

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
VIGÉSIMO SEXTO JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO**

**EXPEDIENTE** : 03203-2019-0-1801-JR-CA-14  
**MATERIA** : NULIDAD DE RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO  
**JUEZ** : ADRIANA DEL ROSARIO ORTIZ AMPUERO  
**ESPECIALISTA** : JOSÉ FÉLIX DE LA CRUZ SÁNCHEZ  
**DEMANDADO** : INDECOPI  
INSTITUTO DE DERECHO ORDENADOR DE MERCADO  
CAUDAL INSTITUTO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR  
INSTITUTO PROYECTO SOLIDARIDAD GLOBAL  
ASOCIACION CIVIL CONSTRUCTORES DE PAZ  
ASOCIACION PROTECCION AL CONSUMIDOR DEL PERU ,  
ASOCIACION CIVIL MÁS QUE CONSUMIDORES ,  
DEFENSORIA DEL PUEBLO  
CENTRO DE PROTECCION AL CIUDADANO EQUIDAD  
CONSUMERS ASSOCIATED  
VALLEJOS ARRIETA, JUAN CARLOS  
**DEMANDANTE** : NESTLE PERU S A

**SENTENCIA**

**RESOLUCIÓN NÚMERO TREINTA Y DOS**

Lima, dieciséis de diciembre del año dos mil veintidós. -

**I.- VISTOS:** Con las copias certificadas del expediente administrativo que corre como acompañado; resulta de autos que, por escrito de demanda, **NESTLE PERU S A** (en adelante, el demandante o el accionante o NESTLE), interpone demanda contenciosa administrativa en la vía del procedimiento ordinario; y, la dirige contra el **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL** (en adelante, el demandado, entidad emplazada, Autoridad Administrativa o el INDECOPI), **INSTITUTO DE DERECHO**

**ORDENADOR DE MERCADO, CAUDAL INSTITUTO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, INSTITUTO PROYECTO SOLIDARIDAD GLOBAL, ASOCIACION CIVIL CONSTRUCTORES DE PAZ, ASOCIACION PROTECCION AL CONSUMIDOR DEL PERU, ASOCIACION CIVIL MÁS QUE CONSUMIDORES, DEFENSORIA DEL**

**PUEBLO, CENTRO DE PROTECCION AL CIUDADANO EQUIDAD, CONSUMERS ASSOCIATED y JUAN CARLOS VALLEJOS ARRIETA**, a fin de que, como

pretensiones principales: 1.- Se declare la nulidad de la Resolución Administrativa N.º 272-2018/SDC-INDECOPI, de fecha 26 de diciembre de 2018, y, 2.- Se declare, de plena jurisdicción que NESTLE no incurrió en un acto de engaño al difundir en su

empaque las imágenes de vacas y una señora en el campo con sombrero y cántaros, no infringiéndose el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.-

## ANTECEDENTES:

### a. Fundamentos de la demanda.

a.1. La Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI adolece de una motivación aparente, infringiendo el principio y deber constitucional a la debida motivación de las resoluciones. La Sala se encontraba en la obligación, dentro del ejercicio de sus funciones, de fundamentar aquellas afirmaciones y consideraciones que incidieran de forma determinante en la orientación de la decisión adoptada en su Resolución Final; no obstante, de manera arbitraria y sin sustento objetivo alguno que respalde su decisión, señaló que en su análisis superficial e integral de la publicidad, no tomaría en cuenta el nombre o denominación del producto, vulnerando así lo establecido por el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, generando, con ello, que su interpretación sea sesgada y parcializada. Así pues, el demandado INDECOPI resuelve de espaldas a la realidad, ocasionando que la motivación subsecuente se realice con una motivación aparente en el fundamento jurídico 84, pues, insólitamente, al no considerarse el nombre se evidencia una carencia de motivación en la Resolución materia de la demanda. Por tanto, se solicita que al declararse nula la resolución objeto de impugnación también se ordene al INDECOPI que en su pronunciamiento considere la denominación del producto, pues es un elemento que el consumidor tiene en cuenta al analizar la publicidad. -

a.2. La Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI es nul a porque infringe el principio de predictibilidad o confianza legítima. A través de la resolución administrativa cuestionada, la Sala, en su conformación en mayoría, ha efectuado una interpretación que vulnera directa y flagrantemente el principio de confianza legítima por una razón muy simple: ha desconocido todos los pronunciamientos del Indecopi vinculados a la materia cuestionada, alegando que como no era la misma conformación de la Sala no se configuraba dicha vulneración. Bajo este criterio formalista y simplista, jamás habría una contravención al mencionado principio, ya que las personas cambian, sin embargo, los órganos y autoridades son las mismas. El INDECOPI ha establecido criterios sobre interpretación de publicidad en empaque<sup>1</sup>; así, en base a aquellos podría apreciarse válidamente que "REINA DEL CAMPO" no informa que es un producto elaborado únicamente con leche de vaca, sino que la leche es un insumo principal, el cual ha sido sometido a un proceso de evaporación y descremado parcial, al cual se le han agregado otros componentes tales como maltodextrina, suero de leche

---

<sup>1</sup> El demandante cita el caso de Ajeper S.A. contra Gloria S.A., por la publicidad del producto PULP, así como los recaídos en la Resolución N.º 215-2009/CCD-INDECOPI (Expediente N.º 020-2009/CCD), Resolución N.º 220-2009/CCD-INDECOPI (Expediente N.º 027-2009/CCO), Resolución N.º 061-2010/CCD-INDECOPI (Expediente N.º 145-2009/CCD), Resolución N.º 0687-2013/SDC-INDECOPI (Expediente n.º 070-2012/CCD).

