



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 001-2021/CC3



RESOLUCIÓN FINAL N.º 043-2022/CC3

EXPEDIENTE : 001-2021/CC3
AUTORIDAD : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3
(COMISIÓN)
ADMINISTRADO : NESTLÉ PERÚ S.A.¹
MATERIA : PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
DEBER DE IDONEIDAD
COMUNICACIÓN DE ADVERTENCIAS Y ALERTAS
ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS
SANCIONES : 10.2 UIT (Artículo 28 del Código – No informar a la
Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del
Consumidor dentro del plazo)
7.4 (Artículo 28 del Código – No informar a los
consumidores dentro del plazo)

SUMILLA: Se archiva el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de Nestlé Perú S.A. por presunta infracción a lo establecido en el artículo 28 del Código, en el extremo referido a que no habría cumplido con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

Corresponde sancionar a Nestlé Perú S.A. con una multa de 10.2 UIT por infracción al artículo 28 del Código, toda vez que no cumplió con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en el plazo establecido por el artículo 11 del Reglamento de advertencias, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

Finalmente, corresponde sancionar a Nestlé Perú S.A. con una multa de 7.4 UIT por infracción al artículo 28 del Código, toda vez que no cumplió con informar a los consumidores, en el plazo establecido por el artículo 9 del Reglamento de advertencias, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

Lima, 23 de mayo de 2022

I. ANTECEDENTES

¹ El administrado está registrado en la base de datos de la SUNAT con RUC N.º 20263322496 y con domicilio fiscal ubicado en calle Luis Galvani N.º 493 Urb. Lotización Industrial Santa Rosa (antes Av. Los Castillos C.3 Z.I. Santa Rosa) -Ate, Lima. Asimismo, se encuentra inscrito en la Partida Registral N.º 00166308.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL



EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3

1. El 14 de diciembre de 2020, Dirección General Ambiental e Inocuidad Alimentaria del Ministerio de Salud - DIGESA emitió el comunicado N.° 030-2020-DIGESA/MINSA, a través del cual invocó a la población a no adquirir o consumir los productos denominados Panetoncito (del lote 2480107) y Chocotón (de los lotes 2690107 y 2680107), de la empresa Nestlé, a fin de evitar problemas en la salud de los consumidores.
2. El 15 de diciembre de 2020, a través de su portal web (<https://www.nestle.com.pe/media/pressreleases/comunicado-dic>), Nestlé emitió un comunicado mediante el cual señaló que el comunicado de la DIGESA, “se trataría de productos/lotes que ya se habían bloqueado el día 23/11/20 luego de algunos reclamos del consumidor por presuntas desviaciones en el perfil del producto, y que la misma DIGESA corroboró con una inspección el día 11/12/20, sin encontrar ninguna irregularidad y verificando que los lotes se encontraban en trastienda y no disponibles para la venta al público”.
3. En virtud a ello, mediante correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2020, se delegó a la Dirección de Fiscalización (DFI) (antes, Gerencia de Supervisión y Fiscalización) la función de supervisar a la empresa proveedora de los siguientes productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, ambos de la marca D’ONOFRIO; ello, a efectos de verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código). Durante el desarrollo de las acciones de supervisión se verificó que los citados productos serían comercializados por Nestlé Perú S.A.(Nestlé).
4. En mérito de la delegación de función de supervisión efectuada por la Secretaría Técnica, la DFI, en el ámbito de sus competencias, emitió el Informe N.° 634-2020/GSF del 30 de diciembre de 2020 recomendando el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS).
5. Mediante Resolución N.° 1 del 24 de agosto de 2021, notificada el 26 de agosto de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3 (Secretaría Técnica) inició un PAS en contra de Nestlé, por presunto incumplimiento a las disposiciones del Código, en los siguientes términos:

“IV. RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

PRIMERO: *Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de Nestlé Perú S.A. a instancia de la Secretaría de la Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3, por presunta infracción al artículo 108 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el artículo 28 del mismo cuerpo legal, toda vez que no habría cumplido con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en el plazo establecido por el artículo 11 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”, aprobado por Decreto Supremo N.° 050-2016-PCM, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.*



SEGUNDO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de Nestlé Perú S.A. a instancia de la Secretaría de la Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3, por presunta infracción al artículo 108 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el artículo 28 del mismo cuerpo legal, toda vez que no habría cumplido con informar a los consumidores, en el plazo establecido por el artículo 9 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”, aprobado por Decreto Supremo N.° 050-2016-PCM, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

TERCERO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de Nestlé Perú S.A. a instancia de la Secretaría de la Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3, por presunta infracción al artículo 108 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el artículo 28 del mismo cuerpo legal, toda vez que no habría cumplido con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g. (...).”

6. El 24 de setiembre de 2021, Nestlé presentó sus descargos a la imputación de cargos efectuada por la Secretaría Técnica, señalando lo siguiente:
- (i) La resolución de imputación de cargos vulneraba lo previsto en el artículo 254 del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), ya que no se detallaron los hechos imputados a título de cargo; es decir, no se mencionó si la conducta infractora consistía en “no haber adoptado medidas” (debiéndose precisar a qué medidas se hacía referencia) o, por el contrario, en “no haberlo hecho de forma inmediata”.
 - (ii) Se habría vulnerado el principio de tipicidad puesto que se utilizaron los ejemplos contenidos en el artículo 28 del Código como si se trataran de conductas sancionables independientes la una de la otra. Así, la única obligación que imponía dicho dispositivo legal consistía en “no adoptar las medidas razonables”, siendo que no contenía múltiples e infinitas obligaciones; por lo que las primeras dos imputaciones se encontraban dentro de la tercera (“no haber adoptado medidas razonables en plazo inmediato”).
 - (iii) No se generó la obligación de adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir algún peligro, ya que no existió riesgo alguno imprevisto para la salud o seguridad de los consumidores, ya que:
 - (a) El moho podría aparecer en los productos alimenticios por diversos factores, sin necesidad de que exista alguna desviación en el proceso productivo (por ejemplo, podría aparecer en los productos al somerlos a condiciones no adecuadas de almacenamiento).
 - (b) El moho no generaba daños a la salud, sino las micotoxinas que solo algunas clases de moho producían. El moho presente en sus productos no contenía micotoxinas; además, era fácilmente perceptible, por lo que no existía riesgo de que un consumidor lo ingiriera en dichas condiciones (a diferencia de la contaminación por salmonella, desviaciones en procesos productivos de automóviles que



- afectaban su sistema de seguridad, o la bacteria presente en productos de la marca Poett, por ejemplo).
- (c) Según las normas regulatorias locales (RM N.° 591-2008/MINSA y RM N.° 225-2016/MINSA), la presencia de mohos en la liberación de productos de panificación era aceptable.
 - (d) Los fabricantes de los productos objeto del presente procedimiento alegaron que pudo haber existido una desviación en la producción (dosificación no adecuada del preservante al producto terminado), que afectó la calidad de unas cuantas unidades, mas no su seguridad.
 - (e) Prueba de la afectación de la calidad de solo unas cuantas unidades era la constatación que realizó la DIGESA en sus instalaciones el 11 de diciembre de 2020, constando que en los productos que estaban en su poder no había presencia de moho.
7. Luego de haber recibido el escrito de descargos respectivo, al cual se adjuntó el “Informe Técnico N.° 0013-2021 – Investigación sobre moho en panetón”², la Secretaría Técnica, en ejercicio de sus facultades, requirió a la Dirección General Ambiental e Inocuidad Alimentaria del Ministerio de Salud – DIGESA, mediante Oficio N.° 091-2021-CC3/INDECOPI del 20 de octubre de 2021, información relacionada con los productos objeto del presente PAS³.
8. Mediante Oficio N.° 001-2022-CC3/INDECOPI del 05 de enero de 2022, la Secretaría Técnica reiteró a la DIGESA que brinde respuesta al Oficio N.° 091-2021-CC3/INDECOPI.
9. A través de la Resolución N.° 004-2022/CC3 del 20 de enero de 2022, la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3 (Comisión), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, aprobada por Decreto Legislativo N.° 807 y el artículo 16 de la Directiva N.° 001-

² El citado informe concluía lo siguiente:

³ Se solicitó, entre otras cosas, que precise: (i) si la presencia de moho en los productos alimenticios podría generar algún tipo de daño a la salud de los consumidores, en caso el producto fuera ingerido; (ii) si el moho aspergillus (en sus tipos *glaucus*, *niveoglaucus*, *pseudoglaucus*, *ruber* y *tonophilus*), presente en los productos alimenticios, podría generar algún tipo de daño a la salud de los consumidores, en caso el producto fuera ingerido; (iii) en caso se permita la presencia de moho en los alimentos, cuáles serían los niveles máximos tolerados, a fin de que un producto alimenticio no sea dañino para la salud de los consumidores; (iv) si la micotoxina deoxynivalenol podría generar algún tipo de daño a la salud de los consumidores si se encuentra en un producto alimenticio que es ingerido.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 001-2021/CC3



2021/DIR-COD-INDECOPI - "Directiva Única que regula los procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor", resolvió suspender el presente procedimiento en tanto se encontraba pendiente la atención del Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI.

10. Con los Oficios N.º 010-2022-CC3/INDECOPI y 011-2022-CC3/INDECOPI, ambos del 15 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica trasladó al Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima (CIP), y al Centro Nacional de Alimentación y Nutrición del Instituto Nacional de Salud (CENAN), respectivamente, las consultas que en su momento fueron realizadas a la DIGESA por Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI.
11. A través de la Carta N.º 168-2022 D.CIP/CDL del 03 de marzo de 2022, el CIP atendió el Oficio N.º 010-2022-CC3/INDECOPI, remitiendo adjunto el Informe N.º 002/2022-CIIAA del 02 de marzo de 2022.
12. Con el Oficio N.º 15-2022-CC3/INDECOPI del 09 de marzo de 2022, la Secretaría Técnica solicitó a la DIGESA, con carácter de urgencia, que atienda el requerimiento de información contenido en el Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI. Además, mediante Oficio N.º 018-2022-CC3/INDECOPI del 14 de marzo de 2022, se reiteró al CENAN que atienda el requerimiento contenido en el Oficio N.º 011-2022-CC3/INDECOPI.
13. Mediante Oficio N.º 405-2022/DFIS/DIGESA del 15 de marzo de 2022, la Dirección de Control y Vigilancia de la DIGESA atendió parcialmente el requerimiento de información contenido en el Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI. Considerando ello, por Oficio N.º 024-2022-CC3/INDECOPI del 28 de marzo de 2022, se formuló un nuevo requerimiento de información a la Dirección de Fiscalización y Sanción de la DIGESA, para que complemente la información remitida.
14. Con Oficio N.º 096-2022-CENAN/INS del 29 de marzo de 2022, el CENAN atendió el requerimiento de información contenido en el Oficio N.º 011-2022-CC3/INDECOPI, para lo cual remitió adjunto la Nota Informativa N.º 095-2022-DECYTA/CENAN-INS del 22 de marzo de 2022 y Nota Informativa N.º 014-2022-LM-DECYTA/CENAN-INS del 21 de marzo de 2022.
15. Finalmente, a través de la Resolución N.º 036-2022/CC3 del 19 de abril de 2022, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento, ya que por Oficio N.º 484-2022/DFIS/DIGESA del 04 de abril de 2022⁴, la Dirección de Fiscalización y Sanción de la DIGESA remitió la documentación solicitada por la Secretaría Técnica a través del Oficio N.º 024-2022-CC3/INDECOPI del 28 de marzo de 2022.
16. Mediante la Resolución N.º 03 del 20 de abril de 2022, se puso en conocimiento de Nestlé todos los requerimientos de información que la Secretaría Técnica formuló y las respuestas de las diferentes entidades de la Administración Pública.

⁴ Recibido el 13 de abril de 2022.



17. El 04 de mayo de 2022, Nestlé presentó un escrito a través del cual adjuntó el Informe Técnico N.° 002-2022 – Información complementaria Chocotón y Panetoncito D'onofrio, suscrito por _____, en su calidad de Quality System Coordinator de Nestlé (Coordinadora del sistema de calidad, por su traducción al español), según el cual:

- (i) Solo algunas unidades de algunos lotes presentaron moho:

Producto	Lote	Fecha de fabricación del lote	Fecha de vencimiento del lote	Cantidad reclamos por lote (N.°)
PANETONCITO 90g				
CHOCOTÓN 500g				

- (ii) Adjuntó los informes de ensayo N.° 02200.01 del 23 de julio de 2020, emitido por el laboratorio Inspection & Testing Service del Perú S.A.C., y N.° CO2101783 del 15 de febrero de 2021, emitido por el laboratorio SGS; así como los informes N.° 138-2020 y 139-2020, emitidos por el laboratorio de fábrica Lima – Nestlé Perú S.A.
- (iii) Todos los lotes de Chocotón y Panetoncito evaluados microbiológicamente cumplían con los requisitos de la norma.
18. El 09 de mayo de 2022, Nestlé presentó un escrito a través del cual señaló lo siguiente:
- (i) La solicitud que formuló la Secretaría Técnica a la DIGESA, mediante Oficio 91-2021-CC3/INDECOPI, vulneraba lo previsto en los artículos 87.3 y 87.4 del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG); en tanto la suspensión del trámite del procedimiento no podría exceder los 7 días, según lo prevé el artículo 143.3 del TUO de la LPAG, y no se le notificó el requerimiento formulado en el plazo de 3 días, respectivamente. Así, la suspensión del procedimiento era contraria a lo previsto por la norma.
- (ii) Los artículos 50 y 178 del TUO de la LPAG señalaban expresamente que no resultaba posible suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de información proveniente de otra entidad.
- (iii) En ese sentido, se debió declarar la caducidad del procedimiento puesto que, a la fecha, habría transcurrido en exceso el plazo de 120 días hábiles con los que contaba la Administración para resolver el caso.
- (iv) A pesar de que la suspensión del procedimiento se levantó recién el 15 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica había efectuado indebidamente requerimientos de información a través del Oficio N.° 10-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al CIP, el Oficio 11-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al CENAN, y Oficio 24-2022/CC3-INDECOPI, dirigido a la DIGESA. Es por ello, que la supuesta suspensión se trató de una extensión encubierta del plazo para resolver el presente caso. Ello, sobre todo si se tenía en cuenta que el Oficio 11-2022/CC3-INDECOPI dirigido al CENAN fue ingresado a mesa de



- partes el 10 de marzo de 2022, lo cual denotaba que existió una extensión encubierta del plazo.
- (v) A pesar de que la suspensión del procedimiento se sustentó en la falta de atención al pedido de colaboración a la DIGESA, su primera prórroga se sustentó, además, en la falta de atención de los requerimientos dirigidos al Colegio de Ingenieros y CENAN, lo mismo ocurrió en la segunda ampliación al plazo, en tanto se consideró también la falta de respuesta del requerimiento formulado al CENAN. En ese sentido, ambas ampliaciones o prórrogas del plazo de suspensión serían ilegales, en tanto se sustentarían en hechos distintos a los que originaron la suspensión.
19. A través de la Resolución N.º 06 del 10 de mayo de 2022, se puso en conocimiento de Nestlé, el Informe Final de Instrucción N.º 020-2022/CC3-ST (IFI), otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos. A través del IFI, la Secretaría Técnica propuso imponer al administrado las siguientes sanciones: (i) 10.5 UIT: por presunta infracción al artículo 28 del Código, en tanto no habría cumplido con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, dentro del plazo legalmente establecido, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de sus productos; y, (ii) 305.8 UIT: por presunta infracción al artículo 28 del Código, debido a que no habría cumplido con informar a los consumidores, dentro del plazo legalmente establecido, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de sus productos.
20. El 17 de mayo de 2022, Nestlé presentó sus descargos al IFI, reiterando los alegatos expuestos en sus escritos previos; asimismo, señaló lo siguiente:

Sobre la suspensión del procedimiento y el vencimiento del plazo máximo para resolverlo

- (i) A diferencia de lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (Sala), a través de la Resolución N.º 0977-2021/SPC-INDECOPI, señaló que a los procedimientos de protección al consumidor sí le era aplicable la figura del silencio administrativo; por lo que correspondía respetar el plazo de suspensión señalado en el artículo 87.3 del TUO de LPAG.
- (ii) Si bien el artículo 65 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, aprobada por Decreto Legislativo N.º 807, regulaba la suspensión del procedimiento, no permitía hacerlo para requerir documentación e información a otras entidades. Tal supuesto de suspensión únicamente se encontraba regulada en una Directiva del Indecopi, la cual no tenía rango de ley.
- (iii) No se le remitió la solicitud de colaboración formulada a la DIGESA, el CIP y el CENAN dentro del plazo señalado en el artículo 87.4 del TUO de la LPAG, lo cual generaba una afectación a su derecho de defensa y al principio del debido procedimiento, pues los requerimientos e informes obtenidos le fueron notificados casi al finalizar el procedimiento, sin otorgarle un plazo para *“controlar la prueba, de producir las pruebas de descargos o de cuestionar los medios probatorios actuados por la administración, ello sumado a que las pruebas en cuestión han sido obtenidas mientras el procedimiento se encontraba, supuestamente, suspendido”*.

- (iv) La Secretaría Técnica no se pronunció sobre el alegato referido a que las prórrogas de la suspensión se ampararon en hechos distintos.
- (v) La Décimo Cuarta Disposición Final de la Ley N.º 27809 y la Directiva N.º 001-2021-DIR-COD-INDECOPI indicaban que el plazo máximo para tramitar y resolver los procedimientos administrativos a cargo del Indecopi es de 120 días hábiles. Si el procedimiento no respetaba dicho plazo, debería declararse su caducidad.

Sobre la presunta vulneración al principio de tipicidad

- (vi) La obligación que impone el artículo 28 del Código es adoptar medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato, lo cual constituía una sola obligación. El listado de medidas solo es un ejemplo de las medidas que se podrían llevar a cabo, conforme lo indicaba el artículo 8 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores” (en adelante, el Reglamento de advertencias).

Sobre la presunta responsabilidad imputada a Nestlé

- (vii) En el Considerando 49 del IFI⁵ la Secretaría Técnica indicó cuántos reclamos presentaron los consumidores; sin embargo, ello no implica que los productos en efecto contengan moho.
- (viii) Las pruebas a las que la Secretaría Técnica hizo referencia en los Considerandos 52, 53 y 54 del IFI⁶ (Informe N.º 350-2022/DCOVI/DIGESA, Informe N.º 002/2022-CIIAA, y Nota Informativa N.º 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS) fueron obtenidos de manera indebida. Sin perjuicio de ello, ninguna de dichas pruebas acreditaba que sus lotes se encontraban afectados con moho.

