

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor**

**¿LOS INFLUENCERS DEBEN SER RESPONSABLES POR INFRACCIONES
AL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD?**

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

Autora:

Mayra Alessandra Quevedo Yparraguirre

Asesor:

Alex Ever Sosa Huapaya

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, SOSA HUAPAYA, ALEX EVER, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “¿LOS INFLUENCERS DEBEN SER RESPONSABLES POR INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD?” de la autora QUEVEDO YPARRAGUIRRE, MAYRA ALESSANDRA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 01 de marzo de 2023

<u>SOSA HUAPAYA, ALEX EVER</u>	
DNI: 41349445	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0003-2122-3329	

RESUMEN:

Al hacer un análisis exhaustivo a la Guía de Publicidad para Influencers, publicada en el año 2019 por el Indecopi, encontramos que existen deficiencias al asignarle responsabilidades a los mismos. En efecto, en la Guía de Publicidad para Influencers se establece expresamente que, estos van a ser responsables por el incumplimiento de lo establecido tanto en normas de difusión (principio de legalidad) como por la vulneración al principio de autenticidad, regulados en la Ley de Represión de competencia Desleal.

No obstante lo anteriormente expuesto, la autora considera que, los Influencers serán responsables por vulnerar el principio de autenticidad solo si actúan como anunciantes, al no especificar que se trata de publicidad o al realizar publicidad en la que el consumidor no pueda advertir que lo publicitado y/o sugerido se trate efectivamente de publicidad. Por consiguiente, si actúan como medio de comunicación o agencia de publicidad no serán responsables por vulnerar el principio de autenticidad, sino la asignación de responsabilidad se hará al margen de la ley, según corresponda.

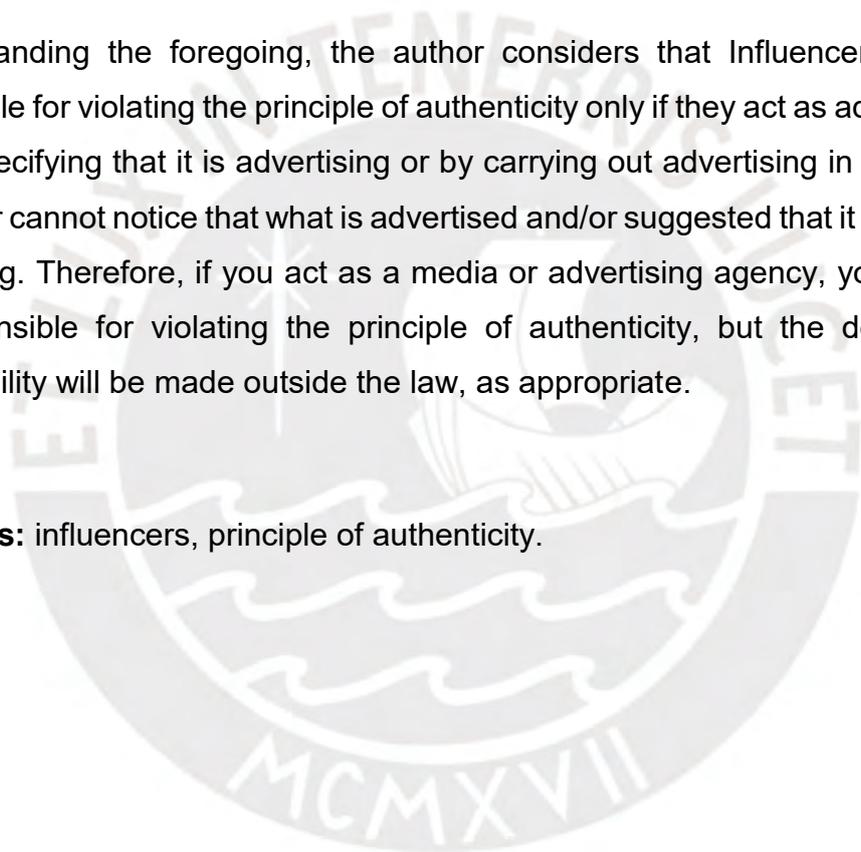
Palabras clave: influencers, principio de autenticidad.

ABSTRACT:

When making an exhaustive analysis of the Advertising Guide for Influencers, published in 2019 by Indecopi, we found that there are deficiencies when assigning responsibilities to them. In fact, the Advertising Guide for Influencers expressly establishes that they will be responsible for breaching the provisions of both dissemination regulations (principle of legality) and for breaching the principle of authenticity, regulated by the Law on Suppression of unfair competition.

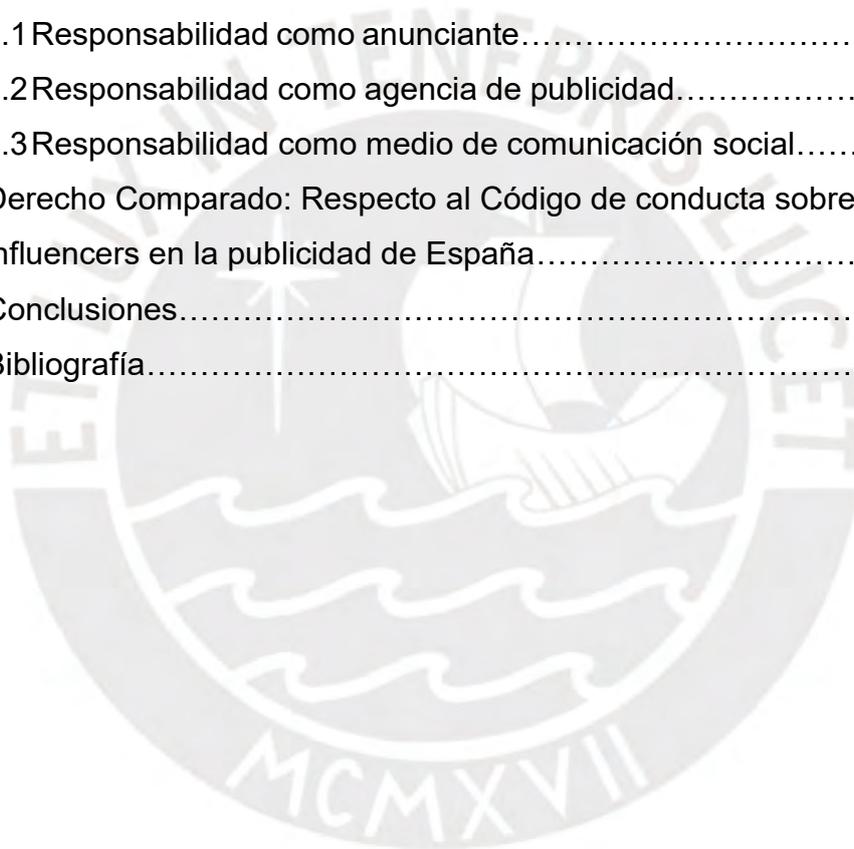
Notwithstanding the foregoing, the author considers that Influencers will be responsible for violating the principle of authenticity only if they act as advertisers, by not specifying that it is advertising or by carrying out advertising in which the consumer cannot notice that what is advertised and/or suggested that it is actually advertising. Therefore, if you act as a media or advertising agency, you will not be responsible for violating the principle of authenticity, but the defense of responsibility will be made outside the law, as appropriate.

Keywords: influencers, principle of authenticity.



