (25°C; V_{CO_2} en un V_b^*): 1,80 volúmenes de CO_2 , método NTP 214.002 (rev. 2017). Bebidas gaseosas. Métodos de ensayo.
- C. Determinación de pH y nivel de carbonatación del producto presentado por Lindley, Informe de Ensayo P.Q. - 005847-2018 del 23 de octubre de 2018 (en adelante, el Informe Técnico de la contra muestra):
- (i) Ejecución del ensayo: del 15 al 23 de octubre de 2018;
 - (ii) dentro de las características se mencionó que la tapa estaba aparentemente sellada;
 - (iii) pH del producto: 2,75; y,
 - (iv) nivel de carbonatación (25°C; V_{CO_2} en un V_b^*): 1,80 volúmenes de CO_2 , método NTP 214.002 (rev. 2017). Bebidas gaseosas. Métodos de ensayo.
43. En principio, conviene resaltar que los ensayos antes referidos no mencionan que el producto cuestionado presentara evidencias de abertura o manipulación; muestra de ello es que, aun cuando describen al producto como “aparentemente sellado” (descripción que, por cierto, también se consigna para el producto presentado por Lindley), el nivel de carbonatación es igual al del producto presentado por la denunciada, siendo que sobre este existe absoluta certeza de que se encontraba herméticamente sellado.
44. Como puede verse, en el caso concreto se verifica que, el producto cuestionado y la contramuestra presentada por Lindley coinciden tanto en el nivel de pH (2,75) como en el de carbonatación (1,80 volúmenes de CO_2); hecho que, al menos en este caso, no genera indicios de que ambos productos provengan de fabricantes diferentes.
45. Por otra parte, si bien Lindley ha manifestado que los niveles de carbonatación presentados en los productos analizados eran inferiores a los determinados en el documento “Informe de Nivel de Carbonatación del Producto Inka Kola 296 ml”, invocando para tal efecto que los productos estaban vencidos; lo cierto es que no existe diferencia, en este aspecto, entre el producto presentado por el

señor Alvarado y el traído por Lindley.

46. Esto significa que, si bien lo manifestado por la denunciada es cierto (menor nivel de carbonatación al de sus parámetros comerciales), no es menos evidente que incluso una de sus bebidas originales presentó el mismo descenso de CO₂ que la muestra proporcionada por el denunciante; lo cual no permite amparar el argumento de la denunciada, quien alegó en sus descargos que el producto podría estar adulterado o manipulado y que para determinar ello era necesario realizar el análisis de carbonatación del producto.
47. En base a lo anterior, esta Sala advierte que el nivel de carbonatación de un producto gasificado -incluso si es original, como el envase presentado por Lindley- disminuye conforme pasa el tiempo, lo cual puede deberse a diversos factores²⁰; por ello, el análisis del nivel de carbonatación, por sí solo, no resultaría determinante a fin de corroborar la autenticidad del producto. Esta conclusión se refuerza con el hecho de que no se ha encontrado literatura científica que señale que dicho examen de carbonatación es el único y concluyente estudio que permite determinar la originalidad de un producto.
48. En ese sentido, se aprecia que se trata de un medio de prueba que, si así lo exigieran las particularidades del caso concreto, debería estar acompañado por otros elementos de juicio que, en conjunto, permitan arribar a una conclusión sobre la autenticidad del producto; por ejemplo, un estudio sobre la composición química del producto y/o un estudio del comportamiento de la carbonatación de las contramuestras de un mismo lote, con fechas de vencimiento coincidentes, comparándolos con el nivel de carbonatación encontrado en el producto cuestionado, entre otros.
49. Incluso, dado que los niveles de carbonatación de un producto gasificado varían, independientemente de que sea un producto original o no, la realización de este examen a un producto vencido podría ser determinante en caso de efectuarse la comparación con una contramuestra del mismo lote y con el mismo tiempo de vencimiento transcurrido; en ese caso, la diferencia en el nivel de carbonatación podría dar cuenta de la falta de autenticidad del cuestionado.
50. Es pertinente indicar que, este órgano resolutivo en el pasado adoptó una posición distinta a la sustentada en los párrafos previos, puesto que: (i) se consideró que el nivel de carbonatación constituía una prueba directa e