y aceite vegetal, siendo además enriquecida con vitaminas y minerales; no obstante, los criterios antedichos no han sido considerados.-

- a.3. La Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI es nula porque la sanción impuesta infringe el principio de razonabilidad y proporcionalidad. La resolución citada señala de forma arbitraria que: (i) la multa a imponerse al ahora demandante debía considerar los ingresos brutos (sin diferenciar los costos involucrados) y no las utilidades netas (margen de utilidad), cayendo en contradicción con otros órganos del mismo INDECOPI, e inclusive con el órgano técnico a cargo del cálculo de multas (Gerencia de Estudios Económicos), que establecen de forma sostenida que al graduar una multa debe considerarse las utilidades netas; (ii) la multa debe componerse del 100% de la diferencia de los ingresos brutos obtenidos por la venta del producto "REINA DEL CAMPO"; (iii) La multa ha aplicado un porcentaje de probabilidad de detección más gravoso que el aplicado por primera instancia, pues de 90% ha pasado a 75%, generando el incremento de la multa final.
- a.4. La actuación de NESTLÉ se ajusta a derecho, puesto que su publicidad no induce a error a los consumidores. NESTLÉ no ha incurrido en ninguna infracción y por tanto no es responsable administrativamente, ya que actuó de forma lícita, pues no difundió publicidad engañosa, toda vez que la denominación del producto informaba clara y destacadamente que el producto "REINA DEL CAMPO" contenía además de leche de vaca, maltodextrina y grasa vegetal.

## **b. Del trámite procesal.**

Mediante la resolución **UNO**, del veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, se resolvió admitir a trámite la demanda; y, se corrió traslado a los demandados INDECOPI, Instituto de Derecho Ordenador de mercado, Caudal Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidaridad Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación Protección al Consumidor del Perú, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Pueblo, Centro de Protección al Ciudadano Equidad, Consumers Associated y Juan Carlos Vallejos Arrieta, para su absolución. De igual modo, se le requirió a la entidad administrativa encargada el expediente conexo a la actuación administrativa impugnada en el presente proceso.

### **b.1. Fundamentos de contestación del INDECOPI:**

El INDECOPI procede a contestar la demanda por escrito de fecha veintidós de abril de dos mil diecinueve, bajo los siguientes términos:

- b.1.1. La Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI se encuentra motivada, tanto en cuestiones de hecho como derecho, pronunciándose sobre las alegaciones esbozadas en el procedimiento administrativo.

b.1.2. La decisión del INDECOPI se sustenta en el hecho de que los elementos publicitarios difundidos por NESTLÉ en el empaque del producto “REINA DEL CAMPO” trasladaban el mensaje de que sería “leche de vaca” (en este caso, evaporada), pese a que ello no era cierto, pues el mencionado producto contenía insumos que conforme a los parámetros objetivos establecidos en el Codex Alimentarius -aplicables al presente caso- no permitían que fuese presentado como “leche de vaca”.

**b.3. Saneamiento del proceso, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios:**

Asimismo, mediante resolución N° VEINTISIETE, de fecha doce de agosto de dos mil veintidós, en virtud del artículo 27 del TUO de la Ley N.º 27584, se declaró saneado el proceso, procediéndose a fijar como punto materia de controversia el siguiente: « UNO: Determinar si, corresponde declarar la nulidad de los puntos resolutivos Primero, Segundo y Tercero la Resolución Administrativa N.º 272-2018/SDC-INDECOPI.- DOS: Determinar si, corresponde declarar que el demandante no incurrió en un acto de engaño al difundir en su empaque las imágenes de vacas y la señora en el campo con sombrero y cantaros, no habiéndose infringido por ende el artículo 8 de la Ley de Represión de Competencial Desleal». En la misma resolución se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y se prescindió de la audiencia de pruebas atendiendo a que las ofrecidas tratan de documentos que no requieren de actuación en audiencia.

Luego de concederse a las partes, el plazo establecido en el numeral 27.2 literal d) del TUO de la Ley N° 27584 y realizada la audiencia de informe oral, la causa quedó expedita para sentenciar, correspondiendo a este Despacho emitir sentencia; y,

## **II.- CONSIDERANDO:**

### **OBJETO DEL PROCESO**

**Primero:** El objeto del presente proceso consiste en que se declare la nulidad de la Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI, de fecha 26 de diciembre de 2018, en los extremos primero, segundo y tercero de su parte resolutive. Mediante dicho acto administrativo se resolvió principalmente lo siguiente (se consigna lo pertinente):

PRIMERO: Confirmar la Resolución N.º 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, en el extremo que declaró fundada la imputación contra NESTLE PERU S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: Modificar la Resolución N.º 158-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que sancionó a NESTLE PERU S.A. con una multa de 501.91 UIT y, reformándola, sancionar a la referida empresa con una multa de 304.89 UIT.

TERCERO: Confirmar la Resolución N.º 158-2017/CCD-INDECOPI en los extremos que: (i) ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto "Reina del Campo" que a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca mediante el uso de imágenes del referido animal vacuno y/o la utilización de la imagen de una señora en el campo con sombrero y cantaros, y ello no sea cierto; (ii) dispuso que el Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condenó a NESTLE PERU S.A. al pago de las costas y costos incurridos por las denunciantes en el presente procedimiento.

## FINALIDAD DEL PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

**Segundo:** La finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, mientras que la finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia, ello conforme a lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria para el presente proceso contencioso. Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del mencionado texto procesal, se establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

**Tercero:** En relación a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente: «6. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia»<sup>2</sup>.

## CUESTIONES PREVIAS

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de abril de 2005, en el Expediente N° 763-2005-AA/TC sobre demanda de amparo interpuesta por Inversiones La Carreta S.A. y por Luciano López Flores contra el Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima.