ÍNDICE:

1. Introducción.....	1
2. Los influencers y la publicidad comercial.....	3
2.1 Definición de Influencers.....	3
2.2 Publicidad testimonial.....	7
2.3 Principio de autenticidad.....	15
2.4 La publicidad comercial y su regulación en la LRCD.....	18
3. Responsabilidad de los influencers en el contenido de la publicidad...20	
3.1 Responsabilidad como anunciante.....	21
3.2 Responsabilidad como agencia de publicidad.....	23
3.3 Responsabilidad como medio de comunicación social.....	24
4. Derecho Comparado: Respecto al Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad de España.....	27
5. Conclusiones.....	29
6. Bibliografía.....	31



1. INTRODUCCIÓN:

Imaginemos por un momento ¿qué sería de nuestra vida sin publicidad? Sin ser extremistas, es posible afirmar que es prácticamente imposible imaginarnos una vida sin ella; ello pues, la publicidad está presente en todos los aspectos de nuestra vida, en un panel, en un comercial de radio o televisión, en medios digitales e incluso en una simple conversación sostenida con un grupo de amigos.

La publicidad comercial es de vital importancia para proveedores y consumidores. Por un lado, para los proveedores porque permiten dar a conocer sus productos y servicios, la calidad de los mismos, pero, sobre todo, porque es uno de los mejores métodos persuasivos que existe para la venta de bienes y servicios. Por el otro, para los consumidores, pues transmite información relevante sobre bienes y servicios y permite tomar una elección de consumo razonable e informada.

Al reconocer su importancia y su impacto en el mercado, los proveedores con el paso del tiempo han buscado métodos cada vez más eficientes e innovadores para captar la atención de sus plausibles clientes; es así que, en la última década, han pasado de realizar publicidad por medios tradicionales como radio, periódico o televisión a realizar publicidad por plataformas como Youtube o redes sociales como Facebook, Instagram, Tik Tok, entre otros.

El auge de las redes sociales, sumado a la búsqueda de estrategias innovadoras de publicidad ha traído como consecuencia el empleo no solo de nuevos medios de difusión para realizar publicidad, sino también el empleo de “nuevos” agentes de difusión de la publicidad y un claro ejemplo de ello son los “influencers”.

Según un estudio realizado por la agencia Influency en el año 2020, hay aproximadamente 73000 influencers en nuestro país realizando publicidad en las diversas redes sociales existentes (PPU, 2021). Es ante ello que corresponde preguntarse ¿realmente los influencers son “nuevos” agentes de promoción de la publicidad?

Es anteriormente expuesto que mediante el presente artículo abordaremos y dilucidaremos la interrogante relativa a si los influencers deben ser responsables por infracciones al principio de autenticidad tal y como lo establece la Guía para Influencers publicada por el Indecopi en todas las formas en las que se presentan en el mercado; es decir, cuando actúen como anunciantes, medios de comunicación social o agencias de publicidad.

Con el fin de lograr nuestro objetivo, partiremos de la hipótesis de que los influencers, a diferencia de lo establecido en la Guía para Influencers, publicada por el Indecopi, no deben ser responsables por la vulneración al principio de autenticidad, cuando actúen como medios de comunicación o agencias de publicidad; solo, deben ser responsables por la vulneración a dicho principio cuando actúen como anunciantes.

Es con motivo de ello que, en el primer capítulo del presente artículo jurídico emplearemos el método análisis síntesis, legislación comparada y casos emblemáticos del Indecopi a fin de elaborar un marco conceptual base y abordar de forma preliminar conceptos relevantes para nuestra investigación; posteriormente a ello, en el segundo capítulo, iniciaremos a abordar nuestro tema central y, en consecuencia a analizar el grado de responsabilidad que poseen los influencers en el contenido de la publicidad de acuerdo a como se presenten en el mercado; es decir, cuál es su responsabilidad si se presentan como anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación en el caso concreto. Finalmente, en el último capítulo, haremos referencia al Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad de España, a fin de tener un panorama más amplio de cómo se encuentran regulados los influencers en el país que sirvió de base e influencia de nuestra actual Ley de Represión de la Competencia Desleal.

2. LOS INFLUENCERS Y LA PUBLICIDAD COMERCIAL:

Abordar el tema de la publicidad comercial y su regulación en el Perú resulta un tema un poco amplio. Es por ello que, con el objetivo de desarrollar nuestro tema principal, relativo a si los influencers deberían ser responsables por infracciones al principio de autenticidad, en el presente capítulo desarrollaremos conceptos base y relevantes vinculados con el mismo, a fin de poseer un marco conceptual previo que nos permita abordar nuestro problema principal en el siguiente capítulo.

En ese sentido, en la presente sección, se partirá definiendo a los influencers; posteriormente a ello, definiremos ¿qué es publicidad testimonial? Y esclareceremos si este tipo de publicidad tienen algún tipo de vinculación con la publicidad que realizan los influencers. Luego, abordaremos el principio de autenticidad y dilucidaremos si es posible la vulneración de la misma por parte de los influencers para, finalmente, detallar ¿qué se entiende por publicidad comercial? y analizar si la publicidad realizada por los influencers califica como tal y, en consecuencia, debería aplicárseles la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

2.1 DEFINICIÓN DE INFLUENCERS:

El Indecopi dada la relevancia y el incremento del uso de influencers para desarrollar publicidad en el mercado ha considerado que es conveniente desarrollar una Guía de Publicidad para Influencers, en adelante la Guía, es así que en el numeral 1.3 los define como:

*“persona que cuenta con **cierta credibilidad sobre un tema determinado** y que, dada su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores, sin tener en consideración necesariamente el número de estos, puede convertirse en un **componente determinante** en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado”. (el énfasis es nuestro).*

Ahora bien, es posible que la definición del concepto de influencers recogida en la Guía haya sido planteada teniendo como referencia doctrina española, ello pues, tal y como ya es conocido, nuestra Ley de Represión de la Competencia Desleal tuvo una gran influencia de la Ley General de la Competencia Desleal de España. En ese sentido, en la doctrina española también han hecho esfuerzos por definir a estos líderes de opinión. Dicho ello Gómez Nieto (2017) define a los influencers como aquellos que “poseen **cierta credibilidad sobre un tema concreto** y que su presencia e influencia en las redes sociales hace que se convierta en un prescriptor idóneo de una marca determinada” (p.149). Por el otro, la Fundeu BBVA (2017) señala que se denomina como influencers a “**aquellas personas con conocimiento, prestigio y presencia en determinados ámbitos** en los que sus opiniones pueden influir en el comportamiento de otras muchas personas”.

No obstante, a pesar de lo sostenido por la doctrina española, consideramos que la definición brindada por el Indecopi posee dos grandes deficiencias.

- (i) La primera deficiencia gira en torno a afirmar que “**un influencer cuenta con cierta credibilidad sobre un tema**”. Respecto a ello sostenemos que, hay casos en los que, efectivamente, los proveedores para hacer publicidad de sus productos buscan personas expertas y/o con cierta credibilidad sobre el producto y/o servicio que están promocionando, tal y como es el caso de la empresa Nestlé, por ejemplo, que usó al Dr. Tomás Borda, más conocido como “Dr. Tv.” para promocionar su café en el año 2016 bajo el eslogan “Contagia tus buenos hábitos”. En efecto, al ser un médico no solo mediático, si no también colegiado, su imagen fue aprovechada por la empresa Nestlé, pues buscaban que los consumidores consideren que tiene cierta credibilidad sobre la salubridad de los productos que

promociona y los buenos hábitos que conlleva el consumo del mismo.

Sin embargo, ello no sucede en todos los casos, existen proveedores que no necesariamente, buscan personas con credibilidad sobre el producto que promocionan, si no que buscan a la persona más carismática e influyente en el mercado para que pueda incitar el consumo de sus productos. Y es que *“resulta controversial el asumir que todos los influencers cuentan con credibilidad sobre un tema determinado; pues, si lo entendemos de esa manera los celebrities estarían fuera de dicha definición. El uso que dichos personajes tienen en la publicidad no está ligado a su nivel de credibilidad o especialidad sobre el bien y servicio, si no a su fama”* (Sosa, 2022, p.111).

Lo descrito en el párrafo precedente se evidencia en la publicidad realizada por el jugador de futbol argentino Lionel Messi a papas Lays en el año 2016. Lionel Messi no es ingeniero de alimentos ni un hombre experto en el testeo de productos; sin embargo, al ser un jugador de futbol conocido a nivel mundial posee tanta influencia en los espectadores de dicha publicidad que puede lograr persuadir a los consumidores de snacks en el mercado; en consecuencia, ¿podría afirmarse que Lionel Messi no es influencer por el simple hecho de que no posee cierta credibilidad sobre el producto que promociona? Evidentemente no.

Es ante lo anteriormente expuesto que, coincidimos con lo expuesto por Sosa (2021) en cuanto lo que ha pretendido el Indecopi es tratar de realizar una nueva definición a una figura que nos ha acompañado desde que existe publicidad comercial: el uso de testigos en anuncios o publicidad

testimonial. La única diferencia con la clásica publicidad testimonial es que ya no estaría realizando la promoción de bienes y servicios mediante paneles o medios tradicionales como la radio o televisión, si no que ahora se realiza dicha publicidad testimonial mediante redes sociales; no obstante, ello es parte de la evolución de la sociedad y el uso de nuevas tecnologías, no es que sea necesaria una nueva conceptualización del mismo.

- (ii) La segunda deficiencia, gira en torno a afirmar que los influencers **“son un componente determinante en las decisiones de los consumidores”**. Respecto a ello, Solares (2022) sostiene que: *“es importante evaluar en que ocasiones usar influencers para promocionar un producto, pues **pueden** ayudar a posicionar una producto o servicio; sin embargo, la clave está no solo en encontrar al que está de moda, sino también al que represente los valores del público al que va dirigido el producto”*. Dicha idea es compartida por Mirada (2019) la cual considera que: *“hoy la opinión de un influencer **puede** afectar gravemente al mercado, o como mínimo, **puede** claramente afectar las decisiones de los agentes del mercado”*

En las citas contempladas en el párrafo precedente, hacemos énfasis en la palabra “puede” puesto que consideramos que, si bien el empleo de personajes famosos y con una gran cantidad de seguidores en redes sociales influencia y/o persuade a los consumidores a tomar sus decisiones de consumo, no es posible afirmar que dichos influencers “obliguen” a los consumidores a adquirir los productos que estos publicitan, incluso muchas veces los influencers no representan o tienen relación directa con el producto relacionado, entonces es mucho más fácil

identificar que se trata de publicidad y no de experiencias propias de los mismos.

Y es que tal y como sostiene Díaz- Valdez (2021) es importante preguntarse:

¿(...) Cómo haría el INDECOPI para determinar cuándo un influencer determinado efectivamente (a) ha influido en el comportamiento de sus seguidores a nivel general para ser catalogado como “influencer”; y (b) que la decisión de consumo del seguidor se ha dado por el hecho de haber sido influenciado por el influencer? (...)?” (p.164).

En ese sentido, podemos concluir que el influencer no en todos los casos posee credibilidad sobre el producto o servicio promocionado, ni mucho menos obliga a los consumidores a tomar decisiones de consumo, pues los consumidores se han vuelto más inteligentes y exigentes a la hora de defenderse de la publicidad (Gómez Nieto, 2018); los influencers sí persuaden a los consumidores, pero es parte de su función como herramienta publicitaria en el mercado; no los obligan ni coaccionan a tomar decisiones de consumo.

2.2 PUBLICIDAD TESTIMONIAL:

Tal y como hemos mencionado en el acápite precedente, consideramos que los influencers no son nuevos agentes de publicidad en el mercado, desde décadas atrás hemos visto como “personajes del momento” eran empleados para realizar publicidad comercial. Sin embargo, los influencers son más innovadores y utilizan nuevos medios de difusión, pues emplean las redes sociales para promocionar bienes y servicios; no obstante ello, consideramos que, lo que realizan es una forma “moderna” de publicidad testimonial.

La publicidad testimonial es un tipo de publicidad comercial regulada en el inciso j) del artículo 59 de la LRCD, el cual la define como:

“toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o ésta sea identificable por su fama o notoriedad pública”.

Y es que, en efecto, la publicidad testimonial no está prohibida e incluso se encuentra regulada en nuestro país; sin perjuicio de ello, lo que sí está prohibido es que mediante ella se vulnere lo establecido en la LRCD, se atente contra el principio de veracidad, y se configuren actos de engaño. En consecuencia, si los agentes económicos desean realizar publicidad testimonial en el Perú deben acreditar que dichas experiencias promocionadas sean auténticas y recientes de un testigo (artículo 8.2 LRCD).

Mediante diversas Resoluciones, el Indecopi ha tratado de definir qué se entiende por experiencias auténticas y recientes de un testigo. Por consiguiente, en el numeral 4 de la Resolución N°1566-2006/TDC-INDECOPI señala lo siguiente:

“Para que el testimonio sea auténtico en su emisión, debe responder a la experiencia real del testigo con el producto o servicio, lo que implica que éste haya probado o haya hecho uso del producto o servicio. Además, es necesario que dicha experiencia sea “reciente”. Un testimonio que en su oportunidad fue verdadero, pero que al momento de su difusión ya no tiene vigencia, no podría considerarse auténtico” (p.10).

Respecto a esto último, debemos hacer hincapié en que los anunciantes deben tener sumo cuidado al momento de acreditar

que la experiencia es autentica y reciente, ello pues la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi constantemente inicia procedimientos de oficio en su afán de velar por los intereses de los consumidores. Por consiguiente, diversas empresas ya han sido sancionadas por realizar actos de engaño mediante publicidad testimonial y en las cuales no han podido acreditar que el testigo ha vivido una experiencia única y autentica, un claro ejemplo de ello es Calanit S.A.C.

Mediante **Resolución N°0023-2017/SDC-INDECOPI**, el Indecopi sancionó con una multa de 19.50 UIT, equivalente a S/. 78 975 a la empresa Calanit por inducir a error a los consumidores respecto a las características del producto “Biocres Evolution”, ello pues la publicidad se afirmaba que dicho producto ayudaba a crecer el cabello y evitaba la caída del mismo; no obstante, no pudieron acreditar que el testigo empleado (Oscar Díaz) había vivido una experiencia autentica y reciente, pues presentaron únicamente una declaración jurada firmada por el testigo, medio probatorio que actualmente el Indecopi considera como insuficiente y, en consecuencia, es meritorio de una sanción para el anunciante (el cual posee la carga probatoria), y no para el testigo (en el caso concreto, Oscar Díaz), acorde a lo establecido en el artículo 23° de la LRCD.

En adición a lo antes dicho, otro punto relevante respecto a la publicidad testimonial gira en torno a que en los últimos años si bien el Indecopi ha emitido Resoluciones relativas a publicidad testimonial, en el caso aludido con anterioridad, ni en ninguno de los casos llevados hasta la actualidad se le ha asignado algún tipo de responsabilidad al testigo, ni siquiera en su precedente de observancia obligatoria tal y como se evidencia a continuación:

- **RESOLUCIÓN N°1566-2006/TDC-INDECOPI**

(PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA):

Procedimiento seguido por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles:

En el presente caso, Nextel denunció a Telefónica ante la Comisión de la Represión de la Competencia Desleal por incluir en su publicidad la frase *“Cámbiese a la RPM, el sistema de comunicación en red que, junto a la transmisión de datos de tercera generación, hará crecer su negocio. No lo decimos nosotros, lo dicen los grandes líderes: E.Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé, Plaza Vea, entre otras grandes empresas. Haga que su negocio crezca mucho más.”*

El caso fue elevado a Sala y esta determinó que el anuncio antes mencionado posee las características suficientes para ser considerado como publicidad testimonial, ello pues había declaraciones en la misma, distintas a la del anunciante, expresando opiniones sobre este. Y es en ese sentido que la Sala procedió a constatar que Telefónica haya acreditado que las declaraciones efectuadas por las empresas aludidas en la publicidad hayan sido realmente expresadas por las mismas.

El Precedente determinó dos niveles de análisis de la publicidad testimonial. (i) ¿es un testimonio auténtico y reciente? (ii) ¿el testimonio difundido, en el caso de afirmaciones de carácter objetivo, se ajusta al principio de veracidad.

Telefónica presentó como medios probatorios comunicaciones sostenidas con las empresas aludidas en su

publicidad; no obstante, la Sala consideró que ninguno de los testimonios emitidos por las empresas antes aludidas expresa lo consignado por Telefónica en su anuncio, es decir, que el uso de la RPM aumentó, de alguna forma, la productividad de dichas empresas. En consecuencia, el Indecopi sancionó a Telefónica una multa ascendente a 12 UITs, y le ordenó como medida complementaria el cese inmediato y definitivo del anuncio antes descrito; no obstante ello, no se le asignó ningún tipo de responsabilidad ni sanción a las empresas E.Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé ni Plaza Veja, supuestos testigos de la experiencia descrita en el anuncio.

**• RESOLUCIÓN N°210-2010/SC1- INDECOPI
(PROCEDIMIENTO DE OFICIO SEGUIDO CONTRA LA
SEÑORA IRIS CHUNGA RODRIGUEZ)**

En dicha Resolución se confirma la Resolución N° 392-2009/INDECOPI-PIU de primera instancia, en cuanto se halló responsable a la señora Iris Chunga Rodríguez por difundir publicidad testimonial promocionando un tratamiento para reducir de peso, afirmando que su paciente/ testigo: Mónica Cruz Manrique, bajo el tratamiento publicitado bajó 13.8 kilos en dos meses. No obstante, se aprecia que dicho resultado lo obtuvo 11 meses después de la publicidad, por lo que la anunciante, Iris Chunga, infringió el principio de veracidad y se le sanciona, solamente a ella, mas no a su testigo, con una multa de 1 UIT.

**• RESOLUCIÓN N° 0145-2012/SC1-INDECOPI
(PROCEDIMIENTO DE OFICIO SEGUIDO CONTRA
TÉCNICAS AMERICANAS DE ESTUDIO PARA PERÚ
S.A.)**

Mediante la presente resolución de Segunda Instancia si bien se confirma la Resolución de la Comisión de la Oficina Regional Del Indecopi en La Libertad en cuanto sancionó con 4 UITs a Técnicas Americanas de Estudio para Perú por haber cometido actos de engaño al afirmar que “100 Trujillanos candidatos al récord Guinness de lectura” y no acreditar la veracidad de dicha información. Se revoca la Resolución de Primera Instancia en cuanto la Sala consideró que Técnicas Americanas cumplió con acreditar que la frase “*Nosotros le enseñamos a convertirse en un excelente lector*”, referida por sus testigos Verónica Edith Álvarez Tinoco e Itala Valerie Sandoval Castillo en la publicidad testimonial eran veraces, así como auténticas y recientes al presentar pruebas que acreditan que las testigos mejoraron su velocidad y capacidad lectora significativamente. En el presente caso, al igual que al anterior antes referido, a lo largo de la Resolución, no se analizó la responsabilidad de los testigos empleados para realizar la publicidad encomendada por el anunciante, solo se analizó la responsabilidad del último de estos.

**• RESOLUCIÓN N°2004-2012/SC1-INDECOPI
(PROCEDIMIENTO DE OFICIO SEGUIDO CONTRA
QUALITY PRODUCTS S.A.)**

En el año 2010, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal inició un procedimiento de oficio contra Quality Products S.A. al haber realizado publicidad testimonial promocionando parches adelgazantes “Perfect Line” en la cual la señora Vanessa Navarro Durán, en calidad de testigo, afirmaba que dichos parches hicieron que adelgazara 4 kilos en la primera semana y 12 kilos durante el primer mes. No

obstante, la Secretaría Técnica de la Comisión, señaló que la imputada únicamente debía acreditar en el procedimiento si el testimonio era reciente, lo cual no quedó acreditado ya que el testimonio era basado en una experiencia del año 2011, pero la publicidad fue difundida en año 2009. La Secretaría Técnica omitió considerar que de manera previa Quality Prods también estaba obligada a acreditar la autenticidad de la experiencia, por lo que el procedimiento se declaró nulo. Sin embargo, no se analizó a lo largo de la misma la responsabilidad de la testigo, la señora Navarro, Indecopi únicamente se centró en determinar la responsabilidad del anunciante.

**• RESOLUCIÓN N°0055-2020/SDC-INDECOPI
(PROCEDIMIENTO DE OFICIO SEGUIDO CONTRA
ALIMENTOS Y SUPLEMENTOS HOMEOPÁTICOS
NUTRISA S.A.C.)**

Mediante la presente Resolución se confirma la Resolución de Primera Instancia en cuanto halló responsable a Suplementos Homeopáticos Nutrisa S.A.C. por difundir publicidad mediante la cual sus testigos afirmaban que el producto “Troya Triple Acción” previene la prostatitis, eyaculación precoz, impotencia sexual o disfunción eréctil y que contiene siete (7) componentes 100% naturales con propiedades regenerativas y antiinflamatorias y no contar el anunciante, previamente, con estudios y pruebas documentales que respalden que los testigos, en efecto, usaron el producto publicitado. Ello pues los testimonios de los señores Byron Vinicio Ortiz Espinoza y Raúl Olmedo Villalba presentados para acreditar la autenticidad de las experiencias eran de fecha posterior a la difusión de la

publicidad. En el presente caso el anunciante fue sancionado con 5UITs y a los testigos no se les halló responsabilidad alguna.

• RESOLUCIÓN 0046-2022/SDC-INDECOPI

(Procedimiento seguido por INSTITUTO DE CRIOPRESERVACIÓN Y TERAPIA CELULAR S.A.C. contra BANCO DE CORDÓN UMBILICAL DEL PERÚ S.A.C.)

Mediante la presente Resolución de Segunda Instancia, si bien se redujo la multa estipulada por la Comisión al Banco de Cordón Umbilical del Perú; se le multa, finalmente, con una multa con 1.67 UITs por difundir publicidad testimonial (empleando diversos personajes de la farándula como Maju Mantilla, Emilia Drago, entre otras) con supuestas afirmaciones sobre características generales y/o referidas a la naturaleza habitual de la actividad económica desarrollada por Banco de Cordón Umbilical del Perú S.A.C. en el mercado, sin haber presentado documentación alguna que acredite la veracidad de lo antes señalado, tales como que sería un banco internacional y la única empresa en el Perú que presta el servicio de la doble conservación (de sangre y/o tejido de cordón umbilical), entre otras. Es preciso recalcar que, en el presente caso concreto, tampoco se halló como responsables a los testigos empleados en la publicidad.

Con los ejemplos antes citados, queda evidenciado que, si bien no en todos los casos para realizar publicidad testimonial los anunciantes han usado testigos y/o personas “famosas” para promocionar sus productos, la tendencia del Indecopi es asignarle responsabilidad al anunciante y no al testigo frente a una denuncia

por el contenido de la misma. En consecuencia, es posible afirmar que de presentarse algún tipo de denuncia frente a la Comisión de Competencia Desleal por el uso de testigos y/o influencers en la publicidad, estos no serían responsables por el contenido la misma, el único responsable sería el anunciante o al menos esa ha sido la tendencia hasta la actualidad.

2.3 PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD:

El principio de autenticidad se encuentra regulado en el artículo 16 de la LRCD. El principio de autenticidad reprime la publicidad encubierta entendida como mecanismo publicitario que genere como riesgo que no se pueda advertir su naturaleza comercial. Es ante ello que, en el artículo antes referido, se establece que en dichos casos en la publicidad se debe advertir de manera expresa y destacada de que se trata de un publlirreportaje o un anuncio contratado.

En efecto, estaremos frente a publicidad encubierta y, en consecuencia, vulnerando el principio de autenticidad cuando el consumidor no pueda advertir que efectivamente se trata de publicidad y/o cuando no se consigne de manera expresa que es publicidad contratada. Y es que tal y como afirma Martínez (2019) “el objetivo de dicho principio es que la publicidad sea reconocida como tal por sus destinatarios de forma que puedan interpretarla correctamente y no sean objeto de engaño o manipulación para los espectadores” (p.226).

Comprendemos el sentido de la norma; no obstante, ¿es posible afirmar que el consumidor no advierte cuando se trata de publicidad y cuando es parte de una experiencia propia? Actualmente se está transmitiendo por televisión la propaganda del jarabe Tukol, el cual tiene por protagonistas a Erick Elera y Magdiel Ugaz (actores de la serie popular “Al fondo hay sitio”) y mediante el cual se muestra a

Magdiel muy enferma (con tos y flema) y a Erick recomendándole el jarabe Tukol para curar dicho mal, ¿podría, en consecuencia, el espectador de la publicidad pensar que efectivamente se trata de una experiencia personal y que no se trata de publicidad comercial? Consideramos que no, pues partimos de la idea que un consumidor razonable podría advertir ello, ya que antes de tomar una decisión de consumo se informará y no por lo que le publiciten del producto automáticamente procederá a comprarlo, si no que ponderará beneficios y desventajas del mismo (Bullard, 2010).

En el caso planteado de manera precedente es mucho más fácil advertir que se trata de publicidad comercial; no obstante, ¿qué sucede en los casos en los que se usa personajes expertos en determinada materia, para realizar publicidad mediante artículos periodísticos, entrevistas, entre otros? Tal y como sería el caso por ejemplo el empleo de odontólogos recetando cremas dentales como “Colgate” o fisicoculturistas y/o personajes del programa “Esto es Guerra” publicitando suplementos para el gimnasio. Consideramos que es mucho más difícil detectar que se trata de publicidad pues creemos que lo que nos están publicitando es veraz y objetivo, debido al expertis en la materia que poseen los personajes que publicitan los bienes y servicios. Es por dicha razón que, muchos agentes económicos utilizan dichas figuras para realizar su publicidad comercial, ya que es muy difícil advertir que efectivamente se trata de una; y es ahí donde se evidencia la relevancia del principio de autenticidad, ya que su objetivo principal es que no exista publicidad encubierta y, en consecuencia, se engañe a los consumidores o estos no puedan advertir sobre la naturaleza de la misma.

Teniendo como referencia lo antes expuesto sería relevante conocer cómo el Indecopi llega a la conclusión de que en ciertos casos los influencers realizan publicidad encubierta (y que, en consecuencia, se encuentran vulnerando el principio de

autenticidad) y no se trata de la narración de, por ejemplo, una experiencia personal con el bien o servicio.

En el año 2012, mediante Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI el Indecopi trato de definir parámetros para poder detectar cuando estamos frente a de publicidad encubierta utilizando el caso relativo a *product placement*; en ese sentido, en los fundamentos 69 y 72 de la Resolución se señala que es imprescindible identificar un factor objetivo y uno subjetivo.

- (i) Respecto al factor objetivo: Se debe determinar la existencia de un contrato, convenio o, de no haber alguno de estos, una contraprestación de cualquier tipo, ya sea dinero o especie.
- (ii) Respecto al factor subjetivo: Se debe constatar que la presencia de la marca del bien o servicio que se pretenda publicitar posea protagonismo en la publicidad y se dé de forma destacada.

Ahora bien, teniendo como referencia ello, nos queda claro que para estar frente a un posible caso de publicidad encubierta debe haber necesariamente una contraprestación de dinero o en especie y la preponderancia de una marca en la publicidad; no obstante, corresponde preguntarnos ¿qué pasaría en los casos en los que los influencers publicitan un producto o servicio y no reciben contraprestación alguna por ello? (es decir, hay ausencia del factor objetivo) ¿ello no calificaría como publicidad comercial?

Pues coincidimos con lo señalado por Sosa (2021) en cuanto ya no calificaría como tal, y más bien sería una manifestación del derecho a la libertad de expresión, a pesar de que pueda tener efectos en el mercado y beneficiar/perjudicar de manera indirecta al anunciante. En consecuencia, no en todos los casos los anunciantes serían responsables por la publicidad encubierta, solo estaríamos frente a un caso de ello, cuando se identifiquen factores objetivos (contraprestación) y subjetivo (preponderancia de la

marca publicitada); en los demás casos el influencer estará ejerciendo un derecho reconocido en la Constitución Política del Perú tal y como es el de libertad de expresión.

2.4 LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y SU REGULACIÓN EN LA LRCD.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD) tiene por objetivo principal reprimir todos los actos contrarios a la competencia por eficiencia; es decir, reprimir todos aquellos actos en los que los agentes económicos no concurren en el mercado y ganen relevancia en el mismo por sus propios méritos; por consiguiente, lo que busca es promover el correcto funcionamiento del mercado promoviendo la competencia por eficiencia, tal y como establece su artículo I. Y es que, en efecto, tal y como afirma Gustavo Rodríguez (2013):

“La referencia a la eficiencia y esfuerzo propios es de extrema relevancia porque permite determinar la esencia de lo que supone un acto de competencia desleal. En efecto, es la competencia por la propia eficiencia (la sustentada en el esfuerzo propio) la que constituye la forma de competir ajustada a derecho” (p.23).

Es de lo establecido de manera precedente y de lo aludido en el artículo 2 de la LRCD que es posible afirmar que solo puede aplicarse la LRCD si el acto denunciado posee finalidad concurrencial es decir (i) que dicho acto tenga efectos en el mercado y (ii) que se susceptible de mejorar la posición competitiva (ya sea de modo directo o indirecto). Es así que, de los tres mecanismos que impactan a la población tales y como son la publicidad institucional, la propaganda y la publicidad comercial, es este último el único al que le es aplicable la LRCD, ya que persuade a los consumidores a

adquirir bienes y servicios; la propaganda y la publicidad institucional carecen de finalidad concurrencial.

Teniendo como referencia dicho marco previo procederemos a cuestionarnos si todos los actos que realizan los influencers están regulados por la LRCO. Ante dicha interrogante es posible afirmar que solo es aplicable a los influencers cuando sus actos posean finalidad concurrencial. A manera de ilustración citaremos un ejemplo. Karen Schwarcz, conductora de televisión en nuestro país, sube una historia en su Instagram en el que comparte la experiencia vivida en un viaje familiar y se filma tomándole fotos con su celular a su esposo y a sus hijas, pero no se refleja la marca de dicho celular. Consideramos que definitivamente dicho acto no posee finalidad concurrencial, por más que las fotos nos parezcan nítidas y de buena calidad, Karen no sale haciendo referencia a dicho celular y no es posible identificar de qué marca es; en consecuencia, no tendrá efectos en el mercado, ni mejorará la posición competitiva ni de Karen ni del dueño de la marca; en consecuencia, Karen solo está haciendo uso de su derecho a la libertad de expresión.

No obstante, lo anteriormente expuesto, los actos realizados por una influencer como Karen, sí tendrían finalidad concurrencial cuando se den los siguientes supuestos:

- (i) Cuando sea contratada por un anunciante para realizarle publicidad a su marca:

Siguiendo el ejemplo anterior, si Karen mediante la historia que subió a su red social hubiera brindado detalles de la marca del celular, por ejemplo, Samsung, sus características, y hubiera narrado su experiencia respecto a la misma, sus actos sí tendrían finalidad concurrencial, ya que efectivamente, su opinión tendrá efectos en el mercado y mejorará la posición de la marca Samsung en el mismo.

De igual forma, si Samsung utiliza a Karen como testigo para algún tipo de publicidad comercial de dicho celular, fuera de su red social, también dichos actos poseen finalidad concurrencial.

ii) Cuando es influencer y anunciante:

En el párrafo precedente, hemos visto casos en los que la influencer Karen Schuarz ha sido contratada por un tercero para publicitar o testimoniar los productos de un anunciante. No obstante, los influencers muchas veces al darse cuenta el poder que tienen en las redes, deciden emprender y lanzar su propia línea de productos, tal y como es el caso de Karen, la cual sacó su línea de lencería llamada “Valente”.

Es así que, un detalle relevante respecto a la aplicación de la LRCD en los influencers es que, solo serán responsables por el contenido de la publicidad si actúan como influencers y anunciantes a la vez, como en el presente numeral; no en los casos detallados en el numeral i), es decir, cuando sea contratado por un tercero y actúe como medio de difusión o agencia de publicidad ; casos en los que a pesar de que el influencer sea parte de la publicidad realizada, el único responsable por cualquier vulneración a la LRCD es el anunciante que los contrata; finalmente, es preciso recalcar que tampoco serán responsables en los casos en los que ejerce su derecho a la libertad de expresión sin poseer finalidad concurrencial.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS INFLUENCERS EN EL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD

Teniendo como premisa el marco conceptual aludido en el punto precedente, en el presente capítulo, procederemos a definir las

responsabilidades que recaerían sobre los influencers de acuerdo a como se presentan en el mercado:

3.1 RESPONSABILIDAD COMO ANUNCIANTE:

En el artículo 59 de la LRCD se establece que se denomina como anunciante a:

“toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”

En concordancia con ello, en el artículo 23.1° de la LRCD se señala que: *“La responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos, al anunciante”*.

Es de lo anteriormente expuesto que se puede deducir que, el anunciante es el único responsable del contenido de la publicidad, no los testigos o los influencers que use para la misma. Y es que, en efecto, no puede ser de otra manera, ya que es el anunciante es el mayor interesado en la promoción de la publicidad y por añadidura dueño de la comunicación publicitaria (Santaella López, 2003), pues es el que más se beneficia con lo promocionado por el testigo o influencer contratado con motivo de la publicidad.

En consecuencia, la única forma de que el influencer sea responsable por el contenido de la publicidad es que sea a su vez anunciante; de lo contrario, el único responsable de las alegaciones objetivas y comprobables que diga el influencer en la

publicidad y probar que la experiencia fue autentica y reciente es el anunciante (Sosa, 2022).

Y es que si bien en la única Resolución que se ha hecho referencia a los Influencers (Resolución N°0095-2022/SDC-INDECOPI: Caso seguido contra O & P FARMAINDUSTRIAS S.A.C), el Indecopi se ha limitado a definirlos y no a hacer un análisis minucioso respecto a la presencia de los mismos en la publicidad. En otros casos como el aludido en la Resolución N°0046-2022/SDC-INDECOPI, el INDECOPI multó, únicamente al anunciante, Banco de Cordón Umbilical del Perú S.A.C. con 1.67 UITs por la difusión de publicidad testimonial (empleando diversos personajes reconocidos a nivel nacional como Astrid Fiedler, conductora de TV; actrices como Emilia Drago e incluso modelos e influencers como Maju Mantilla, entre otras) en la que sus testigos alegaban frases como: *“elegí el Banco de Cordón Umbilical porque me garantiza que las células madre de mi hija sean llevadas a cualquier parte del mundo y sobre todo aceptadas”* o *“El banco de cordón, como ya les había comentado, fue la primera empresa en el Perú en ofrecer servicios de crio preservación de células bebés. Esto empezó en el 2002.”* sin contar con documentación alguna que acredite la veracidad de lo antes señalado y que incluso indujo a error al consumidor exonerando de responsabilidad a estos influencers/testigos.



*(Imagen extraída de la Resolución N°0046-2022/SDC-INDECOPI
Consulta: 08 de octubre del 2022)*

En consecuencia, en el presente caso concreto, el único responsable a criterio del Indecopi fue el anunciante, Banco de

Cordón Umbilical del Perú, por el contenido de la publicidad y por acreditar que la experiencia de estos testigos/influencers fuera autentica y reciente, mas no se discutió la responsabilidad de estos últimos por la veracidad del contenido de la misma: El único responsable fue la empresa Banco de Cordón Umbilical del Perú, empresa anunciante, que hizo la publicidad haciendo uso de dichos personajes de televisión.

3.2 RESPONSABILIDAD COMO AGENCIA DE PUBLICIDAD:

En el inciso a) del artículo 59, la LRCD define como agencia de publicidad a *“toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y otras prestaciones publicitarias”*. En ese sentido, es posible afirmar que, los influencers estarán actuando como agencia de publicidad cuando diseñen y confeccionen los anuncios publicitarios.

En concordancia con ello, en la página 28 de la Guía para Influencers publicada por el Indecopi (2019) se establece que existen casos en los que los influencers *“serán responsables administrativamente cuando generen contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante”*, (esto último acorde a lo establecido en el artículo 23 de la LRCD) y un claro ejemplo de ello es cuando, por ejemplo, realizan actos contra el principio de adecuación social.

En nuestro país, ya han sido sancionados tanto anunciante como agencia de publicidad por realizar actos contra el principio de adecuación social, específicamente por inducir a los destinatarios a cometer actos de discriminación. Es así que, mediante Resolución N° N°107-2019/CCD-INDECOPI, Saga Falabella S.A. (empresa anunciante) y Circus Grey Perú S.A.C. (agencia de

publicidad), fueron sancionados con 20UITs, cada uno, por inducir a cometer actos de discriminación racial a personas afrodescendientes.

De igual manera, otro caso notoriamente conocido es el de una empresa de gaseosas que en su publicidad usó a un jugador de fútbol para preguntarle al televidente ¿Sabes por qué entreno tanto? Y ante la mirada de niños y adultos patea la máquina de gaseosas. En dicho caso, la Comisión sancionó al anunciante (la empresa de gaseosas) y a la agencia de publicidad por el anuncio, ello porque inducía a los espectadores a realizar conductas ilegales.

Es ante lo anteriormente expuesto que, podemos concluir que, las influencers como agencia de publicidad sí podrían tener responsabilidad administrativa, aunque parezca una situación casi imposible, puesto que tendrían que haber estudiado para ser agentes publicitarios, etc. Sin perjuicio de ello, de llegar a tener responsabilidad administrativa como agencia de publicidad, esta sería independiente de la del anunciante y ello queda evidenciado en los ejemplos antes citados, ello pues tal y como afirma Sosa (2022) el influencer solo será responsable por un contenido publicitario distinto de las características propias de la oferta que se anunció.

3.3 RESPONSABILIDAD COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL:

En el inciso f) del artículo 59 de la LRCD se define como medio de comunicación social a:

“(...) toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por

*medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, **Internet**, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.” (el énfasis es nuestro).*

En el párrafo precedente, hacemos énfasis en la palabra internet, porque son las redes sociales el medio por el cual los influencers realizan la mayoría de sus publicaciones. En concordancia con ello, se colige, según lo citado en el párrafo anterior, que los influencers actúan como medio de comunicación cuando brindan servicios, (en el caso concreto, a los anunciantes) por difundir su publicidad por cualquiera de los medios de su titularidad antes expuestos.

Ahora bien, de una interpretación conjunta del artículo antes citado y el 23.2 de la LRCD, es posible afirmar que, a pesar de ser contratados por los anunciantes, los influencers tendrán responsabilidad administrativa, *“cuando infrinjan normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos y esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante”*.

No obstante, dicho artículo es contrario a lo establecido en la Guía para Influencers publicada por el Indecopi, y es que en la LRCD tal y como hemos referido con anterioridad, se le asigna responsabilidad a los medios de comunicación por infracciones a normas de difusión; en consecuencia, si los influencers actúan como medio de comunicación serán responsables únicamente por infracciones a normas de difusión; no obstante, en la Guía, se hace responsable a los influencers cuando actúan como medio de comunicación, no solo por infracciones a las normas de difusión, sino que también por infracciones al principio de legalidad, de adecuación social, autenticidad (es decir, por la veracidad del contenido de lo publicitado), entre otros; hecho que excede las

responsabilidades asignadas a los mismos por ley. En ese sentido concordamos con la asignación de responsabilidad establecida en la LRCD, puesto que consideramos que el único responsable por el contenido de la publicidad, tal y como antes hemos señalado es el anunciante. En consecuencia, a continuación, procederemos a analizar la responsabilidad de los influencers como medios de comunicación, únicamente al infringir normas de difusión, pues consideramos es lo que corresponde.

Las normas de difusión se encuentran definidas en el inciso g) del artículo 59, es así que dicho artículo las conceptualiza como aquellas *“normas referidas a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad, con excepción de aquéllas referidas a la ubicación física de anuncios, las cuales tienen finalidad de orden urbanístico y no de regulación del mensaje publicitario”*.

Un claro ejemplo de norma de difusión es la Ley N°2705, (Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco), la cual en su artículo 17 prohíbe la prohíbe la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en: medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar.

En consecuencia, si la influencer, por ejemplo, Natalia Merino (Cinnamon Style) promocionara e incentivara el consumo de cigarros de la marca de cigarros Marlboro en sus redes sociales como Instagram a causa de un contrato sostenido con el anunciante (dueño de la marca), el anunciante sería culpable por infringir una norma sectorial y en consecuencia con el principio de legalidad regulado el artículo 17 de la LRCD, según el cual todo anunciante debe cumplir con las disposiciones normativas y sectoriales que se apliquen a la publicidad comercial; mientras que el influencer (medio de comunicación en este caso) sería

únicamente responsable por infracción de una norma sectorial, mas no por el contenido del anuncio.

Muy por el contrario, si Natalia Merino, sería contratada para narrar su experiencia en el consumo del cigarro Malboro y realizar un comercial de televisión que se transmitirá en América Televisión, por ejemplo, muy a pesar de que se esté realizando publicidad testimonial, los únicos responsables por la difusión y en consecuencia infracción de una norma sectorial, serán el anunciante (dueño de la marca) y el medio de comunicación social que lo difunde (en este caso América Televisión).

4. DERECHO COMPARADO: RESPECTO AL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE INFLUENCERS EN LA PUBLICIDAD DE ESPAÑA.

Tal y como hemos mencionado con anterioridad, nuestra Ley de Represión de la Competencia Desleal tuvo una gran influencia de la Ley General de la Competencia Desleal española. Con tal motivo, si bien es nuestro país existe la Guía para Influencers publicada por el Indecopi, en el presente capítulo, haremos referencia al Código de conducta sobre el uso de Influencers en la publicidad de España, en adelante el Código de Conducta, aprobado por la Asociación Española de Anunciantes (aea) y AUTOCONTROL, la cual entró en vigencia el 01 de enero del 2021.

El Código de Conducta sobre el uso de influencers español se presenta como un Código bastante didáctico y de fácil comprensión el cual da reglas claras con el fin de que la publicidad realizada por los influencers sea identificable ante los ojos de los consumidores, se advierta la naturaleza de la publicidad realizada por los mismos y, en consecuencia, no se vulneren principios como el de autenticidad, regulados en su Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Dista este Código de Conducta español con la Guía para Influencers publicada por el Indecopi, en cuanto de manera expresa en su numeral 6 se hace alusión a que para evaluar si se puede advertir o no la naturaleza publicitaria del contenido realizado por los influencers, se debe realizar el análisis de la publicidad bajo los ojos de los que nosotros conoceríamos como “consumidor razonable”, es decir:

“(...) Un consumidor activo y conocedor de las nuevas tecnologías de la información, normalmente atento e informado, con capacidad suficiente para el acceso y comprensión de los medios digitales y la autonomía de buscar, discriminar y adaptar los contenidos de la red en su proceso de navegación en función de sus gustos o intereses.

Sumado a ello, a diferencia de la Guía para Influencers publicada por el Indecopi, el Código de Conducta hace referencia en su numeral 3 a que serán consideradas como menciones o contenidos publicitarios a aquellos realizados por los influencers que (i) Estén dirigidos a promocionar productos o servicios (ii) Sean divulgados a causa de colaboraciones o compromisos recíprocos, es decir cuando haya pagado o contraprestación de por medio entre el influencer y el anunciante. (iii) El anunciante o sus agentes ejerzan control sobre el contenido divulgado. Finalmente, el Código señala que no les será aplicable el código aquellas publicaciones que realicen los influencers que respondan a su propia iniciativa, sin relación alguna con el anunciante.

Y es que, en efecto, nuestra postura sigue la línea de lo estipulado en el Código de conducta sobre el uso de Influencers en la publicidad de España. Ello pues, primero, consideramos que no le es aplicable el Código de conducta sobre el uso de influencers (en el caso de España), ni la Guía para Influencers (en el caso de Perú), ni la LRCD de sus respectivos países, a los influencers, si estos promocionan un producto como parte de su experiencia personal con el mismo sin que haya una contraprestación de por medio, pues están haciendo uso de

su derecho a la libertad de expresión como lo podríamos hacer cualquiera de nosotros, en nuestras redes sociales, al opinar respecto a un bien o servicio adquirido.

Segundo, consideramos al igual que el Código de conducta sobre el uso de influencers de España, que la publicidad realizada por los influencers solo deberá ser considerada como tal si los influencers no son anunciantes y son contratados para realizar dicha publicidad, es decir si están destinados a promocionar bienes y servicios, hay una contraprestación por parte de un tercero y este tercero anunciante sea el autor y/o responsable del contenido de la publicidad realizada. Es así que, en esos casos los influencers no poseen responsabilidad alguna por el contenido de lo publicitado y mucho menos por infracciones al principio de autenticidad. Y ello va acorde a la postura sostenida a lo largo del presente trabajo, es decir, los influencers solo serán considerados por vulnerar el principio de autenticidad y/o realizar publicidad encubierta cuando actúen como influencers y anunciantes a la vez; no obstante, cuando actúen como agencia de publicidad o medio de comunicación, su responsabilidad se hará al margen de la ley, según corresponda.

5. CONCLUSIONES:

Teniendo como referencia lo expuesto en el presente trabajo académico, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- Los influencers no son nuevos agentes de publicidad en el mercado, desde décadas atrás hemos visto como “personajes del momento” eran empleados para realizar publicidad comercial. Si bien los influencers son más innovadores y utilizan nuevos medios de difusión, pues emplean las redes sociales para promocionar bienes y servicios, ello no hace que constituyan un nuevo tipo de publicidad, pues acorde

a sus características encajan en la definición de la ya conocida publicidad testimonial.

- Los influencers realizan una forma “moderna” de publicidad testimonial, lo cual no está prohibido en nuestro país. En consecuencia, solo le será aplicable la LRCD cuando sus actos posean finalidad concurrencial.

Los actos de los influencers tendrán finalidad concurrencial cuando sean contratados por un anunciante para realizar publicidad a su marca o cuando sean influencers y anunciantes a la vez; sin embargo, solo en este último de los casos serán responsables por el contenido de la publicidad al actuar como anunciantes en el mercado.

- Los Influencers se presentan en el mercado como anunciantes, como agencia de publicidad o como medios de comunicación. No obstante, serán responsables por vulnerar el principio de autenticidad, solo si actúan como anunciantes, al no especificar que se trata de publicidad o al realizar publicidad en la que el consumidor no pueda advertir que lo publicitado y/o sugerido se trate efectivamente de publicidad (es decir realicen publicidad encubierta). Por consiguiente, si actúan como medio de comunicación o agencia de publicidad no serán responsables por vulnerar el principio de autenticidad, sino la asignación de responsabilidad se hará al margen de la ley, según corresponda.
- A la fecha, en la única Resolución en la que el Indecopi ha hecho referencia a los influencers se ha limitado a definir a los mismos. Sin embargo, de las diversas Resoluciones del Indecopi citadas en el presente trabajo podemos concluir que no en todos los casos los anunciantes serían responsables por la publicidad encubierta, solo serán responsables cuando se identifiquen factores objetivos (contraprestación) y subjetivos (preponderancia de la marca publicitada); en los demás casos el influencer estará ejerciendo un

derecho reconocido en nuestra Constitución tal y como es el derecho a la libertad de expresión.

6. BIBLIOGRAFÍA:

- Bautista Zeremelco, R. (2021). Los actos de competencia desleal y los influencers. INDECOPI.
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/8354/EBO-OK%20Competencia%20Desleal%20e%20influencers-act.pdf?sequence=7&isAllowed=y>
- Bullard, A. (2010) ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76>
- Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad. (2020). España.
<https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>
- Díaz-Valdez, A. (2021). Influencers e INDECOPI: el problema de la solución a la publicidad encubierta. *Advocatus*, (039), 159-167.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5125>
- Fundeu BBVA (2017). Fecha de publicación 20.04.2017. Disponible en web: <http://www.fundeu.es/>
- Gómez Nieto, B. (2018). El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. *methaodos. Revista De Ciencias Sociales*, 6(1).
<https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

- INDECOPI
 - Guía de Publicidad para Influencers (2019) Indecopi.
 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - Resolución N°1566-2006/TDC-INDECOPI.
 - Resolución N°210-2010/SC1- INDECOPI
 - Resolución N°0145-2012/SC1-INDECOPI
 - Resolución N°2004-2012/SC1-INDECOPI
 - Resolución N°3665-2012/SDC-INDECOPI
 - Resolución N°0023-2017/SDC-INDECOPI
 - Resolución N°107-2019/CCD-INDECOPI
 - Resolución N°0055-2020/SDC-INDECOPI
 - Resolución N°0046-2022/SDC-INDECOPI

- Ley N°2705 (Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco).

- Martínez, J. (2019). Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de Internet. *Revista de Derecho Mercantil*, 314, 223-264.

- Murillo Chávez, J. (2013). El Product Placement al descubierto. Los actos de competencia desleal y el uso de marca en el guión o secuencias de películas, series de televisión y programas.

<https://es.scribd.com/document/200756950/El-Product-Placement-al-descubierto-Los-actos-de-competencia-desleal-y-el-uso-de-marca-en-el-guion-o-secuencias-de-peliculas-series-de-television-y>

- Miranda Gomez, N. (2019). Influencers una amenaza para los derechos del consumidor? Blog de derecho de los negocios. *26 de marzo del 2019*.

<https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/influencers-una-amenaza-para-los-derechos-del-consumidor/>

- Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & URÍA(PPU) (2021). ¿Qué hay detrás del mercado de influencers en Perú y del pedido de tributar de la Sunat?
<https://www.ppulegal.com/insights/prensa/que-hay-detras-del-mercado-de-influencers-en-peru-y-del-pedido-de-tributar-de-la-sunat/>
- Rodríguez García, G. (2013). Fundamentos económicos y legales de la Legislación sobre Represión de la Competencia Desleal: Ámbito de aplicación y Cláusula General, *Revista de Competencia y Propiedad Intelectual. Indecopi*.19-33.
- Santaella López, M. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid. Civitas Ediciones.
- Sosa Huapaya, A. (2016). “La publicidad encubierta y nuevas modalidades publicitarias”. *Revista de Actualidad Mercantil*,252-266.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14964/15498>
- Sosa Huapaya, A. (2021). ¿Qué hacer con los influencers? *Advocatus*, (039), 297-313.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5136>
- Sosa Huapaya, A. (2022). Derecho y Marketing online: Un análisis desde el Derecho de la Competencia Desleal y la regulación publicitaria. *Foro Académico*, 109-130.

- Van Hasselt, Juan Pedro. (2004). "Aspectos Legales del Product Placement". Asociación Nacional de Anunciantes (Anda). Pág.54.