⁵ IFI del 10 de mayo de 2022:

49. *Sobre el particular, cabe precisar que, si bien Nestlé no identificó la cantidad aproximada de unidades afectadas de cada lote, por la presencia de moho -a pesar de habérselo requerido mediante Resolución N.º 4 del 22 de abril de 2022-, sí precisó cuántos reclamos presentaron sus consumidores cuestionando precisamente la existencia de moho en sus productos, obteniéndose los siguientes resultados según lo declarado por el propio administrado: (...).*

⁶ IFI del 10 de mayo de 2022:

52. *En esa misma línea, según el Informe N.º 350-2022/DCOVI/DIGESA del 11 de febrero de 2022, emitido en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, la Dirección de Fiscalización y Sanción de la DIGESA señaló que, un nivel de moho fuera del límite máximo permitido convierte al producto que lo contiene en no apto para el consumo humano, por poner en riesgo la salud de los consumidores. (...).*

53. *Además, a través de Informe N.º 002/2022-CIIAA del 02 de marzo de 2022, el Colegio de Ingenieros del Perú –Consejo Departamental de Lima, en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, señaló que “los mohos son hongos filamentosos que crecen como una masa enredada que se dispersa rápidamente y cubre superficies significativamente en 2 – 3 días. Los hongos son un gran grupo de microorganismos que afecta el suministro de alimentos produciendo infección en tejidos de plantas y frutas, tienen capacidad de invadir y descomponer productos cosechados, así como alimentos y bebidas procesados”. (...).*

54. *Asimismo, a través de la Nota Informativa N.º 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS del 21 de marzo de 2022, el Centro Nacional de Alimentación y Nutrición del Instituto Nacional de Salud, en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, indicó que la presencia de moho en un alimento puede causar alergias y daños respiratorios debido a las esporas presentes: (...).*



- (ix) Las imágenes de los tres (3) productos, incluidas en el Informe Técnico N.º 001-2021, no eran fotografías de productos adquiridos por los consumidores, sino productos sometidos, por criterios de control interno, a condiciones extremas de almacenaje para ver si proliferaba el moho, lo cual no significaba que hayan estado en dichas condiciones en el mercado.
- (x) No existía medio probatorio alguno que acredite que, más allá de unos contados productos, haya presentado moho. Además, tampoco existe prueba alguna, más allá de la conjetura realizada por la Secretaría Técnica, que el moho visible superara los límites máximos permitidos por la norma.
- (xi) En el Considerando 61 del IFI⁷ se señaló que la situación era tan relevante que su representada optó por detener la venta de sus productos; sin embargo, ello fue para cuidar su imagen; además, ello no significa reconocer la existencia de un riesgo no previsto en sus productos.
- (xii) En el supuesto negado que se considere que los productos contenían riesgos no previstos para la salud de los consumidores, no se generó tampoco la obligación de comunicar ello al Indecopi y los consumidores, ya que según el artículo 6 del Reglamento de advertencias, dicha obligación se produce cuando son los propios proveedores quienes detectan los supuestos riesgos, pero cuando lo hace la autoridad sectorial competente, esta última debe remitir la información al Indecopi.
- (xiii) La graduación de sanción no fue realizada siguiendo los criterios establecidos en el artículo 112 del Código; además, en el cálculo respectivo se emplearon documentos que no habían sido notificados y se encontraban en idiomas distintos al castellano.

21. En ese sentido, corresponde a la Comisión emitir la decisión final en el PAS iniciado en contra de Nestlé.

II. ANÁLISIS

2.1 Cuestiones previas:

A. Respecto a los cuestionamientos de la suspensión y caducidad del procedimiento

Suspensión del procedimiento

22. En su defensa, Nestlé alegó que, con relación a la suspensión del trámite del procedimiento, se habría vulnerado lo previsto en:

⁷ IFI del 10 de mayo de 2022:

61. *Si bien en sus descargos Nestlé reconoció que existía “ de los productos Panetoncito y Chocotón (generada por la dosificación no adecuada de un preservante) y que ello podría ocasionar la aparición de moho en dichos alimentos, lo cierto es que también negó que tal deficiente dosificación afectara la seguridad de los productos. No obstante, como ya se desarrolló en los párrafos precedentes, según la DIGESA -responsable del aspecto técnico, normativo, vigilancia y supervigilancia en materia de salud ambiental e inocuidad alimentaria- si el nivel de moho superaba la dosis máxima permitida, el producto no sería apto para el consumo humano y pondría en riesgo la salud de los consumidores, por lo que corresponde desestimar el alegato del administrado en este extremo. La situación generada era tan relevante para Nestlé que incluso optó por remitir correos electrónicos a los comercializadores de los productos Panetoncito y Chocotón para detener su venta. (...).*

- (i) el artículo 87.3 del TUO de la LPAG⁸, dispositivo legal que, respecto a la *colaboración entre entidades*, señala que en los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo el plazo para resolver quedará suspendido cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la información, plazo que, según el artículo 143.3 del TUO de la LPAG, no podría ser superior a 7 días; y,
- (ii) el artículo 87.4 del TUO de la LPAG⁹, pues la Secretaría Técnica no habría cumplido con notificarle los requerimientos formulados en el plazo señalado en dicha norma (3 días), lo cual generaba una afectación a su derecho de defensa y al principio del debido procedimiento, pues los requerimientos e informes obtenidos le fueron notificados casi al finalizar el procedimiento.
23. Asimismo, en su escrito de descargos al IFI, Nestlé alegó que, a diferencia de lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la Sala, a través de la Resolución N.º 0977-2021/SPC-INDECOPI, señaló que a los procedimientos de protección al consumidor sí le era aplicable la figura del silencio administrativo; por lo que correspondía respetar el plazo de suspensión señalado en el artículo 87.3 del TUO de LPAG.
24. El silencio administrativo es una presunción o ficción legal en virtud de la cual transcurrido determinado plazo sin resolución expresa de la Administración Pública, y producidas ciertas circunstancias, se entenderá denegada (silencio administrativo negativo) u otorgada (silencio administrativo positivo) la solicitud, o fundado o infundado el recurso formulado. Asimismo, el artículo 32 del TUO de La LPAG¹⁰ clasifica a los procedimientos administrativos en procedimientos: (i) de aprobación automática; y, (ii) de evaluación previa, siendo estos últimos, ante la falta de pronunciamiento de una solicitud de un administrado, pueden estar sujetos al silencio administrativo positivo o negativo.

8

TUO de la LPAG**Artículo 87.- Colaboración entre entidades**

(...)

87.3 En los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo el plazo para resolver quedará suspendido cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la información prevista en los numerales 87.2.3 y 87.2.4, siempre que ésta sea indispensable para la resolución del procedimiento administrativo. El plazo de suspensión no podrá exceder el plazo dispuesto en el numeral 3 del artículo 143.

Artículo 143.- Plazos máximos para realizar actos procedimentales

A falta de plazo establecido por ley expresa, las actuaciones deben producirse dentro de los siguientes:

(...)

3. Para emisión de dictámenes, peritajes, informes y similares: dentro de siete días después de solicitados; pudiendo ser prorrogado a tres días más si la diligencia requiere el traslado fuera de su sede o la asistencia de terceros.

9

TUO de la LPAG**Artículo 87.- Colaboración entre entidades**

(...)

87.4 Cuando una entidad solicite la colaboración de otra entidad deberá notificar al administrado dentro de los 3 días siguientes de requerida la información.

10

TUO de la LPAG**Artículo 32.- Calificación de procedimientos administrativos**

Todos los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.



25. En virtud de ello, el artículo 87.3 del TUO de la LPAG -citado por Nestlé- no resulta aplicable al caso concreto (silencio administrativo positivo), en la medida que el presente procedimiento **no es de evaluación previa (en tanto no existe una solicitud de algún administrado); por el contrario, estamos frente a un procedimiento sancionador iniciado por propia iniciativa de la autoridad administrativa**, con la finalidad de determinar la responsabilidad en que habría incurrido Nestlé por presunta infracción a las normas del Código.
26. **En otras palabras, en el caso concreto no existió algún administrado que, en ejercicio de su derecho de petición, haya presentado un escrito solicitando el inicio del presente procedimiento**¹¹, pues como ya se precisó, según las funciones asignadas a la Comisión de Protección al Consumidor N.° 3, esta es competente solo para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores **por propia iniciativa en materia de protección al consumidor**¹².
27. En esa misma línea, mediante Resolución N.° 090-2020/SDC-INDECOPI del 13 de agosto de 2020, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, ha señalado que, *“en los procedimientos administrativos sancionadores no resultan aplicables las reglas del silencio administrativo positivo o negativo en tanto que no son procedimientos de evaluación previa ni peticiones realizadas por la parte interesada, conforme lo establecido en el artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, (...); sino una manifestación del poder punitivo del Estado para la realización de sus fines consagrados en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú”*.
28. Por otro lado, Nestlé sostuvo que, según la Resolución N.° 977-2021/SPC-INDECOPI¹³, a los procedimientos de protección al consumidor *sí le era aplicable*

¹¹ TUO de la LPAG

Artículo 117.- Derecho de petición administrativa

- 117.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.
- 117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.
- 117.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

¹² **Resolución 102-2015-INDECOPI-COD, Crean Comisión de Protección al Consumidor adicional, adscrita a la sede central del INDECOPI, bajo la denominación Comisión de Protección al Consumidor 3**

Artículo 1.- Crear una Comisión de Protección al Consumidor adicional, adscrita a la sede central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, bajo la denominación Comisión de Protección al Consumidor N° 3, la misma que será competente de forma exclusiva para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores por propia iniciativa en materia de protección al consumidor. (...).

Artículo 3.- Disponer que las investigaciones iniciadas por iniciativa de la autoridad que aún no hayan dado inicio a un procedimiento administrativo sancionador, sean transferidas a la Comisión de Protección al Consumidor N° 3, en un plazo no mayor de 5 días calendarios contados a partir del día siguiente hábil siguiente de la publicación de la presente Resolución. (...).

¹³ Ver resolución N.° 0977-2021/SPC-INDECOPI – Procedimiento de queja:
(...)

3. *El 22 de marzo de 2021, la Asociación presentó un recurso de apelación por denegatoria ficta de su denuncia, invocando la aplicación del silencio administrativo negativo, alegando que el plazo legal para resolver su denuncia había vencido.*
4. *Posteriormente. El 26 de abril de 2021, la Asociación **presentó un reclamo en queja contra la Comisión cuestionando la demora por parte de dicho órgano resolutorio en tramitar su escrito de apelación el***



la figura del silencio administrativo¹⁴. Sin embargo, de la revisión del contenido de la citada resolución se puede advertir que la **Sala únicamente se pronunció en atención a un escrito de queja**, siendo el mismo declarado fundado en la medida que la Comisión de Protección al Consumidor N.° 2 no tramitó un recurso de apelación presentado por el denunciante en el marco de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por denuncia de parte; por lo que, contrariamente a lo alegado por Nestlé, **no se hizo ningún desarrollo sobre el silencio administrativo.**

29. Con relación al alegato de Nestlé referido a que los artículos 50 y 178 del TUO de la LPAG expresamente señalarían que *no resultaba posible suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de información proveniente de otra entidad*; cabe precisar que, contrariamente a lo indicado por el administrado, la prohibición contenida en el artículo 50 del TUO de la LPAG¹⁵ **solo es aplicable a procedimientos administrativos iniciados a solicitud del administrado**, con la finalidad de que las autoridades administrativas no cuestionen la validez de los actos administrativos emitidos por otras entidades. Así, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.° 1272 señala lo siguiente: "(...) Así, se dispone que en la tramitación de procedimientos administrativos, las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son

22 de marzo de 2021, indicado en el párrafo precedente.

(...)

12. De la revisión del estado del expediente, efectivamente se ha verificado que la Asociación presentó un recurso de apelación por denegatoria ficta, invocando la aplicación del silencio administrativo negativo, ello el 22 de marzo de 2021. Cabe indicar que, el 27 de noviembre de 2020 se cumplió el plazo legal con que contaba la primera instancia para emitir un pronunciamiento.
13. Al respecto, **se ha verificado que el mencionado recurso de apelación no ha sido tramitado de modo alguno por la quejada, aun cuando a la fecha de emisión de la presente resolución ya han transcurrido veintiocho (28) días hábiles desde la formulación del mismo** (...)

RESULEVE:

PRIMERO: Declarar fundado el reclamo en queja formulado por la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash contra la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, pues dicho órgano resolutorio no ha cumplido, con tramitar el recurso de apelación presentado por dicha administrada con fecha 22 de marzo de 2021, dentro de un plazo razonable.

¹⁴ En su escrito de descargos al IFI, Nestlé señaló lo siguiente: "(...) La Sala Especializada en Protección al Consumidor (Sala competente para conocer los procedimientos de protección al consumidor como el que es materia del presente procedimiento) ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido que los procedimientos si se encuentra sujetos al silencio administrativo. Mediante Resolución N° 0977-2021/SPC-INDECOPI la referida Sala declaró fundada una queja por defectos de tramitación, al no haber, la Comisión, dado trámite a un recurso de apelación por la aplicación del silencio administrativo negativo".

¹⁵ TUO de la LPAG

Artículo 50.- Validez de actos administrativos de otras entidades y suspensión del procedimiento

Salvo norma especial, en la tramitación de procedimientos administrativos las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos administrativos a su cargo. Tampoco pueden suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de resoluciones o información provenientes de otra entidad.

Artículo 178.- Solicitud de documentos a otras autoridades

178.1 La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente.

178.2 Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia.

presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos (...). De tal manera, este nuevo artículo tiene como objetivo agilizar el procedimiento administrativo iniciado por el administrado¹⁶.

30. Con relación al artículo 178 del TUO de LPAG¹⁷, es preciso indicar que, la Secretaría Técnica no requirió documentos preexistentes o antecedentes, sino - entre otras cuestiones- la emisión de un informe u opinión técnica sobre el moho encontrado de los productos materia de análisis; por lo que no corresponde aplicar dicho dispositivo legal, debiéndose precisar, que la suspensión del procedimiento se sustenta en lo previsto por el artículo 65¹⁸ del D. Leg. 807 (norma con rango de ley) y artículo 16¹⁹ y 23²⁰ de la Directiva N.º 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor²¹ (Directiva).

¹⁶ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1272**

(...) En la tramitación de procedimientos administrativos, no es inusual que los administrados presenten actos administrativos emitidos por distintas entidades. No obstante, se ha podido evidenciar que en estos casos las entidades suelen cuestionar la validez de los mismos, pese a que, según lo regulado en la LPAG, todos los actos gozan de presunción de licitud.

Con la finalidad de que lo anterior sea prescrito, se incorpora el artículo 41-A de la LPAG. Así, se dispone que en la tramitación de procedimientos administrativos, las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos administrativos a su cargo. Además, tampoco pueden suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de resoluciones o información proveniente de otra entidad. De tal manera, este nuevo artículo tiene como objetivo agilizar el procedimiento administrativo iniciado por el administrado. (...).

¹⁷ **TUO de la LPAG**

Artículo 178.- Solicitud de documentos a otras autoridades

178.1 La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente.

178.2 Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia.

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 807**

Artículo 65.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, **o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.**

¹⁹ **Directiva**

Artículo 16. - Suspensión del procedimiento

16.1. La suspensión de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor por iniciativa de parte procede en los supuestos comprendidos en el artículo 65 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo 807 y en el artículo 30 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI. Excepcionalmente, también podrá suspenderse el procedimiento en los siguientes casos:

(...)

(ii) Por un plazo máximo de quince (15) días hábiles en el caso del procedimiento sumarísimo, y de veinte (20) días hábiles en el caso del procedimiento ordinario, cuando sea necesario disponer la realización de informes técnicos o pericias o cuando se requiera información a otra entidad o a un tercero, el cual puede ser ampliado por plazos similares, por causas debidamente fundamentadas.

²⁰ **Directiva**

Artículo 23.- Suspensión del procedimiento

Para efectos de la suspensión del procedimiento por iniciativa de la autoridad, se aplicarán los supuestos previstos en el artículo 16 de la presente Directiva.

²¹ **Directiva**

Artículo 23.- Suspensión del procedimiento



31. En tal sentido, contrariamente a lo indicado por Nestlé²², el artículo 65 del D. Leg. 807, permite suspender el procedimiento cuando *“surja una cuestión contenciosa que, a criterio de la Comisión precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi”*; siendo que en el presente caso, la Secretaría Técnica estimó pertinente requerir a la DIGESA, no solo que emita un informe técnico sobre si la presencia de moho (en sus diferentes subtipos) en los productos alimenticios podría generar algún tipo de daño a la salud de los consumidores, sino también que remita cualquier documentación que haya podido obtener, en el marco de sus competencias, respecto a la supuesta presencia de moho en los productos objeto de alerta, siendo que dicho requerimiento se sustentaba en la necesidad de contar con mayores elementos de juicio para emitir un pronunciamiento final debidamente motivado, en el que se valoraran -incluso- los medios de prueba y actuados recabados por la DIGESA en el marco de sus competencias, en tanto la investigación iniciada por dicha entidad guardaba relación con las conductas imputadas en el presente procedimiento.
32. Por tanto, la suspensión del plazo de tramitación del presente PAS, efectuada mediante Resolución N.° 004-2022/CC3 del 20 de enero de 2022, se encontraba debidamente motivada y se sustentó en lo previsto en el D. Leg. 807 y en la Directiva; por lo que no es posible acoger los argumentos de defensa del administrado en este extremo.
33. Por otro lado, Nestlé alegó que, a pesar de que la suspensión del procedimiento se levantó recién el 15 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica había efectuado indebidamente requerimientos de información a través del Oficio N.° 10-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al Colegio de Ingenieros del Perú, el Oficio 11-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al CENAN, y Oficio 24-2022/CC3-INDECOPI, dirigido a la DIGESA²³.
34. Al respecto, cabe reiterar que los artículos 16 y 23 de la Directiva precisamente prevén la posibilidad de suspender el procedimiento sancionador iniciado de oficio *“cuando sea necesario disponer la realización de informes técnicos o pericias o cuando se requiera información a otra entidad o a un tercero”*; por lo que, se tiene que los requerimientos de información que la Secretaría Técnica realizó a la DIGESA, el CIP y el CENAN, así como los reiterativos por la no respuesta de aquellos, sí podrían efectuarse, contrariamente a lo que sostiene Nestlé, cuando el procedimiento se encontrara suspendido, ya que precisamente se suspendía con esa intención, según lo dispone el artículo 16 de la Directiva y se efectuó a fin de conocer una única situación, a saber, el riesgo que podría presentar el moho

Para efectos de la suspensión del procedimiento por iniciativa de la autoridad, se aplicarán los supuestos previstos en el artículo 16 de la presente Directiva.