²⁰ Por ejemplo, el volumen de dióxido de carbono incorporado al agua tratada y debidamente sellado en un envase de plástico (PET), no es estable en el tiempo, dado que disminuye dependiendo de diversos factores, tales como: (i) efectos de la expansión volumétrica -expansión lenta de la botella, resultado de la presión interna- (ii) pérdida de agua -a través de la permeación-; (iii) absorción -disuelto a través de las paredes de la botella-; exposición a luz, calor, etc.

GARCÍA M.A. 1994, *Metodología de análisis para la evaluación de la resina de polietilentereftalato (PET), grado de envase y producto terminado*. Escuela Superior de Ingeniería Química e Industrias Extractivas, México, pp. 11-32.

inmediata para establecer la originalidad de una bebida gasificada; y, (ii) el análisis de carbonatación debía realizarse cuando el producto cuestionado estuviera dentro de la fecha de vencimiento, de lo contrario, se afectaría la idoneidad del medio probatorio. Sobre la base de dicho razonamiento, se declararon infundadas varias denuncias de consumidores por elementos extraños en el interior del envase de una bebida gasificada²¹.

51. Empero, dicha valoración del nivel de carbonatación a nivel jurisprudencial ha sido revisada por la conformación actual de la Sala, dado que era considerada como única prueba directa e inmediata para corroborar la autenticidad del producto cuestionado, pese a que, las particularidades del caso concreto, podrían requerir la actuación de otros medios probatorios que complementen dicho examen para generar convicción en la autoridad sobre la autenticidad del producto, siendo que no debería descartarse *a priori* el valor probatorio que pudiera tener una evaluación de ese tipo en un producto vencido. Por ello, producto de dicha revisión se sostuvo la flexibilización de la valoración que se venía efectuando al examen de carbonatación de una bebida gasificada dentro de su fecha de vencimiento.
52. Lo señalado ha sido plasmado en la Resolución 2850-2019/SPC-INDECOPI (emitida el 14 de octubre de 2019) como cambio de criterio, expresándose además que, en todo caso, la resolución del caso concreto debía basarse en el análisis conjunto de los medios probatorios presentados por las partes del procedimiento, aplicando las reglas de la carga de la prueba, sin asignarse a uno u otro medio probatorio, un valor preestablecido.
53. Respecto de la acreditación de la falta de inocuidad del producto, esta Sala aprecia que el Informe Técnico del producto cuestionado que recoge los resultados del análisis efectuado al producto presentado por el denunciante el 31 de mayo de 2018, constituye un elemento de juicio que permite concluir que, en efecto, Lindley puso a disposición del señor Alvarado un producto que contenía un elemento extraño en su interior: insecto, descrito como mosca en la denuncia. Ello, dado que no existen indicios de que haya sido manipulado y, además, no presentaba irregularidad alguna respecto de los niveles de carbonatación, más aún si este coincide con el de un producto presentado por la denunciada.
54. Complementario a lo manifestado, cabe insertar las imágenes adjuntadas por el señor Alvarado a su denuncia y la incluida por Cetox en el Informe de ensayo sobre pruebas microbiológicas del producto cuestionado (P.M.- 00334-2018), cuyas fotografías se muestran a continuación:

²¹ Ver Resolución 2603-2010/SC2-INDECOPI del 17 de noviembre de 2010; Resolución 2794-2010/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2010, Resolución 670-2012/SC2-INDECOPI del 8 de marzo de 2012, Resolución 980-2012/SC2-INDECOPI del 3 de abril de 2012, Resolución 1735-2012/SC2-INDECOPI del 11 de junio de 2013, Resolución 1070-2018/SPC-INDECOPI del 9 de mayo de 2018, Resolución 2555-2018/SPC-INDECOPI del 26 de setiembre de 2018.