## **Causales de nulidad del acto administrativo**

**Cuarto:** De acuerdo a la pretensión formulada por la parte actora, sobre declaración de nulidad de la Resolución N° 064-2020/INDECOPI-JU N, deberá verificarse si tal acto administrativo se expidió incurriendo en causal de nulidad o ineficacia prevista en el artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Respecto a ello se ha prescrito lo siguiente: «Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma».

## **Facultades de la entidad demandada.**

**Quinto:** En relación a las competencias de la entidad demandada es conveniente citar lo señalado en el literal b) del artículo 2°.1 del Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, el cual dispone que: «[...] es el organismo autónomo encargado de: b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva». A tal efecto, el Decreto Legislativo N° 807, que aprueba las Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, establece que: «Artículo 1.- Las Comisiones y

Oficinas del INDECOPI gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento».

**Sexto:** Ahora bien, el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, contempla en relación a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, lo siguiente: «14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público. 14.2. Son atribuciones de la Comisión: a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente [...]». Mientras el artículo 16° del mismo cuerpo normativo dispone lo siguiente respecto a las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de la Comisión: «16.1. El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica. 16.2. El Tribunal, a través de su Secretaría Técnica, está facultado para, de oficio, actuar

medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción».

### **De los hechos y conductas acreditadas en sede administrativa:**

**Sétimo:** Que, de lo indicado por las partes y acreditado en los autos obrantes en el Expediente Administrativo, se observa lo siguiente: **1.-** Denuncia de fecha 6 de junio de 2017, interpuesta por Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Caudal -Instituto de Protección al Consumidor, Instituto Proyecto Solidaridad Global, Asociación Civil Constructores de Paz, Asociación de Protección al Consumidor del Perú, Asociación Civil Más que Consumidores, Defensoría del Consumidor, Centro de Protección al Ciudadano Equidad y Consumers Associated (folios 1/9); **2.-** Resolución S/N del 7 de junio de 2017, que admitió a trámite la denuncia e imputó a NESTLE la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (folios 17/22); **3.** Escrito de descargos de fecha 10 de julio de 2017, presentado por NESTLE (folios 45/69); **4.** Resolución N.º 158-2017/CCD-INDECOPI, de fecha 22 de noviembre de 2017 (folios 316/340); **5.** Cargo de notificación dirigido a NESTLE con el contenido de la Resolución N.º 158-2017/CCD-INDECOPI (folios 344); **6.** Recurso de apelación interpuesto por NESTLE, de fecha 29 de enero de 2018 (folios 350/387); **7.** Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI, de fecha 26 de diciembre de 2018 (folios 507/538-reverso); **8.** Cargo de notificación dirigido a NESTLE con el contenido de la Resolución N.º 272-2018/SDC-INDECOPI (folios 541).-

### **ANÁLISIS DEL CASO**

a. PRETENSIÓN PRINCIPAL. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN N° 272-2018/SDC-INDECOPI **Octavo:** Del análisis de la resolución impugnada, observamos que en ésta el Tribunal de INDECOPI resolvió lo siguiente:

**PRIMERO:** confirmar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017, en el extremo que declare fundada la imputación contra Nestlé Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

**SEGUNDO:** modificar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en el extremo que sancione a Nestlé Perú S.A. con una multa de quinientos uno punto noventa y uno (501.91) Unidades Impositivas Tributarias y, reformándola, sancionar a la referida empresa con una multa de trescientos cuatro punto ochenta y nueve (304.89) Unidades Impositivas Tributarias.

**TERCERO:** confirmar la Resolución 158-2017/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre de 2017 en los extremos que: (i) ordene una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de publicidad del producto "Reina del

***Campo" que dé a entender a los consumidores que el referido producto es leche de vaca mediante el uso de imágenes del referido animal vacuno y/o la utilización de la imagen de una señora en el campo con sombrero y cantaros, y ello no sea cierto; (ii) dispuso que el Instituto de Derecho Ordenador de Mercado, Asociación de Protección al Consumidor del Perú y Asociación Civil Más que Consumidores participen, de manera proporcional, del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta, y (iii) condeno a Nestlé Perú S.A. al pago de las costas y costos incurridos por las denunciantes en el presente procedimiento."***

Uno de los primeros cuestionamientos que formula NESTLÉ es la falencia en la motivación, cuestionando a la impugnada en los siguientes aspectos, a nivel de motivación:

- a) Considera que al entrar al detalle del análisis superficial e integral de la publicidad, no tomó en cuenta el *nombre o denominación del producto*, omisión que vulnera lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, y genera que la interpretación efectuada sea sesgada y parcializada.
- b) No se ha efectuado análisis sobre el hecho de que la publicidad en empaque del producto cuestionado, da a entender, luego de un análisis superficial e integral, que es leche de vaca, pese a que se informa claramente los ingredientes que contiene no solo en la parte referida al rotulado, sino también en la cara frontal del producto.
- c) Sostiene que en el fundamento 84 de la impugnada, INDECOPI decide expresamente no incluir en el análisis la denominación del producto incluida en el envase, por considerar que este forma parte del envase, lo que es competencia de la Comisión de Protección al Consumidor, lo que sesga el análisis.
- d) Solicita que al declararse nula la resolución objeto de impugnación también se ordene al INDECOPI que en su pronunciamiento considere la denominación del producto, pues es un elemento que el consumidor tiene en cuenta al analizar la publicidad

Con lo que, como primer punto se analizará si la resolución administrativa impugnada adolece de algún vicio en la motivación que acarree la nulidad del acto administrativo.

