

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

“La cura resulta más mala que la enfermedad”: la
publicidad engañosa y el COVID19

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Autora:

Jussara Genesis Peña Mendoza

Asesor:

Javier Mihail Pazos Hayashida

Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Pazos Hayashida Javier Mihail, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo Académico titulado “La cura resulta más mala que la enfermedad”: la publicidad engañosa y el COVID19”, del/de la autor(a) Peña Mendoza Jussara Genesis, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Pazos Hayashida Javier Mihail	
DNI: 07758696	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

RESUMEN

En el presente trabajo versará sobre la publicidad engañosa respecto de medicamentos en el contexto de la pandemia originada por el COVID-19. Es así que, de acuerdo a distintos casos se analizará la publicidad de medicamentos “curativos” o “preventivos” de dicha enfermedad, para concluir que estamos frente a un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° de la Ley de Represión de Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044. Por otro lado, se analizará y concluirá que dicha publicidad constituye una infracción al principio de legalidad por vulneración a la norma sectorial, en lo que respecta al control publicitario de medicamentos bajo receta médica, de acuerdo la Ley de los productos farmacéuticos dispositivos médicos y productos sanitarios – Ley N° 29459.

Palabras clave

Competencia desleal, publicidad engañosa, COVID-19, actos de engaño, principio de legalidad.

ABSTRACT

This paper will deal with misleading advertising of drugs in the context of the pandemic caused by COVID-19. Therefore, according to different cases, the advertising of "healing" or "preventive" medicines for this disease will be analyzed, in order to conclude that we are facing an act of unfair competition in the modality of fraud, according to the established in article 8 of the Law for the Repression of Unfair Competition - Legislative Decree N° 1044. On the other hand, it will be analyzed and concluded that such advertising constitutes an violation of the principle of legality for infringement to the sectorial rule, regarding the advertising control of prescription drugs, according to the Law of Pharmaceutical Products, Medical Devices and Sanitary Products - Law No. 29459.

Keywords

Unfair competition, misleading advertising, COVID-19, deceptive acts, principle of legality.

ÍNDICE

Introducción.....	0
I.La publicidad de medicamentos contra el COVID-19 como acto de competencia desleal en la modalidad de engaño	1
I.1.La regulación publicitaria de los productos farmacéuticos y los actos de engaños en el Decreto Legislativo N° 1044	1
I.2.La publicidad de medicamentos “curativos” y/o “preventivos” contra el COVID-19 es un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?.....	5
II.¿La publicidad de medicamentos que “curan” el COVID-19 también puede ser considerados como una infracción al principio de legalidad?.....	11
II.1.El principio de legalidad en la competencia desleal.....	11
II.2.La publicidad de productos farmacéuticos “curativos” para el COVID19 vs. la prohibición de hacer publicidad de medicamentos con receta médica.....	12
Conclusiones y Recomendaciones	15
Bibliografía.....	16

INTRODUCCIÓN

La publicidad de productos relacionados directamente con la salud y la vida de las personas, en otras palabras los “consumidores”, pueden tener consecuencias graves en caso de no cumplir con las normativas que regulan su venta. Basta solo con hacer una recapitulación de casos en donde la publicidad engañosa de medicamentos ha devenido en varios casos irreparables. Uno de más emblemáticos, con graves consecuencias hasta el día de hoy es el de la empresa Purdue Pharma y su medicamento, más conocido como “*Oxycotin*”, el mismo que desembocó la famosa “crisis de los opiáceos”.

Con la finalidad de contextualizar, Purdue Pharma afirmaba, a través de publicidad -engañosa- que su medicamento tenía como finalidad tratar dolores crónicos, asegurando que era opiáceo con bajo riesgo de generar a adicción. Sin embargo, dicha afirmación era falsa, ya que no hay opiáceo que no pueda causar en alguna medida un tipo de acción. En ese sentido, dicha empresa no contaba con ningún medio probatorio que puedan afirmar que las alegaciones coincidían con lo que realmente el medicamento causaba.

La venta masiva de dicho fármaco fue producto de una campaña de miles de millones de dólares de Purdue Pharma para, mediante marketing engañoso, generar presión al personal de salud, específicamente los médicos, para que receteran este medicamento, ya sea para tratar dolores leves hasta crónicos, y en altas dosis. De esa manera, dicha empresa seguía ganando grandes cantidades de dinero a costa de las personas que, al consumir el Oxycotin generaban adicción, causando muchas veces sobredosis y la muerte misma¹.