²² En su escrito de descargos al IFI, Nestlé señaló lo siguiente: *“(…) Sin embargo, lo que se olvida es mencionar que dentro de los supuestos de suspensión taxativamente regulados en dicha norma no se encuentra comprendida la facultad de suspender el mismo por haber requerido documentación e información a otras entidades”*.

²³ En su escrito de descargos al IFI, Nestlé indicó que a pesar de que la suspensión del procedimiento se levantó recién el 15 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica había efectuado indebidamente requerimientos de información a través del Oficio N.° 10-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al CIP, el Oficio 11-2022/CC3-INDECOPI, dirigido al CENAN, y Oficio 24-2022/CC3-INDECOPI, dirigido a la DIGESA. Es por ello, que la supuesta suspensión se trató de una extensión encubierta del plazo para resolver el presente caso. Ello, sobre todo si se tenía en cuenta que el Oficio 11-2022/CC3-INDECOPI dirigido al CENAN fue ingresado a mesa de partes el 10 de marzo de 2022, lo cual denotaba que existió una extensión encubierta del plazo.



supuestamente encontrado en los productos comercializados por Nestlé. Siendo ello el fundamento para prorrogar la suspensión a través de la Resolución N.º 9-2022/CC3 del 17 de febrero de 2022 y Resolución N.º 24-2022/CC3 del 17 de marzo de 2022.

35. Además, resulta pertinente indicar que los referidos requerimientos se dieron en el marco de los principios de **impulso de oficio** (en tanto que se debían realizar los actos que resulten idóneos para esclarecer los hechos materia de cuestionamiento) y **celeridad** (en la medida que se procuró tramitar el presente procedimiento con la máxima dinámica posible evitando actuaciones que constituirían meros formalismos) contemplados en el TUO de la LPAG²⁴; por lo que contrariamente a lo indicado por Nestlé, no se buscó extender de forma encubierta los plazos, sino obtener mayores elementos de juicio para que este Colegiado pueda emitir un pronunciamiento final debidamente motivado.
36. Con relación a que la Secretaría Técnica no se habría pronunciado sobre el alegato referido a que las prórrogas de la suspensión se ampararon en hechos distintos; cabe precisar que, contrariamente a lo dicho por el administrado, en el Considerando 27 del IFI²⁵, el órgano instructor se pronunció sobre ello, desestimando la pretensión de Nestlé.
37. De hecho, esta Comisión comparte el criterio expuesto en el IFI, en tanto que, en ambas resoluciones de ampliación del plazo de suspensión (Resolución N.º 009-2022/CC3 del 17 de febrero de 2022, y N.º 024-2022/CC3 del 17 de marzo de 2022) el Colegiado señaló que la suspensión del procedimiento, y sus respectivas prórrogas, se justificaban en la necesidad de contar con un pronunciamiento técnico de la DIGESA sobre el particular, y de forma complementaria, con las respuesta del CIP y el CENAN (Oficios N.º 10-2022-CC3/INDECOPI y 11-2022-CC3/INDECOPI). Así, teniendo en cuenta que el requerimiento contenido en el Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI del 20 de octubre de 2021, dirigido a la DIGESA, fue atendido de manera definitiva por Oficio N.º 484-2022/DFIS/DIGESA del 04 de abril de 2022; la Comisión decidió levantar la suspensión del procedimiento mediante Resolución N.º 036-2022/CC3 del 19 de abril de 2022.

24

TUO de la LPAG**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:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

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.

25

"27. En relación al argumento de Nestlé referido a que las prórrogas de ampliación de la suspensión se sustentaron en hechos distintos a los que dieron origen a la primera suspensión, esta Secretaría Técnica considera que en ambas resoluciones de ampliación del plazo de suspensión (Resolución N.º 9-2022/CC3 del 17 de febrero de 2022 y Resolución N.º 24-2022/CC3 del 17 de marzo de 2022) se basaron como hecho común y fundamento principal la no respuesta de la DIGESA a través del Oficio N.º 091-2021-CC3/INDECOPI del 20 de octubre de 2021, tanto es así que una vez que DIGESA atendió dicho requerimiento, a través de la Resolución N.º 036-2022/CC3 del 19 de abril de 2022, la Comisión decidió levantar la suspensión del procedimiento; por lo que, no es posible acoger dichos argumentos de defensa respecto a este extremo".

38. Respecto a que no se le habría remitido la solicitud de colaboración formulada a la DIGESA, el CIP y el CENAN dentro del plazo señalado en el artículo 87.4 del TUO de la LPAG, lo cual generaba una afectación a su derecho de defensa y al principio del debido procedimiento; cabe precisar, que todos los requerimientos de información y las respuestas de las diferentes entidades de la Administración Pública fueron remitidos al administrado por la Secretaría Técnica a través de la Resolución N.° 3 del 20 de abril de 2022, debidamente notificada el 21 de abril de 2022. De ello se advierte que Nestlé conoció antes de la emisión del IFI (10 de mayo de 2022) qué medios de prueba habían sido recabados, a fin de que, en virtud de su derecho de defensa, pueda pronunciarse respecto a cada uno de ellos, siendo que el administrado se limitó a cuestionar la oportunidad del traslado, sin objetar y mucho menos presentar algún medio de prueba que pudiera desvirtuar las conclusiones de los informes emitidos por la DIGESA, el CIP y el CENAN. En ese sentido, a criterio de este Colegiado no se vulneró o limitó el ejercicio del derecho de defensa del administrado ni el principio del debido procedimiento.

Caducidad del procedimiento

39. Con relación a los cuestionamientos sobre la caducidad del procedimiento (referidos a que según la Ley N.° 27809, Ley General del sistema concursal, y la Directiva, este sería de 120 días hábiles); cabe precisar que, contrariamente a lo alegado, la caducidad del procedimiento administrativo solo ha sido regulada en el artículo 259²⁶ del TUO de la LPAG, según el cual, el plazo **para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses, contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos**. Dicho artículo precisa también que, transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entendería automáticamente caducado el procedimiento. Por tanto, ni la Ley N.° 27809, ni la Directiva, señalan que el plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores sea de 120 días hábiles, se concluye que, en el caso concreto, el procedimiento aún no ha caducado, sobre todo considerando que fue suspendido temporalmente.

B. Respecto a la imputación de cargos por infracción al artículo 108 del Código

40. En el caso concreto, mediante Resolución N.° 1 del 24 de agosto de 2021, la Secretaría Técnica imputó a Nestlé la comisión de tres (3) presuntas conductas infractoras, señalándose que las mismas vulneraban el artículo 108 del Código, en relación con lo previsto en el artículo 28 del Código.
41. Cabe precisar que, según el artículo 108 del Código²⁷, **constituye infracción administrativa toda conducta del proveedor que vulnere o transgreda alguna**

26

TUO de la LPAG

Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

27

CÓDIGO



disposición del Código, tanto si implica violar los derechos reconocidos a los consumidores o incumplir las obligaciones impuestas a los proveedores. Así, precisamente el artículo 28 del Código recoge tal obligación: adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato que presenten los productos o servicios en el mercado, en los que se detecte algún riesgo no previsto con anterioridad.

42. Siendo así, si bien la Secretaría Técnica mencionó al artículo 108 en cada una de las imputaciones formuladas en contra de Nestlé, esta referencia solo indica el tipo legal que habilita a la Comisión a imponer sanciones administrativas al proveedor por vulnerar alguna disposición del Código. Además, considerando que, en recientes pronunciamientos con imputaciones similares²⁸, la Sala señaló que, según el principio de especialidad, *“la autoridad administrativa debe escoger el tipo jurídico específico que corresponda al caso concreto”*, excluyendo al artículo 108 del Código; este Colegiado estima pertinente analizar la responsabilidad del administrado únicamente en base a lo previsto en el artículo 28 del Código.
43. Es importante indicar que la precisión en la imputación no conlleva la nulidad del procedimiento, pues como se ha mencionado, las conductas objeto de análisis también fueron calificadas como infractoras del artículo 28 del Código, por lo que el administrado tuvo pleno conocimiento del tipo infractor que se le imputaba y pudo ejercer su derecho de defensa.

C. Respecto a los cuestionamientos a la imputación de cargos formulada

44. Según el principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1. del artículo IV²⁹ del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas deben de proceder con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho dentro de sus prerrogativas, además de cumplir con los fines para que les fueron conferidas.
45. En ese sentido, deben tenerse en cuenta 2 principios fundamentales del ejercicio de la potestad sancionadora: los principios de legalidad y de tipicidad. Según el primero, no se podrán imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento y, según el segundo, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, siendo que

Artículo 108.- Infracciones administrativas.

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o cualquier otro acuerdo que de forma indubitable deje constancia de la manifestación de voluntad expresa de las partes de dar por culminada la controversia, de laudos arbitrales, y aquellos previstos en el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

²⁸ Ver, por ejemplo, Resoluciones N.° 0394-2022/SPC-INDECOPI del 28 de febrero 2022 y 1504-2021/SPC-INDECOPI 05 de julio de 2021

²⁹ **TUO de la LPAG**

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:

(...)

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

las disposiciones reglamentarias pueden especificar aquellas dirigidas a identificar las conductas, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente³⁰.

46. Además, el artículo 254 del TUO de la LPAG³¹ señala que el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por, entre otras cuestiones, notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que pudieran imponerse, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

a) Sobre la notificación de los hechos imputados a título de cargo

47. Nestlé señaló que la resolución de imputación de cargos vulneraba lo previsto en el artículo 254 del TUO de la LPAG, ya que no se detallaron los hechos imputados a título de cargo; es decir, no se mencionó si la conducta infractora consistía en “no haber adoptado medidas” o, por el contrario, en “no haberlo hecho de forma inmediata”.
48. Al respecto, esta Comisión puede advertir que la Secretaría Técnica, a través de la Resolución N.º 1 del 24 de agosto de 2021, imputó en contra de Nestlé el haber incurrido en las siguientes conductas, tipificadas como infractoras a lo previsto en el artículo 28 del Código³²:

30

TUO de la LPAG**Artículo 248 Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

2. Debido procedimiento. - No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

(...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. (...).

31

TUO de la LPAG**Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador**

254.1 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 constituir 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.

32

CÓDIGO**Artículo 28.- Medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos**

En caso de que se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles, el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores, a la brevedad, de las advertencias del caso. La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor.

Tratándose de riesgos previsibles con anterioridad a su introducción en el mercado, la responsabilidad por la adopción de las medidas anteriores se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.



- (i) No haber informado a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, en el plazo previsto legalmente³³, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate” y “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”.
- (ii) No haber informado a los consumidores, en el plazo previsto legalmente³⁴, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate” y “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”.
- (iii) No haber cumplido con adoptar medidas, de manera inmediata, para reducir los riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate” y “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”.
49. Como se advierte, a través de la Resolución N.º 1, la Secretaría Técnica cumplió con precisar que uno de los hechos imputados a título de cargo consistía en “no haber cumplido con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos para la salud y/o seguridad que presentarían los productos comercializados por Nestlé”. De esa manera, contrariamente a lo alegado por el administrado, se detalló concretamente cuál era el presunto hecho infractor cometido por Nestlé y qué tipo infractor del Código habría vulnerado, conforme lo exige el numeral 3 del artículo 254.1 del TUO de la LPAG³⁵.
50. En consecuencia, considerando que la Secretaría Técnica notificó debidamente a Nestlé la Resolución N.º 1, a través de la cual informó al administrado -entre otros- el tercer hecho imputado a título de cargo (no haber cumplido con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos para la salud y/o seguridad que presentarían los productos comercializados por Nestlé), la calificación que tal hecho podría constituir (presunta infracción al artículo 28 del Código), 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 atribuía tal competencia (ver extremo Resolutivo Séptimo de la Resolución N.º 1); corresponde desestimar los alegatos del administrado en este extremo.

³³ En este extremo aplica el plazo de **cinco (5) días hábiles**, contados desde la fecha en que Nestlé tomó conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, siendo la base legal para ello lo previsto en el artículo 11 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”.

³⁴ En este extremo aplica el plazo de **cinco (5) días calendario**, contados desde la fecha en que Nestlé tomó conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, siendo la base legal para ello lo previsto en el artículo 9 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”.

³⁵ **TUO de la LPAG**

Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 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 constituir 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.

b) Sobre la presunta vulneración al principio de tipicidad

51. Nestlé alegó que se habría vulnerado el principio de tipicidad puesto que se utilizaron los ejemplos contenidos en el artículo 28 del Código como si se trataran de conductas sancionables independientes la una de la otra. Así, la única obligación que imponía dicho dispositivo legal consistía en “no adoptar las medidas razonables”, siendo que no contenía múltiples e infinitas obligaciones; por lo que las primeras dos imputaciones se encontraban dentro de la tercera.
52. Asimismo, en su escrito de descargos al IFI, señaló que la obligación que impone el artículo 28 es adoptar medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato, lo cual constituía una sola obligación. El listado de medidas solo es un ejemplo de las medidas que se podrían llevar a cabo, conforme lo indicaba el artículo 8 del Reglamento de advertencias.
53. Al respecto, cabe precisar que el artículo 28 del Código establece las medidas que los proveedores deben adoptar para eliminar o reducir los peligros no previstos (antes de la puesta en el mercado) de sus productos o servicios, entre los cuales se encuentran: (i) notificar a las autoridades competentes; (ii) retirar los productos, disponer su sustitución o reparación; (iii) informar a los consumidores a la brevedad de las advertencias del caso. No obstante, no debe dejarse de lado que el artículo 28 del Código no regula el plazo, modo o información que debe trasladarse para cumplir con la obligación de adoptar tales medidas necesarias y razonables, pues ello lo desarrolla el Reglamento de advertencias.
54. Además, se advierte que imputar cada presunta conducta infractora de manera independiente permite conocer -dentro de la posibilidad de medidas que podrían adoptarse según prevé el artículo 28 del Código- qué es exactamente lo que se reprocha al administrado en el caso concreto, sobre todo considerando que cada obligación es distinta y cuenta con plazos diferenciados de cumplimiento (por ejemplo, para informar la alerta a los consumidores y a la autoridad).
55. En consecuencia, considerando que el Código, norma con rango de ley, recoge y tipifica expresamente las medidas que los proveedores deberían adoptar para eliminar o reducir los peligros que podría generar un producto riesgoso, que el Reglamento de advertencias solo desarrolla tales medidas e impone plazos diferenciados para cada una de ellas, y que las conductas imputadas a través de la Resolución N.º 1 difieren entre sí pues obedecen a obligaciones independientes en función a la naturaleza del riesgo advertido en el caso concreto (notificar a la autoridad, informar a los consumidores, retirar los productos del mercado), esta Comisión considera que no se ha producido vulneración alguna al principio de tipicidad, y que no correspondía imputar como un único presunto hecho infractor los hechos cuestionados.
56. Es oportuno mencionar, que el referido criterio adoptado, esto es, la autonomía de los supuestos indicados en el artículo 28 del Código y su reglamento, ha sido considerado en la Resolución Final N.º 101-2021/CC3 del 8 de julio de 2021, siendo la misma confirmada por la Sala mediante la Resolución N.º 0394-2022/SPC-INDECOPI del 28 de febrero de 2022.



57. Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que, una vez que la Secretaría Técnica dispuso el inicio del PAS respectivo -con la notificación de la resolución de imputación de cargos- se otorgó al administrado el derecho a refutar los cargos imputados, a exponer sus argumentos, y a presentar los medios probatorios que, a su criterio, desvirtuarían las imputaciones formuladas en su contra; motivo por el cual se concluye que la imputación de cargos tampoco materializa una afectación al derecho de defensa de Nestlé o al principio del debido procedimiento.

58. Por lo antes expuesto, corresponde desestimar los alegatos del administrado en este extremo.

2.2 Sobre las obligaciones de los proveedores para eliminar o reducir los riesgos no previstos de los productos o servicios colocados en el mercado

59. El artículo 28 del Código establece que, en caso se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos (o imprevisibles), el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a los consumidores y autoridades competentes esta circunstancia; así como retirar los productos o servicios, o disponer su sustitución o reparación³⁶.

60. En esa misma línea, el artículo 6 del Reglamento de advertencias, precisa cuáles son las fuentes a través de las cuales puede ser detectada la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores (proveedores, autoridad sectorial competente o fuentes oficiales internacionales). Asimismo, el artículo 8 del Reglamento de advertencias establece que, en caso haya sido el proveedor quien detecte la existencia de un producto riesgoso, este deberá informar tal situación a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor del Indecopi y a los consumidores, a fin de que adviertan tal situación y las precauciones a tomar; así como disponer la sustitución, reparación, o retiro del mercado de los productos o servicios³⁷.

³⁶ CÓDIGO

Artículo 28.- Medidas de los proveedores para eliminar o reducir los peligros no previstos

En caso de que se coloquen productos o servicios en el mercado, en los que posteriormente se detecte la existencia de riesgos no previstos con anterioridad o imprevisibles, el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores, a la brevedad, de las advertencias del caso. La prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor.

Tratándose de riesgos previsible con anterioridad a su introducción en el mercado, la responsabilidad por la adopción de las medidas anteriores se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

³⁷ REGLAMENTO DE ADVERTENCIAS

Artículo 6.- Fuentes de detección de productos o servicios con riesgos no previstos

La existencia de productos o servicios con riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores puede ser detectada a través de:

a) Los propios proveedores en su condición de productor, importador, distribuidor o comercializador. En tal supuesto, el proveedor deberá informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi, así como a los consumidores, a fin de advertir sobre los riesgos existentes y las precauciones a tomar. Estas comunicaciones deberán efectuarse en los plazos previstos en los artículos 9 y 11 del presente Reglamento.

b) La autoridad sectorial competente, que deberá remitir una comunicación a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi, identificando el producto o servicio considerado riesgoso, así como los efectos que puede generar al consumidor y las medidas a adoptar para contrarrestar dicho riesgo. Esta comunicación deberá ser remitida en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados a partir de la

61. Además, los artículos 11 y 9 del Reglamento de advertencias señalan, en concordancia con lo establecido por el artículo 28 del Código, que los proveedores que detecten la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores, en sus productos y/o servicios, tienen las siguientes obligaciones:

- (i) Notificar a la autoridad³⁸, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha en la que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro. Dicha medida tiene por finalidad que la autoridad pueda adoptar las acciones pertinentes para salvaguardar la seguridad de los consumidores que puedan verse afectados.
- (ii) Emitir una advertencia a los consumidores³⁹, en un plazo de cinco (5) días calendario, contados desde la fecha en la que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro. Esta advertencia debe realizarse con celeridad,

fecha en la que haya comunicado la peligrosidad del producto o servicio en sus respectivos portales institucionales.

c) Fuentes oficiales internacionales de alertas o intercambio de información sobre productos riesgosos o información remitida por asociaciones de consumidores o consumidores afectados a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi. En este supuesto, la Dirección remitirá un requerimiento de información al proveedor y ejecutará las acciones tendientes a verificar la información brindada y determinar la necesidad de emitir una alerta por producto o servicio con riesgos no previstos que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores.

