

Resolución

Nº 151-2009/CCD-INDECOPI

Lima, 3 de septiembre de 2009.

EXPEDIENTE Nº 199-2008/CCD
EXPEDIENTE Nº 014-2009/CCD
(Acumulados)

IMPUTADA : VIDA SOL E.I.R.L.
(VIDA SOL)
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS

SUMILLA: *Se declaran FUNDADAS las imputaciones planteadas de oficio contra Vida Sol por la infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se SANCIONA a Vida Sol con una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias.*

Finalmente, se ORDENA a la imputada, en calidad de medida correctiva, el CESE DEFINITIVO e INMEDIATO de la difusión de los anuncios cuestionados u otros de naturaleza similar, en tanto contengan exageraciones que induzcan a error a los consumidores respecto de las propiedades del producto "Magnesol Polvo" u omitan señalar las principales advertencias y precauciones que debe observarse para su uso, no obstante hacer alusión a la acción farmacológica del producto.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución de fecha 12 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio contra Vida Sol por la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), debido a que, mediante Oficio Nº 1028-2008-DIGEMID-DCVS-ECPUB/MINSA, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud (en adelante, la Digemid) informó que en la publicidad difundida en el sitio [web www.magnesolperu.com](http://www.magnesolperu.com), Vida Sol estaría sobredimensionando las propiedades del producto "Magnesol Polvo", induciendo a los consumidores a un consumo indiscriminado del mismo y por ende a una automedicación inadecuada e irresponsable, en tanto le estaría atribuyendo al producto anunciado bondades terapéuticas como las siguientes: "Antiviral, Antibacteriano, Antiparasitario, Reducción del Síndrome del Nervio Vago, Control de la espasmofilia, Control de la colesterolemia, Eleva las defensas, Protege la próstata, entre otras"; las cuales no se encuentran aprobadas en su Registro Sanitario, ya que a la fecha dicho producto se encuentra autorizado sólo como "Complemento nutricional". Dicho procedimiento fue tramitado bajo Expediente Nº 199-2008/CCD.

Con fecha 29 de diciembre de 2008, Vida Sol presentó su escrito de descargo señalando que respecto a la imputación, bastaría analizar el supuesto normativo sectorial (Ley General de Salud) y no la norma general de publicidad (Ley de Represión de la Competencia Desleal) para afirmar o negar la infracción, toda vez que el alcance de la prohibición lo definiría de manera expresa la norma sectorial mas no así la norma general que se limitaría a hacer una remisión a la primera.

Sobre el particular, la imputada indicó que el término “exageración” recogido en la norma sectorial, sería clave para determinar el presente caso, pero que no existirían referencias ni precisiones en la misma norma sobre lo que se entendería por el referido término, por lo que Vida Sol, remitiéndose a la definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española, señaló que sería “exagerada” una afirmación en la medida que ésta falte a la verdad.

Al respecto, Vida Sol refirió que los complementos nutricionales estarían capacitados para desarrollar muchas propiedades al tener como objeto la nutrición, por lo que no se estaría faltando a la verdad cuando se promociona más de una función o acción positiva sobre la misma, indicando además que, a diferencia de los medicamentos, la publicidad de los complementos nutricionales sería más flexible, en tanto no se limitaría a revistas médicas o farmacéuticas. Asimismo, la imputada manifestó que si el producto “Magnesol Polvo” hiciera daño a las personas, la Digemid no la autorizaría o, en su caso, prescribiría una advertencia, precaución o contraindicación, las mismas que deberían ser mencionadas de forma expresa en el producto.

Para acreditar la veracidad de la información publicitaria cuestionada, Vida Sol presentó diversos documentos e informes técnicos mediante los cuales se acreditaría que las afirmaciones sobre las propiedades del producto “Magnesol Polvo” serían verdaderas.