Así pues, en un contexto como en el que nos encontramos a inicios del 2020, con el inicio de la pandemia, una situación parecida a la mencionada líneas arribas empezó a suscitarse. La publicidad de medicamentos “milagrosos” y “curativos” contra el COVID19 estuvieron a la orden del día. Productos farmacéuticos como la ivermectina, el dióxido de cloro, entre otros, fueron los

¹ <https://ladiaria.com.uy/salud/articulo/2018/6/demanda-contra-farmaceutica-por-publicidad-enganosa-de-farmaco-opiaceo/>

más sonados, siendo que la toma de ellos causaron daños irreparables a la salud de muchas personas, generando incluso la muerte.

I. La publicidad de medicamentos contra el COVID-19 como acto de competencia desleal en la modalidad de engaño

La cultura de consumo en nuestro país respecto de medicamentos nace de los famosos “remedios caseros”. Recetas de las abuelas, tías, que suelen pasarse de generación en generación, sin ningún sustento médico. Algunos de esos remedios no causa ningún efecto perjudicial a la salud. Sin embargo, hay otros que pueden desembocar en consecuencias irreparables para la salud.

El inicio de la pandemia a causa del coronavirus hasta el proceso de vacunación contra la misma enfermedad fue un periodo en el cual no solo muchas personas fallecieron a causa de ella, sino que muchas personas se automedicaban con supuestos medicamentos que eran publicitados como “preventivos” o “curativos” también fallecían como consecuencia de ello. Entonces, ¿cuál fue la incidencia de la publicidad de distintos medicamentos que alegaban curar o prevenir el COVID-19 respecto de los consumidores? ¿nos encontramos acaso frente a publicidad engañosa?

I.1. La regulación publicitaria de los productos farmacéuticos y los actos de engaño en el Decreto Legislativo N° 1044

Con la finalidad de realizar un análisis y desarrollo respecto de la publicidad engañosa de medicamentos, los cuales se han dado en el marco de la pandemia originada por el COVID-19, es preciso que realizar una breve mención respecto de la regulación publicitaria respecto de los productos farmacéuticos en nuestro país.

En ese sentido, la publicidad de medicamentos y/o productos farmacéuticos en general tiene muchas aristas ya que, al tratarse de productos elaborados para el consumo humano, dentro del ámbito de salud, hay un deber de tener la máxima precaución con la información que se comparte para publicitarla en el mercado.

Como menciona Alex Sosa, “(...) no son pocos los casos en los que se busca reducir y prohibir la publicidad de determinados productos con el objetivo de

reducir o eliminar el costo social que podría generar (...). Ese es el caso de la publicidad de productos farmacéuticos, la cual se encuentra sujeta a importantes restricciones para la difusión de su publicidad y a una prohibición expresa de difusión publicitaria a los productos que estén sujetos a venta con receta médica" (2021, p. 84) (subrayado es nuestro).

Dicho de otra manera, cuando hablamos de publicidad de medicamentos existe una máxima diligencia por parte de las empresas farmacéuticas a la hora de realizar la venta de los mismos. Lo importante en ello, como bien menciona el autor, es que cualquier información errónea o inexacta puede significar el costo de la salud de los consumidores, lo que colisiona con su derecho a la salud.

En línea con lo anterior, a fin de realizar la evaluación sobre los casos que se presentaron en el marco del COVID-19, como normas clave tenemos la **Ley N° 29459 - Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios (LPFDP)**, así como el **Decreto Supremo N° 016-2011-SA - Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (RCVSPDP)**. Ambos cuerpos normativos hacen referencia al control publicitario en el mercado de este tipo de productos.

Es así que, en la LPFDP se menciona que solo podrán publicitarse a través de medios de alcance general productos farmacéuticos que se encuentren autorizados para su venta sin receta médica. Caso contrario, la publicidad de medicamentos con receta médica no pueden llegar al alcance del consumidor, sino únicamente al personal de salud que se encargará de recetarlos, considerando su expertiz en el tema.

Por otro lado, en el artículo 194° del RCVSPDP, se señala la información que debe contener la publicidad sobre este tipo de medicamentos (principales precauciones, advertencias, entre otros). Asimismo, en el artículo 195° se indica la prohibición mencionada en el párrafo anterior, siendo que para el presente artículo nos enfocaremos en los productos farmacéuticos que deben ser adquiridos con receta médica.

Igualmente, otra disposición importante del RCVSPDP es el establecido en el artículo 198°, en el cual se indica que la Autoridad Nacional de Productos

Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios será el ente encargado de realizar la denuncia informativa ante el INDECOPI, respecto a las infracciones que correspondan a las normas de promoción y publicidad tanto de la ley, como de dicho reglamento. Volveremos a este punto más adelante, para contrastar si es que se condice con la realidad.

Ahora bien, teniendo en claro regulación normativa del sector, debemos analizar regulación general sobre publicidad establecida en el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal (LRCD). En dicha norma se menciona, entre otras, dos modalidades de actos de competencia desleal: los actos de engaño, así como actos contra el principio de legalidad. En este primer apartado nos referiremos a los actos de engaño. Respecto al último, procederemos con el análisis y desarrollo en el segundo capítulo.

Nuestra legislación en competencia desleal contempla lo que conocemos como actos de engaño en su artículo 8°. Dicha disposición establece que un acto de engaño será aquél que pueda inducir a error a los consumidores respecto de cualquier característica de un producto o servicio en particular. En otras palabras, debido a ese “error”, el consumidor va a adquirir dicho producto y/o servicio pensando que tiene ciertas características cuando en realidad no es así. Esa inducción a error se dará bajo el pleno conocimiento del agente económico que pone en venta el producto/servicio respecto de un mercado en específico.

Entonces, bajo lo mencionado anteriormente, un acto de engaño se configurará en cualquier tipo de acción que pueda inducir a error a los consumidores respecto de un determinado bien. En ese sentido, “(...) 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 falsas expectativas que podrían generarse respecto a las condiciones del producto o servicio anunciado.” (INDECOPI 2022, p.14)

Debemos hacer énfasis en las falsas expectativas que se le pueden generar al consumidor respecto a la información que se le brinda sobre determinado producto, ya que dicha información distorsionará la buena fe empresarial que debe regir en el mercado. Y, no solo eso, sino que juega un rol importante en la

toma de decisiones de los consumidores al momento de comprar o contratar un producto/servicio.

Así también, el numeral 3 del artículo 8º de la LRCD dispone que la carga de la prueba corresponderá al anunciante. Dicho deber se compone de una doble finalidad: (i) el anunciante tiene la obligación de tener las pruebas que acrediten la información a publicitar, las mismas que deben mostrarse si la autoridad las requiere y (ii) dar seguridad a los consumidores, demostrando que tienen las pruebas necesarias que sustentan los mensajes de su publicidad, para generar confianza y transparencia en el mercado (INDECOPI 2022, p. 14).

Asimismo, en caso de actos de engaño debemos tener presente el artículo 21º de la LRCD, sobre la interpretación de la publicidad. Esto es que, al analizar la publicidad debemos hacerla como parte de un todo, considerando las palabras, números, presentaciones visuales y demás características que la compongan.

Ello quiere decir que se debe (i) realizar un análisis superficial e integral de toda la publicidad para obtener el mensaje que se ha querido transmitir a través del mismo y (ii) cuando se tenga dicho mensaje debe corroborarse si corresponde con la realidad. En caso de que el mensaje que se obtenga no se condice con la realidad, sabremos que se está induciendo a error a los consumidores sobre determinado bien y/o servicio (INDECOPI 2021, p.11).

Ahora bien, debemos tener en cuenta que al cometer un acto de engaño se está vulnerando el principio de veracidad, el cual será únicamente aplicable a la publicidad de carácter objetivo y no subjetivo, ya que sobre estos últimos no existe facilidad probatoria y los consumidores suelen considerarlos como simples opiniones emitidas por el agente económico. (Sosa 2018, p. 36)

Considerando todo lo antes mencionado, y con la finalidad de responder la interrogante del siguiente apartado, será necesario que realicemos un análisis y aplicación de lo antes mencionado en la publicidad de uno de los medicamentos, los cuales fueron publicitados como “preventivos” frente al COVID-19.

Así pues, en el caso de la Resolución 0095-2022/SDC-INDECOPI, la empresa O&P Farmaindustrias S.A.C. publicitó en su página web, redes sociales como Instagram y a través de distintos influencers conocidos su producto llamado

“ISOPROL”, un alcohol que alegaba tener propiedades que eliminaban todo tipo de virus y bacterias, que podía usarse para limpiar alimentos, dando la seguridad que dentro de todo tipo de virus y bacterias se encontraba el virus que causa el COVID19 (INDECOPI 2022, p. 3).

No obstante, al realizar el análisis superficial e integral, obtenemos como mensaje de la publicidad que, en efecto, dicho alcohol elimina todo tipo de virus y bacterias. Sin embargo, al momento de mostrar acreditar dicha afirmación, en la misma resolución se indica que no existe sustento científico, por lo cual estaríamos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño. (INDECOPI 2022, p. 32)

I.2. ¿La publicidad de medicamentos “curativos” y/o “preventivos” contra el COVID-19 es un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño?

Con relación a lo anterior, frente la publicidad en el caso de los medicamentos y/o productos farmacéuticos en general, existe mucha más cautela sobre su presentación, promoción y venta a los consumidores. Sin embargo, no todos los agentes económicos son honestos y cumplen con las disposiciones correspondientes, siendo la pandemia originada por el COVID-19 el escenario ideal para poder publicitar medicamentos que “curan” o “previenen” dicha enfermedad, tomando como elemento clave el miedo y la desesperación que las personas tenían respecto de la misma.

Tan solo en abril del 2020, a un mes de iniciada la pandemia en esta parte del mundo, INDECOPI se encontraba fiscalizando proveedores que promocionaban productos que aseguraban ser preventivas y/o terapéuticos en contra del COVID-19, siendo algunos de ellos los siguientes: “Retroviral Virus Corona Covid Tratamiento”, “Tratamiento Internacional Virus Corona Covid” y “Corona Virus Ndp Desinfectante Del Hogar”. (INDECOPI 2020)

¿Cuál era la base científica para promocionar todos los medicamentos mencionados anteriormente, si nos encontrábamos a inicios de una pandemia, en donde todo lo relacionado a dicha enfermedad era totalmente incierto? La respuesta a esta interrogante es que no existía ninguna, tan solo incertidumbre, incluso por parte de la misma Organización Mundial de la Salud (OMS).

Si bien al día de hoy contamos con una vacuna que sirve como protección -más no como fármaco preventivo ni con propiedades curativas ya que la enfermedad se puede presentar-, tanto en los inicios de la pandemia, como ahora, no existe en el mercado ningún tipo de medicamento que logre curar el COVID-19. Cualquier agente económico que venda medicamentos bajo dicha premisa estaría incurriendo en un acto de engaño.

Durante los años 2020 y 2021, INDECOPI publicó distintas resoluciones respecto a la publicidad engañosa de este tipo de medicamentos, que eran promocionados como la “cura” para dicha enfermedad. Un ejemplo de ello sucedió en el año 2020, a tan solo unos meses de haberse iniciado la pandemia. INDECOPI se pronunció respecto al famoso “Dióxido de cloro”, el cual era presentado como medicamento que te curaba si tenías COVID-19.

Sobre dicho fármaco, el mismo se encontraba siendo promocionado como un medicamento/tratamiento para curar distintas enfermedades, siendo una de ellas el COVID-19. Sin embargo, ya se había advertido que el Dióxido de cloro era peligroso y riesgoso para la salud de los consumidores, y, para agravar aún más la situación, no contaba con el registro sanitario correspondiente para ser comercializado. (INDECOPI 2020, p. 2)

Así como sucedió con el Dióxido de cloro, sucedió con la ivermectina. Muchos médicos llegaron a recetar a modo de “prueba” dicho medicamento, y, por otro lado, habían muchas otras personas que se automedicaban con el mismo, en base a lo que leían en Internet y redes sociales, o lo que oían de personas cercanas.

Dentro de las afirmaciones publicitarias usadas para promover la compra del Dióxido de cloro se encontraban las siguientes:

“(…) Una posible solución potencialmente **segura y efectiva para superar el Covid 19 y otras futuras pandemias**”; y, “El Dióxido de Cloro es posiblemente el mayor descubrimiento en beneficio de la salud de las personas en los últimos 100 años. Un potente anti patógeno. Un conocido antiviral. Un alcalinizante del cuerpo. Su uso es permitido por la Agencia de Medicamentos de la Unión Europea y es usado en varios países del mundo, incluyendo España como potabilizador del agua de consumo de

la población. Además, goza de múltiples patentes mundiales como tratamiento curativo. Creemos en la denominada 'Soberanía de la Salud', donde cada persona puede elegir como tratarse y/o curarse de su enfermedad, sin la intervención del estado o intereses económicos y corporativo. (...)" (INDECOPI 2020, p. 2) (resaltado es nuestro)

Entonces, el origen de toda esta publicidad engañosa tiene como origen la enorme falta de información y la negligencia de los agentes económicos que se aprovecharon de la incertidumbre y zozobra de la población en general. Como bien podemos apreciar, afirmar que un producto tiene propiedades para superar el COVID-19, en el contexto en el que nos encontramos a inicios de pandemia, sin contar con sustento que pruebe ello, es sumamente peligroso, considerando que es un producto que va a tener incidencia directa en la salud de las personas (consumidores).

Ahora bien, a propósito del producto de Dióxido de cloro, ya que existen otros casos como el del "spray" milagroso, ¿por qué particularmente nos afirmamos que nos encontramos ante un acto de engaño? De acuerdo a lo mencionado en el apartado anterior, un acto de engaño se presenta cuando existe un efecto real o potencial de poder inducir a error a los consumidores respecto de un producto y/o servicio. En otras palabras, no es necesaria que haya una afectación como tal, sino únicamente la posibilidad de que dicha publicidad genere una impresión totalmente distinta de lo que es hacia los consumidores

Pero, ¿cómo es que realizamos una evaluación para llegar a dicha conclusión? Como ya hemos mencionados, través de un análisis superficial e integral de la publicidad. Otro ejemplo -además del que ya mencionamos-, en el caso del Dióxido de cloro, Mediline (agente económico encargado de la promoción de este producto), realizaba afirmaciones en las que dejaba entrever que dicho producto tiene componentes y propiedades capaces de curar el Covid-19.

Tal como menciona INDECOPI,

"(...) el mensaje cuestionado sí tiene carácter objetivo y, por lo tanto, se encuentra sujeto al principio de veracidad. Por ello, conforme a lo señalado por el numeral 8.4 del artículo 8º de la Ley de Represión de la

Competencia Desleal, en el presente caso corresponde a a la Comisión analizar si, a la fecha de la difusión de las imágenes cuestionadas, la imputada contaba con las pruebas idóneas que sustentaban la veracidad del mensaje anunciado. (...)” (INDECOPI 2020, p. 9)

En ese sentido, las afirmaciones objetivas hechas por un anunciante deben comprobarse con la realidad, de tal manera que los consumidores sepan lo que el producto/servicio que están adquiriendo, cumplen la función que desean. De lo contrario, el anunciante estaría induciendo a error a los consumidores, para generar una ventaja económica, contraria al principio de competencia por eficiencia, a costa de la salud de los consumidores, lo que agrava la situación. (INDECOPI 2022, p. 14)

Entonces, considerando que, si en la publicidad respecto de productos que “curan” el COVID-19 se realizan afirmaciones que tiene componente objetivo, es preciso verificar si estas son verdades o, por el contrario, infringen el principio de veracidad. En concreto, de acuerdo al artículo 8.3º y 8.4º de la LRCD, la carga de la prueba respecto a la veracidad de las afirmaciones alegadas siempre va a corresponder al anunciante, siendo que debe contar con las pruebas de la publicidad de manera previa, ya que finalmente es un producto que ha elaborado.

Así pues, valiéndonos del caso del Dióxido de cloro, la empresa que publicitaba dicho medicamento no contaba con pruebas que sustenten las afirmaciones hechas hacia el público consumidor. Ello se agudizaba aún más considerando las siguientes dos aristas: (i) durante los inicios de la pandemia se especificó que **no existía ningún tipo de producto**, medicamento y/o tratamiento que **curará o previniera el COVID-19** y (ii) la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) había advertido sobre las **consecuencias del consumo de Dióxido de cloro**.

Siendo ello así, ¿por qué se seguía recetando o las personas seguían automedicando? Si bien la falta de información jugaba un papel clave, la cultura de consumo también tiene incidencia en ello. Los consumidores muchas veces nos dejamos guiar por “testimonios” o cualquier otro tipo de

información, que no tiene ninguna fuente fidedigna o científica porque no estamos acostumbrados a ello.

En ese sentido, considerando dichas aristas, es fácil concluir que al no contar con las pruebas para probar las afirmaciones respecto a dicho producto, su supuestas propiedades curativas eran inexistentes. Es por ello que,

“(…) el mensaje cuestionado materia de imputación no ha sido acreditado por la imputada, la Digemid ha enfatizado que este producto o cualquier otro que contenga este compuesto, no cuenta con la evidencia científica que sustente su calidad, eficacia y seguridad para su uso en seres humanos, siendo ilegal su promoción; por lo que, este Colegiado acredita que el mensaje cuestionado sí induce a error a los consumidores respecto de las propiedades del producto (…)” (INDECOPI 2020, p. 10) (subrayado es nuestro)

Asimismo, otro caso relevante es el producto que ya hemos mencionado anteriormente, conocido como “ISOPROL – Alcohol isopropílico en aerosol” por distintos influencers a través de sus redes sociales. Según la publicidad realizada de este producto, por parte de los creadores de contenido en redes sociales dicho producto puede eliminar **cualquier tipo** de virus y bacterias, incluyendo el virus del COVID-19.

En efecto, hoy en día sabemos el nivel de influencia que tienen las redes sociales en nuestras vidas, específicamente en nuestras decisiones respecto a la compra de distintos productos o servicios. De ahí que, los llamados “influencers” realizan el tipo de publicidad conocida como testimonial, y con ello deviene en una enorme responsabilidad, ya que sus seguidores basan sus decisiones de compra considerando el “review” que haga el influencer de algún producto y/o servicio.

Al encontrarnos en una situación sumamente peculiar, como es la salud de las personas y la pandemia del COVID19, ¿los influencers son las personas más adecuadas para dar publicitar “medicamentos milagrosos” en plataformas como Instagram, TikTok, entre otros? La respuesta la podemos encontrar en la Guía de Publicidad para Influencers, elaborada por el INDECOPI.

En dicha Guía se deja expresamente establecido que no se permite la publicidad respecto de cualquier tipo de producto farmacéutico bajo receta médica. La publicidad únicamente debe estar dirigida a los profesionales de salud. Por otro lado, respecto de medicamentos que no requieran receta médica, la Autoridad menciona que es obligación indicar de manera clara y precisa todas las advertencias y precauciones, y que no se debe exagerar ni hablar de manera general respecto a sus propiedades. (INDECOPI 2019, p.23)

Lo anterior es simplemente una referencia a las disposiciones de la LPFDP. Sin embargo, hemos visto que en casos como el del ISOPOTROL, no existe diligencia alguna por parte de los influencers de publicitar el producto sin realizar exageraciones sobre las propiedades de los mismos, claro está, tomando en cuenta lo que el agente económico les indique.

Sobre el caso particular, concuerdo con la decisión de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en el extremo que, considerando el contexto de pandemia en el que nos encontramos, “(...) no desvirtúa que la publicidad haya hecho referencia a una característica relevante del producto vinculada a que eliminaría todo tipo de virus y bacterias, el cual también es un mensaje apto para incidir en la decisión de consumo de los consumidor.” (INDECOPI 2022, p. 17)

En línea con el párrafo anterior, debemos acotar también que realizar actos de engaño no solo produce una afectación a los consumidores, sino también a los agentes económicos del mercado que compiten de manera leal. En ese sentido, los proveedores del ISOPROTOL o el Dióxido de cloro están obteniendo una ventaja económica ilícita en el mercado, en base a la inducción a error hacia los consumidores. (Bullard y Patrón 1999, p. 443)

Otra gran interrogativa en este tipo de situaciones es la siguiente: ¿cómo perjudicial resulta la publicidad engañosa respecto de productos/medicamentos, específicamente los relacionados con propiedades curativas o preventivas del COVID-19? Basta ver lo sucedido con el caso del “Oxycotin” y Purdue Pharma para obtener un panorama desolador. Si bien

son sobre distintos fármacos, muchas veces el resultado es el mismo, daños irreparables a la salud o la muerte.

II. ¿La publicidad de medicamentos que “curan” el COVID-19 también puede ser considerados como una infracción al principio de legalidad?

Ahora bien, es pertinente también mencionar la relación de la publicidad de productos farmacéuticos y el principio de legalidad, establecido en la LRCD, partiendo desde el punto de que los medicamentos para el tratamiento del COVID-19 deben ser expedidos a través de receta médica, considerando la enfermedad de la que estamos hablando y los mismos que no pueden ser publicitados por dicha condición.

II.1 El principio de legalidad en la competencia desleal

El principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 17° de la LRCD, estipulando que serán actos en contra de dicho principio aquellos que difundan publicidad que no respeten las normas imperativas del ordenamiento jurídico relacionadas a la actividad publicitaria. En ese sentido, se menciona también que cualquier acto que infrinja una observancia a cualquier disposición sectorial también será una vulneración a dicho principio.

En esa línea, concuerdo con lo desarrollado INDECOPI, en tanto

“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.” (INDECOPI 2020, p. 4) (subrayado es nuestro)

La base de toda restricción a la publicidad que pueda incidir en la esfera del consumidor es el bienestar social, específicamente la salud. Pero, ¿cuál son dichas restricciones que establece el ordenamiento jurídico para el control publicitario respecto de ciertos producto y/o servicios? Como mencionamos en el apartado anterior, para el caso de productos farmacéuticos, se deben

observar las siguientes disposiciones: Ley N° 29459 - Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios (LPFDP); y Decreto Supremo N° 016-2011-SA - Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (RCVSPDP).

Ahora bien, la LPFDP establece explícitamente que la publicidad respecto de medicamentos o cualquier otro producto/dispositivo médico autorizado para venta bajo receta médica debe estar dirigida **exclusivamente** (énfasis en dicha palabra) a los profesionales que lo prescriban y lo vendan. En ese sentido, INDECOPI ha resuelto en casos en donde hubo publicidad que debió estar dirigida hacia el personal médico, pero finalmente también estuvo expuesto y al alcance de los consumidores. (INDECOPI 2020, p. 5)

En esa línea, la interpretación del colegiado es que “(...) dicho dispositivo en el sentido de que, los medios utilizados para su difusión, la información contenida y los elementos propios del diseño de la publicidad de este tipo de productos, deben estar dirigidos **únicamente** a los referidos profesionales y con la finalidad de promover que éstos prescriban o dispensen los medicamentos que se anuncia.” (INDECOPI 2020, p. 6)

Así pues, a eso nos referimos también cuando mencionamos el efecto real o potencial que puede causar la publicidad en estos casos. No significa que necesariamente tiene o debe causarse un daño, sino que con el simple hecho de exponerlo ante los consumidores ya existe una infracción a las normativas de competencia desleal y publicidad de fármacos.

II.2. La publicidad de productos farmacéuticos “curativos” para el COVID19 vs. la prohibición de hacer publicidad de medicamentos con receta médica

Ahora bien, ¿qué sucedió en el caso de los medicamentos que afirmaban ser preventivos o curativos para el coronavirus? Al ser una enfermedad totalmente desconocida en el 2020, con distintos síntomas que llegaban a

causar la muerte, saber que medicamentos correspondían ser recetados solo podían ser prescrito por el personal de salud con conocimiento y expertiz, incluso frente al desconocimiento de esta enfermedad.

Sin embargo, lo que realmente sucedió fue que la publicidad e información que se realizó sobre estos productos -que eran productos con gran contenido de falsa información- estaban siendo accesibles no solo a los profesionales de salud, sino también a los consumidores, personas que nos encontramos en una posición desventajosa por no tener conocimientos profesionales en salud. En ese sentido, dicha acción constituye un agravio mucho mayor, considerando la infracción al principio de veracidad que hemos analizado y desarrollado en el capítulo anterior.

Igualmente, es importante volver a mencionar que la forma de publicitar estos medicamentos muchas veces se han dado a través de personas que tienen un gran número de seguidores en las redes sociales, más conocidas como influencers. Los influencers son personas que “(...) a través del contenido que publica en sus redes sociales y/o plataformas digitales genera credibilidad y confianza sobre su audiencia, respecto de un tema determinado. (...)” (Jaramillo 2021, p.4)

En ese sentido, los influencers, al tener un alcance exponencial, pueden generar que todos sus seguidores consuman cierto producto y/o servicio, ya que tienen como referencia la experiencia y confianza de dicha persona. No obstante, cuando estamos ante casos en donde existe una prohibición expresa de una norma sectorial, realizar el tipo de publicidad de los influencers, en redes sociales, donde cualquier persona puede visualizar el contenido, solo aumenta la gravedad en el asunto.

Como hemos mencionado, muchos influencers peruanos estuvieron promocionando unas “gotas milagrosas” que “prevenían” el COVID19. Si bien existían muchas personas que no creían en la atribución que alegaban, otras sí creían que dicho producto podía prevenirles la enfermedad, a través de la eliminación de todo tipo de virus y bacterias. La particularidad del asunto es que, de cualquier forma, la publicidad de ese producto farmacéutico estuvo al alcance de los consumidores en general. Como

mencionamos anteriormente, los consumidores suelen tomar sus decisiones en base a la experiencia de los creadores de contenido.

La consecuencia de infringir el principio de legalidad en estos casos cobra una mayor preocupación, en tanto estamos hablando de productos que van a consumirse y se encuentran relacionados a la salud de los consumidores. Por ello, existe un riesgo exponencial de la vida de muchos de ellos, como sucedió con los casos en los cuales los consumidores adquirieron Dióxido de cloro, o todas aquellas personas que se volvieron adictas al Oxycotin.

Si bien INDECOPI ha resuelto casos en los cuales se ha infringido el principio de veracidad en el sector de publicidad de productos farmacéuticos, específicamente sobre productos relacionados al COVID19, no se han desarrollado muchos casos en donde se encuentra en evaluación una posible infracción al principio de legalidad. Sería importante que se analice ello y las consecuencias altamente perjudiciales que constituyen dichos actos para con la salud de los consumidores, remitiendonos a la norma sectorial.

Por otro lado, considero conveniente referirnos al papel del Ministerio de Salud y la vigilancia sectorial respecto de la publicidad de medicamentos y cualquier otro tipo de fármaco, más en el contexto de una pandemia como en la que aún nos encontramos. Es menester de dicha cartera del gobierno prestar atención a la información que se proporciona a las personas.

La desinformación respecto a los medicamentos para tratar el COVID19 durante el 2020 y el 2021 fue inaudita. Muchos médicos, enfermeras, entre otros personales de salud, trataban o recetaban a los pacientes la famosa ivermectina, aún cuando se había dejado claro que no habían bases ni estudios científicos que probarán efectividad alguna contra el COVID-19

Si el mismo sector de salud, los colegios médicos, de enfermeros, etc., no cumplen con su parte de realizar campañas para informar debidamente, fiscalizar a cualquier agente económico que incurra en estas prácticas ¿cómo pretendemos que no haya publicidad engañosa sobre productos que finalmente van a ser consumidos, inciendo en la salud de muchos?

La tarea que tiene el Ministerio de Salud es realizar las fiscalizaciones correspondientes, así como valerse de la Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, para presentar las denuncias informas a INDECOPI, y que esta autoridad se encargue de imponer las sanciones correspondientes por infracciones de acuerdo a las competencias que le otorga la ley.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La publicidad de medicamentos que afirman que son preventivos o curativos para el COVID-19 constituyen un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, en tanto inducen a error a los consumidores sobre las supuestas propiedades curativas, llevándolos a adquirir los mismos, lo que puede causarle daños irreparables a su salud.
- La publicidad engañosa de medicamentos contra el COVID-19 también pueden constituir una infracción al principio de legalidad, en tanto hay una vulneración a los alcances de la publicidad de medicamentos, establecidos en la norma sectorial correspondiente a los productos farmacéuticos.
- A modo de campaña de prevención, es importante que el Ministerio de Salud y sus entes, en conjunto con INDECOPI realicen campañas de publicidad e información de medicamentos, dirigido a los agentes económicos y a los consumidores. Ello puede evitar que casos como los mencionados en el presente trabajo vuelvan a presentarse, siendo los consumidores los más perjudicados.

BIBLIOGRAFÍA

Bullard, A., Patrón, C. (1999) El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la Competencia Desleal. *Themis*. p. 443.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10442/10907>

Congreso de la República del Perú (2008). Decreto Legislativo N° 1044. Ley de Represión de Competencia Desleal. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967537>

Congreso de la República del Perú. Ley N° 29459. Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios.

Indecopi. (2019) Guía de Publicidad para Influencers. p. 23
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42>

Indecopi. (2021) Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. p. 11. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7793>

Jaramillo, S. (2021) Publicidad comercial a través de influenciadores. Posibles conductas que constituyan publicidad engañosa a través de sus redes sociales y/o plataformas digitales. p. 4.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/53593/24581.pdf?sequence=1>

Sosa, A. (2021). Regulación de publicidad de productos farmacéuticos en Perú, *Revista Científica en Ciencias Sociales*. p. 84
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8270505.pdf>

Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Foro Jurídico*. p. 36.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22137/21476>

Resolución N° 134-2020/CCD-INDECOPI (2020). INDECOPI. p. 2, 9 y 10.

Resolución N° 0095-2022/SDC-INDECOPI (2022). INDECOPI. p. 3,14, 17, 32.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/08/Resolucion-0095-2022-SDC-Indecopi-LPDerecho.pdf>

Resolución N° 005-2020/CCD-INDECOPI (2020). INDECOPI. p. 4.