Artículo 8.- Medidas de los proveedores para eliminar o reducir los riesgos no previstos en productos o servicios

8.1 Cuando se verifique la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores en productos o servicios colocados en el mercado, el proveedor debe adoptar de manera inmediata medidas razonables destinadas a eliminar o reducir dicho riesgo. Con carácter enunciativo y a fin de orientar las acciones de los administrados, a continuación se indican algunas de las medidas que los proveedores deben adoptar para eliminar o reducir los riesgos no previstos en productos o servicios colocados en el mercado:

- a) Comunicar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi, la existencia de riesgos no previstos;
- b) Emitir la advertencia correspondiente, comunicando a los consumidores los peligros de los productos o servicios adquiridos o colocados en el mercado; y,
- c) Disponer la sustitución, reparación, retiro del mercado de los productos o servicios u otras medidas que permitan mitigar o eliminar el riesgo existente, según su naturaleza.

8.2 La prueba de las medidas adoptadas para eliminar o reducir los peligros corresponde a los proveedores.

8.3 Los distribuidores y comercializadores que tengan sospechas sobre la seguridad de un producto o hubieran verificado, en al menos una unidad, que el producto incrementa el riesgo de manera injustificada -aun cuando consideren que se trata de un caso aislado- deben remitir al productor y a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor la información de la que disponen, en el plazo previsto en el numeral 9.1 del artículo 9 del presente Reglamento.

8.4 En caso que el fabricante o el importador del producto sea quien detecte el carácter peligroso de un producto, además de reportarlo a las autoridades competentes y al consumidor, deberá informarlo a los distribuidores y comercializadores en un plazo no mayor al previsto en el numeral 9.1 del artículo 9 del presente Reglamento.

38 REGLAMENTO DE ADVERTENCIAS

Artículo 11.- Plazo para remitir la información al Indecopi

Los proveedores deberán cumplir con remitir la información a que hace referencia el numeral 10.1 del artículo 10 del presente Reglamento en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha en que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, pudiendo solicitar una ampliación por motivos fundamentados, hasta por diez (10) días hábiles adicionales.

39 REGLAMENTO DE ADVERTENCIAS

Artículo 9.- Celeridad en la difusión de advertencias a los consumidores

9.1 Los proveedores deben difundir las advertencias en un plazo máximo de cinco (05) días calendario, contados desde la fecha en la que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro.

9.2 Si el proveedor emite la advertencia luego de vencido el plazo dispuesto en el numeral 9.1 que antecede, deberá acreditar ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi las causas que le impidieron cumplir con la difusión de la advertencia en el plazo previsto.

utilizando un lenguaje accesible y entendible, se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte y las medidas que se adoptan para evitarlo o para mitigar los efectos que puedan producirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Código. El reglamento de advertencias (en su artículo 12) también señala los canales de comunicación a ser utilizados por el proveedor.

62. Sobre el particular, este Colegiado analizará, en primer lugar, si los productos objeto del presente procedimiento: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate” (Chocotón); y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas” (Panetoncito), cuyo titular del registro sanitario era Nestlé⁴⁰; podrían generar un riesgo imprevisible a la salud y/o seguridad de los consumidores, pues el hecho de “*haberlos colocado en el mercado*” no se encontraba en discusión.
63. De acuerdo con la página web de la DIGESA (<http://www.digesa.minsa.gob.pe/noticias/comunicados.asp>), el 14 de diciembre de 2020 dicha autoridad -responsable del aspecto técnico, normativo, vigilancia y supervigilancia en materia de salud ambiental e inocuidad alimentaria⁴¹- emitió un

⁴⁰ De la revisión de la página web de la DIGESA (http://www.digesa.minsa.gob.pe/Expedientes/Consulta_Registro_Sanitario.aspx), visitada por última vez el 23 de mayo de 2022, se verificó que el titular del registro sanitario de los productos Chocotón y Panetoncito es Nestlé, siendo que actualmente ambos registros se encuentran suspendidos, como se muestra a continuación:

EMPRESA	PRODUCTO	DESCRIPCIÓN	CÓDIGO DEL REGISTRO SANITARIO	ESTADO ACTUAL
Nestlé Perú S.A.	Bizcocho relleno de gotas con sabor chocolate – CHOCOTÓN “NESTLÉ – D’ONOFRIO – CHOCOTÓN”	En envase primario: bolsa de material PP de 20 g a 1000 g, envase secundario: caja y/o capuchón de cartulina de 20 g a 1000 g, envase primario: bolsa de material BOPP/PPMET de 20 g a 1000 g. Vida Útil del Producto: 6 meses (caja) y 7 meses (bolsa)	H4907420N NABRSA	Registro suspendido
	Panetón relleno de pasas y frutas confitadas – D’ONOFRIO PANETONCITO “NESTLÉ – D’ONOFRIO”	En envase primario: bolsa de bopp de 20 g a 1000 g, envase secundario: caja y/o capuchón cartulina de 20 g a 1000 g Vida Útil del Producto: 6 meses	H4905120N NAOIPO	Registro suspendido

⁴¹ **DECRETO SUPREMO 008-2017-SA. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD**

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

La Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria - DIGESA es el órgano de línea dependiente del Viceministerio de Salud Pública, constituye la Autoridad Nacional en Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria, responsable en el aspecto técnico, normativo, vigilancia, supervigilancia de los factores de riesgos físicos, químicos y biológicos externos a la persona y fiscalización en materia de salud ambiental la cual comprende: i) calidad de agua para consumo humano, agua de uso poblacional y recreacional (playas y piscinas; características sanitarias de los Sistemas de abastecimiento y fuentes de agua para consumo humano, agua de uso poblacional y recreacional; aire (ruido); ii) juguetes y útiles de escritorio; iii) manejo de residuos sólidos de establecimientos de salud, servicios médicos de apoyo y de los generados en campañas sanitarias; iv) cementerios; crematorios; traslado de cadáveres y restos humanos; exhumación, inhumación y cremación; así como en materia de Inocuidad Alimentaria la cual comprende: i) los alimentos y bebidas destinados al consumo humanos y ii) aditivos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



comunicado público mediante el cual **invocó a la población a no adquirir o consumir los productos denominados Panetoncito y Chocotón de la empresa Nestlé, a fin de evitar problemas en la salud de los consumidores:**

COMUNICADO N°030-2020-DIGESA/MINSA
DIGESA alerta a la población sobre productos alimenticios con presunta presencia de moho

La Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA), del Ministerio de Salud, ha tomado conocimiento de diferentes denuncias por presunta presencia de moho, referidas a los siguientes productos de la empresa NESTLÉ PERÚ S.A.:

- Bizcocho relleno de gotas con sabor chocolate – CHOCOTÓN, marca D'ONOFRIO, en presentación caja por 500gr, con lotes N° 02690107 y 02680107, fecha de vencimiento 25.03.21 y 24.03.21, respectivamente.
- Panetón relleno de pasas y frutas confitadas – PANETONCITO, marca D'ONOFRIO, en presentación caja por 90 gr, con lote N° 02480107 y fecha de vencimiento 04.02.21.

Al respecto, esta Dirección General invoca a la población, no adquirir o consumir los productos, con la información antes detallada, a fin de evitar problemas en su salud. (...).

64. Asimismo, con su escrito del 04 de mayo de 2022⁴², Nestlé adjuntó el Informe Técnico N.° 0002-2022, suscrito por _____, en su calidad de Quality Sistem Coordinator de Nestlé (Coordinadora del sistema de calidad, por su traducción al español), mediante el cual reconoció que “ _____”, conforme ya lo había señalado en su escrito de descargos:

INFORME TÉCNICO N° 0002-2022
INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA – CHOCOTÓN Y PANETONCITO
D'ONOFRIO

elaborados industrialmente de producción nacional o extranjera, con excepción de los alimentos pesqueros y acuícolas; así como las demás materias de competencia establecidas en la normatividad vigente en concordancia con las normas nacionales e internacionales. Tiene competencia para otorgar, reconocer derechos, certificaciones, emitir opiniones técnicas, autorizaciones, permisos y registros en el marco de sus competencias, ejerce las funciones de autoridad nacional de salud ambiental e inocuidad alimentaria. Constituye la última instancia administrativa en materia de su competencia.

⁴² Emitido en respuesta al requerimiento de información que la Secretaría Técnica formuló mediante Resolución N.° 4 del 22 de abril de 2022.

65. Cabe precisar que, si bien Nestlé no identificó la *cantidad aproximada de unidades afectadas de cada lote, por la presencia de moho* -a pesar de habérselo requerido mediante Resolución N.º 4 del 22 de abril de 2022-, sí precisó cuántos reclamos presentaron sus consumidores cuestionando precisamente la existencia de moho en sus productos, obteniéndose los siguientes resultados según lo declarado por el propio administrado:

- **Respecto al producto denominado “Panetoncito”**, se encontraba afecto el **lote 2480107**, producido en septiembre de 2020 y con vencimiento a marzo de 2021: . Este lote también fue objeto del comunicado que en su momento emitió la DIGESA.
- **Respecto al producto denominado “Chocotón”**, se encontraban afectados los **lotes 2680107 y 2690107**, ambos producidos en septiembre de 2020 y con vencimiento a marzo de 2021: . Estos lotes también fueron objeto del comunicado que en su momento emitió la DIGESA.

Asimismo, cabe precisar que Nestlé también identificó como lote afectado al **2670107** del producto Chocotón (el cual no fue objeto del comunicado emitido en su momento por la DIGESA).

66. Con relación al alegato referido a que la presentación de reclamos no implicaba que los productos en efecto contengan moho; cabe partir de la clasificación que la doctrina realiza de la prueba: prueba directa y prueba indirecta. Siguiendo al profesor Kielmanovich en su libro Teoría de la Prueba y Medios Probatorios, *en la **prueba directa** el hecho percibido coincide con el hecho objeto o fuente de la prueba (...) en otras palabras, se trataría de la percepción inmediata del hecho principal de la pretensión o la defensa, sin ningún otro hecho (cosa o persona) que intermedie o se interponga para su representación en el proceso*⁴³. Por otro lado, el profesor Víctor De Santos en su libro La Prueba Judicial, menciona que para Francesco Carnelutti, ***la prueba indirecta** se da cuando el juez no percibe el hecho a probar, sino un hecho diverso de éste. Por lo tanto, la percepción del juez no basta aquí por sí sola para la búsqueda del hecho a probar, sino que ha de integrarse con la deducción del hecho a probar respecto del hecho percibido. La actividad del juez se hace entonces compleja: percepción y deducción*⁴⁴. En ese sentido, a criterio de este Colegiado, los diversos reclamos que los consumidores presentaron desde octubre de 2020, para el producto Panetoncito, y desde noviembre de 2020, para el producto Chocotón, resultan ser pruebas indirectas de la presencia de moho en los productos antes mencionados.

67. Ahora bien, de acuerdo con la Norma Técnica de Salud N.º 088-MINSA/DIGESA-V.01 – “Norma Sanitaria para la Fabricación, Elaboración y Expendio de Productos de Panificación, Galletería y Pastelería”, aprobada por Resolución Ministerial N.º 1020-2010-MINSA del 30 de diciembre de 2010, modificada por Resolución Ministerial N.º 225-2016-MINSA del 5 de abril de 2016, **uno de los criterios**

⁴³ KIELMANOVICH Jorge L., Teoría de la Prueba y Medios Probatorios, Buenos Aires – Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2004, página 32.

⁴⁴ DE SANTOS Víctor, La Prueba Judicial, Buenos Aires - Argentina, Editorial Universidad, 2005, página 95.

microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad que un producto de panificación -como los panetones objeto del presente procedimiento- podría tolerar un nivel de moho (agente microbiano) entre 10² y 10³ por gramo.

68. En esa misma línea, según el Informe N.° 350-2022/DCOVI/DIGESA del 11 de febrero de 2022, emitido en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, la Dirección de Fiscalización y Sanción de la DIGESA señaló que, **un nivel de moho fuera del límite máximo permitido convierte al producto que lo contiene en no apto para el consumo humano, por poner en riesgo la salud de los consumidores:**

INFORME N° 350-2022/DCOVI/DIGESA

(...)

2.3 Del ítem (iii): ***“En caso de que se permita la presencia de moho, cuál serían los niveles máximos tolerados que podrían presentar los productos alimenticios (por ejemplo, panetones), a fin de que estos no sean dañinos para el consumo humano”.***

(...) De lo expuesto, un alimento de panificación debe cumplir con el criterio microbiológico de mohos en un rango de 100 a 1000 ufc/gr, sin embargo, fuera el límite máximo es considerado un alterado microbiológicamente, no apto para consumo humano convirtiéndose en riesgo a la salud del consumidor.

69. Además, a través de Informe N.° 002/2022-CIIAA del 02 de marzo de 2022, el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima, en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, señaló que *los mohos son hongos filamentosos que crecen como una masa enredada que se dispersa rápidamente y cubre superficies significativamente en 2 – 3 días. **Los hongos son un gran grupo de microorganismos** que afecta el suministro de alimentos produciendo infección en tejidos de plantas y frutas, tienen capacidad de invadir y descomponer productos cosechados, así como alimentos y bebidas procesados (...)*⁴⁵.
70. Asimismo, a través la Nota Informativa N.° 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS del 21 de marzo de 2022, el Centro Nacional de Alimentación y Nutrición del Instituto Nacional de Salud, en respuesta al requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica, indicó que la presencia de moho en un alimento puede causar alergias y daños respiratorios debido a las esporas presentes:

NOTA INFORMATIVA N° 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS

(...)

(IV) la presencia de moho en un alimento puede causar alergias, daños respiratorios debido a las esporas presentes. Además, los metabolitos secundarios producidos

⁴⁵ Informe N.° 002/2022-CIIAA del 02 de marzo de 2022

Sobre la consulta: (vi) ¿Es correcto afirmar que el moho en sí mismo no es un elemento que pueda generar enfermedades, y por el contrario, el que podría ser dañino serían las “micotoxinas” (...)?

Los mohos son hongos filamentosos que crecen como una masa que crecen como una masa enredada que se dispersa rápidamente y cubre superficies significativamente en 2 – 3 días. Los hongos son un gran grupo de microorganismos que afecta el suministro de alimentos produciendo infección en tejidos de plantas y frutas, tienen capacidad de invadir y descomponer productos cosechados, así como alimentos y bebidas procesados (...)



(micotoxinas) son parte de su metabolismo por lo que existen un riesgo latente para la salud del consumidor.

71. Por otro lado, resulta oportuno narrar la secuencia de hechos que grafican cómo Nestlé habría tomado conocimiento que algunos lotes de los productos Chocotón y Panetoncito tenían moho en su interior, como advirtió la DIGESA:

1) **17/09/2020:** el 17 de septiembre de 2020 recibió un reclamo de uno de sus consumidores en relación con el producto denominado Chocotón, bajo el siguiente asunto:

el cual había sido adquirido en un establecimiento comercial ubicado en el distrito de La Victoria, según información proporcionada por el propio administrado con su escrito de descargos a la Resolución N.° 1. En esta oportunidad, no identificó el lote al que pertenecería el producto.

2) **26/10/2020:** desde el 26 de octubre de 2020 Nestlé recibió reclamos de los consumidores cuestionando la presencia de moho en el producto denominado Panetoncito (**lote 2480107**), el mismo que posteriormente sería objeto del comunicado emitido por la DIGESA), según información proporcionada por el propio administrado con su escrito del 17 de diciembre de 2020:

3) **11/11/2020:** desde el 11 de noviembre de 2020 Nestlé recibió reclamos de los consumidores cuestionando la presencia de moho en el producto denominado Chocotón (**lote 2680107**, el mismo que posteriormente sería objeto del comunicado emitido por la DIGESA), según información proporcionada por el propio administrado con su escrito del 17 de diciembre de 2020:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



- 4) **27/11/2020:** según información proporcionada en la etapa de supervisión, el 27 de noviembre de 2020 la señora _____, Customer facing manager de Nestlé (o gerenta de Atención al cliente, por su traducción al español) comunicó a algunos de los comercializadores del producto denominado Chocotón (establecimiento Makro) que, luego de las investigaciones realizadas debido a los reclamos recibidos de parte de sus consumidores, identificó como posible causa de la presencia de moho en dicho producto a una “ _____”, cuyos vencimientos se encontraban entre febrero y marzo de 2021⁴⁶:
- 5) **11/12/2020:** personal de la Dirección de Control y Vigilancia de la DIGESA se constituyó en el establecimiento comercial denominado Makro⁴⁷, verificando que, en 3 de las 5 unidades muestreadas del producto denominado Chocotón (lote 02690107), encontró la presencia de “manchas

⁴⁶ Su función es evitar el deterioro del alimento, haciendo que éste perdure más en el tiempo. Debido a que los alimentos pueden verse afectados por la acción de diversos agentes, existen preservantes formulados para neutralizar reacciones específicas, y dentro de los preservantes químicos más usados se encuentran: (i) Sorbato de potasio, sodio o calcio; (ii) Benzoato de potasio, sodio o calcio; (iii) Ácido sórbico; (iv) Ácido benzoico; (v) Sulfito de potasio o calcio; (vi) Ácido propiónico, (vii) Propionato de potasio, sodio o calcio.

Tomado del portal web <https://kaifood.cl/consejos-nutricionista/que-son-los-preservantes/>

⁴⁷ Ubicado en Carretera Central N.° 345 km1, distrito de Santa Anita



de color blanco y pardo verduzco en la parte lateral entre la unión del panetón con el pirotín”, así como “manchas en la parte externa”, las cuales “se tratarían de mohocidad”. Es pertinente mencionar que dicha acción de supervisión se relata en el Informe N.° 2622-2020/DCOVI/DIGESA del 14 de diciembre de 2020, suscrito por la ingeniera , especialista en inocuidad alimentaria de la Dirección de Control y Vigilancia de la DIGESA, recomendando efectuar el retiro del mercado de los productos Chocotón (de los lotes 02690107 y 02680107) y Panetoncito:

“INFORME N° 2622-2020/DCOVI/DIGESA

(...) En la misma fecha [11 de diciembre de 2020], (...) personal de esta Dirección Ejecutiva se constituyó, en el establecimiento comercial de la empresa MAKRO SUPERMAYORISTA (...), en atención a la denuncia realizada por redes sociales, respecto a la presunta presencia de mohos en el producto BIZCOCHO RELLENO DE GOTAS CON SABOR CHOCOLATE – CHOCOTÓN (...).

(...) también nos dirigimos a la zona de devolución ubicada dentro del almacén, el mismo que cuenta con sistema de ventilación eólico donde se observa la existencia de 78 unidades del producto materia de denuncia con la inscripción en un cartel “No tocar devolución” (...). Al respecto, procedimos de manera aleatoria tomar muestras para evaluación visual y apariencia, según plan de muestreo NTP ISO 28591, nivel de inspección S-4, en relación a la cantidad en stock dentro del almacén del establecimiento (...). Al respecto de las 5 unidades tomadas aleatoriamente se verificó en 02 unidades la presencia de manchas de color blanco y pardo verduzco en la parte lateral entre la unión del panetón con el pirotín, y 01 unidad con pequeñas manchas en la base parte externa, las cuales se tratarían de mohocidad. (...).

4. RECOMENDACIÓN

REMITIR el presente informe y sus adjuntos a la Dirección de Fiscalización y Sanción, para que proceda según corresponda y de acuerdo a sus atribuciones; así como, DISPONER la medida de seguridad de 1) RETIRO DEL MERCADO DE LOS PRODUCTOS: A) BIZCOCHO RELLENO DE GOTAS CON SABOR CHOCOLATE – CHOCOTÓN “NESTLÉ D’ONOFRIO-CHOCOTÓN” (...) de lotes: 02690107, F.V.: 25.03.21 y 02680107, F.V.: 24.03.21; y, B) PANETONCITO RELLENO DE PASAS Y FRUTAS CONFITADAS (...) lote 02480107, con F.V.: 04.03.21 (...)”.

(Subrayado y resaltados agregados).

- 6) **14/12/2020:** DIGESA emitió el comunicado N.° 030-2020-DIGESA/MINSA, a través del cual invocó a la población a no adquirir o consumir los productos denominados Panetoncito (del **lote 2480107**) y Chocotón (de los **lotes 2690107 y 2680107**), de la empresa Nestlé, a fin de evitar problemas en la salud de los consumidores.
- 7) **15/12/2020:** A través de su portal web (<https://www.nestle.com.pe/media/pressreleases/comunicado-dic>), Nestlé emitió un comunicado mediante el cual informó que, en relación con el comunicado de la DIGESA, “se trataría de productos/lotos que ya se habían bloqueado el día 23/11/20 luego de algunos reclamos del consumidor por presuntas desviaciones en el perfil del producto, y que la misma DIGESA corroboró con una inspección el día 11/12/20, sin encontrar ninguna



irregularidad y verificando que los lotes se encontraban en trastienda y no disponibles para la venta al público”.

- 8) **16/12/2020:** personal de la Dirección de Fiscalización del Indecopi acudió al establecimiento de Nestlé (ubicado en Av. Venezuela N.° 2580, Lima Cercado), a fin de recabar información respecto a los productos denominados Panetoncito y Chocotón.
- 9) **17/12/2020:** Nestlé emitió el Informe Técnico I&R /QA, a través del cual concluyó que

- 10) **22/12/2020:** la DIGESA emitió el Informe 2726-2020-002726-2020-DCOVID-DIGESA del 22 de diciembre de 2020, suscrito por la bióloga⁴⁸, jefa de Laboratorio de Control Ambiental, dando cuenta que se analizaron un total de: (i) 5 muestras del producto denominado Chocotón, pertenecientes al **lote 2690107**; y, (ii) 2 muestras del producto denominado Chocotón, pertenecientes al **lote 2680107**.

INFORME N° 002726-2020-DCOVI/DIGESA

(...)

2.2 De las 5 unidades de la solicitud de ensayo 0069-ALB-2020 se pudo observar presencia de moho en 3 de las unidades, **a las cuales se les hizo una observación microscópica**, donde se pudo identificar el género *Asperfillus sp.*

2.3 De las dos unidades ingresadas en la solicitud de ensayo 0070-alb-2020, la muestra con código 00322 se evidenció presencia de moho y se identificó al género *Asperfillus sp.* (...).

- 11) **24/09/2021:** Con su escrito de descargos del 24 de septiembre de 2021, Nestlé adjuntó el Informe Técnico N.° 0013-2021 – Investigación sobre moho en panetón”, sin fecha, dando cuenta que el defecto de calidad (presencia de moho) **es sensorialmente detectable a la vista en la parte externa del producto, y que procedió a enviar muestras por cada tipo de producto**

⁴⁸ Tomado del Informe N.° 002726-2020/DCOVI/DIGESA del 22 de diciembre de 2020, adjunto al Oficio N.° 0484-2022/DFIS/DIGESA del 04 de abril de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



para análisis de laboratorio, con la finalidad de cuantificar la presencia de micotoxinas:

“Informe Técnico N.° 0013-2021

72. En su escrito de descargos al IFI, Nestlé alegó que las imágenes de los tres (3) productos, incluidas en el Informe Técnico N.° 001-2021, no eran fotografías de productos adquiridos por los consumidores, sino productos sometidos, por criterios de control interno, a condiciones extremas de almacenaje para ver si proliferaba el moho, lo cual no significaba que hayan estado en dichas condiciones en el mercado.
73. Al respecto, si bien en el Considerando 55 del IFI la Secretaría Técnica señaló que, con su escrito de descargos, Nestlé remitió un informe técnico que daba cuenta que se analizaron **tres (3) productos de distintos lotes de Panetoncito y Chocotón que contenían moho de manera visible**, en aquella oportunidad el órgano instructor no señaló que tales unidades habrían sido proporcionadas para análisis por los propios consumidores⁴⁹. Sin perjuicio de ello, de la lectura de los

⁴⁹ IFI del 10 de mayo de 2022:

55. *Ahora bien, resulta oportuno narrar la secuencia de hechos que grafican cómo Nestlé habría tomado conocimiento que algunos lotes de los productos Chocotón y Panetoncito tenían moho en su interior, como advirtió la DIGESA:*
(...)



“Antecedentes” del citado informe, se advierte que los productos analizados fueron, precisamente, objeto de reclamos: “tal como se aprecia en las imágenes de los productos que fueron materia de reclamo”⁵⁰.

74. Respecto al argumento referido a que no se tome en cuenta las tres imágenes insertadas en el Informe Técnico N.° 001-2021, en tanto no corresponderían a las condiciones reportadas por los consumidores⁵¹, esta Comisión considera que dichas imágenes únicamente son medios de prueba indirectos, en tanto que podría evidenciar que bajo determinadas condiciones de almacenamiento podría proliferaba el moho en los productos materia de pronunciamiento.
75. A criterio de esta Comisión, si un producto alimenticio hubiera sido elaborado respetando los estándares de calidad e inocuidad previamente definidos, no tendría por qué generar moho en la superficie antes de su fecha de vencimiento. Haberlo hecho, definitivamente podría llevar a la conclusión de que tal alimento no sería apto para el consumo humano y, por tanto, podría generar un riesgo a la salud de los consumidores, como ya se precisó en los párrafos precedentes, sobre todo si se considera que el proveedor ni siquiera ha precisado a qué “condiciones extremas de almacenaje” habría sido sometido supuestamente el producto analizado.
76. Ahora bien, volviendo al análisis del caso concreto, ha quedado evidenciado que, **desde octubre y noviembre de 2020** existían reclamos de consumidores reportando que los productos adquiridos (Panetoncito y Chocotón) contenían moho en su interior. Si bien ello no resultaba ser una prueba contundente que motivara que Nestlé emitiera de inmediato una alerta de consumo sobre el particular, lo cierto es que podría ser tomado como un indicio de la presencia de cuerpos extraños en los citados productos, que sí debió generar el inicio de acciones pertinentes para detectar la causa de dicha desviación, que podría generar un riesgo para la salud de los consumidores.
77. De hecho, mediante correo electrónico del 27 de noviembre de 2020, Nestlé había comunicado a sus comercializadores cuál sería la *posible causa* de la “deficiente calidad” (presencia de moho) de sus productos: baja dosificación de preservantes en lotes específicos cuyos vencimientos se encontraban entre febrero y marzo de

⁵⁰ Informe Técnico N.° 0013-2021

⁵¹ Descargos al IFI: “(...) Debemos de precisar que las imágenes de los tres productos contenidos en el Informe Técnico N° 001-2021 que se reproducen en el numeral 11 de la página 22 del informe final de instrucción, no son fotografías de productos entregados por el consumidor, sino, que son productos sometidos, por criterios de control interno, a la condición extrema de almacenaje para ver si proliferaba el moho, lo cual no significa que hayan estado en dichas condiciones en el mercado, y que resultarían ser la mejor evidencia para los análisis que realizaríamos”.



2021 (precisamente la fecha de vencimiento de los lotes objeto del presente procedimiento). Dicha información fue **confirmada por el administrado a través del Informe Técnico I&R /QA del 17 de diciembre de 2020**, a través del cual concluyó que

78. De acuerdo con ello, **desde el 17 de diciembre de 2020, Nestlé ya tenía pleno conocimiento de la existencia de las fallas en el proceso de fabricación de los productos denominados Panetoncito y Chocotón, lo cual posiblemente habría originado la aparición de moho en dichos productos, pertenecientes a los lotes 2480107, 2680107 y 2690107**. Así, si bien Nestlé sostuvo que “solo unos cuantos productos habrían presentado moho”, lo cierto es que tal situación no resultaba ser menor ni debió pasar desapercibida, pues debió motivar ya la emisión de una alerta para que aquellos consumidores potencialmente afectados pudieran conocer las precauciones a tomar.
79. En consecuencia, de la revisión de: (i) **los reclamos presentados** por los consumidores de Nestlé desde octubre y noviembre de 2020, (ii) **las conclusiones del Informe N.º 2622-2020/DCOVI/DIGESA del 14 de diciembre de 2020** (suscrito por la ingeniera _____, especialista en inocuidad alimentaria de la Dirección de Control y Vigilancia de la DIGESA, luego de las diligencias de inspección realizadas), (iii) **las conclusiones del Informe Técnico I&R /QA del 17 de diciembre de 2020**, emitido por Nestlé⁵², y (iv) las **fotografías y conclusiones del Informe Técnico N.º 0013-2021 – Investigación sobre moho en panetón**”, se advierte que los productos Chocotón (lotes 2690107 y 2680107) y Panetoncito (lote 2480107) **presentaban moho, en la parte externa, siendo ello fácilmente apreciable a simple vista; es decir, el moho presente no se encontraba en cantidades microscópicas**.
80. En tal sentido, si bien el administrado sostuvo que no existía prueba alguna que evidencie que el moho visible superara los límites máximos permitidos por la norma; lo cierto es que precisamente las pruebas reproducidas en el párrafo precedente daban cuenta de lo contrario, esto es, que los productos Chocotón (lotes 2690107 y 2680107) y Panetoncito (lote 2480107), poseían niveles de moho superiores a los permitidos, ya que eran fácilmente perceptibles a simple vista. Si el moho se hubiera encontrado en cantidades microscópicas, no habría sido detectado en las diligencias de supervisión por los inspectores de la DIGESA, ni por los propios consumidores, tal como lo reconoció Nestlé en su Informe Técnico N.º 0013-2021⁵³. Además, cabe precisar que la norma no exige evidenciar daño real a los consumidores, sino solo el riesgo o peligro de que tal daño pueda producirse, lo que sí ha ocurrido en el caso concreto.

⁵² Es preciso indicar que el informe fue elaborado por las señoras Yelithza Montoya (I&R Manger) y Kadilia Gonzales – (QA Manager).

⁵³ “Informe Técnico N.º 0013-2021
Investigación sobre mohos en panetón
(...)”



81. A mayor abundamiento, es preciso indicar que, de acuerdo con el artículo “Unidades formadoras de colonias (UFC): ¿Cómo determinar la cantidad correcta del ejército microbiano?”, publicado por **Lallemand Animal Nutrition**⁵⁴, las “unidades formadoras de colonias” o ufc es una técnica de laboratorio empleada para contar microorganismos por gramo⁵⁵. En esa misma línea, el portal web de la empresa Cromtek⁵⁶ indica que “Las colonias bacterianas son organismos extremadamente pequeños, **que sólo miden algunos micrómetros de tamaño y pueden ser observadas de manera macroscópica**. Estas poblaciones de células parten de una sola célula y crecen en un medio sólido, para cuantificarlas, existe un equipo contador de colonias bacterianas”⁵⁷.
82. En ese sentido, teniendo en cuenta que la cantidad máxima de moho que podría presentar un producto alimenticio para considerarse apto para el consumo humano se encuentre entre 100 y 1000 ufc por gramo, detectable a través de exámenes microscópicos **por ser microorganismos biológicos**, resulta coherente señalar que el moho encontrado se encontraba en cantidades superiores a las permitidas por la “Norma Sanitaria para la Fabricación, Elaboración y Expendio de Productos de Panificación, Galletería y Pastelería”, aprobada por Resolución Ministerial N.º 1020-2010-MINSA.
83. Así, si bien en sus descargos Nestlé reconoció que existía “una desviación en el proceso productivo” de los productos Panetoncito y Chocotón (generada por la dosificación no adecuada de un preservante) y que ello podría ocasionar la aparición de moho en dichos alimentos, lo cierto es que también negó que tal deficiente dosificación afectara la seguridad de dichos alimentos. No obstante, a criterio de este Colegiado, la sola variación de los elementos o compuestos en la formulación de un producto (Panetoncito o Chocotón) ocasionaría ya un riesgo para la salud de los potenciales consumidores, en tanto que la calidad del producto alimenticio, en relación con su preservación, sería incierta. Además, como ya se desarrolló en los párrafos precedentes, según la DIGESA -responsable del aspecto técnico, normativo, vigilancia y supervigilancia en materia de salud ambiental e

⁵⁴ Según su página web en idioma español (<https://lallemandanimalnutrition.com/es/south-america/>), es una empresa de origen canadiense, líder mundial en la fermentación microbiana que utiliza levaduras y bacterias en la producción animal.

⁵⁵ Ver portal web <https://bmeditores.mx/secciones-especiales/unidades-formadoras-de-colonias-1069/>

“Los microorganismos son muy pequeños y difíciles de contarlos directamente. En su lugar, **se utiliza una técnica de laboratorio para contar las UFC. Esto implica hacer diluciones de una suspensión microbiana y su difusión en capas delgadas de agar que contienen nutrientes para su crecimiento en Cajas Petri (que se conocen como «placas de agar»)**. Después de la incubación en condiciones ideales, algunas placas están completamente cubiertas con el crecimiento microbiano; algunas tienen poco o nada de crecimiento; y algunas están cubiertas con «puntos» aislados individuales, que son colonias microbianas. Dado que una colonia puede estar formada por un solo organismo o un grupo de microbios, los puntos representan las «unidades formadoras de colonias (UFC)». **Cuente el número de colonias, multiplique por la dilución y allí tiene el «recuento de placa» en UFC.**”

⁵⁶ Según su página web (<https://www.cromtek.cl/>), es una empresa de origen chileno dedicada a la comercialización de equipamiento analítico, equipamiento de laboratorio, insumos y servicios, con clientes en el ámbito público y privado.

⁵⁷ Ver portal web <https://www.cromtek.cl/2021/03/08/colonias-bacterianas-asi-se-cuentan-en-el-laboratorio/>
“Las colonias bacterianas son organismos extremadamente pequeños, que sólo miden algunos micrómetros de tamaño y pueden ser observadas de manera macroscópica. Estas poblaciones de células parten de una sola célula y crecen en un medio sólido, para cuantificarlas, existe un equipo contador de colonias bacterianas. En los laboratorios de microbiología, química, biología, bioquímica y farmacéuticos, un equipo contador de colonias bacterianas se utiliza con más frecuencia, ya que entrega un conteo rápido, preciso y confiable, además de realizar estas funciones sin dañar la muestra.”



inocuidad alimentaria- si el nivel de moho superaba la dosis máxima permitida, **el producto no sería apto para el consumo humano y pondría en riesgo la salud de los consumidores**, por lo que corresponde desestimar el alegato del administrado en este extremo.

84. Además, cabe precisar que la situación generada por la dosificación no adecuada de un preservante fue tan relevante para Nestlé, que optó por remitir correos electrónicos a los comercializadores de los productos Panetoncito y Chocotón para detener su venta⁵⁸.
85. Sobre el particular, si bien Nestlé alegó que optó por detener la venta de sus productos para “cuidar su imagen”, mas no porque ello significara reconocer la existencia de un riesgo en aquellos; lo cierto es que, contrariamente a lo dicho, de la revisión del tenor del correo electrónico del 27 de noviembre de 2020⁵⁹ e Informe Técnico I&R /QA del 17 de diciembre de 2020 se advierte que desde esa fecha Nestlé ya tenía conocimiento de las posibles causas de la presencia de moho en sus productos (“ ”), lo cual como ya se indicó, debió motivar, si no la emisión de la alerta de consumo respectiva, al menos la adopción de ciertas medidas que tuvieran por finalidad proteger los intereses de los consumidores posiblemente afectados. Por ello, corresponde desestimar el alegato referido a que tales comunicaciones electrónicas solo tenían por finalidad cuidar su imagen y no reconocer la existencia de algún riesgo en sus productos.
86. Además, la decisión comercial de comunicar el retiro y/o cese de la venta de sus productos solo podría ser adoptada por el propio administrado, por lo que, más allá de sus motivaciones, lo cierto es que ello evidenció que tenía un grado de certeza sobre las causas del defecto en la fabricación.
87. Sin perjuicio de lo anterior, más allá de los presuntas pérdidas económicas o menoscabo de la imagen reputacional, lo que la autoridad administrativa cautelará es la salud y/o seguridad de los consumidores, la cual podría ponerse en riesgo si acceden a productos que podrían presentar defectos de fabricación. De ahí la necesidad de adoptar acciones inmediatas -como se verá más adelante-, o emitir

⁵⁸ Resulta importante mencionar que el 18 de diciembre de 2020, en la etapa de supervisión, Nestlé presentó diversos correos que daban cuenta de las comunicaciones de suspensión y/o bloqueo preventivo de los productos objeto de análisis dirigidos a: (i) Cencosud, correo del 7 de diciembre de 2020, (ii) Makro, correo del 27 de noviembre de 2020, (iii) Grupo Valle Norte, correo del 23 de noviembre de 2020, y (iv) Tottus, correo del 20 de noviembre de 2020.

⁵⁹ Correo electrónico del 27 de noviembre de 2020:



alertas de consumo a la autoridad y los consumidores en los plazos previstos, con la finalidad de informar adecuadamente los riesgos que los productos podrían presentar.

88. Nestlé señaló en sus descargos que, según las normas regulatorias locales (RM N.º 591-2008/MINSA y RM N.º 225-2016/MINSA), la presencia de mohos en la liberación de productos de panificación era aceptable y que la inocuidad no se afectaría si el moho presente se encontraba en cantidades que respetaran los límites previstos por tales normas, sin acreditar la aplicación de tales presupuestos generales al caso concreto de sus productos. Sobre el particular, sin embargo, en el procedimiento Nestlé también ha reportado que el origen de la presencia de mohos -hecho no controvertido por Nestlé- se debió a la reducción del preservante, lo que supone un cambio en la formulación inicial del producto que fue la estimada para efectos del otorgamiento del registro sanitario y que garantiza, en principio, la inocuidad de un alimento industrializado, de allí que su modificación introduce riesgos a dicha inocuidad.
89. Consistentemente con lo señalado, a través del Informe N.º 2622-2020/DCOVI/DIGESA del 14 de diciembre de 2020, emitido por la ingeniera -especialista en inocuidad alimentaria de la Dirección de Control y Vigilancia de la DIGESA- esta señaló que, luego de evaluar los documentos presentados por la empresa fabricante del producto Chocotón, *“no se advierte la evaluación del parámetros MOHOS, de los productos que libera para su comercialización, conforme a los criterios microbiológicos establecidos en el ítem 6.1.3 de la modificatoria de la NTS N.º 088-MINSA/DIGESA-V 0.01 de la Norma Sanitaria para la Fabricación, Elaboración y Expendio de Productos de Panificación, Galletería y Pastelería, aprobada por Resolución Ministerial N.º 225-2016-MINSA”*.⁶⁰ Además, el citado informe consideró pertinente y sanitariamente justificable que se retiren del mercado los productos denominados Chocotón (lotes 2690107 2680107) y Panetoncito (2480107), y la suspensión de los respectivos registros sanitarios, debido a que no se garantizaba la calidad sanitaria ni inocuidad de los referidos productos:

*REMITIR el presente informe y sus adjuntos a la Dirección de Fiscalización y Sanción, para que proceda según corresponda y de acuerdo a sus atribuciones; así como, **DISPONER la medida de seguridad de 1) RETIRO DEL MERCADO DE LOS PRODUCTOS: A) BIZCOCHO RELLENO DE GOTAS CON SABOR CHOCOLATE – CHOCOTÓN “NESTLÉ D’ONOFRIO-CHOCOTÓN” (...) de lotes: 02690107, F.V.: 25.03.21 y 02680107, F.V.: 24.03.21; y, B) PANETONCITO RELLENO DE PASAS Y FRUTAS CONFITADAS (...) lote 02480107, con F.V.: 04.03.21 (...)**”.*

90. Lo expuesto acredita que los mohos no formaron parte de los parámetros controlados por Nestlé para liberar sus productos al mercado y siendo así, señalar que el moho no genera daños a la salud, sino las micotoxinas que solo algunas clases de moho producían, y que moho presente en sus productos no contenía

⁶⁰ Tomado del Informe N.º 2622-2022/DCOVI/DIGESA del 14 de diciembre de 2020, adjunto al Oficio N.º 0484-2022/DFIS/DIGESA del 4 de abril de 2022.
Ver página 21 del Informe N.º 2622-2022/DCOVI/DIGESA.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



micotoxinas dañinas⁶¹ constituye una afirmación que pretende relativizar el riesgo introducido por la reducción de preservante que motivó la presencia de mohos, pero sin una evaluación aplicada al caso que acredite que la variación en la formulación de sus productos en efecto nunca podría haber supuesto un riesgo a la inocuidad. En ese sentido, resulta relevante la Nota Informativa N.° 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS del 21 de marzo de 2022, emitida por el CENAN, que señala que el solo hecho de que los productos se encuentren con moho, generaría un daño potencial al ser ingerido, causando posibles *“alergias, daños respiratorios debido a las esporas presentes”*⁶².

91. Con relación al alegato de Nestlé referido a que el moho encontrado era fácilmente perceptible, por lo que no existía riesgo de que un consumidor lo ingiriera en dichas condiciones; debe tenerse en cuenta que el control del riesgo que se discute, y que supone en primer término el reporte oportuno una vez advertido, esta referido a las medidas que los proveedores deben adoptar no así a la contingencia de las conductas variables de los consumidores frente a dicho riesgo. Además, al tratarse de alimentos de consumo masivo en las fechas en las que debió generarse la alerta, pudo haber sido adquirido por público infantil que pudo no haber dimensionado el riesgo evidente que su ingesta podría generar.
92. Con relación al argumento de Nestlé referido a que, durante la constatación efectuada por la DIGESA el 11 de diciembre de 2020, dicha entidad habría verificado que los productos que se encontraban en su poder no contenían moho; cabe precisar que, aunque en la fecha indicada personal de la DIGESA haya supervisado el establecimiento comercial del administrado, ubicado en Av. Venezuela N.° 2580 – Lima, no advirtiendo presencia de moho en los productos inspeccionados visualmente, ello no desvirtúa el hecho que sí se habría encontrado moho en los productos adquiridos por los consumidores (la cantidad de reclamos fue precisada por el propio administrado) y en los hallados por la DIGESA en el local de nombre comercial “Makro”, inspeccionado el mismo 11 de diciembre de 2020.
93. Respecto al Informe Técnico N.° 002-2022, sin fecha, remitido por Nestlé con su escrito del 04 de mayo de 2022 (al cual se adjuntaron 4 informes de ensayo de laboratorio), cabe precisar lo siguiente:

(i)

⁶¹ Es preciso indicar que según el Informe Técnico N.° 013-2021 (investigación sobre mohos en el paneton) adjunto al escrito de descargos presentado por Nestlé el 24 de setiembre de 2021, se indicó:

⁶² Tomado de la Hoja Informativa N.° 014-2022-LM-DECYTA-CENAN-INS del 21 de marzo de 2022, adjunto al Oficio N.° 096-2022/CENAN del 29 de marzo de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 001-2021/CC3



(ii)

(iii)

(iv)

94. En consecuencia, aunque el Informe de ensayo CO2101783 del 15 de febrero de 2021 haya indicado que los lotes 2680107, 2670107 y 2690107 contenían unidades cuyos límites de moho no superaban la cantidad máxima permitida, no



es menos cierto que, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, existían unidades de dichos productos que sí evidenciaban tener moho en cantidades visualmente apreciables -según lo declarado por el propio administrado-, generados por no haberse incorporado una solución preservante en algunas unidades de los productos Chocotón y Panetoncito⁶³. Esto último evidenciaba, contrariamente a lo sostenido por Nestlé, que el producto sí resultaba ser riesgoso para la salud y/o seguridad de los consumidores.

95. Finalmente, con relación al alegato de Nestlé referido a que no tenía obligación de comunicar la existencia del riesgo en sus productos a la autoridad y los consumidores, pues el supuesto riesgo habría sido detectado por la autoridad sectorial competente; cabe precisar que, si bien el artículo 6 del Reglamento de advertencias, reconoce la posibilidad de que sea la autoridad sectorial competente quien detecte la existencia de riesgos en los productos puestos a disposición del mercado, dicho artículo no enerva la obligación del administrado -como lo establecen expresamente los artículos 9 y 11 del Reglamento de advertencias⁶⁴- de difundir una advertencia a los consumidores -siguiendo los lineamientos del artículo 12- y al propio Indecopi.
96. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que, en el caso concreto, el riesgo en los productos Panetoncito y Chocotón no habría sido detectado por la DIGESA, pues conforme se desarrolló en los párrafos precedentes, fue el propio administrado quien, a través de correos electrónicos e incluso un informe técnico de laboratorio (Informe Técnico I&R /QA del 17 de diciembre de 2020) señaló que había detectado la posible causa de la aparición de moho en sus productos. En ese sentido, conforme a lo desarrollado previamente, desde esa fecha contaba con indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, por lo que se concluye que no fue la autoridad sectorial quien detectó tal riesgo, sino el propio administrado.
97. De acuerdo con los argumentos antes expuestos es que esta Comisión evaluará las obligaciones contenidas en el artículo 28 del Código y en el Reglamento de advertencias, a fin de identificar la responsabilidad administrativa de Nestlé, de ser el caso.

a) Notificación a la autoridad competente

⁶³ El 17 de diciembre de 2020, Nestlé emitió el Informe Técnico I&R /QA, a través del cual concluyó que

⁶⁴ REGLAMENTO DE ADVERTENCIAS

Artículo 9. -Celeridad en la difusión de advertencias a los consumidores

9.1 Los proveedores deben difundir las advertencias en un plazo máximo de cinco (05) días calendario, contados desde la fecha en la que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro.

9.2 Si el proveedor emite la advertencia luego de vencido el plazo dispuesto en el numeral 9.1 que antecede, deberá acreditar ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi las causas que le impidieron cumplir con la difusión de la advertencia en el plazo previsto.

Artículo 11.- Plazo para remitir la información al Indecopi

Los proveedores deberán cumplir con remitir la información a que hace referencia el numeral 10.1 del artículo 10 del presente Reglamento en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha en que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, pudiendo solicitar una ampliación por motivos fundamentados, hasta por diez (10) días hábiles adicionales.



98. El artículo 28 del Código y el artículo 10 del Reglamento de advertencias, establecen la obligación de los proveedores de notificar a la autoridad competente de la existencia del riesgo. Esta obligación, dada su naturaleza y finalidad, debe realizarse de manera celeridad, por lo que, el referido reglamento establece un plazo máximo de cinco (5) días hábiles para su cumplimiento.
99. En este escenario, la obligación de informar sobre la existencia de un peligro resulta imprescindible toda vez que estamos frente a un producto que puede poner en riesgo la salud de las personas.
100. En la medida que el Reglamento de advertencias precisa que el cómputo del plazo de los cinco (5) días hábiles para informar a la autoridad se realizará a partir de la fecha en la que el proveedor haya tomado conocimiento de la existencia de indicios suficientes para suponer la existencia de peligro⁶⁵, lo cual para esta Comisión sería el 17 de diciembre de 2020 (al tomar conocimiento del Informe Técnico I&R /QA), tal plazo venció el 24 de diciembre de 2020; sin embargo, a la fecha el administrado no ha cumplido con dicha obligación.
101. Por tanto, esta Comisión considera que corresponde sancionar a Nestlé por infracción al artículo 28 del Código, toda vez que no habría cumplido con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en el plazo establecido por el artículo 11 del Reglamento de advertencias, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentaría los productos: (i) "Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate", marca D'ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) "Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas", marca D'ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

b) Notificación a los consumidores

102. Cabe indicar que en la medida que el Reglamento de advertencias establece que el cómputo del plazo de los cinco (5) días calendario para informar a los consumidores se realizará a partir de la fecha en la que haya tomado conocimiento de la existencia de indicios suficientes para suponer la existencia de peligro⁶⁶, lo cual para esta Comisión sería el 17 de diciembre de 2020 al tomar conocimiento del Informe Técnico I&R /QA, el plazo venció el 22 de diciembre de 2020.

⁶⁵

Reglamento de advertencias

Artículo 11.- Plazo para remitir la información al Indecopi

Los proveedores deberán cumplir con remitir la información a que hace referencia el numeral 10.1 del artículo 10 del presente Reglamento en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha en que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro, pudiendo solicitar una ampliación por motivos fundamentados, hasta por diez (10) días hábiles adicionales.

⁶⁶

Reglamento de advertencias

Artículo 9.- Celeridad en la difusión de advertencias a los consumidores

9.1 Los proveedores deben difundir las advertencias en un plazo máximo de cinco (05) días calendario, contados desde la fecha en la que hayan tomado conocimiento de la peligrosidad del producto o existan indicios suficientes para suponer la existencia del peligro.

9.2 Si el proveedor emite la advertencia luego de vencido el plazo dispuesto en el numeral 9.1 que antecede, deberá acreditar ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del Indecopi las causas que le impidieron cumplir con la difusión de la advertencia en el plazo previsto.



103. Al respecto es preciso indicar que, obra en el expediente un aviso emitido por Nestlé, publicado el 15 de diciembre de 2020, en su portal web (<https://www.nestle.com.pe/media/pressreleases/comunicado-dic>), a través del cual informó que los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, maca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g habían sido bloqueados desde el 23 de noviembre de 2020.
104. Sobre el particular, dicho comunicado no tenía el alcance al que hace referencia el artículo 12 del Reglamento de advertencias, porque no aseguraba que llegara a ser conocido por todos los consumidores posiblemente afectados, o que pudieron haber comprado los productos Panetoncito y Chocotón a través de los diversos comercializadores con los que contaba Nestlé. Asimismo, tampoco podría ser considerado como una comunicación de alerta puesto que no cumplió con los criterios que deben considerar los proveedores al emitir advertencias de los riesgos y peligros no previstos, que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos y servicios en el mercado⁶⁷, tales como:
- (i) la advertencia debe ser difundida con la debida celeridad;
 - (ii) debe usarse un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte;
 - (iii) el tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados;
 - (iv) se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte señalando si dicho riesgo afecta la vida o salud del consumidor, su propiedad o la pérdida o afectación del producto adquirido;

67

Código**Artículo 29.- Criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad**

La advertencia de los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos o servicios, o de los riesgos y peligros no previstos o imprevisibles que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos o a la prestación de los servicios en el mercado, debe realizarse cumpliendo con los siguientes criterios:

- a. La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrados. Tratándose de un daño grave a la vida o a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios para suponer la existencia del peligro.
- b. Debe usarse un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El título con el que se pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficiente con relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.
- c. El tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace, en el caso de que la advertencia se haga por medios de comunicación, deben permitir que se llegue a los consumidores afectados o potencialmente afectados.
- d. Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte señalando si dicho riesgo afecta la vida o salud del consumidor, su propiedad o la pérdida o afectación del producto adquirido.
- e. Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso. Debe, por tanto, descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose, por el contrario, términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.
- f. Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es solo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, debe indicarse ello en el aviso o advertencia, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario, si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.
- g. Deben explicarse las medidas que se adoptan para evitar el riesgo o daño o para mitigar los efectos que puedan producirse. La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.
- h. Se debe incluir una fuente de información alternativa, que sea gratuita y de fácil acceso para los consumidores, con la finalidad de poder contar con mayor información sobre las advertencias de los riesgos y peligros del producto, indicando el número gratuito de contacto o su localización. Dicha información debe ser, además, comunicada de inmediato al Indecopi.



- (v) debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso;
- (vi) se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible;
- (vii) deben explicarse las medidas que se adoptan para evitar el riesgo o daño o para mitigar los efectos que puedan producirse; y,
- (viii) se debe incluir una fuente de información alternativa, que sea gratuita y de fácil acceso para los consumidores, con la finalidad de poder contar con mayor información sobre las advertencias de los riesgos y peligros del producto, indicando el número gratuito de contacto o su localización.

105. Por tanto, esta Comisión considera que corresponde sancionar a Nestlé por infracción al artículo 28 del Código, toda vez que no cumplió con informar a los consumidores, en el plazo establecido por el artículo 9 del Reglamento de advertencias sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, maca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

c) Medidas para mitigar o eliminar el riesgo

106. Tal y como se ha precisado, el artículo 28 del Código establece que el proveedor está obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro en el plazo inmediato; entre ellas, retirar los productos o servicios y disponer su sustitución o reparación. Asimismo, se precisa que la prueba de las medidas adoptadas corresponde al proveedor.
107. En ese sentido, se debe precisar que el citado artículo hace referencia a la adopción de las medidas razonables, para lo cual precisa una lista de acciones que el proveedor debería ejecutar; sin embargo, debe considerarse que, al indicarse en este artículo que el proveedor se encuentra “obligado a adoptar medidas razonables, entre otras”, se entendería que esas medidas tendrían que implementarse y ejecutarse considerando la naturaleza del riesgo advertido y el potencial efecto o daño que este podría generar.
108. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que el artículo II⁶⁸ del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que dicho cuerpo normativo contiene normas comunes aplicables a las actuaciones de la función administrativa, por lo que regula todos los procedimientos administrativos, inclusive los procedimientos especiales.
109. De ello, se evidencia que el TUO de la LPAG constituye el marco general de los procedimientos administrativos, toda vez que es la ley destinada a regular –de

⁶⁸

TUO de la LPAG

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.
2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley. (...)

forma común– los procedimientos administrativos tramitados en las entidades de la administración pública. Así, las condiciones fijadas en los procedimientos administrativos de dichas entidades, si bien pueden delimitar sus propias características, no podrían imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en el TUO de la LPAG⁶⁹.

110. En ese sentido, el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG establece que, constituye una circunstancia eximente de responsabilidad, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos⁷⁰.
111. El eximente de responsabilidad antes mencionado tiene sustento en una decisión de política punitiva por proteger el bien jurídico, y prefiere la acción reparadora espontánea del administrado responsable antes que realizar diligencias preliminares e iniciar el procedimiento sancionador, con todos los costos que ello involucra⁷¹.
112. Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse que la Real Academia de la Lengua Española, señala que “subsana” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño⁷². La misma connotación se encuentra en los diccionarios jurídicos, respecto al término “Subsanable”, es aquello susceptible de convalidación, enmienda o arreglo. En este sentido, subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.
113. Al respecto, la nueva conformación de la Comisión considera que, el supuesto de exoneración de responsabilidad contenido en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG, no solo busca lograr el cese de la conducta infractora, sino también, cuando corresponda, la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de dicha conducta. Ello con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado, por ejemplo, se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción.

⁶⁹ Morón Urbina Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General; Tomo I; Vigésima Segunda Edición; 2018; Gaceta Jurídica; página 49.

⁷⁰ **TUO de la LPAG**
Artículo 257.-Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: (...)
f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255. (...)

⁷¹ **Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador.**
Guía para asesores jurídicos del Estado Segunda edición Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

⁷² Subsanaar:
1. tr. Disculpar o excusar un desacierto o delito.
2. tr. Reparar o remediar un defecto.
3. tr. Resarcir un daño
Ver: <https://dle.rae.es/subsanar>.



114. Bajo ese enfoque, esta Comisión considera importante precisar que determinadas infracciones, por sus propias características, no podrían ser subsanadas bajo los alcances del literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG, en la medida que no será posible, precisamente, reparar las consecuencias o efectos negativos ya generados por el hecho ilícito. Así, es pertinente señalar que no se desconoce el derecho de los administrados de corregir o adecuar, antes del inicio del PAS, la conducta imputada como infracción administrativa; no obstante, para considerar que ha existido una verdadera subsanación voluntaria y, por ende, cabe aplicar el citado eximente de responsabilidad, el infractor debe demostrar que ha revertido todos los efectos que la infracción (acto u omisión) generó, de ser ello posible.
115. En consecuencia, este Colegiado considera importante precisar que, para determinar la existencia del eximente de responsabilidad contenido en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG, se debe acreditar fehacientemente que la conducta imputada fue subsanada antes del inicio del PAS y además que los efectos de dicha conducta fueron revertidos, en caso ello resulte posible. En otras palabras, en caso de que, respecto de algún acto u omisión constitutivo de infracción, no se verifique el cese de la conducta infractora y la reversión de los efectos derivados de dicha infracción, no corresponderá la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, como lo señala la norma.
116. Ahora bien, de la revisión de los medios de prueba que obran en el expediente se ha podido advertir que Nestlé realizó las siguientes acciones:
- (i) Remitió diversos correos electrónicos a los comercializadores de sus productos a fin de suspender y/o bloquear desde el 23 de noviembre de 2020⁷³.
 - **23/11/2020:** Personal de Nestlé mediante correo electrónico informa sobre el retiro preventivo del producto Chochoton 500g, lotes 02670107, 02680107, 02690107, 02700107, 02750107 y 02760107.

⁷³ Resulta importante mencionar que el 18 de diciembre de 2020, en la etapa de supervisión, Nestlé presentó diversos correos que daban cuenta de las comunicaciones de suspensión y/o bloqueo preventivo de los productos objeto de análisis dirigidos a (i) Cencosud, correo del 7 de diciembre de 2020, (ii) Makro, correo del 27 de noviembre de 2020, (iii) Grupo Valle Norte, correo del 23 de noviembre de 2020 y (iv) Tottus, correo del 20 de noviembre de 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 001-2021/CC3



- **24/11/2020:** Personal de Nestlé mediante correo electrónico informa sobre el retiro preventivo del producto Chochoton 500g, lotes 02760107, 02690107, 02750107, 02670107 y 02700107

- **07/12/2020:** Personal de Nestlé mediante correo electrónico informa sobre el bloqueo del producto Chochoton 500g, lotes 02670107, 02680107, 02690107, 02700107, 02750107, 02760107 y 02670107

- (ii) El 15 de diciembre de 2020, emitió un aviso indicando que los consumidores podían contactarse con su centro de “Servicio al consumidor” al número 0800-10-210 para activar el procedimiento de atención y cambio de los productos.



Comunicado

[Back to Press releases](#)

Ante los recientes sucesos, es de suma importancia aclarar que para Nestlé, la calidad e inocuidad de nuestros productos no es negociable, nuestras políticas y procedimientos garantizan el más alto nivel de protección para todos nuestros consumidores, por eso explicamos lo sucedido.

- El día 15/12/2020 la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA), emitió el comunicado N°030-2020-DIGESA/MINS alertando a la población sobre una presunta presencia de moho en los productos: CHOCOTÓN D'ONOFRIO 500gr de los lotes N°02690107 y 02680107, fecha de vencimiento 25/03/21 y 24/03/21, respectivamente y de PANETONCITO D'ONOFRIO 90 gr, con lote N°02480107 y fecha de vencimiento 04/02/21.
- Sobre dicho comunicado, es importante informar que se trata de productos / lotes que se ya se habían bloqueado el día 23/11/20 luego de algunos reclamos del consumidor por presuntas desviaciones en el perfil del producto, y que la misma DIGESA corroboró con una inspección el día 11/12/20, sin encontrar ninguna irregularidad y verificando que los lotes se encontraban en trastienda y no disponibles para la venta al público. Asimismo, confirmamos que la posible desviación no tiene ninguna consecuencia en la salud humana.

Sin embargo, de encontrar productos de los lotes en mención disponibles e identificar alguna desviación, ponerse en contacto con nuestro Servicio al Consumidor 0800-10-210 para activar el procedimiento de atención y cambio.

La comunicación y transparencia con nuestros consumidores es fundamental, por lo que todos los casos registrados han sido contactados y están siendo atendidos con toda la formalidad y rigurosidad con la que Nestlé realiza todos sus procesos.

Pedimos disculpas a nuestros consumidores / clientes por los inconvenientes ocasionados, estamos tomando todas las acciones correctivas inmediatas para que esto no vuelva a suceder.

- (iii) El 16 de diciembre de 2020, la DFI realizó acciones de supervisión en diversos establecimientos a fin de verificar si los productos objeto de análisis se encontraban siendo comercializados, sin embargo, no se encontraron.

ESTABLECIMIENTO SUPERVISADO	¿SE COMERCIALIZA?	
	Biscocho relleno de gotas con sabor chocolate - CHOCOTÓN, maca D'ONOFRIO, en presentación caja por 500 g: -LOTE 02680107 (FV: 24.03.21) -LOTE 02690107 (FV: 18.03.21)	Panetón relleno de pasas y frutas confitadas - PANETONCITO, marca D'ONOFRIO 90 g: -LOTE 02480107 (FV: 04.02.21)
Tottus El Agustino	NO	NO
Tambo Callao	NO	NO
Plaza Vea PRO	NO	NO
Plaza Vea Corpac San Borja	NO	NO
Plaza Vea Angamos San Borja	NO	NO
Metro Plaza Norte	NO	NO
Metro de Limatambo San Borja	NO	NO
Mercado Santa Colonia Callao	NO	NO

117. De la revisión de los medios de prueba que obran en el expediente, esta Comisión considera que Nestlé habría concluido la conducta ilegal tan pronto pudo (antes

de la imputación de cargos 26 de agosto de 2021) y, de forma voluntaria, habría implementado canales de atención para atender de forma oportuna a los consumidores. Además, los efectos negativos del acto constitutivo de infracción que posiblemente se habrían generado en los consumidores, habrían sido remediados en la medida que las personas pudieron contactarse con el administrado a fin solicitar la devolución del dinero pagado.

118. En consecuencia, considerando que Nestlé habría subsanado voluntariamente la conducta imputada como infracción administrativa antes de la notificación de imputación de cargos, en la medida cumplió con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g, corresponde exonerarlo de responsabilidad y archivar el procedimiento iniciado en su contra en este extremo.

III. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

119. Al respecto, el artículo 110 del Código dispone que la Comisión puede sancionar las infracciones administrativas con amonestación y multas de hasta 450 UIT, las cuales son calificadas en leves, graves y muy graves⁷⁴.
120. Por su parte, el artículo 112 del Código dispone que la Comisión puede tener en consideración el beneficio ilícito esperado u obtenido, la probabilidad de detección de la infracción, el daño resultante, los efectos generados, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio, así como otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar⁷⁵.

74

Código

Artículo 110.- Sanciones administrativas

El órgano resolutorio 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. (...)

75

Código

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.
- Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:
1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
 2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
 3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
 4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
 5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
 6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

121. Además, el artículo 248 del TUO de la LPAG establece, como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa, el principio de razonabilidad⁷⁶, según el cual las sanciones a imponer deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando ciertos criterios de graduación. En otras palabras, cuando la autoridad administrativa imponga sanciones debe considerar la proporción entre los medios utilizados y los fines públicos que debe tutelar, estableciéndose una relación lógica entre el hecho que motiva la sanción, el objetivo que se busca conseguir y el medio empleado para tal efecto.
122. En vía reglamentaria, mediante Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano 25 de febrero de 2021, se aprobó la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi -como la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3-, respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia. Es oportuno mencionar que dicha norma entró en vigencia el 14 de junio de 2021⁷⁷

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutivo.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio, promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y a sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

76

TUO de la LPAG

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.

77

Según el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM, tal norma entra en vigencia, de manera conjunta, con la Ley N.º 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, la cual según su Décima Disposición Complementaria Final, entra en vigencia a los quince (15) días calendario contados



y es aplicable a todos los procedimientos iniciados por la Comisión a partir de tal fecha. Considerando que el presente PAS inició el 24 de agosto de 2021, las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM serán aplicables al caso concreto.

123. De acuerdo con el Anexo del Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM, la multa preliminar (M) se estima en función de la multiplicación de una multa base (m) por un componente que captura el efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en cada caso (F), conforme a la siguiente fórmula: $M = m \times F$. Finalmente, dicho monto (M) es ajustado conforme a los topes máximos legales pertinentes, hasta obtener una multa final (M^*).
124. Asimismo, para el caso de las sanciones impuestas por la Comisión, la multa base (m) representa una aproximación directa o indirecta del beneficio ilícito o afectación (perjuicio económico o daño) generada por el infractor; y para calcularla se utiliza una de los siguientes dos (2) tipos de métodos: (i) método basado en valores preestablecidos, o (ii) método ad hoc.
125. Según la norma, el método basado en valores preestablecidos se elegirá siempre que la infracción cumpla la totalidad de las siguientes tres (3) características: (i) se desarrolle por un periodo menor a 2 años, (ii) no dañó ni puso en riesgo la vida y/o salud de las personas, y (iii) tuvo un alcance geográfico menor al nivel nacional.
126. En el caso concreto, las presuntas infracciones detectadas están vinculadas a la omisión de notificar a la autoridad administrativa y a los consumidores la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos Chocotón y Panetoncito.
127. Con relación a la omisión de notificar a la autoridad la existencia de la alerta, cabe precisar que si bien dicho incumplimiento no puso en riesgo la vida y/o salud de las personas directamente, lo cierto es que indirectamente el no haber comunicado ello a la autoridad impidió que esta última pueda replicar la información oportunamente para que los consumidores puedan tomar conocimiento de ella. En tal situación, nos encontramos ante una infracción que puso en riesgo la vida y/o salud de las personas. Asimismo, cabe precisar que, teniendo en cuenta que el comunicado a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor se replica a nivel nacional, se concluye que la infracción tiene el mismo alcance. Por lo antes expuesto, debería aplicarse la metodología ad-hoc.
128. Con respecto a la omisión de informar a los consumidores la existencia de la alerta, cabe precisar que tal conducta si puso en riesgo la vida y/o salud de los usuarios en tanto no tomaron conocimiento de la existencia de riesgos en los productos Panetoncito y Chocotón. Asimismo, cabe precisar que, teniendo en cuenta que el comunicado debió haber sido emitido por Nestlé de manera masiva (a fin de llegar a todos los consumidores de los distritos de Lima y Callao, por ejemplo, destinatarios de los productos de los lotes objeto del procedimiento)⁷⁸, se

a partir de la modificación del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, lo cual se dio el 30 de mayo de 2021 con la publicación de la Resolución N.º 060-2021-PRE-INDECOPI.

⁷⁸ De la revisión de la lista de reclamos presentado por el administrado en su escrito de descargos, se advierte que el 18 de diciembre de 2020 un consumidor reportó haber comprado un producto con moho en el Callao.



concluye que la infracción tiene alcance general. Por lo antes expuesto, debería aplicarse la metodología ad-hoc.

129. Estando a lo señalado, corresponde a esta Comisión graduar la sanción a imponer a Nestlé de la siguiente manera:

(i) **Por no haber cumplido con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en el plazo establecido por el artículo 11 del Reglamento sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían sus productos Chocotón y Panetoncito**

a) Estimación de la multa base (m)

130. El numeral C del Anexo del Decreto Supremo, la multa base (m) bajo la metodología clásica se estima dividiendo el factor β (beneficio ilícito, perjuicio económico causado o daño) entre el factor p (probabilidad de detección).

131. Para el presente caso, la estimación del factor β será bajo el enfoque de beneficio ilícito por costo evitado, al no haber implementado las medidas o mecanismos necesarios que hubieran permitido informar oportunamente al Indecopi sobre la peligrosidad de los productos denominado Chocoton y Panetoncito. Ello, en la medida que, al no informar oportunamente a la autoridad sobre la existencia de algún riesgo que pudiera atender contra la salud de los consumidores, el administrado habría demorado el inicio del *recall* y, por ende, evitó incurrir en el costo del retiro del producto.

132. Para la aproximación del factor β se desarrollará bajo el enfoque de costo evitado, que según la tipología dada por el Decreto Supremo en mención se clasifica como beneficio ilícito por costo evitado, asimismo se requiere de información mínima⁷⁹ para la estimación de dicho factor; en ese sentido, se optará por estimar el costo evitado en función a la variable de costos de cumplimiento.

⁷⁹ Ver cuadro 28 del Anexo del Decreto Supremo N.° 032-2021-PCM:

Ítem	Enfoque		
	Beneficio ilícito por incremento de ingresos	Beneficio ilícito por costo evitado	Perjuicio económico causado o daño
Variable	Ventas o ingresos (precios y cantidades) del producto específico y, de ser el caso, la utilidad o ratio de utilidad/ventas.	Costos de cumplimiento.	Ingresos o valor de los recursos económicos perdidos, gastos en exceso o VVE.
Agente	El (los) infractor(es) y eventualmente de un agente o mercado/ industria lo más idéntico posible.		El(los) afectado (s) y eventualmente un agente o mercado/industria lo más idéntico posible.
Período	Antes, durante y/o después de la infracción y la materialización de sus efectos. La longitud del período antes o después de la infracción debe ser similar al del período en el que se desarrolló la infracción o como mínimo de un año.		

En caso no sea posible determinar el beneficio ilícito, costo evitado o perjuicio económico o daño o algún otro parámetro para estimar el factor β , u obtener la información vinculada a las condiciones previas al periodo de la infracción, una alternativa es emplear razonablemente la información pública de empresas competidoras que operen en el mismo mercado o sector, o usar parámetros de estudios publicados por la academia o por organismos internacionales. Naturalmente, bajo cualquier escenario puede resultar bastante útil consultar fuentes de información oficial y realizar los requerimientos de información necesarios a entidades públicas pertinentes.



133. Por lo tanto, se procede a estimar el ahorro obtenido desde el 17 de diciembre de 2020 hasta el 24 de diciembre de 2020 (plazo en que venció los 5 días hábiles dispuesto por la norma para informar a la autoridad administrativa).
134. Al respecto, esta Comisión considera oportuno emplear literatura especializada internacional, la cual no necesariamente corresponde específicamente a la realidad peruana o de la propia empresa, sino que ello se aplica de forma referencial con el fin de estimar los costos producto del ahorro por la conducta infractora. Además, si bien alguno de estos pueda estar en un idioma extranjero, ello podría ser fácilmente traducidos mediante distintos aplicativos o herramientas de programas informáticos.
135. En ese sentido, según fuentes de información de acceso público consultadas, el costo promedio de retiro y destrucción de productos comprometidos en un proceso de *recall* para una empresa manufacturera de productos finales de consumo se estima en S/ 24 012 800⁸⁰. Considerando lo anterior, y que existieron 5⁸¹ días hábiles lo cual equivale a 7 días calendarios de incumplimiento en comunicar la alerta a la autoridad respectiva, el costo ahorrado se estima en S/ 33 638.10⁸²
136. Es importante indicar que dichas fuentes fueron empleados en un caso similar de alerta consignados en la Resolución Final N.º 101-2021/CC3 del 8 de julio de 2021, siendo la misma confirmada por la Sala mediante la Resolución N.º 0394-2022/SPC-INDECOPI del 28 de febrero de 2022.

⁸⁰ De acuerdo con el estudio "Recall Execution Effectiveness: Collaborative Approaches to Improving Consumer Safety and Confidence" el costo promedio de un recall para una empresa de productos finales de consumo asciende a \$ 10 000 000 y considerando su equivalente en moneda nacional dicho monto ascendería a S/ 35 840 000 (para ello, se consideró de manera referencial, el tipo de cambio al 17 de diciembre de 2020, S/ 3.584. Fuente: SUNAT, disponible en: <https://e-consulta.sunat.gob.pe/cl-at-ittipcam/tcS01Alias>. Asimismo, se precisa que el porcentaje de los costos orientados al retiro y destrucción de productos alertados en un recall, para una empresa manufacturera asciende a 67%. Disponible en: <https://www.gs1india.org/media/joint-industry-recall-execution-effectiveness-report.pdf>.

Por lo tanto, el costo promedio de retiro y destrucción de productos comprometidos en un proceso de *recall* para una empresa manufacturera se estima considerando dichos factores: S/ 35 840 000.00 * 67%.

⁸¹ Fecha en la que ha tomado conocimiento de la existencia de indicios suficientes para suponer la existencia de peligro, lo cual para esta Secretaría Técnica sería el 17 de diciembre de 2020 al tomar conocimiento del Informe Técnico I&R /QA, el plazo venció el 24 de diciembre de 2020.

⁸² Resultado de considerar lo siguiente:

- Tasa de rentabilidad diaria del sector: Se procedió a utilizar la tasa de costo promedio ponderado del capital (WACC) como medida de rentabilidad de la empresa, siendo que dicha tasa para las empresas del sector Household Products al 2020 asciende a 9.09% anual, y su equivalente diario, 0.02% (utilizando la fórmula de conversión de tasa anual a diario: $(1 + 7.89\%)^{1/360} - 1 = 0.02\%$. Fuente: Damodaran, Aswath, Cost of Capital by Sector (Emerging Markets), en la página web del profesor Aswath Damodaran. <https://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>. Al respecto, para aproximar el valor del WACC a valores para el Perú se modificó la tasa de impuesto a las ganancias empresariales 29.5% para el año 2020 (Fuente: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). Disponible en: <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/impuesto-a-la-renta-empresas/regimen-general-del-impuesto-a-la-renta-empresas/calculo-anual-del-impuesto-a-la-renta-empresas/2900-03-tasas-para-la-determinacion-del-impuesto-a-la-renta-anual>), la tasa de inflación esperada a diciembre de 2019 en moneda local, 2.2% (Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2019/diciembre/report-de-inflacion-diciembre-2019.pdf>) y la tasa de inflación esperada en moneda extranjera (\$), 1.9%, Fuente: Sistema de Reserva Federal (FED). Disponible en: <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/fomcproitabl20191211.htm>
- Costo operativo ahorrado total: (costo asociado al recall) * $[(1 + \text{tasa de rentabilidad diaria})^{\text{días de retraso}} - 1] = 24\ 012\ 800 * [(1 + 0.02\%)^7 - 1] = S/ 33\ 638.10$.



137. Por lo antes expuesto, el beneficio ilícito estimado por costo evitado asciende a S/ 33 638.10.
138. Asimismo, el factor p representa la probabilidad de detección, dicho factor permite que la multa base incorpore la expectativa o percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad de poder ser detectado por la administración, lo cual está relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza el Estado para detectar el incumplimiento.
139. En el presente caso, la probabilidad de detección es alta⁸³ dado que la evidencia de la infracción era por un lado fácil de detectar en la medida que los consumidores presentaron reclamos ante la autoridad, lo que facilitó su detección. Teniendo en cuenta lo anterior, se le asigna a la probabilidad de detección el valor de 49.94%⁸⁴.
140. En consecuencia, la multa base (m) se estima en 14.6 UIT⁸⁵.

b) Circunstancias agravantes y/o atenuantes(F)

141. Es preciso indicar que a criterio de esta Comisión, de acuerdo con la información remitida por Nestlé en el presente procedimiento, se pudo verificar que realizó acciones, de manera inmediata, para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos Chocotón y Panetoncito. Tales como: (i) remitir correos electrónicos que daban cuenta de las comunicaciones de suspensión y/o bloqueo preventivo de los productos objeto de análisis dirigidos a Cencosud, correo del 7 de diciembre de 2020, Makro, correo del 27 de noviembre de 2020, Grupo Valle Norte, correo del 23 de noviembre de 2020 y Tottus, correo del 20 de noviembre de 2020; y, (ii) emitir un aviso indicado que los consumidores podían contactarse con su centro de "Servicio al consumidor" al número 0800-10-210 para activar el procedimiento de atención y cambio de los productos. Además, que de las

⁸³ Para determinar el valor p es necesario definir su nivel (bajo, medio o alto) en función de las características que presente cada caso en concreto. Ver cuadro 29 del Anexo del Decreto Supremo N.° 032-2021-PCM:

N°	Características			Nivel
1	Acciones que conlleven a un ocultamiento de información.	Clandestinidad / informalidad.	Acciones no programadas de supervisión o fiscalización.	Bajo
2	Denuncias de terceros	Reportes de terceros	Información disponible pero limitada por ser insuficiente, fragmentada o dispersa.	Medio
3	Autoreporte	Acciones programas de supervisión y fiscalización	Información confiable, completa y de fácil acceso.	Alto

⁸⁴ Posteriormente a determinar el nivel de probabilidad, se considera el valor de la probabilidad que corresponde a cada órgano resolutorio. Ver cuadro 30 del Anexo del Decreto Supremo N.° 032-2021-PCM:

Protección al consumidor CC1, CC2 Y CC3	
Nivel de probabilidad	
Baja	23.19%
Media	37.40%
Alta	49.94%

⁸⁵ Multa = Beneficio ilícito / Probabilidad de detección = S/ 33 638.10 / 0.4994 = S/ 67 357.03
Multa en UIT (año 2022) = S/ 67 357.03 / S/ 4 600.00 = 14.6 UIT



acciones de supervisión efectuadas por la DFI, el 16 de diciembre de 2020, no se encontraron los productos materia de pronunciamiento.

142. En atención a ello, corresponde aplicar un atenuante de -30% dado que el administrado ha acreditado haber concluido con la conducta ilegal e iniciado acciones necesarias para remediar sus efectos, por lo que la multa preliminar (M) asciende a 10.2 UIT⁸⁶.

c) Ajuste de la multa según los topes legales (determinación de la multa final M^*)

143. En este extremo, se analiza si la multa preliminar (M) se encuentra dentro del tope máximo establecido en el marco normativo, el cual puede estar expresado en función del monto máximo a imponer en términos de UIT (número de UIT) o en términos de un porcentaje máximo de los ingresos totales de la empresa infractora en el último año (% ingreso total).
144. En el presente caso, deberá considerarse que, según el artículo 110 del Código, la multa no podrá superar los 450 UIT.
145. En consecuencia, la multa final (M^*) a imponer corresponde a 10.2 UIT.
146. Considerando lo antes mencionado, correspondería sancionar a Nestlé con una multa de 10.2 UIT.

(ii) Por no haber cumplido con informar a los consumidores, en el plazo establecido por el artículo 9 del “Reglamento sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos Chocotón y Panetoncito

147. Para graduar la infracción en el presente caso, a diferencia de la Secretaría Técnica, este Colegiado estima que la metodología que resulta más adecuada para graduar la presente infracción debe ser considerando el beneficio ilícito, en tanto que a la fecha en que se inició el PAS, ya los productos Chocotón y Panetoncito no se encontraban en el mercado⁸⁷. Por tanto, aplicar dicho enfoque permite adecuar o aproximar más la sanción al caso en específico. Ello sin perjuicio de que, en otras circunstancias, pueda graduarse utilizando un criterio de daño.

a) Estimación de la multa base (m)

148. Es preciso reiterar que el numeral C del Anexo del Decreto Supremo, la multa base (m) bajo la metodología clásica se estima dividiendo el factor β (beneficio ilícito, perjuicio económico causado o daño) entre el factor p (probabilidad de detección).

⁸⁶ Multa preliminar (M) = $m \times F = 14.6 \times (1 - 30\%) = 10.2$ UIT

⁸⁷ Resulta oportuno indicar que el 16 de diciembre de 2020, la DFI realizó ocho acciones de supervisión en diversos establecimientos de Lima a fin de verificar si los productos objeto de análisis se encontraban siendo comercializados. Sin embargo, no se encontró dichos productos en el mercado.

149. Para el presente caso, la estimación del factor β será bajo el enfoque de beneficio ilícito por costo evitado, al no haber implementado las medidas o mecanismos necesarios que hubieran permitido informar oportunamente a los Consumidores sobre la peligrosidad de los productos denominado Chocoton y Panetoncito. Ello, en la medida que, al no informar oportunamente a los consumidores sobre la existencia de algún riesgo que pudiera atentar contra la salud, el administrado habría demorado el inicio del *recall* y, por ende, evitó incurrir en el costo del retiro del producto.
150. Resulta importante indicar que, a criterio de esta Comisión, si bien Nestlé no cumplió con dicha obligación (comunicar la alerta), lo cierto es que retiró los productos del mercado, conforme se evidenció de los correos electrónicos cursados con sus proveedores, anuncio publicado en su portal web y acciones de supervisión efectuadas por personal de la DFI en los cuales no se encontró los productos materia de pronunciamiento. Siendo que dicha situación generó que la alerta tenga un menor impacto, en tanto los productos ya no se encontraban en el mercado.
151. Para la aproximación del factor β se desarrollará bajo el enfoque de costo evitado, que según la tipología dada por el Decreto Supremo en mención se clasifica como beneficio ilícito por costo evitado, asimismo se requiere de información mínima⁸⁸ para la estimación de dicho factor; en ese sentido, se optará por estimar el costo evitado en función a la variable de costos de cumplimiento.
152. Por lo tanto, se procede a estimar el ahorro obtenido desde el 17 de diciembre de 2020 hasta el 24 de diciembre de 2020 (plazo en que venció los 5 días calendario dispuesto por la norma para informar a los consumidores)
153. Según fuentes de información consultadas, el costo promedio de retiro y destrucción de productos comprometidos en un proceso de *recall* para una empresa manufacturera de productos finales de consumo se estima en S/ 24 012

⁸⁸ Ver cuadro 28 del Anexo del Decreto Supremo N.° 032-2021-PCM:

Ítem	Enfoque		
	Beneficio ilícito por incremento de ingresos	Beneficio ilícito por costo evitado	Perjuicio económico causado o daño
Variable	Ventas o ingresos (precios y cantidades) del producto específico y, de ser el caso, la utilidad o ratio de utilidad/ventas.	Costos de cumplimiento.	Ingresos o valor de los recursos económicos perdidos, gastos en exceso o VVE.
Agente	El (los) infractor(es) y eventualmente de un agente o mercado/ industria lo más idéntico posible.		El(los) afectado (s) y eventualmente un agente o mercado/industria lo más idéntico posible.
Período	Antes, durante y/o después de la infracción y la materialización de sus efectos. La longitud del período antes o después de la infracción debe ser similar al del período en el que se desarrolló la infracción o como mínimo de un año.		

En caso no sea posible determinar el beneficio ilícito, costo evitado o perjuicio económico o daño o algún otro parámetro para estimar el factor β , u obtener la información vinculada a las condiciones previas al periodo de la infracción, una alternativa es emplear razonablemente la información pública de empresas competidoras que operen en el mismo mercado o sector, o usar parámetros de estudios publicados por la academia o por organismos internacionales. Naturalmente, bajo cualquier escenario puede resultar bastante útil consultar fuentes de información oficial y realizar los requerimientos de información necesarios a entidades públicas pertinentes.

800⁸⁹. Considerando lo anterior, y que existieron 5⁹⁰ días hábiles de incumplimiento en comunicar la alerta a la autoridad respectiva, el costo ahorrado se estima en S/ 24 022.41⁹¹.

154. Por lo antes expuesto, el beneficio ilícito estimado por costo evitado asciende a S/ 24 022.41.
155. Asimismo, el factor p representa la probabilidad de detección, dicho factor permite que la multa base incorpore la expectativa o percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad de poder ser detectado por la administración, lo cual está relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza el Estado para detectar el incumplimiento.
156. En el presente caso, la probabilidad de detección es alta⁹² dado que la evidencia de la infracción era por un lado fácil de detectar en la medida que los consumidores

⁸⁹ De acuerdo con el estudio "Recall Execution Effectiveness: Collaborative Approaches to Improving Consumer Safety and Confidence" el costo promedio de un recall para una empresa de productos finales de consumo asciende a \$ 10 000 000 y considerando su equivalente en moneda nacional dicho monto ascendería a S/ 35 840 000 (para ello, se consideró de manera referencial, el tipo de cambio al 17 de diciembre de 2020, S/ 3.584. Fuente: SUNAT, disponible en: <https://e-consulta.sunat.gob.pe/cl-at-ittipcam/tcS01Alias> Asimismo, se precisa que el porcentaje de los costos orientados al retiro y destrucción de productos alertados en un recall, para una empresa manufacturera asciende a 67%. Disponible en: <https://www.gs1india.org/media/joint-industry-recall-execution-effectiveness-report.pdf>.

Por lo tanto, el costo promedio de retiro y destrucción de productos comprometidos en un proceso de *recall* para una empresa manufacturera se estima considerando dichos factores: S/ 35 840 000.00 * 67%.

⁹⁰ Fecha en la que ha tomado conocimiento de la existencia de indicios suficientes para suponer la existencia de peligro, lo cual para esta Secretaría Técnica sería el 17 de diciembre de 2020 al tomar conocimiento del Informe Técnico I&R/QA, el plazo venció el 24 de diciembre de 2020.

⁹¹ Resultado de considerar lo siguiente:

- Tasa de rentabilidad diaria del sector: Se procedió a utilizar la tasa de costo promedio ponderado del capital (WACC) como medida de rentabilidad de la empresa, siendo que dicha tasa para las empresas del sector Household Products al 2020 asciende a 9.09% anual, y su equivalente diario, 0.02% (utilizando la fórmula de conversión de tasa anual a diario: $(1 + 7.89\%)^{1/360} - 1 = 0.02\%$). Fuente: Damodaran, Aswath, Cost of Capital by Sector (Emerging Markets), en la página web del profesor Aswath Damodaran. <https://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>. Al respecto, para aproximar el valor del WACC a valores para el Perú se modificó la tasa de impuesto a las ganancias empresariales 29.5% para el año 2020 (Fuente: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). Disponible en: <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/impuesto-a-la-renta-empresas/regimen-general-del-impuesto-a-la-renta-empresas/calculo-anual-del-impuesto-a-la-renta-empresas/2900-03-tasas-para-la-determinacion-del-impuesto-a-la-renta-anual>), la tasa de inflación esperada a diciembre de 2019 en moneda local, 2.2% (Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2019/diciembre/reportes-de-inflacion-diciembre-2019.pdf> y la tasa de inflación esperada en moneda extranjera (\$), 1.9%. Fuente: Sistema de Reserva Federal (FED). Disponible en: <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/fomcprojetabl20191211.htm>
- Costo operativo ahorrado total: $(\text{costo asociado al recall}) * [(1 + \text{tasa de rentabilidad diaria})^{\text{días de retraso}} - 1] = 24\ 012\ 800 * [(1 + 0.02\%)^5 - 1] = S/ 24\ 022.41$.

⁹² Para determinar el valor p es necesario definir su nivel (bajo, medio o alto) en función de las características que presente cada caso en concreto. Ver cuadro 29 del Anexo del Decreto Supremo N.° 032-2021-PCM:

N°	Características		Nivel
1	Acciones que conlleven a un ocultamiento de información.	Clandestinidad / informalidad.	Bajo
2	Denuncias de terceros	Reportes de terceros	Medio



presentaron reclamos ante la autoridad, lo que facilitó su detección. Teniendo en cuenta lo anterior, se le asigna a la probabilidad de detección el valor de 49.94%⁹³

157. En consecuencia, la multa base (m) se estima en 10.5 UIT⁹⁴.

d) Circunstancias agravantes y/o atenuantes (F)

158. Es preciso reiterar que Nestlé realizó acciones, de manera inmediata, para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos Chocotón y Panetoncito, tales como: (i) remitir correos electrónicos que daban cuenta de las comunicaciones de suspensión y/o bloqueo preventivo de los productos objeto de análisis dirigidos a Cencosud, correo del 7 de diciembre de 2020, Makro, correo del 27 de noviembre de 2020, Grupo Valle Norte, correo del 23 de noviembre de 2020 y Tottus, correo del 20 de noviembre de 2020; y, (ii) emitir un aviso indicado que los consumidores podían contactarse con su centro de “Servicio al consumidor” al número 0800-10-210 para activar el procedimiento de atención y cambio de los productos. Además, que de las acciones de supervisión efectuadas por la DFI, el 16 de diciembre de 2020, no se encontraron los productos materia de pronunciamiento.

159. En el caso concreto, corresponde considerar un atenuante de -30% dado que el administrado ha acreditado haber concluido con la conducta ilegal e iniciado acciones necesarias para remediar sus efectos, por lo que la multa preliminar (M) asciende a 7.4 UIT⁹⁵.

e) Ajuste de la multa según los topes legales (determinación de la multa final M*)

160. En este extremo, se analiza si la multa preliminar (M) se encuentra dentro del tope máximo establecido en el marco normativo, el cual puede estar expresado en función del monto máximo a imponer en términos de UIT (número de UIT) o en términos de un porcentaje máximo de los ingresos totales de la empresa infractora en el último año (% ingreso total).

3	Autoreporte	Acciones programas de supervisión y fiscalización	Información confiable, completa y de fácil acceso.	Alto
---	-------------	---	--	------

⁹³ Posteriormente a determinar el nivel de probabilidad, se considera el valor de la probabilidad que corresponde a cada órgano resolutorio. Ver cuadro 30 del Anexo del Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM:

Nivel de probabilidad	Protección al consumidor CC1, CC2 Y CC3
Baja	23.19%
Media	37.40%
Alta	49.94%

⁹⁴ Multa = Beneficio ilícito / Probabilidad de detección = S/ 24 022.41 / 0.4994 = S/ 48 102.54
Multa en UIT (año 2022) = S/ 48 102.54 / S/ 4 600.00 = 10.5 UIT

⁹⁵ Multa preliminar (M) = m x F = 10.5 x (1- 30%) = 7.4 UIT



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



161. En el presente caso, deberá considerarse que, según el artículo 110 del Código, la multa no podrá superar los 450 UIT.
162. En consecuencia, la multa final (M^*) a imponer corresponde a 7.4 UIT.
163. Considerando lo antes mencionado, correspondería sancionar a Nestlé con una multa de 7.4 UIT.

IV. SOBRE EL REGISTRO DE INFRACCIONES Y SANCIONES

164. Este Colegiado dispone la inscripción de las infracciones y sanciones impuestas a Nestlé en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi una vez que la presente Resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119⁹⁶ del Código.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Sancionar a Nestlé Perú S.A. con una multa de 10.2 UIT⁹⁷, por infracción al artículo 28 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que no habría cumplido con informar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en el plazo establecido por el artículo 11 del “Reglamento que establece el procedimiento de comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”, aprobado por Decreto Supremo N.° 050-2016-PCM, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, maca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SEGUNDO: Sancionar a Nestlé Perú S.A. con una multa de 7.4⁹⁸ UIT por infracción al artículo 28 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que no habría cumplido con informar a los consumidores, en el plazo establecido por el artículo 9 del “Reglamento que establece el procedimiento de

⁹⁶ **Código**

Artículo 119.- Registro de infracciones y sanciones

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

⁹⁷ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 104, San Borja.

⁹⁸ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 104, San Borja.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.° 001-2021/CC3



comunicación de advertencias y alertas de los riesgos no previstos de productos o servicios colocados en el mercado que afecten la salud y/o seguridad de los consumidores”, aprobado por Decreto Supremo N.° 050-2016-PCM, sobre la existencia de riesgos no previstos para la salud y/o seguridad de los consumidores que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, maca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

TERCERO: Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de Nestlé por presunto incumplimiento a lo previsto en el artículo 28 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que no habría cumplido con adoptar, de manera inmediata, medidas para reducir los riesgos no previstos que presentarían los productos: (i) “Chocotón: bizcocho/panetón relleno de gotas con sabor chocolate”, maca D’ONOFRIO, en presentación caja por 500 g; y, (ii) “Panetoncito: panetón relleno de pasas y frutas confitadas”, marca D’ONOFRIO, en presentación caja por 90 g.

CUARTO: Informar a Nestlé Perú S.A. que la presente resolución tiene eficacia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 218⁹⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cabe la presentación del recurso de apelación. Se señala que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida

QUINTO: Disponer la inscripción de las infracciones y sanciones impuestas a Nestlé Perú S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi una vez que la presente Resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119 de la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SEXTO: Requerir a Nestlé Perú S.A. el cumplimiento espontáneo de las multas impuestas en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰⁰,

⁹⁹ **TUO de la LPAG**
Artículo 218

218.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración.

b) Recurso de apelación.

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días. (...)

¹⁰⁰ **TUO de la LPAG**

Artículo 205.- Ejecución forzosa

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

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 001-2021/CC3



precisándose que, los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

Con la intervención de los señores Comisionados: Fernando Alonso Lazarte Mariño, Juan Manuel García Carpio, Delia Angélica Morales Cuti y Marcos Miguel Agurto Adrianzén.

**Fernando Alonso Lazarte Mariño
Presidente**

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