**Noveno:** Para un mejor entender, incorporamos al análisis al producto materia de controversia.



En relación al referido empaque, conforme lo consigna la Resolución N° 0158-2017//DINDECOPI en su punto b.1, el aspecto a analizar fue el hecho de que la hoy empresa demandante, *habría estado difundiendo publicidad en empaque del producto “Reina del Campo”, que contendría la imagen de dos vacas en el campo, lo que se sumaría a una mujer con un recipiente y un balde que contendría leche, lo cual daría a entender a los consumidores que el referido producto sería leche de vaca, cuando en realidad ello no sería cierto, siendo que adicionalmente dicho empaque contendrían las frases “La leche Reina del Campo no reemplazará a la leche materna” y “Diluir cantidades iguales de Leche Evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia”, lo cual daría entender a los consumidores, igualmente, que el referido producto sería leche de vaca.*

NESTLE consigna que, al momento de efectuar el análisis integral de la publicidad con la finalidad de establecer si se estaba brindando a los consumidores una información diferente a la realidad [se publicitaría el producto como leche cuando en realidad no sería leche] se habría omitido incluir en el análisis el concepto de “*nombre o denominación de producto*”, lo que genera que la argumentación formulada por INDECOPI esté sesgada al omitirse un elemento importante. Ahora, de la lectura del cuestionado fundamento tenemos lo siguiente:

84. Sobre la base de las premisas expuestas, la evaluación que corresponde realizar a esta Sala con relación al empaque del producto “Reina del Campo” se debe limitar a sus elementos publicitarios, los cuales son parte del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, este pronunciamiento no incluirá en su análisis la denominación del producto contenida en el envase, al ser información correspondiente al rotulado, que es competencia de los órganos de protección al consumidor del Indecopi.

De lo que, tenemos que INDECOPI sustentó su decisión en el hecho de que el análisis a efectuar respecto del empaque sólo incluiría sus elementos publicitarios y no la denominación de producto al considerar que dicho concepto forma parte del rotulado, tema que no es de competencia de la comisión de competencia desleal sino de los órganos de protección al consumidor.

En relación a lo expuesto, corresponde señalar lo siguiente:

- 9.1. La motivación constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos. En ese sentido la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título preliminar establece que el debido procedimiento es uno de los principios del procedimiento administrativo. En atención a este, se reconoce que *Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...).*
- 9.2. La omisión de argumentos constituye una vulneración al derecho de motivación; por cuanto no permite un análisis completo e integral de una situación jurídica; sesgando el pronunciamiento final. En el caso concreto, corresponde determinar si el omitir integrar el concepto de *nombre o denominación de producto* en el análisis del empaque del producto **REINA DEL CAMPO** genera infracción al derecho invocado.
- 9.3. El *nombre o denominación de producto*, consiste en lo que permite que el consumidor identifique el producto que está adquiriendo. Es el caso de que si en el producto se consigna –a modo de ejemplo- la palabra “leche”, el consumidor asuma que está adquiriendo en efecto “leche”, en el entendido de que dicho producto cumple con los requisitos para ser reconocido como tal.
- 9.4. Conforme a lo establecido en el literal i) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el **rotulado o etiquetado** no tiene naturaleza publicitaria. Así, tal como lo estipula el artículo 2.2 y 3 del Decreto Legislativo 1304<sup>3</sup>, el rotulado (o etiquetado) consiste en el *marbete, marca u otra materia descriptiva o gráfica, que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado en relieve o en bajo relieve o adherido al producto, su envase o empaque. El etiquetado contiene la información exigida en el artículo 3.* El citado artículo consigna [se consigna la norma conforme estaba redactada al momento de la expedición de la resolución impugnada]:

**Artículo 3.- Información del etiquetado**

*El etiquetado debe contener la siguiente información:*

- a) **Nombre o denominación del producto.**
- b) *País de fabricación.*
- c) *Si el producto es perecible:*
  - c.1 *Fecha de vencimiento.*
  - c.2 *Condiciones de conservación.*
  - c.3 *Observaciones.*
- d) *Condición del producto, en caso se trate de un producto defectuoso, usado, reconstruido o remanufacturado.*
- e) *Contenido neto del producto, expresado en unidades de masa o volumen, según corresponda.*

---

<sup>3</sup> Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Etiquetado y Verificación de los Reglamentos Técnicos de los Productos Industriales Manufacturados

- f) *En caso de que el producto, contenga algún insumo o materia prima que represente algún riesgo para el consumidor o usuario, debe ser declarado.*
  - g) *Nombre y domicilio legal en el Perú del fabricante o importador o envasador o distribuidor responsable, según corresponda, así como su número de Registro Único de Contribuyente (RUC).*
  - h) *Advertencia del riesgo o peligro que pudiera derivarse de la naturaleza del producto, así como de su empleo, cuando éstos sean previsibles.*
  - i) *El tratamiento de urgencia en caso de daño a la salud del usuario, cuando sea aplicable.*
- (Resaltado nuestro)

De este modo, conforme la legislación vigente, la denominación de un alimento califica como rotulado, dado que existe una obligación legal para su consignación en el etiquetado de un producto conforme al artículo 32 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código):

**“Artículo 32.- Etiquetado y denominación de los alimentos**

*El etiquetado de los alimentos se rige de conformidad con la legislación sobre la materia o en su defecto a lo establecido en el Codex Alimentarius. Los alimentos deben llevar en su etiquetado de manera destacada la denominación que refleje su verdadera naturaleza, sin generar confusión ni engaño al consumidor. Las alegaciones saludables deben sustentarse de acuerdo con la legislación sobre la materia o en su defecto a lo establecido en el Codex Alimentarius.”*

Asimismo, también forma parte del rotulado, aquella información referida a la lista de ingredientes y/o componentes de un producto envasado destinado a la alimentación de las personas, cuya finalidad es meramente informativa