Imágenes adjuntadas a la denuncia



Fotografía del producto cuestionado: Informe de Ensayo P.M. - 00334-2018



55. Ahora bien, respecto de la nocividad del producto cuestionado, si bien el señor Alvarado no consumió el producto cuestionado (gaseosa con una mosca en el interior) y, por tanto, no registró daños en su salud, esto no significa que deba

desestimarse la denuncia; dado que, para la configuración del tipo infractor particular (artículo 30° del Código) no es necesario verificar que se haya producido efectivamente un daño.

56. Sobre este punto, conviene traer a colación lo expuesto en la literatura sobre el tema, tal como lo citado²² en el artículo “*Mosca Doméstica. Biología y Control*”:

“Musca doméstica, es uno de los insectos contaminantes más comunes en los asentamientos humanos y se ha asociado como vector de diversos patógenos alimentarios. M. doméstica se reproduce en materia vegetal podrida o heces de animales, donde adquieren y transmiten patógenos a los alimentos, causando el deterioro de los mismos y la transmisión de enfermedades. En una estimación conservadora, M. doméstica está asociada con la vectorización de más de 100 agentes etiológicos de enfermedades bacterianas, protozoarias y víricas”.

57. De este modo, se estima que, en general, el consumo de un alimento con una mosca en su interior tiene el potencial de producir un daño a la salud de los consumidores; siendo que el grado de afectación dependería de las circunstancias particulares de cada persona.
58. Dicho lo anterior, conviene remitirnos a la labor probatoria de parte de Lindley para desvirtuar el hecho denunciado, considerando la complejidad probatoria para el consumidor en casos como el analizado, y la mejor posición en que se encuentra el proveedor para presentar pruebas vinculadas a sus procesos productivos.
59. En este punto, cabe indicar que Lindley no ha presentado medios probatorios que demuestren fehacientemente que el producto en cuestión carecía de originalidad, era adulterado o que la introducción del elemento extraño no le fuera atribuible, pese a que ello había sido manifestado como parte de su defensa. Al contrario, en el Informe Técnico del producto cuestionado no se menciona que el envase hubiera sido abierto antes de los análisis, por lo que, al no contar con mayores elementos que acrediten lo alegado por la administrada en este extremo, corresponde desestimar dicho argumento.
60. Por las consideraciones expuestas, este Colegiado considera que corresponde confirmar la Resolución 676-2019/CC2, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Alvarado contra Lindley, por infracción del artículo 30° del Código, en tanto quedó acreditado que la

²² KUMAR, P., MISHRA, S., MALIK, A., SATYA, S., 2012. *Análisis de composición e actividad insecticida del aceite esencial de Eucalyptus globulus (familia: Myrtaceae) contra mosca doméstica (Musca domestica)*. Acta Trop. 122, 212 – 218.

Citado en: VILLEGAS, H. *Artrópodos y Salud*. Julio-diciembre 2017, Vol. 8 No. 2., p. 11. Documento consultado el 10 de enero de 2020, disponible en: <http://artropodosysalud.com/Publicaciones/No8-Dic2017/AyS-Jul-Dic-2017.pdf>

proveedora elaboró una bebida gasificada de la marca Inca Kola en botella de vidrio, de doscientos noventa y seis mililitros (296 ml), lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, que contenía un elemento extraño (mosca) en su interior.

61. Finalmente, corresponde llamar la atención a la Secretaría Técnica de la Comisión por la demora injustificada en la tramitación del presente procedimiento, en la medida que el peritaje de la bebida cuestionada se realizó aproximadamente cinco (5) meses después de la interposición de la denuncia (23 de abril de 2018) y de que Lindley solicitara la realización de los referidos exámenes (17 de mayo de 2018), lo cual generó que el producto cuestionado caducara (8 de setiembre de 2018). Por lo que, se le exhorta a tener mayor celo en el análisis y en la tramitación de los expedientes que tiene a su cargo.