Mediante Resolución de fecha 21 de enero de 2009, la Secretaría Técnica imputó a Vida Sol por la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, mediante Oficio N° 4498-2008-DIGEMID-DCVS-EC PUB/MINSA, Digemid informó que en un (1) anuncio radial captado durante la tercera semana del mes de diciembre de 2008, estaría sobredimensionando las propiedades del producto “Magnesol Polvo”¹, creando falsas expectativas en los consumidores y atribuyéndole bondades terapéuticas como las siguientes: “Anticáncer, Antiinfarto y Rejuvenecedor Supremo”; las cuales no se encuentran aprobadas en su Registro Sanitario, ya que a la fecha dicho producto se encuentra autorizado como “Complemento Nutricional”. Asimismo, según la Digemid, dicho anuncio radial infringiría el Decreto Supremo N° 010-97-SA (en adelante, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines), en tanto no daría a conocer las principales advertencias y precauciones que posee el producto publicitado, tales como las siguientes: “Pacientes con insuficiencia renal, consultar a su facultativo” y “Si se observan reacciones adversas, interrumpir su uso”. Dicho procedimiento se tramitó bajo el Expediente N° 014-2009/.

Mediante escritos de fechas 17 de febrero y 13 de marzo de 2009, Vida Sol cumplió con presentar traducciones simples de diversa documentación presentada originalmente en idioma inglés en su escrito de descargo correspondiente al Expediente N° 199-2008/CCD.

Con fecha 24 de marzo de 2009, Vida Sol presentó su escrito de descargo correspondiente a la segunda imputación planteada en su contra, señalando que sería necesario la acumulación de dicho procedimiento con el tramitado bajo expediente N° 199-2008/CCD, toda vez que estarían referidos a la misma campaña publicitaria respecto a las propiedades del producto “Magnesol Polvo”, con la particularidad de haber sido efectuadas en diferentes medios de difusión: (i) la

¹ La comunicación remitida por la Digemid adjuntó el guión del anuncio radial, donde se consignó como fecha en la que se captó el anuncio el día 17 de diciembre de 2008, transmitido por Radio Programas del Perú - RPP.

primera, en su página web; y, (ii) la segunda, en la radio. Al respecto, cabe indicar que la imputada reiteró los argumentos de defensa expuestos en el citado expediente.

Mediante Resolución de fecha 26 de mayo de 2009, la Secretaría Técnica ordenó la acumulación de los procedimientos tramitados bajo expedientes N° 199-2008/CCD y N° 014-2009/CCD, debido a que: (i) los hechos relacionados en ambos procedimientos se refieren a anuncios publicitarios referidos del producto “Magnesol Polvo”, difundidos por Vida Sol; y, (ii) el objeto de la imputación en ambos procedimientos tiene por finalidad que la Comisión determine si la difusión de los anuncios materia de imputación han infringido el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

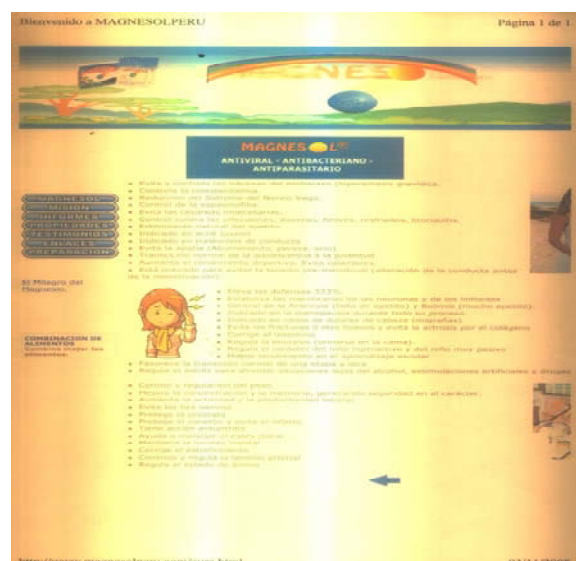
Mediante escrito presentado con fecha 31 de julio de 2009, Vida Sol señaló que el incremento de las ventas del producto “Magnesol Polvo” no se debería a publicidad difundida de respecto al mismo, sino más bien a dos factores: (i) la mejora de la cadena de distribución, a cargo de la empresa Albis S.A., comercializadora y distribuidora a nivel nacional de los productos farmacéuticos, nutricionales y accesorios médicos; y, (ii) la presencia del doctor José Luis Pérez Albela Beraún (en adelante, Dr. Pérez Albela) en diversos programas radiales como médico que respalda la garantía del cuestionado producto.