- 9.5. En consecuencia, al ser la denominación de nombre un elemento propio del rotulado, que es materia de fiscalización y control por la comisión de protección de los derechos de los consumidores, podemos concluir que no existe un defecto en la motivación por parte de INDECOPI al no incluir en el análisis al concepto de “denominación o nombre del producto”.
- 9.6. Con lo que, el cuestionado fundamento 84 de la resolución impugnada no incurre en vicio de motivación al declarar que se excluiría del análisis a la denominación del producto, acotándose que en el citado fundamento, se cumplió con indicar que el motivo de la exclusión era justamente, el hecho de que dicho concepto formaba parte del rotulado que era de competencia de la comisión de protección al consumidor y no forma parte de la publicidad.
- 9.7. Ahora, corresponde precisar de que, la exclusión del nombre del producto (como parte conformante del rotulado) no implica que el nombre del producto [leche] no pueda estar incluido dentro de la parte publicitaria del empaque, como parte del diseño formulado para captar la atención del cliente. En tal supuesto, esta denominación [no como parte del rotulado] sí podrá formar parte del análisis integral de la publicidad del empaque, ya que conformará parte del elemento captativo de la publicidad.

Hemos de consignar que *los consumidores atienden las comunicaciones de márketing sin explícitamente pretender evaluar el mensaje, con lo cual no vinculan el mensaje a necesidades personales, sino solamente reciben información inmediata de la marca mediante las características visuales (empaques dispuestos en el punto de venta).*<sup>4</sup> Con lo que, se debe diferenciar si el nombre del producto está situado en la parte captativa de la publicidad, o si está colocado en el rotulado [que no forma parte de la publicidad]

Con lo que, corresponde desestimar este argumento.

**Décimo: La Resolución N° 272-2018/SDC-INDECOPI es nula porque infringe el principio de predictibilidad o confianza legítima.**

NESTLE considera que se ha infligido los citados principios por cuanto el Tribunal ha desconocido todos los pronunciamientos del INDECOPI vinculados a la materia cuestionada, alegando que como no era la misma conformación de la Sala no se configuraba dicha vulneración. Bajo este criterio formalista y simplista, jamás habría una contravención al mencionado principio, ya que las personas cambian, sin embargo, los órganos y autoridades son las mismas.

Sostiene que, principalmente se ha variado los criterios ya establecidos como son los de los siguientes casos:

- a) **Denuncia seguida por Ajeper S.A. contra Gloria S.A. por la publicidad del producto "Pulp"**, el Indecopi señaló lo siguiente:

*"Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral del anuncio cuestionado, la Comisión no aprecia que el mismo sea capaz de generar en los consumidores la idea de que el producto "PULP" se encuentra elaborado, exclusivamente con base a "pulpa de fruta", por cuanto resulta razonable y previsible que en dicho tipo de productos en su calidad de "néctares", se empleen otros insumos, tales como agua tratada, azúcar, sabor natural a durazno, entre otros, los mismos que hacen posible su producción industrial, así como su particular presentación al público en general, en términos de calidad, textura y sabor. Por ello, cabe señalar que en la medida que el producto "PULP" tiene como insumo principal a la "pulpa de fruta", la misma que debe ser acompañada de otros insumos para que el citado producto pueda ser considerado como un "néctar", la Comisión aprecia que el anuncio cuestionado no es capaz de generar error en los consumidores, respecto de las propiedades del producto "PULP"."*

En dicho pronunciamiento, INDECOPI reconoce que es previsible que un producto industrializado no contenga únicamente un solo componente, pues entiende que es necesario y perfectamente posible que contenga otro tipo de insumos.

---

<sup>4</sup> Ortegón Cortázar, Leonardo: "Uso de empaques como práctica para inducir a confusión a los consumidores" Revista POLIANTEA | pp. 43-63 | Volumen IX | número 17 | julio-diciembre 2013. Pp. 46

- b) **Denuncia presentada por Huk Vida Asociación Civil contra Abbott Laboratorios S.A.**, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, donde el INDECOPI señaló lo siguiente:

*"La publicidad del producto "Gain Plus Advance" no daría a entender a los consumidores que el mismo sea únicamente proveniente de leche de vaca, así como que se estuviera exagerando respecto de las propiedades de la misma, debido a que como ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento, "Gain Plus Advance" sí contendría leche en una presentación de sólido de leche descremada en un 51.1% de proporción dentro del producto"*

- c) **Denuncia presentada por Huk Vida Asociación Civil contra Supermercados Peruanos S.A.** por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en dicha denuncia INDECOPI consignó lo siguiente:

*"La publicidad de, producto "Enfagrow Pemiun" no daría a entender sea únicamente leche proveniente de la vaca, así como que se estuviera exagerando respecto de las propiedades de la misma, debido a que como ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento, "Enfagrow Premium" sí contendría leche en una presentación de leche entera instantánea en un 60.5% de proporción dentro del producto."*

- d) Denuncia presentada por Huk Vida contra Supermercados por la difusión de la pieza publicitaria que identificaba publicitariamente al producto como "leche":

[sigue en la siguiente página]

- \*35. A diferencia de lo expuesto, la Sala estima que la presentación del producto como leche evaporada no alude en modo alguno a su origen (animal o vegetal), sino al proceso seguido para para su producción (evaporación). Evidentemente ello no es exclusivo de la leche de vaca, dado que la leche que proviene de otras fuentes animales y vegetales también puede someterse a este proceso.
- (...)
38. En consecuencia, no hay referencia en la publicidad que permita desprender que la leche evaporada promocionada proviene de la vaca. Por el contrario, de una apreciación integral del anuncio, que incluye la referencia contenida en el propio envase, se puede evidenciar que **debajo de la denominación del producto ("Soy Vida") se indica que se trata de "leche de soya", lo que desvanece cualquier fundamento de ambigüedad en el anuncio que conlleve a una interpretación distinta a la señalada.**
39. En esa misma línea de razonamiento, de la revisión de los demás elementos del anuncio que pueden trasladar información acerca del origen del producto (como el **nombre, las frases usadas para su comercialización, los diseños gráficos y colores de los que se apoyen para acercar el producto a los consumidores**), tampoco se advierten indicios que permitan considerar que Supermercados Peruanos publicita el producto "Soy Vida" como leche de vaca.

(El subrayado es añadido)

A decir del demandante, en dicho pronunciamiento, INDECOPI determina que dado que en el anuncio se consignaba leche de soya, no había infracción al denominar el producto como "leche".

Sostiene que en dichos casos se avala la tesis propugnada por la demandante, ya que **Reina del Campo**, se encuentra hecha principalmente con leche de vaca (leche evaporada parcialmente descremada), así como con maltrodextrina y aceite vegetal, según se desprende claramente del nombre. En los pronunciamientos de la referencia, INDECOPI reconoce que es posible que un producto no contenga únicamente (es decir al 100%) leche de vaca.

Es por tal motivo que, el demandante considera que en la impugnada existe un apartamiento de los criterios previamente establecidos, generando inseguridad jurídica y vulnerando los principios de predictibilidad o confianza legítima.

En tal sentido, corresponde consignar lo siguiente:

10.1. Sobre el principio de confianza legítima se encuentra previsto en nuestro ordenamiento en el artículo IV numeral 1.15 de la Ley N° 27444.

*1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre*

*cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”.*

10.2. Sobre el mismo, Morón Urbina ha señalado que “(...) *la seguridad jurídica constituye un principio de actuación de los organismos públicos que les obliga a ser predecibles en sus conductas y, a la vez, un derecho subjetivo, de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán arbitrariamente desconocidos o modificados (...)*”<sup>5</sup>

10.3 Para la configuración de este principio, se requiere que la administración haya delimitado de manera expresa y reiterada una postura referida al tema materia de discusión; en el caso concreto, respecto del hecho de que un producto no contenga únicamente (es decir al 100%) leche de vaca para ser reconocido como tal.

Ahora, de la lectura de los casos invocados por el demandante, se observa que en estos se analiza la concordancia entre lo publicitado en el anuncio y la composición real del producto, arribando la autoridad administrativa a una conclusión en función a si existía o no correspondencia entre la publicidad y las características del producto.

Se observa asimismo que, como parte del análisis, si bien se indica que los productos como “PULP”, “GAIN PLUS ADVANCE” y “ENFAGROW PREMIUN” no están compuestos al 100% por pulpa de fruta (para el caso del primero) y de leche (pasa los otros dos casos), el porcentaje de dichos insumos en cada producto era tal que sí podía ser validada la publicidad que hacía inferir al público que los productos que consumían eran hechos de pulpa de fruta y leche, respectivamente.

De la misma forma, en el caso de SOY VIDA, el razonamiento parte del hecho de que la leche de soya sigue siendo leche.

10.4. Las conclusiones en los casos citados por el demandante no consisten en criterios firmes sobre en qué casos las características reales de un producto se condicen con el mensaje publicitario del mensaje, sino que en cada caso se formuló un análisis que incluía la verificación de las características de los productos, lo cual incluye los porcentajes de éste

---

<sup>5</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Gaceta Jurídica. 15ª Edición. 2020. Pág. 132.

[pulpa de fruta, leche]. Con lo que, se concluye que cada caso tiene una línea de razonamiento basada en el análisis de los productos materia de debate

- 10.5. Esto implica que el hecho de que un producto no esté conformado en su totalidad por el elemento que lo define [leche] no implica *per sé* que se incurra en infracción si es que se lo publicita como tal; siempre que se reúna requisitos mínimos para ello, que es lo que se desprende de los pronunciamientos de INDECOPI invocados por el demandante. Siendo que, en cada caso se deberá efectuar el análisis pertinente para arribar a una conclusión sobre si existe un acto de engaño hacia el consumidor o no por publicidad engañosa.

En consecuencia, no se configura la vulneración a los principios de predictibilidad y o confianza legítima.

#### **Décimo primero: En relación a la infracción imputada.**

La demandante sostiene que “REINA DEL CAMPO” no informa que es un producto elaborado únicamente con leche de vaca, sino que la leche es su insumo principal, el cual ha sido sometido a un proceso de evaporación y descremado parcial al cual se le han agregado otros componentes como maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal, además de vitaminas y minerales.

Sostiene además que se vulnera su derecho por cuanto INDECOPI excluye el nombre, a diferencia que, en los casos previamente citados, concretamente en el de SOY VIDA. Refiere que no puede excluirse del análisis integral de la publicidad el aspecto de la denominación del producto, ya que genera una desigualdad de condiciones respecto de casos anteriores.

En este punto, corresponde manifestar lo siguiente:

- 11.1. Es menester identificar los elementos de la publicidad, a efecto de arribar a una respuesta a la controversia que nos avoca. En este sentido, partimos del hecho de que la publicidad se analiza mediante un **examen superficial**, considerando que existen ciertas partes del anuncio que atraen de un modo especial la atención de los destinatarios (**parte captatoria**), al ser más llamativas y destacadas, por lo que cobran mayor relevancia en el contexto de la pieza publicitaria<sup>6</sup>.

Así, será la parte captatoria la que va a ser percibida con mayor atención e intensidad por parte del consumidor, por lo que sus expectativas se definirán por el contenido del mensaje principal publicitario.

---

<sup>6</sup> Resolución N° 584-2016/SDC-INDECOPI (2016)

11.2. Para centrar el análisis, visualizamos la publicidad a manera de empaque que materia de controversia:



Texto consignado:

- Agitar bien la lata antes de abrir.
- Diluir cantidades iguales de la leche evaporada Reina del Campo con agua hervida tibia o fría



Texto consignado:

- 3 vasos de Reina del Campo al día
- Con 3 porciones (vasos) obtienes el 42% de la recomendación de calcio que requieres diariamente.
- La leche Reina del Campo no reemplaza a la leche materna y no debe ser usada para alimentar a niños menores de 24 meses.

Con lo que se advierte que en la parte captatoria de la publicidad, el producto se define como “leche”; siendo que, tal definición es parte de la publicidad que describe el producto anunciando sus cualidades a efecto de obtener la preferencia del público.

11.3. La parte de “denominación de nombre” que conforma el rotulado se encuentra en la parte inferior del empaque publicitario consigna la siguiente información: *“leche evaporada parcialmente con maltodextrina, suero de leche y aceite vegetal enriquecida con vitaminas y minerales”*

Esta indicación se encuentra en la parte inferior del empaque, como parte del rotulado del producto que no conforma parte de los elementos publicitarios, por lo que no pueden incluirse dentro del análisis integral de la publicidad.



El rotulado no es parte del elemento captativo de la publicidad.

11.4. Analizando la publicidad [excluyendo el rotulado], se advierte que la primera impresión del producto es la visualización de una mujer con un cántaro de un producto blanco que se entiende es leche de vaca, dado que la ilustración incluye dos bovinos pastando en un campo. Se agrega a la publicidad un cántaro de mayor tamaño donde se vierte un líquido blanco. Asimismo, al costado de la ilustración aparece un mensaje publicitario donde se identifica al producto como “LECHE”, definiéndola como “LECHE EVAPORADA”, la cual brinda un 42% del calcio necesario para gozar de buena salud.

Entonces, el mensaje que recibe el público del envase publicitario es que está consumiendo LECHE DE VACA EVAPORADA.

11.5. Este mensaje publicitario no se condice con la información contenida en el rotulado, que no capta la atención del público, al estar en la zona inferior en letras pequeñas. El rotulado indica que no se trata de leche evaporada, sino que el producto está conformado por LECHE, evaporada con MALTODEXTRINA, SUERO DE LECHE y ACEITE VEGETAL.

No hay correlación entre lo publicitado y la descripción real de las características del producto. Situación diferente sería si se tratara de un producto elaborado con 100% leche de vaca, aunque sometido a un proceso de evaporación, enriquecido con vitaminas y minerales. El caso concreto existe una diferencia

entre llamar un producto “leche evaporada” cuando la realidad de los hechos es que dicho producto es una mezcla de compuestos, entre los que está la leche; y si bien puede ser su producto principal, no resta el hecho de que en la publicidad no se consigne esta característica.

- 11.6. A nivel normativo, en las especificaciones técnicas para poder legalmente llamar a un producto como tal [para el caso que nos avoca, leche], nos remitimos a la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 007-98-SA, que señala lo siguiente:

*DECRETO SUPREMO 007-98-SA.*

*APRUEBAN EL REGLAMENTO SOBRE VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS*

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

- Nos remitimos al Códex Alimentario que contiene las especificaciones técnicas para la denominación de productos alimenticios: Codex Stan 1-1985 Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados, que establece lo siguiente:

*NORMA GENERAL PARA EL ETIQUETADO DE LOS ALIMENTOS PREENVASADOS CODEX STAN 1-1985 “3. PRINCIPIOS GENERALES*

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

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

- Mientras que el Códex Stan 206-1999 Norma General del Codex para el Uso de Términos Lecheros señala lo siguiente:

*4.2 Uso del término “leche”*

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

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

- 11.6. De lo cual se desprende que, en aquellos casos en los que la leche hubiera empleado en su proceso de evaporación otros elementos, dicha información tenía que estar claramente consignada en el envase con la finalidad de evitar confusión en los consumidores; situación que la demandante no cumplió, ya que únicamente publicó su producto como “LECHE EVAPORADA”, relegando la información sobre los elementos adicionales al rotulado, que no conforma parte de la publicidad.

En consecuencia, se acredita la infracción cometida.

**Décimo segundo: Sobre la falta de proporcionalidad en la multa impuesta,**

La demandante sostiene que la multa ha sido impuesta en forma arbitraria, por cuanto se han tomado los siguientes criterios erróneos:

- a) La multa a imponerse a nuestra empresa debía considerar los ingresos brutos (sin diferenciar los costos involucrados) y no las utilidades netas (margen de utilidad), cayendo en contradicción con otros órganos del mismo INDECOPI e inclusive con el órgano técnico a cargo del cálculo de multas (Gerencia de Estudios Económicos) que establecen de forma sostenida que al graduar una multa debe considerarse las utilidades netas,
- b) La multa debe componerse del 100% de la diferencia de los ingresos brutos obtenidos por su compañía por la venta del producto "Reina del Campo"
- c) La multa ha aplicado un porcentaje de probabilidad de detección más gravoso que el aplicado por primera instancia, pues de 90% ha pasado a 75%, generando el incremento de la multa final.

En este punto corresponde exponer lo siguiente:

12.1. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción. La citada norma consigna los siguientes criterios para la graduación de la multa:

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

*Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción*  
*La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:*

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

**12.2. Respecto a que la administración debió considerar no ingresos brutos sino las utilidades netas:**

12.1.1. La ganancia neta: "es la diferencia entre la ganancia bruta, los costos de distribución y gastos financieros"; siendo que, el demandante

considera que a efecto de calcular la multa se debió considerar la real ganancia y no la totalidad de ingresos obtenidos por las ventas del producto, ya que ello eleva el parámetro para el cálculo de la multa. Sostiene que tal criterio contradice el criterio de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, consignado en Informe N° 1112017/GEE, que establece que:

5. El beneficio económico presuntamente ilícito, se puede determinar a partir de las utilidades netas obtenidas por los ingresos de las ventas adicionales atribuibles a la comisión de las presuntas infracciones imputadas por la ST-CC2 y relacionadas con la comercialización de los productos Ideal Amanecer y Reina del Campo.

$$\text{Beneficio ilícito} = (\% \text{ Utilidades Netas}) \times (\text{Ingreso por ventas adicionales})$$

Por lo que, el accionante afirma que la multa fue indebidamente calculada en función a lo expuesto.

12.1.2. el Tribunal de INDECOPI afirma que el criterio de la Gerencia de Estudios Económicos no le es vinculante, por lo que descartó emplear las utilidades netas obtenidos de los ingresos adicionales generados de las ventas de los productos cuestionados. Consideró además la administración que la sanción a imponer debe resultar mayor que el beneficio obtenido de manera ilícita- consistente en la totalidad de los ingresos percibidos por la actividad económica respectiva-, desincentivando la realización de la conducta infractora (fundamento 158 de la impugnada).

12.1.3. En este punto, se aprecia que NESTLE requiere que, a efecto de cuantificar la multa, previamente se estime las ganancias netas obtenidas por las ventas del producto que tenía la publicidad engañosa. La judicatura no comparte este razonamiento, por cuanto tomar como base una ganancia neta resta eficacia a los fines disuasivos de la multa, ya que únicamente se efectuaría el cálculo tomando en cuenta las ganancias netas, cuando lo cierto es que la consecuencia de las ventas generadas por la infracción se tradujo en ingresos brutos. La empresa se favoreció con las ventas publicitando un producto atribuyéndole cualidades que no tenía. Así estos ingresos en bruto no habrían sido posibles sin la publicidad irrogada que captó la atención del público haciéndole creer que consumían leche evaporada pura y no una mixtura de componentes.

12.1.4. Es por ello que la judicatura considera que el criterio empleado por el INDECOPI se ajusta a derecho, ya que responde a una finalidad disuasiva de la norma.

En consecuencia, se desestima los argumentos vertidos en este extremo.

**12.2. Respecto a que la multa debe componerse del 100% de la diferencia de los ingresos brutos obtenidos por la compañía por la venta del producto “Reina del Campo”.**

12.2.1. Bajo el criterio consignado en el punto anterior, dado que el valor de ingresos brutos constituye un parámetro válido para el cálculo de la multa, el hecho de comparar los ingresos brutos de un periodo anterior a la venta del producto infractor con los ingresos brutos del periodo en evaluación, constituyen un parámetro válido para obtener un dato objetivo respecto de cómo se benefició económicamente la empresa con las ventas del producto cuestionado.

**12.3. Respecto a que se aplicó un porcentaje de probabilidad más gravoso.**

12.3.1. El demandante considera que tendría que haberse consignado un porcentaje de probabilidad de detección del 100% por cuanto el producto y su envase publicitario estaban totalmente al alcance del público.

12.3.2. En este punto, la judicatura concuerda con INDECOPI que este porcentaje de detección no es aplicable por cuanto existen elementos que no todos los consumidores pueden conocer como son el Códex Alimentario y las especificaciones técnicas para determinar cuándo un alimento cumple o no los criterios técnicos para ser denominado como tal.

12.3.4. Por otro lado, resulta válido emplear como parámetro criterios de cálculo empleados en casos anteriores de similares características, por una cuestión de predictibilidad administrativa.

12.3.5. Asimismo, no es cierto que el análisis del Tribunal de INDECOPI haya llevado a una situación más gravosa por cuanto segunda instancia administrativa redujo la multa impuesta por primera instancia, variándola de quinientos uno punto noventa y uno (501.91) UIT a trescientos cuatro punto ochenta y nueve (304.89) UIT.

Por lo que, se desestima la demanda en dicho extremo.

b. CONCLUSIÓN

**Décimo tercero:** Que, con lo expuesto y de las pruebas actuadas se determina que el demandado INDECOPI emitió la Resolución Administrativa N° 272-2018/SDCINDECOPI, de fecha 26 de diciembre de 2018, sin incurrir en causal de

nulidad establecida en el artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y sin vulnerar el debido proceso y demás principios conexos que rige el procedimiento administrativo. Además de acuerdo al artículo 3° de la citada ley, la mencionada resolución cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos, al observar la competencia, dado que fue emitida por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado; habiendo expresado su respectivo objeto y contenido dentro del ordenamiento jurídico, en atención a la finalidad del interés público y también se encuentra motivada en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en tal sentido la demanda no es amparable en ningún extremo.

Del mismo modo, se desestima la pretensión de plena jurisdicción de declarar que NESTLÉ no cometió actos de engaño deviene en infundada, al haberse determinado que el acto impugnado no se encuentra viciado de nulidad

### **III.- DECISIÓN:**

Por los fundamentos glosados precedentemente, y estando a lo dispuesto por el artículo 138° de la Constitución Política, los artículos 1° y 16° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículos 1° y 32° del TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, este Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado, administrando justicia a nombre de la Nación: **FALLA:** Declarando **INFUNDADA** en todos sus extremos la demanda, interpuesta por **NESTLE PERU S.A.** contra el **INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y OTROS**; sin costas ni costos dada la naturaleza del proceso.

**Notifíquese** con arreglo a ley.