Sobre la medida correctiva dictada

62. El artículo 114° del Código establece la facultad que tiene el Indecopi para dictar, a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores²³.
63. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras, establecidas en el artículo 115° del Código, es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código, tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, esta se produzca nuevamente²⁴.

²³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.**

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. (...).

115.2 (...) Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias. Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzcan nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

(...)

e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes

64. Del mismo modo, debe tomarse en cuenta que las medidas correctivas deben ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto²⁵.
65. En este acápite de la resolución venida en grado, la Comisión ordenó a la denunciada, en calidad de medidas correctivas de oficio (puesto que el denunciante no solicitó alguna), que en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de la notificación de la resolución, cumpla con:
- (i) Implementar las medidas necesarias a efectos de evitar que durante su proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas del producto gaseosa de marca Inka Kola de 296 ml no descartable, que fabrica; y,
 - (ii) colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que han sido sancionados por elaborar una gaseosa de marca Inka Kola en botella de vidrio de 296 ml, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 3 de setiembre de 2018, con un elemento extraño (mosca) en el interior del mismo.
66. Sobre el particular, esta Sala concuerda con la primera instancia en el sentido de ordenar la ejecución de una medida correctiva complementaria -esto es, con fin preventivo-; sin embargo, considera pertinente precisar que dicho mandato debe atender a las propias particularidades del presente procedimiento.
67. En efecto, debe recordarse que la materia discutida en este procedimiento estuvo vinculada a la puesta a disposición de un (1) producto no inocuo (bebida gaseosa con un insecto en su interior), siendo por tal motivo necesario que, las medidas correctivas a dictarse sean congruentes y proporcionales a dicha infracción; atendiendo a que su objeto -en el caso de las medidas complementarias- es prevenir que ocurra nuevamente.
68. Desde dicha perspectiva, se observa que la primera medida correctiva dictada por la Comisión se ajusta al hecho evaluado en el presente procedimiento, dado que tiene por objeto evitar que el mismo se produzca en el futuro y afecte, por tanto, a otros consumidores; razón por la cual queda confirmada por esta

²⁵

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 251°. -Determinación de la responsabilidad 251.1 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.

instancia.

69. Sin embargo, en el caso de la segunda medida correctiva, se observa que la primera instancia no motivó las razones que justificaban ordenar que Lindley publique un aviso de alcance masivo, a través del cual informe haber sido sancionada; y mucho menos especificó el efecto que esta medida tendría respecto de la reversión de efectos o prevención del hecho infractor.
70. En este punto, es pertinente recordar que, aun cuando el literal e) del artículo 116° del Código habilita a la Autoridad para ordenar a los proveedores sancionados la “*publicación de avisos rectificatorios o informativos*”, lo cierto es que ello debe estar orientado a la reversión de los efectos que el acto objeto de sanción haya ocasionado.
71. Cabe señalar que, esta instancia no advierte que la medida referida tenga por finalidad la reversión de la conducta infractora o evitar que se produzca en el futuro, más aún si se limita a exigir la publicidad de la responsabilidad atribuida en esta resolución; documento que, por cierto, luego de ser notificado a las partes del procedimiento, es publicado en la página web del Indecopi para conocimiento de la ciudadanía en general.
72. Considerando lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la segunda medida correctiva ordenada por la Comisión, descrita en el precedente párrafo 65, punto (ii); esto por cuanto, la primera instancia no sustentó en qué medida coadyuvaría a la reversión de los efectos o la prevención del hecho infractor concreto; a lo cual se suma que, esta instancia tampoco advierte la presencia de alguna de estas finalidades en el mandato analizado.
73. Respecto de la medida correctiva complementaria confirmada, se informa a Lindley que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento del mandato, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código. De otro lado, se le informa que, en caso se produzca el incumplimiento del mandato, la Comisión evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI²⁶.

²⁶ **DIRECTIVA 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. DIRECTIVA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 4.8.** De las medidas correctivas.