De otro lado, respecto a las características de “Anticáncer” y “Antiinfarto” asignadas al producto “Magnesol Polvo”, la imputada indicó que un consumidor no asumiría que efectivamente el producto cuestionado podría curar dichos males, pero que sí entendería que el mismo tendría componentes que previenen el riesgo de contraer el cáncer o disminuyen el riesgo de sufrir infartos.

Finalmente, en relación a la afirmación de “Rejuvenecedor Supremo” atribuida al producto anunciado Vida Sol refirió que la misma debería entenderse en el sentido que dicho producto ayudaría a la preservación de la salud y disminuiría el envejecimiento, agregando que el término “supremo” no sería un elemento que deba incluirse en la valoración del anuncio, puesto que constituiría una exageración carente de base objetiva.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS ANUNCIOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

2.1. Anuncio en el sitio web www.magnesolperu.com



2.2. Anuncio transmitido por Radio Programas del Perú - RPP.

Control : Fondo musical

Locutora : Esta es la noticia del año. El 6 de mayo, en el "Día Mundial de la Salud", la Academia Nacional de Ciencias confirmó que el magnífico Magnesol es anticáncer, antiinfarto, y rejuvenecedor supremo. En el Perú pídale como Magnesol. 30 años de experiencia clínica lo confirma. Más información en magnesolperu.com.

Dr. Pérez Albela: Los síntomas de la deficiencia de magnesio: calambre, dolor de cabeza, y migraña. Tome Magnesol. Dos gramos diarios es la solución.

3. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La presunta infracción al principio de legalidad.
2. La pertinencia de imponer una medida correctiva.
3. La graduación de la sanción, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dispone que la publicidad deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. De otro lado, el referido precepto legal establece que en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio. Asimismo, en cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.

Por lo tanto, para determinar si los anuncios cuestionados infringen o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dichos anuncios según los criterios expuestos anteriormente.

4.2. La presunta infracción al principio de legalidad

4.2.1. Normas y criterios aplicables

La libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política del Perú establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado². Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública³.

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente y a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, conforme al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente:

“Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

(...)”

En ese contexto, es aplicable a la publicidad de productos farmacéuticos, lo establecido en el artículo 69 de la Ley General de Salud sobre la indicación de las propiedades de los referidos productos:

“Artículo 69.- (...)

Además de lo dispuesto en las normas generales sobre publicidad en defensa del consumidor, el anuncio publicitario destinado al público en general, no deberá contener exageraciones sobre sus propiedades que puedan inducir a error al consumidor.

(...)”

(Subrayado añadido)

² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

De su parte, complementando lo indicado en el dispositivo legal precedente, el Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitarias de Productos Farmacéuticos y Afines respecto de la publicidad de medicamentos de venta sin receta médica, señala lo siguiente en sus disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales sobre Publicidad:

“Décimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final.- La publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica que aluda a las indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto, deberá necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso.”

En consecuencia, la Comisión debe determinar si los anuncios cuestionados en el presente procedimiento cumplen con las disposiciones antes señaladas, conforme a las imputaciones formuladas por la Secretaría Técnica mediante Resoluciones de fecha 12 de noviembre de 2008 y 21 de enero de 2009.

4.2.2. Aplicación al presente caso

A) De la presunta difusión de exageraciones sobre las propiedades de “Magnesol Polvo”

En el presente extremo, la Secretaría Técnica imputó a Vida Sol la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, puesto que habría inobservado lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley General de Salud, al difundir publicidad del producto “Magnesol Polvo” consignando exageraciones sobre sus propiedades.

Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios cuestionados, la Comisión aprecia que los mismos son capaces de informar a los consumidores los siguientes mensajes de naturaleza objetiva o verificable: (i) El producto “Magnesol Polvo” tendría como propiedades ser un “Antiviral, Antibacteriano, Antiparasitario, Reducción del Síndrome del Nervio Vago, Control de la espasmo-filia, Control de la colesterolemia, Eleva las defensas, Protege la próstata, entre otras”; y, (ii) el producto “Magnesol Polvo” tendría como propiedades ser un “Anticáncer, Antiinfarto y Rejuvenecedor Supremo”.

Asimismo, de una revisión del rotulado con que fue registrado por la Dirección de Autorizaciones Sanitarias de la Digemid, el cual constituye la información científica oficialmente aprobada por la entidad competente, la Comisión observa que el producto “Magnesol Polvo” sólo es reconocido por la Digemid como “Complemento Nutricional”. En consecuencia, se puede apreciar claramente que la información consignada en los anuncios imputados excede ampliamente las propiedades terapéuticas reconocidas en los registros sanitarios de los productos anunciados, conforme a lo señalado expresamente por la Digemid como autoridad competente en la materia.

Adicionalmente, la Comisión considera que los documentos e informes presentados por la imputada respecto del producto “Magnesol Polvo”, no enervan la configuración de la infracción imputada a Vida Sol, por cuanto los estudios científicos presentados por dicha empresa se encuentran referidos al magnesio y no específicamente al producto “Magnesol Polvo”, por lo que sus conclusiones, generales y preliminares, no pueden ser extrapoladas a las propiedades del producto anunciado.

En este punto, se debe precisar que Vida Sol no ha presentado resultados de pruebas científicas bajo metodología cierta y comprobable, datos estadísticos verificables, o estudios médicos realizados por operadores neutrales sobre las propiedades anunciadas del producto imputado, que

sean capaces de garantizar la certeza de sus resultados y, por tanto, la veracidad de las bondades terapéuticas anunciadas.

Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, ha quedado acreditado que Vida Sol ha infringido lo prescrito en el artículo 69 de la Ley General de Salud y, por tanto, el principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que la Comisión considera declarada fundada la imputación analizada en el presente extremo..

B) De la presunta omisión de las principales advertencias y precauciones aplicables al producto “Magnesol Polvo”

En el presente extremo, la Secretaría Técnica imputó a Vida Sol la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, puesto que el anuncio radial cuestionado infringiría lo dispuesto por la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitarias de Productos Farmacéuticos y Afines, en tanto no daría a conocer las principales advertencias y precauciones que posee el producto publicitado, tales como las siguientes: “Pacientes con insuficiencia renal, consultar a su facultativo” y “Si se observan reacciones adversas, interrumpir su uso”.

Al respecto, la Comisión considera que el mandato establecido en la Décimo Cuarta Disposición Transitoria y Final del Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitarias de Productos Farmacéuticos y Afines es claro al establecer que cuando se aludan a las principales indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto de venta sin receta médica promocionado, deberán señalarse también las principales precauciones y advertencias del producto promocionado.

En tal sentido, la Comisión aprecia que dicho mandato persigue cautelar la función informativa de la publicidad y tiene por finalidad que el consumidor conozca adecuada y anticipadamente - en el mensaje publicitario - una condición esencial del producto farmacéutico de venta sin receta médica que se le presenta, tal como lo son las principales advertencias y precauciones que deberá de tener en cuenta al momento de suministrarse el producto.

Esta exigencia en la publicidad de productos farmacéuticos autorizados para su venta sin receta médica, se encuentra expresada clara y textualmente en la literalidad de la disposición reglamentaria antes citada, más aún cuando ésta desea evitar que el consumidor desconozca las principales advertencias y precauciones del producto anunciado. En tal sentido, el mandato de dicha norma es expreso en cuanto a que su ámbito de aplicación son los anuncios publicitarios y no los empaques en los que se comercializa el producto anunciado o el producto mismo.

Asimismo, la Comisión considera que, si bien las principales advertencias y precauciones de un producto pueden consignarse en el envase del mismo y que éstas pueden ser apreciadas por un consumidor al momento de adquirirlo, ello no enerva la obligación que tienen los anunciantes de indicarlas en cada uno de los anuncios que promocionen cualidades terapéuticas o acción farmacológica de productos de venta sin receta médica anunciados.

Adicionalmente, la Comisión considera que las advertencias y precauciones: “Pacientes con insuficiencia renal, consultar a su facultativo” y “Si se observan reacciones adversas, interrumpir su uso”, resultan de necesario conocimiento para el consumidor, debido a que es sumamente relevante para éste conocer que la aplicación de un producto farmacéutico puede, por ejemplo, alterar la salud de un consumidor con insuficiencia renal, circunstancia que podría variar sus expectativas de consumo y su estado de salud. En este sentido, de no conocer dichas advertencias y precauciones, el consumidor podría ver insatisfechas sus necesidades o

expectativas de beneficio agregado frente al consumo del producto “Magnesol Polvo” y hasta podría ver afectada su salud si tuviera alguna afección renal.

Por lo expuesto, en la medida que en el presente caso ha quedado acreditado que Vida Sol ha difundido en el mercado un anuncio que promocionaba el producto “Magnesol Polvo” presentando diversas indicaciones terapéuticas, sin consignar las principales precauciones y advertencias de dicho producto. En este sentido, la Comisión aprecia que ha incumplido con lo establecido por la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitarias de Productos Farmacéuticos y Afines que especifica el tratamiento de la publicidad de productos farmacéuticos de venta sin receta médica en el ordenamiento jurídico nacional, quedando acreditada la infracción al artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo que la Comisión considera declarada fundada la imputación analizada en el presente extremo.

4.3. La necesidad de imponer una medida correctiva

De conformidad con el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI⁴ que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado.”

En el presente caso, ha quedado acreditado que la imputada difundió un anuncio que infringió el principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que anuncios de naturaleza similar sean difundidos en otra oportunidad, justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.4. Graduación de la sanción

4.4.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

“Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas,

⁴ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

- correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.
- 52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.
(...)"

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 53º.- 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.”

4.4.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la actividad publicitaria, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe comercial, ordenar la imposición de una sanción a la infractora, así como graduar la misma.

Al respecto, en el presente caso, la Comisión ha tomado en cuenta, de manera referencial, el monto de los ingresos brutos percibidos por Vida Sol en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2007, así como el monto de ingresos obtenidos por concepto de las ventas del producto "Magnesol Polvo" durante el período de difusión, información que fue declarada como reservada y confidencial por la Comisión mediante Resolución N° 1 de fecha 4 de febrero de 2009, correspondiente al Expediente N° 199-2008/CCD.

Asimismo, la Comisión ha tomado en cuenta, de manera referencial, el monto de los ingresos brutos percibidos por Vida Sol en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2008, así como el monto de ingresos obtenidos por concepto de las ventas del producto "Magnesol Polvo" desde el mes de diciembre de 2008 a enero de 2009, información que fue declarada como reservada y confidencial por la Comisión mediante Resolución N° 1 de fecha 15 de abril de 2009, perteneciente al Expediente N° 014-2009/CCD.

Cabe señalar, que si bien el monto de los ingresos de Vida Sol revela la magnitud de la imputada, la Comisión considera que no necesariamente es consecuencia directa de la conducta infractora, sino que podrían haber sido generados como consecuencia de la aplicación de un *marketing mix* específico y/o por otros factores de competitividad, tales como recomendaciones de otros consumidores, publicidad distinta a la cuestionada en el presente procedimiento, o su combinación de precio y calidad respecto de otros productos competidores o sustitutos, entre otros factores posibles.

En razón a ello, la Comisión considera que el criterio bajo análisis, en el presente caso, no constituye un indicador causa-efecto que permita adjudicar directamente los beneficios obtenidos por la conducta imputada, sino que debe ser tomado de manera referencial, a efectos de determinar el beneficio ilícito esperado por la infracción cometida.

En relación con la modalidad y alcance de la conducta infractora, la Comisión observa que conforme a la información presentada por Vida Sol, el primer anuncio cuestionado fue difundido en un soporte *web* (www.magnesolperu.com), el mismo que constituye un medio de comunicación que ostenta un alcance masivo que actualmente viene experimentando un crecimiento acelerado, llegando al 26.2% de la población peruana a marzo de 2008 y a un 59% de los habitantes de la ciudad de Lima⁵. En este punto debe añadirse que la información difundida en el *Internet* tiene una naturaleza constante, estando a disposición de los consumidores las 24 horas del día. Adicionalmente, la Comisión ha tenido en cuenta que, de acuerdo a la información proporcionada por Vida Sol, el anuncio imputado se habría difundido en la página *web* a finales del año 2006 y que afirmaciones similares difundidas a través de otros medios datan desde el año 2005. En ese sentido, debe observarse que la publicidad del citado producto ha sido capaz de generar un importante peso publicitario, lo que si bien aumenta la posibilidad de detección de la conducta infractora, incrementa también, de modo significativo, el impacto de perjuicio sobre los consumidores como consecuencia de la transmisión de información no veraz.

De otro lado, respecto al anuncio radial, la Comisión ha tomado en consideración que, según la información proporcionado por Vida Sol, dicho anuncio se habría transmitido por Radio Programas del Perú - RPP, durante cinco (5) días, del 15 al 19 de diciembre, con una frecuencia de una (1) vez al día, lo cual revela un moderado impacto publicitario.

⁵ GALLO CASANOVA, Néstor. Publicidad e Internet. Los consumidores pasan más tiempo en *internet* que las marcas (todavía). Edición ANDA N° 78. Disponible en el sitio *web* http://www.apoyo.com/AV/apo_av_articulos.aspx#articulos.

Asimismo, la Comisión considera como circunstancia agravante, conforme a lo establecido en el artículo 52.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la reiterancia en la realización de infracciones de similar naturaleza a la del presente procedimiento⁶.

Adicionalmente, conviene precisar que se considera como un factor atenuante de la infracción, que Vida Sol haya cesado la difusión del anuncio infractor, difundido en la página [web www.magnesolperu.com](http://www.magnesolperu.com) durante la tramitación del presente procedimiento sin que la Comisión se lo hubiera requerido de manera previa.

Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, considerando las incidencias de la difusión y el impacto publicitario del anuncio cuestionado, la Comisión aprecia que la infracción cometida por Vida Sol es leve con efecto en el mercado, por lo que corresponde aplicar una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias, conforme al artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma que no supera el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

Ante tal circunstancia, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADAS** las imputaciones planteadas de oficio contra Vida Sol E.I.R.L. por la infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: SANCIONAR a Vida Sol E.I.R.L. con una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

TERCERO: ORDENAR a Vida Sol E.I.R.L., en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar, en tanto contengan exageraciones respecto de las propiedades del producto "Magnesol Polvo", u omitan señalar las principales advertencias y precauciones que debe observarse para su uso, no obstante hacer alusión a la acción farmacológica del producto.

⁶ Al respecto, en el siguiente cuadro se puede apreciar un caso en el que Vida Sol infringió el principio de legalidad por no señalar la advertencia: "Pacientes con insuficiencia renal, consultar a su facultativo", respecto producto "Magnesol Polvo":

Expediente	Resolución	Empresa infractora	Materia	Multa
N° 143-2006	N° 012-2007/CCD	Vida Sol E.I.R.L.	Principio de Legalidad	3 UIT

CUARTO: ORDENAR a Vida Sol E.I.R.L. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Carlos Cornejo Guerrero, Luis Concha Sequeiros, Ramón Bueno-Tizón Deza y Alfredo Castillo Ramírez.

CARLOS CORNEJO GUERRERO
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal