



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia



RESOLUCIÓN 0153-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 00129-2020/CCD

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL

DENUNCIANTE : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO

DENUNCIADA : FUXION BIOTECH S.A.C.¹

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE OTROS PRODUCTOS
ALIMENTICIOS N.C.P.

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021 que halló responsable a Fuxion Biotech S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de un anuncio publicitario sobre los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active” y “Vita Extra T” en la red social Facebook, con las afirmaciones descritas en los literales (i), (ii) y (iv) del numeral 1 de la presente resolución.

El fundamento es que la denunciada no ha presentado medios probatorios que acrediten la veracidad del mensaje transmitido, consistente en que el consumo de tales productos previene el contagio del coronavirus o COVID-19, al fortalecer el sistema inmunológico.

Por otro lado, se REVOCA la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021 que halló responsable a Fuxion Biotech S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de un anuncio publicitario sobre el producto “No Stress” y, reformándola, se declara INFUNDADO tal extremo.

Dicha decisión se sustenta en que, contrariamente a lo imputado por la Secretaría Técnica de la Comisión, de un análisis superficial e integral del anuncio publicitario, la publicidad evaluada no indica que el consumo de dicho producto en particular prevenga el contagio del COVID-19 al reforzar el sistema inmunológico, sino que -por el contrario- transmite que el consumo del producto “No Stress” genera en los consumidores una sensación de tranquilidad y bienestar.

SANCIÓN: 25.53 UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

¹ Identificada con RUC: 20513081236

Lima, 4 de noviembre de 2021

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de marzo de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Secretaría Técnica de la Comisión), realizó una constatación de la página de la red social Facebook de Fuxion Biotech S.A.C. (en adelante, Fuxion) a través del siguiente enlace: <https://www.facebook.com/watch/?v=242587020250009>, en el que se vendrían publicitando los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress” y “Vita Extra T” con las siguientes afirmaciones:



“Quería conversar contigo sobre un tema de salud que nos atañe a todos en el planeta, la propagación del coronavirus. (...), la Organización Mundial de la Salud ha dictado varias medidas importantes para evitar la propagación la enfermedad. En primer lugar, lavarnos las manos (...). En segundo lugar, al momento de toser hacerlo hacia la parte interna del codo (...), en tercer lugar, evitar el contacto con las personas que ya hayan sido diagnosticadas (...). También hemos venido escuchando últimamente que nuestro sistema inmunológico juega un rol fundamental como barrera para no permitir que adquiramos esta enfermedad; y, efectivamente, lo es; un sistema inmunológico bien nutrido va a tener la capacidad de eliminar este virus evitando la infección. Ahora, te quiero presentar algunos productos importantes para reforzar la noble acción de nuestro sistema inmunológico:



- (i) *En primer lugar, quiero presentarte **Veramás** (...) “**Veramás**’ es la fusión ultraceútica de ingredientes como el extracto de aloe vera, la beta lucanos obtenidos de la levadura de la cerveza y vitamina C. La acción de estos*

componentes *hace que tu sistema inmunológico se refuerce y sea más resistente a contraer la enfermedad.* (...)”.



- (ii) “(...) quiero presentarte nuestros batidos **‘Bio Protect’** y **‘Protein Active’**. Recuerda que la función inmunológica de nuestro organismo está mediada por proteínas, siendo por tanto la proteína de la dieta un nutriente fundamental para su buen funcionamiento, estas proteínas (...) tienen el máximo valor biológico y le aseguran a tu organismo un perfil proteico adecuado en la dieta diaria”.



- (iii) “(...) si estás agobiado, preocupado por la expansión de esta enfermedad, te voy a recomendar **‘No Stress’**. No Stress es una combinación de antioxidantes, vitaminas y aminoácidos que controlan el estrés y te queda (...) una sensación de tranquilidad y bienestar. (...); y,



- (iv) “(...) es importante también eleva nuestra defensa antioxidante porque esto constituye una ayuda fundamental para el buen funcionamiento de nuestro sistema inmunológico. Por esa razón, quiero presentarte **‘Vita Extra T’**: una combinación (...) de energizantes, vitaminas, minerales y fundamentalmente antioxidantes que nos ayuda a combatir el estrés

oxidativo de cada día, haciendo aún *más óptima la función del sistema inmunológico* (...)



Ahora que cuentas con esta información, estoy seguro de que ya has identificado la mejor manera de augmentar las defensas inmunológicas en toda tu familia. Evitemos la propagación del coronavirus, quitémosle la corona al virus con una buena nutrición (...).

2. Mediante Carta 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 14 de abril de 2020 y 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2020, respectivamente, la Secretaría Técnica de la Comisión le requirió² a Fuxion que, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles contados desde el siguiente día hábil siguiente de la notificación, cumplieran con lo siguiente:
 - (i) Indicar si han publicado a título personal o a solicitud de una persona natural y/o jurídica distinta, la publicidad difundida en la red social *Facebook* del 16 de marzo de 2020 en la cuenta denominada “Fuxion”.
 - (ii) De ser el caso, precisar la persona natural y/o jurídica que contrató la difusión de dicha publicación.
 - (iii) Precisar la persona natural o jurídica que es la titular de la página de *Facebook* denominada “Fuxion”³.
 - (iv) Acreditar documentariamente la veracidad de las afirmaciones expresadas por el Dr. Iván Columbus en alusión al tratamiento y/o prevención del COVID-19, detalladas en los literales (i) (ii) (iii) y (iv) del numeral 1 de la presente resolución.

3. Mediante Resolución s/n del 11 de agosto de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión le imputó a Fuxion la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño⁴, tipificado en el artículo 8 de la Ley de

² Cabe precisar que la Carta 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI fue notificada virtualmente por la Secretaría Técnica de la Comisión, el 14 de abril de 2020, a los correos electrónicos pedidos@fuxion.com.pe y socialmedia@fuxion.net; mientras que la Carta 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI fue notificada el 18 de mayo de 2020 al correo servicioalcliente_pe@fuxion.net. Sin embargo, la información requerida no fue presentada por Fuxion antes del inicio del presente procedimiento.

³ Cabe precisar que este punto únicamente fue requerido mediante Carta 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI del 18 de mayo de 2020.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Represión de la Competencia Desleal al haber difundido un (1) anuncio publicitario de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” en la página denominada “Fuxion” de la red social Facebook, a través del siguiente enlace <https://www.facebook.com/watch/?v=242587020250009>, aludiendo a la enfermedad del coronavirus o COVID-19, con las afirmaciones contenidas en los literales (i), (ii), (iii) y (iv) del numeral 1 de la presente resolución, lo cual daría a entender a los consumidores que los referidos productos reforzarían el sistema inmunológico y prevendrían el coronavirus o COVID-19, cuando ello no sería cierto⁵.

4. El 1 de setiembre de 2020, Fuxion presentó sus descargos señalando lo siguiente⁶ 7:
- (i) Con fecha 18 de agosto de 2020, se dejó en el ingreso del edificio ubicado en la Av. El Derby N° 250, Surco, la Resolución s/n de fecha 11 de agosto de 2020, siendo que, su domicilio fiscal se encontraba en Av. El Derby N° 205, Interior 1401, Surco. No obstante, con el fin de no acarrear posteriores nulidades se daban por bien notificados con dicho acto administrativo.

Artículo 8.- Actos de engaño. -

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (...)

⁵ Adicionalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a la denunciada, entre otra información, que:

- (i) Indique el número de visitas del enlace en el que se difundió el video materia de imputación desde la fecha de inicio de su difusión hasta la fecha de la notificación de la referida resolución;
- (ii) el período, cantidad y frecuencia de la difusión de la publicidad materia de imputación;
- (iii) el monto de ingresos brutos expresados en soles y detallado mes por mes, obtenido por la venta de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” desde la fecha de inicio de su difusión hasta la fecha de la notificación de la referida Resolución; y,
- (iv) el monto expresado en soles, de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas, correspondientes al año 2019.

Dicha información fue atendida por la empresa imputada con su escrito de descargos de fecha 1 de setiembre de 2020. La información contenida en los puntos (iii) y (iv) fue declarada reservada y confidencial mediante Resolución N° 1 del 19 de enero de 2021.

⁶ Dicho escrito fue presentado por Mesa de Partes, el día 04 de setiembre de 2020.

⁷ Mediante Proveído N° 2 de fecha 12 de enero de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión le requirió además que, en un plazo no mayor de dos (2) días hábiles, Fuxion cumpla con indicar el monto expresado en soles y detallado mes a mes de los ingresos brutos obtenidos por la venta de los referidos productos, desde el 19 de mayo de 2020 hasta el 18 de agosto de 2020; así como el monto expresado en soles de los ingresos brutos obtenidos en todas sus actividades económicas en el año 2020, lo cual fue atendido por la empresa el 14 de enero de 2021. Dicha información fue absuelta por Fuxion mediante escrito de fecha 14 de enero de 2021 y fue declarada reservada y confidencial por la Comisión mediante Resolución N° 1 del 19 de enero de 2021.

Por otro lado, mediante Carta N° 003-2021/CCD-INDECOPI de fecha 16 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Fuxion que, un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, brinde la siguiente información en formato Excel: (i) Las unidades vendidas por concepto de la comercialización de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T”, para el periodo comprendido entre el 16 de marzo y el 18 de agosto de 2020; y, (ii) el margen de utilidad neta después de impuestos (en soles o como porcentaje de los ingresos brutos) obtenido por la comercialización de los mismos en el período anteriormente mencionado. Dicha información fue proporcionada por Fuxion el 24 de febrero de 2021 y declarada confidencial mediante Resolución N° 4 de fecha 6 de abril de 2021.

- (ii) La notificación de las Cartas N° 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI y 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI del 14 de abril y 18 de mayo, respectivamente no son válidas debido a que, su empresa no solicitó o autorizó que se les notifique a través de correo electrónico, conforme lo exige la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1511 (en adelante, Decreto Legislativo 1511), así como el artículo 20.1.2. del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la Ley 27444). Asimismo, solicita que se retiren del expediente y que se vuelvan a notificar tales comunicaciones, conforme a ley.
- (iii) En el video aparece como expositor el Dr. Iván Columbus Lima (en adelante, el Dr. Columbus), Biólogo con especialidad en Microbiología por más de 14 años, quien cuenta con el grado académico de Magíster en Nutrición y Biotecnología Alimentaria, y es jefe del Departamento Científico de su empresa.
- (iv) El referido video fue grabado el 13 de marzo de 2020, en el contexto y conocimiento de lo que se sabía, hasta ese entonces, del virus denominado “Nuevo Coronavirus Sars-Cov-Dos”. Sin embargo, no existe una indicación directa sobre que los productos que comercializan previenen o curan el COVID-19.
- (v) En la primera parte del video, el expositor se restringe a transmitir las recomendaciones dictadas por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la OMS) para prevenir el Covid-19 (medidas preventivas). No se mencionan ni muestran imágenes de ningún insumo, alimento o producto. Solo se hace referencia a la opinión de un profesional particular respecto que la alimentación fortalece el sistema inmunológico, la cual está respaldada por la literatura científica, la opinión de expertos e instituciones oficiales y la propia experiencia del expositor⁸.
- (vi) Sobre la opinión profesional plasmada en la frase “(...) *Nuestro sistema inmunológico juega un rol fundamental como barrera para no permitir que adquiramos esta enfermedad (COVID-19) y, efectivamente, lo es; un sistema inmunológico bien nutrido va a tener la capacidad de eliminar este virus evitando la infección*” debe entenderse que:
- (a) El contacto con un microorganismo no supone necesariamente que toda persona que entra en contacto con el virus adquiera la enfermedad, debido a que esto depende, tanto de factores vinculados al microorganismo (virulencia, dosis infectiva y dosis letal y carga viral)

⁸ Adjunta la declaración testimonial del Dr. Columbus respecto a las afirmaciones efectuadas en la primera parte del video objeto del presente procedimiento.

- como al huésped (superar barreras defensivas de tipo mecánico, resistir y superar el ataque de nuestro sistema inmunológico, implantarse una célula o tejido, volverse metabólicamente activo y reproducirse).
- (b) En el video no se menciona en ningún momento las palabras “tratamiento” o “curación”.
 - (c) Se citan las opiniones de otros especialistas e instituciones acerca del rol de la nutrición en la inmunidad y la prevención de las infecciones⁹.
 - (d) La frase final fue enunciada en un contexto de prevención de la infección del COVID-19, siendo que en la frase “*va a tener*”, el verbo tener -en modo infinitivo y no imperativo- ponía de manifiesto únicamente una recomendación.
 - (e) El sistema inmunológico humano tiene como función primordial protegernos de los microorganismos invasores, siendo que la nutrición, y sobre todo la inmunonutrición, tiene un rol fundamental para promover el óptimo funcionamiento del sistema inmunológico.
- (vii) Las propiedades de sus productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” se encuentran sustentadas en cuatro (4) documentos denominados “Informes de Expertos sobre el uso de las Declaraciones de Propiedades Saludables”¹⁰.
- (viii) La imputación efectuada no expresa de forma clara e inequívoca de qué manera su empresa viene realizando competencia desleal en la modalidad

⁹ A continuación, se detallan los estudios e informes citados por el Dr. Columbus, para acreditar el rol de la nutrición en la inmunidad y en la prevención de las infecciones:

- (i) “El cuerpo humano tiene la capacidad de resistir a casi todos los tipos de organismos y toxinas que tienden a lesionar los tejidos y órganos”
Prof. Michael C. Latham en su libro “Nutrición Humana en el Mundo en Desarrollo” (FAO, Roma 2002), Capítulo 3, Acápito “Efectos de la Malnutrición sobre la infección: El sistema inmunológico”
- (ii) “Numerosas publicaciones han documentado estudios experimentales en animales y seres humanos, los cuales demuestran que las enfermedades por deficiencia alimentaria pueden reducir la resistencia del organismo a las infecciones y afectar de modo adverso el sistema inmunológico”.
Prof. Michael C. Latham en su libro “Nutrición Humana en el Mundo en Desarrollo” (FAO, Roma 2002), Capítulo 3, Acápito “Efectos de la Malnutrición sobre la Resistencia a la infección”
- (iii) “Es un hecho bien conocido que un pobre estado nutricional conlleva un mayor riesgo de contraer infecciones; sin embargo, el conocimiento del papel que juegan los nutrientes en los mecanismos inmunológicos de la defensa es mucho más reciente (...)”
Drs. Nova, Montero, Gómez y Marcos (Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid) en su artículo “La Estrecha Relación entre la nutrición y el sistema inmunitario”.
- (iv) La International Society of Immunonutrition (Sociedad Internacional de Inmunonutrición) indicó que “(...) La información nutricional es así, considerada apropiada en este momento. Existe mucha evidencia en estudios en animales y humanos sobre que la nutrición antioxidante y los nutrientes relacionados ayudan a que el sistema inmune funcione adecuadamente. (...) Estos nutrientes han mostrado que aumentan la inmunidad (...). No existe evidencia específica de que las medidas nutricionales pueden ayudar a proteger contra o a reducir los efectos de la infección por Covid-19. De cualquier manera, tiene un sentido pragmático apoyar nutricionalmente tanto la buena salud y el sistema inmunológico (con dosis que no resulten riesgosas) antes, durante y después de la infección por Covid-19.

¹⁰ Cabe precisar que en los referidos informes se presenta a los referidos productos con los siguientes nombres: Bio Protect (Biopro+tect), Veramás (Vera+) y Vita Extra T (Vitra Xtra T Plus).

de engaño. Asimismo, omite expresar de qué forma se habría engañado al consumidor promedio para adquirir un producto determinado.

5. Mediante Memorándum 00027-2021-CCD/INDECOPI¹¹ del 19 de enero del 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, GEE) la elaboración de un informe técnico que determine el beneficio económico que pudo haber obtenido Fuxion al difundir el anuncio cuestionado en la red social *Facebook*, pedido que fue atendido mediante Informe 000030-2021-GEE-INDECOPI del 12 de marzo de 2021¹².
6. Mediante la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) declaró fundada la imputación de oficio contra Fuxion, le impuso una sanción de 30.35 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) y ordenó una medida correctiva¹³, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

Sobre los actos de engaño

- (i) De la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente y lo señalado por la imputada en el procedimiento se verificó que Fuxion no negó su participación en la difusión del video cuestionado, reconociendo que sería el anunciante.
- (ii) De un análisis superficial e integral del anuncio imputado, se aprecia que la imputada inicia informando sobre la propagación del coronavirus, sus síntomas y medidas para evitar el contagio. La finalidad del anuncio era transmitir como mensaje que, el uso de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T”, además de reforzar el sistema inmunológico, por sus componentes y bondades, previene el Covid-19.
- (iii) Si bien a fin de acreditar la veracidad del anuncio publicitado, Fuxion presentó en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:
(a) declaración emitida por el Dr. Columbus; e, (b) informes sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables de los productos Fuxion

¹¹ Dicha solicitud fue complementada por los Memorándums 00078-2021-CCD/INDECOPI y 000114-2021-CCD-INDECOPI de fechas 15 de febrero y 5 de marzo de 2021, respectivamente, a través de los cuales se le remitió a GEE información adicional solicitada por GEE.

Cabe precisar que, mediante Resolución 2 del 19 de enero de 2021, la Comisión suspendió de oficio la tramitación del procedimiento hasta que la GEE emitiera el informe solicitado, la misma que fue levantada mediante la Resolución 3 del 6 de abril de 2021.

¹² Dicho Informe fue declarado confidencial mediante Resolución N° 5 del 6 de abril de 2021.

¹³ Consistente en el cese definitivo e inmediato de las afirmaciones cuestionadas, en tanto den a entender a los consumidores que los referidos productos, al reforzar el sistema inmunológico prevendrían el coronavirus o Covid-19; y, ello no sea cierto.

“Veramás”, “Bio Protect”, “No Stress”, y “Vita Extra T”; se advierte que estos fueron elaborados con posterioridad a la difusión del mensaje publicitario.

- (iv) Sin perjuicio de ello, respecto a la declaración del Dr. Columbus, se verificó que esta no se encuentra avalada por documentación técnica o científica, siendo que en el mismo documento emitido por la Sociedad Internacional de Inmunonutrición se consignó la siguiente afirmación: *“No existe evidencia específica de que las medidas nutricionales pueden ayudar a proteger contra la infección del Covid-19 o incluso a reducir los efectos de la infección por Covid-19”*.
- (v) De otro lado, si bien los informes sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “No Stress”, y “Vita Extra T” podrían sustentar que estos coadyuvan a reforzar el sistema inmunológico; lo cierto es que no se evidencia cómo podrían prevenir el COVID-19. Al respecto, según lo manifestado por la OMS, ningún alimento impide contraer el COVID-19.

Sobre la graduación de la sanción

- (vi) La GEE estimó que el beneficio económico obtenido por Fuxion ascendería a **[CONFIDENCIAL]** esto es, **[CONFIDENCIAL]**¹⁴.
- (vii) Respecto a la probabilidad de detección, se toma como referencia la Resolución 538-2013/SDC-INDECOPI, en la cual la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) estableció una probabilidad de detección para casos de engaño materializados a través de publicidad difundida mediante la red social *Facebook*.
- (viii) Con relación a la modalidad y alcance de la conducta infractora, el anuncio imputado se llevó a cabo a través de la red social *Facebook* desde el 16 de marzo hasta el 18 de agosto de 2020. Asimismo, los productos se encuentran en el mercado de suplementos, informando a los consumidores que reforzarían el sistema inmunológico y prevendrían el COVID-19, cuando esto no era cierto.
- (ix) Finalmente, a efectos de graduar la sanción también se tomó en cuenta que la conducta cuestionada pudo generar: (a) una distorsión en el mercado, al haber sido capaz de inducir a error a los consumidores, respecto de las cualidades de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T”, quienes pudieron adoptar decisiones de consumo sobre la base de información engañosa; y, (b) la detracción ilícita de clientes potenciales de los competidores, al generar a su vez una falsa expectativa de una ventaja significativa. Por tanto, la infracción fue

¹⁴ Dicha información fue declarada confidencial mediante Resolución N° 5 del 6 de abril de 2021.

calificada como leve con afectación real en el mercado, y, se impuso a Fuxion una sanción ascendente a 30.35 UIT.

7. El 21 de mayo de 2021, Fuxion apeló la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI e indica lo siguiente:
- (i) Reitera sus alegatos referidos a que las Cartas 076-2020/PREV-CCD y 001-184-2020/PREV-CCD fueron mal notificadas, toda vez que no se había autorizado su envío virtual. Por lo que, insiste en que se vuelvan a notificar. A decir de la apelante, esto constituye un vicio de nulidad del procedimiento¹⁵.
 - (ii) Reitera que la imputación de cargos no expresa de forma clara e inequívoca de qué forma su empresa venía realizando competencia desleal en la modalidad de engaño.
 - (iii) Solicita la confidencialidad de la siguiente información: (a) el monto de ingresos brutos, expresados en soles y detallado por mes obtenido por la venta de los productos objeto del anuncio desde el 16 de marzo hasta el 19 de mayo de 2020; y, (b) el monto expresado en soles de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas, correspondientes al año 2019.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. De acuerdo con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar lo siguiente:
- (i) Si la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI contiene algún vicio que acarree su nulidad;
 - (ii) si corresponde declarar la confidencialidad de la información presentada por Fuxion en su recurso de apelación;
 - (iii) si Fuxion ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y,
 - (iv) si corresponde confirmar la sanción de multa y la medida correctiva impuestas a la imputada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

¹⁵ Cabe precisar que, si bien en su recurso de apelación, Fuxion mencionó que adjuntaba una serie de anexos, estos no fueron adjuntados por dicho administrado en tal oportunidad. No obstante, esta Sala advierte que los citados documentos sí obran en el expediente, en la medida que fueron presentados ante la primera instancia mediante escritos de fechas 1 de setiembre de 2020 y 13 de enero de 2021.

III.1. Sobre los cuestionamientos formulados por Fuxion respecto a la presunta nulidad de la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI

9. En apelación, Fuxion ha planteado dos (2) argumentos a efectos de plantear la nulidad de la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI.
 - (i) Cuestionó la notificación de las Cartas 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI y 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI del 14 de abril y 18 de mayo del 2020, a través de las cuales se le requirió información sobre el anuncio materia de análisis.
 - (ii) Indicó que, en la imputación de cargos, la Secretaría Técnica de la Comisión no expresó de forma clara e inequívoca de qué forma su empresa venía realizando competencia desleal en la modalidad de engaño.

III.1.1. Sobre el cuestionamiento de la notificación de las Cartas N° 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI y 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI

10. En apelación, Fuxion ha cuestionado la notificación de las Cartas 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI y 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI, respectivamente, indicando que su representada no autorizó una notificación virtual, conforme lo dispone el Decreto Legislativo 1511 y la Ley 27444. A decir de la apelante, ello constituye un vicio de nulidad del presente procedimiento. En tal sentido, solicita que se vuelvan a notificar dichas cartas, conforme a ley.
11. Al respecto, esta Sala considera que el cuestionamiento formulado por Fuxion en este extremo no tiene incidencia en la validez del presente procedimiento y la resolución final impugnada, debido a que tiene como finalidad cuestionar la notificación de dos comunicaciones (Cartas 076-2020/PREV-CCD-INDECOPI del 14 de abril de 2020 y Carta 001-184-2020/PREV-CCD-INDECOPI del 18 de mayo de 2020), emitidas en un escenario anterior al inicio del presente procedimiento, esto es, antes del 18 de agosto de 2020.
12. Es importante resaltar que, la materia analizada en el presente caso no está enfocada en determinar si el administrado absolvió o no el requerimiento de información formulado a través de las comunicaciones cuestionadas sino, si la imputada difundió un anuncio publicitario con un mensaje acorde con el principio de veracidad. En tal sentido, correspondía a Fuxion acreditar -a lo largo del procedimiento- si las afirmaciones contenidas en el anuncio en cuestión respecto de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” son ciertas.
13. Asimismo, se aprecia que la información solicitada por la Secretaría Técnica de la Comisión a Fuxion a través de las cartas cuestionadas ha sido aportada al procedimiento por parte de esta última, por lo cual tampoco se verifica una obstrucción a su derecho a la contradicción. En efecto, la imputada ha tomado

conocimiento de la resolución de imputación de cargos¹⁶ y, a lo largo del procedimiento, ejerció legítimamente su derecho de defensa y aportó los medios probatorios que consideró convenientes a efectos de acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el anuncio materia de análisis.

14. En tal sentido, se aprecia que el alegato formulado por la imputada no se configura como una posible causal de nulidad del presente procedimiento ni como consecuencia de ello, de la resolución apelada. En tal sentido, este Colegiado considera que corresponde denegar el pedido de Fuxion referido a que se notifiquen nuevamente las comunicaciones materia de cuestionamiento, así como que se retiren estas cartas del expediente.
15. En consecuencia, esta Sala no aprecia que en la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI se haya configurado algún vicio que afecte su validez. Por tanto, se desestima el cuestionamiento invocado por la apelante en este extremo.

III.1.2. Sobre el cuestionamiento de Fuxion respecto a la imputación de cargos

16. En su escrito de apelación, Fuxion manifestó que la imputación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión no habría expresado de forma clara e inequívoca de qué forma su empresa realizaría competencia desleal en la modalidad de engaño. Asimismo, indicó que tampoco se expresó de qué forma habría engañado al consumidor.
17. Sin embargo, de la lectura de la Resolución s/n de fecha 11 de agosto de 2020, se desprende que la Secretaría Técnica de la Comisión delimitó claramente la conducta imputada *-presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, al haber difundido un (1) anuncio publicitario de los productos Fuxion "Veramás", "Bio Protect", "Protein Active", "No Stress", y "Vita Extra T" en la página denominada "Fuxion" de la red social Facebook-*, así como las afirmaciones objeto de cuestionamiento respecto de cada producto¹⁷.
18. En este punto, cabe precisar también que, el disco compacto que contiene el anuncio materia de análisis fue puesto en conocimiento de Fuxion como anexo adjunto a la Resolución s/n de fecha 17 de agosto de 2020.
19. Finalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión también menciona, de manera preliminar, de qué forma se estaría presuntamente incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, pues el anuncio evaluado transmitiría a los consumidores que los referidos productos reforzarían el sistema

¹⁶ Cabe precisar que Fuxion reconoció ello en su escrito de descargos.

¹⁷ Al respecto, ver páginas 6 y 7 de la Resolución S/N del 11 de agosto de 2020.

inmunológico y prevendrían el coronavirus o COVID-19, cuando ello no sería cierto¹⁸.

20. En tal sentido, esta Sala considera que corresponde desestimar el cuestionamiento formulado por Fuxion.

III.2. Sobre la solicitud de confidencialidad formulada por Fuxion

21. En su escrito de apelación, Fuxion solicitó a la Sala la declaración de confidencialidad de la siguiente información adjunta a su recurso: (i) el monto de ingresos brutos, expresados en soles y detallado por mes obtenido por la venta de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” desde el 16 de marzo hasta el 19 de mayo de 2020; y, (ii) el monto expresado en soles de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas, correspondientes al año 2019.
22. Al respecto, se ha verificado que, mediante Resolución 1 del 19 de enero de 2021, la Comisión calificó como reservada y confidencial la misma información solicitada ante esta instancia. En tal sentido, se advierte que el acceso a tal información se encuentra contenida en el respectivo cuaderno confidencial¹⁹. Por lo que, carece de objeto declarar nuevamente la confidencialidad de tal información ante esta instancia.

III.3. Sobre los actos de engaño

III.3.1. Marco normativo

23. Los actos de engaño son definidos por el artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁰ como las actuaciones que podrían inducir, real o potencialmente, a error a los demás agentes económicos sobre la naturaleza, características, calidad y en general sobre los atributos, beneficios o condiciones de un determinado bien o servicio.
24. De acuerdo con este artículo, toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando que se desvíen indebidamente las preferencias de los consumidores como consecuencia de las

¹⁸ Al respecto, mediante la Resolución s/n del 11 de agosto de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Fuxion la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal al haber difundido un (1) anuncio publicitario de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T” en la página denominada “Fuxion” de la red social Facebook, a través del siguiente enlace <https://www.facebook.com/watch/?v=242587020250009>, aludiendo a la enfermedad del coronavirus o COVID-19, con las afirmaciones contenidas en los literales (i), (ii), (iii) y (iv) del numeral 1 de la presente resolución, lo cual daría a entender a los consumidores que los referidos productos reforzarían el sistema inmunológico y prevendrían el coronavirus o COVID-19, cuando ello no sería cierto. (Lo subrayado es nuestro).

¹⁹ Cabe indicar que dicha información ha sido cubierta en el expediente principal.

²⁰ Ver nota al pie 4.

falsas expectativas que podrían generarse respecto las condiciones del producto o servicio anunciado.

25. El artículo 8.3 de la ley antes mencionada dispone que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. En este sentido, este último deberá contar con las pruebas que sustenten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 del mismo cuerpo normativo²¹.
26. El mencionado deber contiene una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que acrediten la información que se pretende trasladar, por lo que ante el requerimiento de la autoridad debe encontrarse en la capacidad de exhibirlas; y, (ii) asegura a los destinatarios de la publicidad que los anunciantes tienen los soportes respectivos que sustenten los mensajes de corte objetivo que se encuentran difundiendo, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a los productos o servicios publicitados.
27. Por otra parte, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²² establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que el destinatario del anuncio queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, esto es, captando el referido mensaje en su conjunto y sin efectuar una evaluación detenida de la publicidad, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.
28. Asimismo, debe recordarse que quien atribuye el significado al anuncio es el receptor y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante para delimitar el mensaje de la expresión publicitaria²³.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

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

²² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 21.- Interpretación de la publicidad

21.1 La publicidad es 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 o servicios.

21.2 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. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

²³ En el trabajo de Godin – Hoth se señala sobre el particular lo siguiente: *“al interpretar el anuncio se debe asimismo dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario anunciante (...). Por el contrario, el anuncio*

29. Sobre la base de las premisas antes expuestas, y conforme lo ha establecido la Sala en anteriores pronunciamientos²⁴, la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:
- (i) **Delimitación del mensaje:** se debe establecer, a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que recibe el público; y,
 - (ii) **Verificación de veracidad del mensaje:** una vez delimitado dicho mensaje, la autoridad evaluará si el imputado cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión del anuncio bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, determinará si en efecto tales elementos prueban la veracidad de lo transmitido.
30. En el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar previsto en la ley, las expresiones publicitarias que califiquen como objetivas. Esta regla se debe a que solo respecto de las afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas, es que se puede exigir al anunciante que (en cumplimiento del deber de sustanciación previa) proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores.

III.3.2 Aplicación al caso en concreto

31. Mediante Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Fuxion por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, al difundir un anuncio en su página de *Facebook*, que daría a entender que el uso de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress”, y “Vita Extra T”, además de reforzar el sistema inmunológico, prevendrían el COVID-19; lo cual no era cierto.
32. En su escrito de apelación, Fuxion indicó que las afirmaciones contenidas en el video sobre la importancia del sistema inmunológico en la prevención del COVID-19 se restringían a una opinión profesional particular, la cual que se encontraría respaldada por literatura científica, opiniones de expertos e instituciones oficiales, y, por la propia experiencia del expositor. Agregó que dichas

y demás expresiones publicitarias son imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende o hubiera querido entenderlas. GODIN - HOTH, Wettbewerbsrecht, Berlín, 1957, párrafo 3, anotación 5, pág. 93, cita extraída de: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 74.

²⁴ Al respecto, ver las Resoluciones 0084-2018/SDC-INDECOPI del 17 de abril de 2018 y 0147-2018/SDC-INDECOPI del 10 de julio de 2018.

afirmaciones únicamente tenían como objeto informar respecto de las medidas preventivas implementadas, sin hacer alusión a algún producto, alimento o ingrediente. Asimismo, la mencionada empresa señaló que la nutrición (y sobre todo la “inmunonutrición”) tiene un rol fundamental para promover la salud y el óptimo funcionamiento del sistema inmunológico.

33. A efectos de determinar si la imputada incurrió en actos de engaño es necesario efectuar una evaluación integral y superficial del anuncio cuestionado con el fin de identificar el mensaje difundido y, sobre esta base, analizar si este resulta veraz o no.

(i) Sobre las afirmaciones respecto de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, y “Vita Extra T”

34. Obra en el expediente en calidad de medio probatorio un disco compacto, en el que se encuentra el anuncio objeto de análisis. En el referido video, aparece la figura del Dr. Columbus, quien inicia su mensaje informando sobre la propagación mundial del COVID-19 y mencionando los síntomas más comunes que ayudan a detectar dicha enfermedad, según la OMS. Asimismo, dicha persona hace referencia a las medidas preventivas que se están adoptando a nivel mundial a fin de evitar su propagación (lavado de manos, toser en la parte interna del codo y distanciamiento social), para luego afirmar la siguiente frase “(...) *Nuestro sistema inmunológico juega un rol fundamental como barrera para no permitir que adquiramos esta enfermedad (...); y, (...) un sistema inmunológico bien nutrido va a tener la capacidad de eliminar el referido virus, evitando la infección. (...)*”. Es en ese contexto que, el referido médico procede a presentar algunos productos de la imputada, indicando que estos reforzarían la acción del sistema inmunológico.

35. Al respecto, si bien Fuxion ha indicado que las afirmaciones efectuadas por el Dr. Columbus en el referido anuncio únicamente tenían como objeto informar respecto de medidas preventivas frente al COVID-19, sin hacer alusión a algún producto, alimento o ingrediente, esta Sala considera que - contrariamente a lo indicado por la imputada -, de una apreciación integral y superficial del anuncio²⁵ se desprende que este transmite a los consumidores el mensaje consistente en que el consumo de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, y “Vita Extra T” previenen que las personas contraigan el COVID-19, al fortalecer el sistema inmunológico.

36. Dicho mensaje se ve reforzado cuando en el video se hace referencia explícita a las bondades de dichos productos, con las siguientes afirmaciones:

“(…) **Veramás** es la fusión ultraceútica de ingredientes (...) La acción de estos

²⁵ Ver numeral 1 de la presente resolución.

componentes hace que tu sistema inmunológico se refuerce y sea más resistente a contraer la enfermedad”.

“(…) Quiero presentarte nuestros batidos ‘Bio Protect’ y ‘Protein Active’. Recuerda que la función inmunológica de nuestro organismo está mediada por proteínas, siendo por tanto la proteína de la dieta un nutriente fundamental para su buen funcionamiento, estas proteínas tienen el máximo valor biológico y le asegura a tu organismo un perfil proteico adecuado en la dieta diaria (…)”.

“(…) Es importante también elevar nuestra defensa antioxidante porque esto constituye una ayuda fundamental para el buen funcionamiento del sistema inmunológico. Por esa razón quiero presentarte ‘Vita Extra T’: una combinación de energizantes, vitaminas, minerales y fundamentalmente antioxidantes que nos ayudan a combatir el estrés oxidativo de cada día haciendo aún más óptima la función del sistema inmunológico” (Lo subrayado es nuestro).

37. En esa línea, la alusión explícita en la publicidad a que dichos productos refuerzan el sistema inmunológico, aunado a la afirmación inicial del anuncio efectuada por el Dr. Columbus referida a que el sistema inmunológico tiene un rol fundamental como barrera para prevenir el COVID-19, generan que el consumidor perciba finalmente el mensaje de que, el uso de dichos productos previene el contagio del COVID-19, dado que refuerza el sistema inmunológico.
38. Asimismo, en la parte final del anuncio, el Dr. Columbus indica lo siguiente: *“(…) Evitemos la propagación del coronavirus, quitémosle la corona al virus con una buena nutrición (…)”* reiterando nuevamente el mensaje del anuncio, consistente que el consumo de dichos productos -al reforzar el sistema inmunológico- contribuirían a prevenir que las personas contraigan el referido virus.
39. En tal sentido, de conformidad con el principio de sustanciación previa, contenido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁶, corresponde a la imputada acreditar los elementos que -de manera previa a su difusión- sustentaban la veracidad del mensaje transmitido a través de la publicidad cuestionada y de esta forma determinar si, en efecto, el mensaje difundido resulta ser cierto o si puede inducir a error a los consumidores.
40. A fin de acreditar la veracidad del mensaje contenido en la pieza publicitaria materia de imputación, Fuxion presentó los siguientes medios probatorios: (i) declaración emitida por el Dr. Columbus del 1 de setiembre de 2020²⁷; e, (ii) informes sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables de los productos “Veramás”, “Bio Protect” y “Vita Extra T”.

²⁶ Ver nota al pie 21.

²⁷ Ver de la foja 32 al 35 del expediente

41. Al respecto, de la valoración de los referidos documentos, esta Sala advierte que, dichos medios probatorios datan de una fecha posterior^{28a} la fecha en que se difundió el referido anuncio, esto es, del 16 de marzo de 2020. En tal sentido, no resultan pertinentes para acreditar que Fuxion contaba con el sustento de lo difundido con anterioridad a la publicación del video en *Facebook*, tal como lo dispone el deber de sustanciación previa.
42. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, de la revisión de las pruebas presentadas no se aprecia que permitan probar la veracidad del mensaje difundido en el anuncio imputado. Por el contrario, estas se encuentran enfocadas en señalar que la alimentación fortalece el sistema inmunológico, mas no que el consumo de los referidos productos de Fuxion prevengan el contagio del Covid-19, al fortalecer el sistema inmunológico²⁹. Finalmente, si bien los informes aportados por la imputada demuestran las propiedades y los componentes de los productos Fuxion, no se aprecian que estén enfocados en acreditar la veracidad del mensaje difundido³⁰.
43. En atención a lo antes expuesto, corresponde confirmar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI que halló responsable a Fuxion por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, respecto de la publicidad de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active” y “Vita Extra T”. Ello, en tanto, la denunciada no ha presentado medios probatorios que acrediten la veracidad del mensaje transmitido a los consumidores respecto de que el consumo de dichos productos, al fortalecer el sistema inmunológico, previene el contagio del coronavirus o COVID-19.
- (ii) Sobre la afirmación contenida en el anuncio respecto del producto “No Stress”
44. Al respecto, obra en el expediente en calidad de medio probatorio, el anuncio publicitario difundido por Fuxion en *Facebook*, en el cual se desprenden las siguientes afirmaciones respecto al producto “No Stress”: “(...) *si estás agobiado, preocupado por la expansión de esta enfermedad, te voy a recomendar No Stress. No Stress es una combinación de antioxidantes,*

²⁸ El documento denominado “Informe de Experto sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables del producto Vera+” data del 25 de marzo del 2020.

El documento denominado “Informe de Experto sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables del producto Bio Pro+tect” data del 13 de abril del 2020.

El documento denominado “Informe de Experto sobre el uso de las declaraciones de propiedades saludables del producto Vita Xtra T Plus” data del 25 de abril del 2020.

²⁹ Es pertinente mencionar un extracto de lo mencionado por el Dr. Columbus, en su propia declaración, respecto a lo comunicado por la Sociedad Internacional de Inmunonutrición, la misma que consignamos a continuación: “(...) *No existe evidencia específica de que las medidas nutricionales pueden ayudar a proteger contra o reducir los efectos de la infección por COVID-19. (...)*”.

³⁰ En este punto cabe precisar que los medios probatorios aportados por Fuxion a fin de acreditar la veracidad de su mensaje son los detallados en el numeral 40 de la presente resolución.

vitaminas y aminoácidos que controlan el estrés y te queda (...) una sensación de tranquilidad y bienestar (...)”.

45. De la valoración integral y superficial del anuncio, se verifica que, respecto a dicho producto en particular, el mensaje que se transmite es que su uso contribuye a controlar el estrés y a superar la preocupación que podría generar la expansión de esta enfermedad. Ello resulta diferente a lo difundido publicitariamente respecto a los demás productos (“Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active” y “Vita Extra T”), pues en dichos casos, lo señalado por el anunciante sí transmitía a los consumidores que su consumo haría que el sistema inmunológico se refuerce y sea más resistente a contraer la enfermedad.
46. En tal sentido, esta Sala considera que las afirmaciones efectuadas por Fuxion en la publicidad objeto de análisis respecto al producto “No Stress”, no inducen a considerar que este último previene el contagio del COVID-19 al reforzar el sistema inmunológico.
47. Por tanto, corresponde revocar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI en el extremo que halló responsable a Fuxion por la presunta comisión de actos de engaño por la difusión del anuncio publicitario evaluado, respecto al producto “No Stress”, en la red social *Facebook*, que contiene la siguiente afirmación: *“Si estás agobiado, preocupado por la expansión de esta enfermedad, te voy a recomendar ‘No Stress’. No Stress es una combinación de antioxidantes, vitaminas y aminoácidos que controlan el estrés y te queda una sensación de tranquilidad y bienestar”*; y, reformándola, se declara infundado dicho extremo de la imputación de cargos.

III.4. Graduación de la sanción

III.4.1. Marco normativo

48. El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³¹ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción. Así, se adoptarán los factores de graduación que correspondan en función de la conducta infractora cometida, considerando las particularidades y características de cada caso.

³¹

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.

49. Del mismo modo, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444, que se erige como una regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora³². Este principio determina que la Administración impondrá sanciones proporcionales a la infracción cometida y las circunstancias particulares de su realización, de manera que la comisión de las conductas punibles no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
50. Por consiguiente, al graduar la sanción deben aplicarse los criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en concordancia con el principio de razonabilidad recogido en el TUO de la Ley 27444. Ello, debido a que dichos cuerpos normativos no establecen que la autoridad se encuentre obligada a emplear la totalidad de los criterios que contemplan, sino que la adopción de uno u otro dependerá de las particularidades y características de cada caso³³.
51. La aplicación de lo contemplado en las referidas disposiciones legales permitirá a la autoridad actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad que vulnere los derechos de los administrados.
52. Al respecto, cabe indicar que un mecanismo de sanciones debe guardar relación con los beneficios obtenidos por el infractor a fin de tener un rol disuasivo. Desde la perspectiva del análisis económico, un esquema de sanciones influye en las decisiones de los agentes, pues impacta negativamente sobre el beneficio obtenido mediante prácticas ilegales. Por tanto, debe procurarse que dicho beneficio ilícito sea menor a la ventaja derivada de la realización de actividades legales³⁴. En tal sentido, la sanción aplicable debe ser igual o mayor al beneficio derivado de la conducta constitutiva de una infracción.
53. Sobre la base de esta premisa, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala³⁵ está referido al

³² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. -

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

(...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción. (...)

³³ Sobre el particular, se pueden ver Resoluciones 0465-2015/SDC-INDECOPI, 0074-2018/SDC-INDECOPI y 162-2018/SDC-INDECOPI.

³⁴ BECKER, Gary S. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, Nº 2, 1968, pp. 169-217. Texto accesible en: <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>.

³⁵ Al respecto ver: (i) Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; (ii) Resolución

beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación en la demanda de los consumidores que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción cometida.

54. Por otra parte, desde una perspectiva económica, cuando un agente económico decide cometer una conducta ilícita resulta razonable considerar que aquel pondere la probabilidad de ser detectado por la autoridad y que, como consecuencia de ello, asuma como costo el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de multa³⁶. Cabe indicar que la aplicación de la multa se sujeta a la detección y sanción de la infracción. Esto último debido a que el costo de supervisión de los mercados por parte de la autoridad y la dificultad de acceder a la información relevante se dan solamente con cierta probabilidad.
55. Siendo así, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, en la determinación de la multa se debe considerar no solo el beneficio derivado de la conducta ilícita, sino también la probabilidad de detección³⁷. También corresponde tomar en cuenta que no todas las infracciones tienen la misma probabilidad de detección, pues esta variará en función de la conducta evaluada. Por consiguiente, si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad de detección y, por tanto, una multa mayor; mientras que, si el acto ilícito es de más fácil detección, le corresponderá un porcentaje mayor de probabilidad de detección y, por ello, una multa menor.

059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Products S.A.; (iii) Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.; (iv) Resolución 0144-2016/SDC-INDECOPI del 17 de marzo de 2016, correspondiente al procedimiento iniciado por Sociedad Nacional de Industrias contra Industrias Bielsa S.A.C.; (v) Resolución 0245-2017/SDC-INDECOPI del 4 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado por Producción y Mantenimiento del Perú S.A.C. contra Street Media S.A.; (vi) Resolución 0256-2017/SDC-INDECOPI del 11 de mayo de 2017, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Supermercados Peruanos S.A., entre otras.

³⁶ Becker explica que los agentes económicos, cuando evalúan cometer una infracción, comparan esencialmente el beneficio privado que derivará de la misma, con el costo de la multa que tendrán que pagar multiplicado por la probabilidad de ser detectado y multado, de manera que un infractor racional incurrirá en una infracción solo si la magnitud de la sanción esperada es demasiado baja o si la probabilidad de ser detectado es reducida. Al respecto, ver: BECKER, Gary S. Op. Cit. Pp. 169-217.

En la misma línea, el profesor argentino Coloma, al explicar la teoría económica de la sanción, precisa el efecto desincentivador que tienen estas sobre los infractores: "(...) la persona que infringe un determinado deber jurídico debe en ambos casos hacer frente a un costo que el derecho le impone y que implica desprenderse de una suma de dinero. Esto hace que, cuando la persona decide llevar a cabo el hecho ilícito en cuestión (o toma precauciones para que el mismo no acontezca), tiene presumiblemente en cuenta la probabilidad que esto induce de tener que erogar luego una determinada suma de dinero (en concepto de indemnización o de multa). COLOMA, Germán. "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio". Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 256.

³⁷ Por ejemplo, si al infractor solo se le detecta una de cada diez veces que comete una infracción (probabilidad de detección del 10%), para desincentivar dicha conducta, la multa a imponer cuando sea detectado debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito obtenido multiplicado por diez. De lo contrario, el infractor se encontraría compensado con el beneficio ilícito que obtenga las otras nueve veces que no sea detectado por la autoridad. Así, de cada diez veces que cometa la infracción, el beneficio ilícito será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.

56. Sin perjuicio de lo antes indicado, de acuerdo con lo señalado en anteriores pronunciamientos³⁸, se debe tener en cuenta de que existen situaciones en las que el criterio del beneficio ilícito no resulta aplicable o en las cuales no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor. En dichos casos, la autoridad puede remitirse a los demás criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.4.2. Aplicación al presente caso

57. Mediante la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó a Fuxion con una multa de 30.35 UIT por la comisión de actos de engaño, al haber publicitado un anuncio de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, “No Stress” y “Vita Extra T” en la página denominada “Fuxion” de la red social *Facebook*, con una serie de afirmaciones que darían a entender a los consumidores que los referidos productos reforzarían el sistema inmunológico y prevendrían el coronavirus o COVID-19, cuando ello no sería cierto.
58. De la revisión del recurso de apelación, no se advierte que Fuxion haya manifestado o invocado algún defecto en el análisis y/o fundamentación considerada por la Comisión sobre los criterios utilizados para determinar la multa impuesta, así como tampoco obran argumentos que expresen algún tipo de agravio como consecuencia de la imposición de dicha multa.
59. No obstante, teniendo en consideración que esta instancia ha revocado parte de la resolución apelada con relación a la afirmación difundida sobre el producto “No Stress”, corresponde estimar la sanción imponible tomando en consideración únicamente a los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, y “Vita Extra T”.
60. Para calcular la multa, la Comisión empleó los siguientes criterios de graduación de la sanción: (i) el beneficio ilícito, el cual se sustentó en el Informe 000030-2021-GEE/INDECOPI elaborado por GEE³⁹; (ii) la probabilidad de detección; (iii) la modalidad y alcance de la conducta infractora (periodo del 16 de marzo hasta el 18 de agosto de 2020); y, (iv) los efectos de la conducta en el mercado, considerando la inducción a error a los consumidores y la detracción ilícita de clientes potenciales a los competidores⁴⁰.
61. Ahora bien, el beneficio ilícito estimado por la primera instancia respecto a los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, y “Vita Extra T” asciende a

³⁸ Ver las Resoluciones 0365-2015/SDC-INDECOPI, 0542-2016/SDC-INDECOPI, 0646-2016/SDC-INDECOPI y 0103-2019/SDC-INDECOPI.

³⁹ Cabe precisar que dicho informe fue declarado confidencial y reservado mediante Resolución 5 del 6 de abril del 2021.

⁴⁰ El monto de la multa impuesta por la Comisión se obtuvo de la aplicación de una fórmula consistente en la división del monto considerado como beneficio ilícito entre la probabilidad de detección.

[CONFIDENCIAL]; esto es, [CONFIDENCIAL] UIT. Al dividir este monto entre la probabilidad de detección considerada por la Comisión, se obtiene como resultado [CONFIDENCIAL] UIT. Asimismo, los demás criterios considerados por la Comisión para graduar la sanción (modalidad, alcance y efectos de la conducta en el mercado) resultan acordes con lo establecido en los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

62. En atención a lo expuesto, corresponde modificar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI en el extremo que impuso a la infractora una sanción de treinta punto treinta y cinco (30.35) UIT; y, en tal sentido, se la sanciona con una multa de veinticinco punto cincuenta y tres (25.53) UIT por la conducta verificada en el presente procedimiento.

III.5. Sobre la medida correctiva

63. El artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que, además de la sanción que corresponda ante el incumplimiento de sus disposiciones, la autoridad administrativa podrá ordenar las medidas correctivas necesarias para corregir las distorsiones producidas y restablecer la leal competencia⁴¹.
64. En esta instancia, la Sala ha determinado que Fuxion ha incurrido en actos de engaño únicamente respecto de las afirmaciones imputadas consignadas en los literales (i), (ii) y (iv) del numeral 1 de la presente resolución, por lo que resulta pertinente modificar la medida correctiva impuesta a la imputada, la cual queda de la siguiente forma:

“Ordenar a Fuxion en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de las afirmaciones cuestionadas, en tanto dan a entender que el consumo de los productos “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active” y “Vita Extra T” refuerza el sistema inmunológico, lo cual prevendría la obtención del coronavirus o COVID-19; y, ello no sea cierto.”

⁴¹ DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 55.- Medidas correctivas

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.
(El subrayado es agregado)

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021 que halló responsable a Fuxion Biotech S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido un (1) anuncio publicitario de los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active”, y “Vita Extra T” en la página denominada “Fuxion” de la red social *Facebook*, a través del siguiente enlace <https://www.facebook.com/watch/?v=242587020250009>, aludiendo a la enfermedad del coronavirus o COVID-19, con las siguientes afirmaciones:

- (i) *“Veramás’ es la fusión ultraceútica de ingredientes como el extracto de áloe vera, los beta lucanos obtenidos de la levadura de la cerveza y vitamina C. La acción de estos componentes hace que tu sistema inmunológico se refuerce y sea más resistente a contraer la enfermedad”;*
- (ii) *“(…) Quiero presentarte nuestros batidos ‘Bio Protect’ y ‘Protein Active’. Recuerda que la función inmunológica de nuestro organismo está mediada por proteínas, siendo por tanto la proteína de la dieta un nutriente fundamental para su buen funcionamiento, estas proteínas tienen el máximo valor biológico y le aseguran a tu organismo un perfil proteico adecuado en la dieta diaria”;* y,
- (iii) *“(…) Es importante también elevar nuestra defensa antioxidante porque esto constituye una ayuda fundamental para el buen funcionamiento de nuestro sistema inmunológico. Por esa razón, quiero presentarte ‘Vita Extra T’: una combinación de energizantes, vitaminas, minerales y fundamentalmente antioxidantes que nos ayuda a combatir el estrés oxidativo de cada día haciendo aún más óptima la función del sistema inmunológico”,* lo cual daría a entender a los consumidores que los referidos productos reforzarían el sistema inmunológico y prevendrían el coronavirus o COVID-19, cuando ello no sería cierto.

SEGUNDO: revocar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021 que halló responsable a Fuxion Biotech S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de un (1) anuncio publicitario en la página denominada “Fuxion” de la red social *Facebook*, respecto al producto ‘No Stress’, aludiendo a la enfermedad del coronavirus o COVID-19, mediante la siguiente afirmación: *“Si estás agobiado, preocupado por la expansión de esta enfermedad, te voy a recomendar ‘No Stress’. No Stress es una combinación de antioxidantes, vitaminas y aminoácidos que controlan el estrés y te queda una sensación de tranquilidad y bienestar”;* y, reformándola, se declara infundado dicho extremo de la imputación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia



RESOLUCIÓN 0153-2021/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 00129-2020/CCD

TERCERO: modificar la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021 en el extremo que impuso a Fuxion Biotech S.A.C. una sanción de treinta punto treinta y cinco (30.35) Unidades Impositivas Tributarias; correspondiendo sancionar a la referida empresa con una multa de veinticinco punto cincuenta y tres (25.53) UIT.

CUARTO: modificar la medida correctiva impuesta a Fuxion Biotech S.A.C. mediante la Resolución 082-2021/CCD-INDECOPI del 11 de mayo de 2021, la cual queda de la siguiente forma:

“Ordenar a Fuxion Biotech S.A.C., en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de las afirmaciones cuestionadas, en tanto dan a entender que los productos Fuxion “Veramás”, “Bio Protect”, “Protein Active” y “Vita Extra T” al reforzar el sistema inmunológico prevendría el coronavirus o COVID-19; y, ello no sería cierto.”

QUINTO: requerir a Fuxion Biotech S.A.C. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 205.4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS⁴², precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya y José Francisco Martín Perla Anaya.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

⁴² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 205.- Ejecución forzosa

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

(...)

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