En los supuestos en que el órgano resolutorio considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Títulos II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado

Sobre la graduación de la sanción

74. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108° con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, las cuales son calificadas en leves, graves y muy graves²⁷.
75. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Autoridad puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, y otros criterios que considere adecuado adoptar²⁸.
76. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG contempla el Principio de Razonabilidad²⁹ según el cual la autoridad administrativa debe

a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

Si se produce el incumplimiento del mandato por parte del proveedor obligado, la administración, a fin de garantizar el cumplimiento de su decisión, actuará de oficio e impondrá multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

²⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- Sanciones administrativas.** El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere al artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera: (...)

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.**
Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios:
1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
(...)

²⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TÍTULO IV. CAPÍTULO III. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

77. La Comisión sancionó a Lindley con una multa de 36 UIT por infracción del artículo 30° del Código, usando como factores de graduación de la multa: (a) el beneficio ilícito, calculado en base a los ingresos de Lindley por las ventas del mismo lote del producto cuestionado, multiplicándolo por la utilidad neta y el efecto incremental sobre las ventas; (b) probabilidad de detección, considerada baja, atendiendo a que sería necesario realizar un peritaje del producto para determinar su ausencia de inocuidad; (c) efectos generados en el mercado, específicamente en la elección de los consumidores; y, (d) circunstancias agravantes, tales como la afectación a un interés colectivo difuso de los consumidores y la posible afectación de su vida y salud.
78. Cabe precisar que, conforme aparece en la resolución la apelada, la cuantía de la sanción impuesta fue determinada únicamente en función al beneficio ilícito³⁰; lo cual se refleja en que no se asignó algún valor aritmético al resto de los factores descritos anteriormente.
79. Sobre el particular, esta Sala coincide con el criterio de haber utilizado, para efectos de graduar la sanción de este extremo, factores como la probabilidad de detección y los efectos generados en el mercado; precisándose que, en cuanto a la probabilidad de detección, esta debe ser considerada como alta, dado que la existencia de un elemento extraño (insecto) fue fácilmente apreciable por el consumidor y, por lo tanto, lo incentivó a formular la denuncia que originó el presente procedimiento.
80. Sin embargo, se estima que, conforme a la motivación expuesta por la Comisión, no se aprecia que el criterio “beneficio ilícito” sea adecuado al caso concreto, puesto que la presunta ganancia ilícita que habría obtenido el infractor por cometer la infracción sancionada en el presente procedimiento iniciado por la afectación a un consumidor particular, estaría representada solamente por la ganancia obtenida a raíz de la venta del producto cuestionado (dado que el defecto se encontró solamente en este); cantidad que, en el presente caso, representa una cantidad ínfima que no refleja la gravedad de la sanción.

³⁰ La fórmula usada por la Comisión fue la siguiente:
Venta del lote * utilidad (30%) * (1+50%)
[REDACTED] * 30% * (1+50%) = 154 252,8.

81. Adicionalmente, en relación con la metodología de cálculo usada por la Comisión para hallar el monto del beneficio ilícito, se observa que la aplicación del “efecto incremental sobre las ventas asociado a la infracción”, es un factor que presupone un impacto positivo del hecho denunciado –poner a disposición un producto con elemento extraño– sobre las ventas del producto Inka Kola de 296 ml, pertenecientes al mismo lote del denunciado; fórmula de cálculo que, por cierto, no ha sido debidamente justificada.
82. En otras palabras, el uso del referido elemento de cálculo asume como cierto el incremento de las ventas del producto materia de denuncia a consecuencia de la infracción verificada, escenario que no resulta lógico si se considera que se está denunciando la existencia de un producto no inocuo y, por tanto, perjudicial para los consumidores.
83. A diferencia del criterio desestimado, este Colegiado considera pertinente para el caso concreto, incluir como factor de graduación el daño causado al consumidor; que, en este caso, fue un daño potencial (la bebida gasificada no fue ingerida), de carácter extrapatrimonial, en tanto se puso a su disposición un producto que contenía un insecto en su interior (el cual, de haber sido consumido, pudo causar daños en su salud), vulnerándose así su expectativa de adquirir un producto inocuo.
84. Asimismo, respecto de los factores agravantes, esta Sala considera que no se ha efectuado una adecuada valoración del hecho infractor; dado que, en el presente caso: (i) lo evaluado constituye una situación particular, que por sí misma no evidencia la existencia de una potencial afectación colectiva a los consumidores; y, (ii) la puesta en riesgo de la vida y salud de los consumidores no califica como agravante, considerando que se ha desestimado la existencia de una afectación colectiva como producto del hecho denunciado.
85. Debe precisarse que, si bien la Sala en un anterior pronunciamiento³¹, impuso una amonestación a la proveedora denunciada (que también fue Lindley) al haberse comprobado su responsabilidad por poner a disposición de una consumidora un producto (bebida gaseosa) con un elemento extraño (trozo de bolsa plástica), no menos cierto es que, en dicho procedimiento se efectuó -por primera vez- un cambio de criterio sobre la valoración del examen de carbonatación a un producto que se encontraba vencido, en base al cual -en el pasado- se declararon infundadas diversas denuncias de consumidores. Es así que, dicho escenario particular justificó revocar la sanción impuesta por la primera instancia (5 UIT), en aplicación de los Principios de Confianza Legítima, Proporcionalidad y Razonabilidad.
86. A diferencia del supuesto descrito anteriormente, en el presente caso ya no

³¹ Resolución 2850-2019/SPC-INDECOPI (emitida el 14 de octubre de 2019).

nos encontramos ante una circunstancia que haya sido desconocida por el proveedor con anterioridad a la emisión de esta resolución; puesto que, Lindley era la parte denunciada en el caso señalado, por lo que se presume que tuvo conocimiento oportuno³² del actual criterio de Sala y estuvo en la posibilidad de fundamentar su defensa -para el presente procedimiento en curso- ante esta instancia.

87. A mayor abundamiento, se observa que el descrito cambio de criterio estuvo referido a la valoración de un medio probatorio y su oportunidad (examen de carbonatación), mas no así a un supuesto de interpretación normativa respecto de un hecho constitutivo de infracción; por lo que, si dicha variación se realizó en el transcurso del procedimiento, no incide en la licitud de la conducta ahora examinada.
88. Siendo que el único factor utilizado por la Comisión para cuantificar la multa -esto es, el beneficio ilícito- ha sido desestimado, corresponde determinar la sanción que se debe imponer a Lindley por la infracción verificada; para cuyo efecto es pertinente traer a colación la cuantía de las multas impuestas en casos similares al presente, donde se sancionó a los proveedores por poner a disposición de consumidores particulares un producto que pudo haber causado daños en su salud.
89. En ese sentido, se verifica que esta instancia ha impuesto o confirmado como sanción, para casos donde se infringió el deber de inocuidad, una multa de 5 UIT; por lo que, en aplicación de los principios de bajo la observación del Principio de Proporcionalidad, Razonabilidad y Predictibilidad³³, corresponde sancionar a Lindley con una multa de 5 UIT por la infracción confirmada en la presente instancia.
90. En ese sentido, esta Sala considera que, corresponde revocar la Resolución 676-2019/CC2 en el extremo que sancionó a Lindley con una multa de 36 UIT; y, en consecuencia, imponer una multa de 5 UIT a la referida administrada por la infracción del artículo 30° del Código.

Sobre la condena al pago de los costos y costas del procedimiento y la inscripción en el RIS

91. Atendiendo a los argumentos expuestos y considerando que Lindley no ha fundamentado su recurso de apelación respecto de la condena al pago de las costas y costos del procedimiento y, la inscripción en el RIS; este Colegiado

³² Cabe precisar que, la Resolución 2850-2019/SPC-INDECOPI fue notificada a Lindley el 21 de octubre de 2019, conforme aparece registrado en el Sistema Integrado Resolutivo.

³³ Ver Resoluciones 3040-2018/SPC-INDECOPI del 7 de noviembre de 2018 y 2026-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019.

asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG³⁴. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 676-2019/CC2, en los aludidos extremos.

Respecto de la disposición de inicio de un PAS a Lindley

92. El artículo 1° del Decreto Legislativo 807, establece que las Comisiones del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia, las cuales serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas³⁵, siendo que dentro de las facultades de las Comisiones, se establece expresamente la de exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos en relación con sus actividades, así como solicitar información referida a la organización o negocios³⁶.
93. Tratándose de una actividad orientada a facilitar el desarrollo de las funciones asignadas a la autoridad administrativa, los requerimientos de información o documentación que formulen los órganos funcionales del Indecopi deben cumplirse en el plazo establecido, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el artículo 5° del Decreto Legislativo 807. Esta norma establece que, quien incumpla injustificadamente con los referidos requerimientos podrá ser sancionado con una multa no menor de 1 UIT ni mayor de 50 UIT³⁷.

³⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**

(...)
6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)

³⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 1°.-** Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

³⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 2°.-** Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. (...)

³⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 5°.-** Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

94. Así, conforme a lo señalado en la norma citada, la persona natural o jurídica responderá administrativamente por infracción del artículo referido, cuando oculte información que haya sido requerida por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte; y cuando sin justificación incumple los requerimientos de información que se le haga.
95. Ahora bien, la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, aun cuando pueda ser reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se deriven. En tal sentido, el TUO de la LPAG establece en su artículo 91° que, recibida la solicitud o la disposición de una autoridad superior para iniciar un procedimiento, las autoridades de oficio deben asegurarse de su propia competencia en función de la materia, el territorio, el tiempo, el grado o la cuantía del caso.
96. En el extremo analizado, la Comisión dispuso que la Secretaría Técnica iniciara un PAS a Lindley, por haber incumplido (parcialmente) un requerimiento formulado a través de la Resolución 16 del 27 de febrero de 2019.
97. Sin embargo, se verifica que la primera instancia no es competente para evaluar, de oficio, el inicio de un PAS al referido proveedor; en tanto carece de dicha facultad, la cual fue atribuida a otro órgano resolutorio del Indecopi.
98. En efecto, el artículo 1° de la Resolución 102-2015-INDECOPI-COD, emitida por la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 7 de junio de 2015, dispone que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 es competente de forma exclusiva para investigar, iniciar y resolver procedimientos administrativos sancionadores.
99. Cabe precisar que la exclusividad de las citadas atribuciones está referida a la **iniciativa de oficio** del procedimiento en materia de protección al consumidor, en tanto dicha Comisión es la única que cuenta con esa facultad, en comparación con el resto de las comisiones de Protección al Consumidor del Indecopi de la ciudad de Lima. Esto es corroborado por lo expuesto en la parte considerativa de dicha resolución, donde se expresa que la creación de la Comisión se fundamenta en la necesidad de atender la problemática asociada a los procedimientos administrativos sancionadores, iniciados por la propia iniciativa de la autoridad en las materias correspondientes; que, para este caso, versa sobre protección al consumidor.
100. Con relación a las Secretarías Técnicas del Indecopi, cabe recordar que, conforme lo dispuesto en el artículo 58° del Decreto Supremo 009-2009-PCM, norma que aprueba Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, Decreto Supremo 009-2009-PCM), éstas son los órganos técnicos

de investigación y apoyo a la gestión de las Comisiones y de las Salas del Tribunal³⁸.

101. Así, dentro de las funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia, establecidas tanto en la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobada mediante Decreto Legislativo 1033³⁹ y en el Decreto Supremo 009-2009-PCM, se contempla que, por delegación de su Comisión, pueden admitir a trámite los procedimientos.
102. De acuerdo con lo desarrollado, esta Sala considera que, la Comisión no es el órgano competente para evaluar (y por consiguiente, disponer que su Secretaría Técnica ejecute) de oficio, el inicio de un PAS, correspondiendo dejar sin efecto este extremo del pronunciamiento; por ello, ante el incumplimiento preliminarmente detectado, corresponde ordenar a la Secretaría Técnica de la Comisión que remita una copia de los actuados vinculados a la presunta infracción del artículo 5° del Decreto Legislativo 807, a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, a fin de que este órgano evalúe, en el marco de sus competencias, el inicio del referido PAS.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 676-2019/CC2 del 5 de abril de 2019, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Kelin Day Alvarado Cuenca contra Corporación Lindley S.A., por infracción del artículo 30° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; en tanto quedó acreditado que la proveedora elaboró una bebida gasificada de la marca Inca Kola en botella de vidrio,

³⁸ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 58°.- Secretarías Técnicas.**

Las Secretarías Técnicas son los órganos técnicos de investigación y apoyo a la gestión de las Comisiones y de las Salas del Tribunal. Constituyen los órganos de enlace con la estructura orgánico administrativa del INDECOPI; a excepción de las Secretarías Técnicas de las Áreas de Propiedad Intelectual, que se rigen por lo dispuesto en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI aprobada por Decreto Legislativo N° 1033.

Cada Comisión y cada Sala del Tribunal del INDECOPI cuenta con una Secretaría Técnica, la misma que está a cargo de un Secretario Técnico quien desempeña el cargo a tiempo completo. Son aplicables a los Secretarios Técnicos de las Comisiones y Salas las disposiciones del artículo 39 del presente Reglamento.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 44°.- Funciones de las Secretarías Técnicas.**

44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:

a) Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos de línea y de administración interna del INDECOPI (...)

c) Realizar acciones de prevención e investigaciones preliminares;

d) Por delegación de su Comisión, admitir a trámite los procedimientos, imputar cargos, impulsar la tramitación de los procedimientos, declarar rebelde a una parte del procedimiento, conceder recursos administrativos y declarar firme o consentida la resolución final que expida la Comisión, salvo régimen establecido en ley especial;

(...)

lote 0368011633 y fecha de vencimiento 8 de setiembre de 2018, la cual contenía un elemento extraño (mosca) en el interior.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 676-2019/CC2, en el extremo que ordenó a Corporación Lindley S.A., en calidad de medida correctiva que, en el plazo máximo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con implementar las medidas necesarias a efectos de evitar que durante su proceso de producción ingresen elementos extraños a las botellas del producto que fabrica, gaseosa de marca Inka Kola de 296 ml no descartable.

Informar a Corporación Lindley S.A. que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de la medida correctiva ordenada en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, se le informa que -en caso se produzca el incumplimiento del mandato- la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

TERCERO: Dejar sin efecto la Resolución 676-2019/CC2, en el extremo que ordenó a Corporación Lindley S.A., en calidad de medida correctiva que, en el plazo máximo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la referida resolución, cumpla con colocar un aviso de circulación nacional informando a los consumidores que ha sido sancionada por elaborar una gaseosa de marca Inka Kola en botella de vidrio de 296 ml, lote 0368011633 y fecha de vencimiento 3 de setiembre de 2018, con un elemento extraño (mosca) en el interior del mismo.

CUARTO: Revocar la Resolución 676-2019/CC2 en el extremo que sancionó a Corporación Lindley S.A. con una multa de 36 UIT; y, en consecuencia, se sanciona a la referida proveedora con una multa de 5 UIT.

QUINTO: Confirmar la Resolución 676-2019/CC2, en el extremo que condenó a Corporación Lindley S.A. al pago de las costas y costos del procedimiento.

SEXTO: Confirmar la Resolución 676-2019/CC2, en el extremo que dispuso la inscripción de Corporación Lindley S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

SÉTIMO: Llamar la atención a la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, por la demora injustificada en la tramitación del presente procedimiento; y, exhortarla a tener mayor celo en el análisis y en la tramitación de los expedientes que tiene a su cargo.

OCTAVO: Disponer que la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 que remita una copia de los actuados vinculados a la presunta infracción del artículo 5° del Decreto Legislativo 807, a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3; a fin de que este órgano evalúe, en el marco de sus competencias, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a Corporación Lindley S.A.C.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente