

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución No.124-2020/CCD-
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Enzo André Martín Rojas Aliaga

ASESOR:
Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Lucio Andres Sanchez Povis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe jurídico sobre la Resolución No.124-2020/CCD-INDECOPI”, del autor Enzo André Martín Rojas Aliaga, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- 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, 24 de enero de 2023

<u>Sanchez Povis, Lucio Andres</u>	
DNI: 43460854	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

En el presente informe jurídico analizaremos la Resolución No. 124-2020/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, mediante la cual se resuelve sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra del señor Andy Merino Ramírez. Dicho procedimiento fue iniciado en base a presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a los principios de adecuación social y autenticidad materializados en publicidad difundida a través de Instagram en la cual se promocionada la aplicación Picap, empresa de intermediación del servicio de transporte en motocicleta lineal.

Nuestro análisis se enfocará en la evaluación de la existencia o no de la infracción a dichos principios mediante una evaluación de la normativa, jurisprudencia y doctrina existente sobre derecho de la publicidad y derecho de la represión de la competencia desleal. Asimismo, daremos nuestros comentarios sobre la decisión adoptada por la autoridad.

Palabras clave

Competencia desleal, derecho publicitario, influencers, derecho administrativo.

ABSTRACT

In this legal report we will analyze Resolution No. 124-2020/CCD-INDECOPI, issued by the Commission for the Control of Unfair Competition of Indecopi, by which it resolves on the administrative sanctioning procedure initiated against Mr. Andy Merino Ramírez. The proceeding was initiated based on alleged acts of unfair competition in the modality of infringement of the principles of social adequacy and authenticity materialized in advertising disseminated through Instagram in which the Picap application, a company of intermediation of the linear motorcycle transportation service, was promoted.

Our analysis will focus on the evaluation of the existence or not of the infringement of such principles through an evaluation of the existing regulations, jurisprudence and doctrine on advertising law and law of the repression of unfair competition. We will also give our comments on the decision adopted by the authority.

Keywords

Unfair competition, advertising law, influencers, administrative law.

Índice	
I. PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
II. INTRODUCCIÓN	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
V. ANÁLISIS DE PROBLEMAS JURÍDICOS y POSICIÓN DEL CANDIDATO	15
Problema Principal 1: ¿Las actividades de los influencers en redes sociales son pasibles de ser investigadas y sancionadas como actos de competencia desleal bajo LRCD?	15
Problema Secundario 1.1: ¿Qué son los influencers y cuál es su relación con la competencia desleal?	19
Problema Secundario 1.2: ¿Qué actividades de los influencers podrían calificar como actos de competencia desleal?	24
Problema Secundario 1.3: ¿Qué tipo de responsabilidad asumen los influencers bajo la LRCD?	26
Problema Principal 2: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de adecuación social?	31
Problema Secundario 2.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como agencia de publicidad?	31
Problema Secundario 2.2: ¿La actividad económica que realiza Picap y que fue materia del anuncio publicitario puede ser considerada como un acto ilegal?	35
Problema Secundario 2.3: ¿El anuncio publicitario difundido a través de la cuenta de Instagram de Andynsane es susceptible de inducir a su público destinatario a cometer un acto ilegal?	39
Problema Principal 3: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de autenticidad?	44
Problema Secundario 3.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como medio de comunicación social? ...	44
Problema Secundario 3.2: ¿Se aplicó correctamente el criterio de análisis contenido en el precedente de la Resolución No. 289-97-TDC y en la jurisprudencia para analizar la infracción al principio de autenticidad?	47
VI. CONCLUSIONES	51
VII. BIBLIOGRAFÍA	54

I. PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso.	Expediente No. 237-2019/CCD / Resolución No. 124-2020/CCD-INDECOPI.
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso.	Derecho de la represión de la competencia desleal, derecho de la publicidad, derecho administrativo.
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes.	<ul style="list-style-type: none">● Resolución No. 152-2005/CCD-INDECOPI.● Resolución No. 289-97-TDC.● Resolución No. 0084-2020/SDC-INDECOPI.
Demandante / Denunciante.	De oficio, Indecopi.
Demandado / Denunciado.	Andy Merino Ramírez.
Instancia administrativa o jurisdiccional	Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.
Terceros.	-
Otros.	-

II. INTRODUCCIÓN

Las actividades comerciales han estado presentes desde los inicios de nuestros tiempos y, junto con estas, las distintas estrategias que han utilizado los comerciantes para impulsar sus negocios y generar mayores ventas. La herramienta por excelencia para llegar a este fin es la publicidad, pues mediante esta se logra dar a conocer los productos y/o servicios que se ofrecen, sus características y peculiaridades, así como se permite intentar persuadir al público para adquirir lo ofertado.

En la actualidad, la publicidad se ha venido digitalizando. La digitalización de la publicidad se encuentra tomando cada vez más importancia debido a los beneficios y facilidades inherentes a ella como, por ejemplo, reducción de costos, mayor llegada a un público o sector en concreto, facilidad de diseño, publicación y retiro, entre otros. Tanto a nivel nacional¹ como internacional², la inversión en publicidad digital tuvo un aumento considerable durante la pandemia de la Covid-19, la cual se ha mantenido constante hasta el momento, siendo de las pocas actividades que no han sido perjudicadas por la pandemia y los encierros, sino que han sido beneficiadas.

Este auge de la publicidad digital ha venido acompañada de nuevos mecanismos de hacer publicidad como lo es Google Ads, publicidad en videojuegos, publicidad de influencers, entre otros. Cada uno de estos tipos de publicidad

¹ Miani, J. (2021). Publicidad digital crece en medio de la caída del mercado. *Semana Económica*.

<https://semanaeconomica.com/management/negocios/publicidad-digital-crece-en-medio-de-la-caida-del-mercado>

² Henostroza, S. (2022). La popularidad de la publicidad digital tiene un crecimiento proporcional con el avance de la tecnología y con la popularidad de las redes sociales. Mercado Negro.

<https://www.mercadonegro.pe/publicidad/inversion-en-publicidad-digital-aumento-un-58-en-comparacion-con-2020/>

tiene sus peculiaridades que permiten resultados cada vez más eficientes para los anunciantes y que, a su vez, vuelven más dinámico el mercado. Sin embargo, con los beneficios, también surgen nuevos problemas jurídicos, los cuales hoy en día son los más interesantes y polémicos tanto desde una perspectiva práctica como teórica.

De estos nuevos casos, consideramos que uno de los más relevantes actualmente y del que se ha escrito muy poco en nuestro país es el de los actos de competencia desleal que podrían surgir producto de la publicidad digital que realizan los influencers. En el Perú, este tipo de casos han llegado a la autoridad de competencia desleal, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “Indecopi”) a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, “CCD”).

A la fecha el caso más emblemático en el que ha participado un influencer es el procedimiento en contra del señor Andy Dante Merino Ramirez (en adelante, “Andynsane”), el cual fue resuelto mediante Resolución No. 124-2020/CCD-INDECOPI del Expediente No. 237-2019/CCD (en adelante, indistintamente, el “Caso” o la “Resolución”) y respecto del cual elaboramos el presente informe.

Para un correcto estudio del caso en cuestión, consideramos necesario realizar un análisis de todos los aspectos que giran en torno a los problemas jurídicos, siguiendo una metodología que va desde el desarrollo de los aspectos más generales a los más específicos en cada tema. En este sentido, abordaremos el primer problema jurídico, sobre si las actividades de los influencers en redes sociales son o no pasibles de ser investigadas y sancionadas como actos de competencia desleal, desde una explicación de los conceptos generales que giran en torno al derecho de la represión de la competencia desleal y publicidad hasta los aspectos jurídicos y teóricos sobre los influencers.

Para el segundo y tercer problema jurídico, haremos un análisis teórico y casuístico de los principios de adecuación social y autenticidad, cuya infracción se ha imputado en la Resolución, para luego evaluar si la aplicación al caso en concreto fue jurídicamente correcta.

Para esta última finalidad, expondremos nuestra postura respecto de cada uno de los problemas jurídicos, procurando un desarrollo completo en base a anteriores y futuros pronunciamientos en la materia, así como a lo desarrollado en la doctrina más actual y calificada. Finalmente, señalaremos cuál, a nuestro criterio, debió ser la forma correcta de resolver.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

El caso versa sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción al principio de adecuación social y de autenticidad por parte de Andynsane, materializados en la publicación de una (1) historia en Instagram en la que promocionaría el aplicativo Picap. A continuación, relataremos los antecedentes y hechos relevantes del procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante ST-CCD) del Indecopi.

Andynsane es un influencer que se volvió famoso por sus videos en la plataforma Youtube. Como todo influencer, cuenta con un número significativo de seguidores en sus redes sociales, las cuales utiliza, entre otros, para fines publicitarios de productos y/o servicios de empresas.

Es así que es contactado por la empresa CAP Technologies, la cual le propone suscribir un contrato de prestación de servicios para el diseño y difusión de publicidad de la aplicación digital Picap en su cuenta de Instagram. Producto de ello, el 23 de julio de 2019, CAP Technologies suscribe un contrato con Andynsane Company E.I.R.L. para realizar once (11) historias de Instagram en las que se promoció Picap.

En el marco del cumplimiento del referido contrato, Andynsane publicó una historia en Instagram en la cual promocionó el servicio que ofrece Picap, la cual, de acuerdo a la transcripción realizada por la ST-CCD, consistió en lo siguiente:

“La publicación, difundida a través de Historias (stories) de la red social Instagram (usuario "andynsane") inicia con el señor Merino, quien sostiene un casco y señala lo siguiente:

"Bueno amigos, ya llegué a mi destino, estoy bastante impresionado, lo rápido que he llegado y en verdad muy seguro. Estoy acá con mi amigo David".

La persona llamada David, quien se encuentra en una moto señala lo siguiente: "Hola, ¿qué tal chicos?"

El señor Merino continúa señalando lo siguiente: "que de hecho me ha reconocido, es seguidor del canal".

Posteriormente, la persona llamada David señala lo siguiente: "Sí, he visto el video exponiendo infieles y el último que ha sido de rap".

Finalmente, el señor Merino señala: "La gente que quiere saber qué aplicación usé, la voy a dejar para que la descarguen con swipe up aquí en la historia, y nada, se las recomiendo totalmente; la solución perfecta para el tráfico".

Cabe resaltar que, de acuerdo a lo señalado por la ST-CCD, la historia contenía en la parte superior derecha del video "#ad"; y, en la parte inferior derecha "@picap_pe".

Como reacción, un usuario de la red social Twitter difundió capturas de pantalla y la grabación del anuncio manifestando disconformidad con su contenido y solicitando que el Indecopi realice las investigaciones correspondientes. Producto de ello, mediante el reporte de redes sociales del Indecopi del 06 de septiembre de 2019 se le informó a la ST-CCD sobre esta publicación y; posteriormente, el 10 de septiembre del mismo año, se iniciaron diligencias para corroborar si la referida publicación cumpliría con lo establecido en el Decreto

Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD).

De este modo, la ST-CCD inició la Investigación Preliminar No. 821-2019/PREV-CCD-INDECOPI (en adelante, la Investigación Preliminar) en contra de Andynsane. Siguiendo con las diligencias de la Investigación Preliminar, la ST-CCD envió las Cartas No. 001-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI, 002-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI y 003-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI, así como el correo electrónico de fecha 12 de noviembre del 2019, requiriendo indicar si la referida publicidad había sido contratada y la información del contratante, de ser el caso.

Como respuesta, el 15 de noviembre del 2019, Andynsane respondió que la difusión de la historia se había realizado en el marco de la ejecución de un contrato de publicidad con Cap Technologies. A raíz de ello, mediante Carta No. 004-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI y mediante correo electrónico del 28 de noviembre de 2019, la ST-CCD requirió a Andynsane copia del referido contrato, el cual fue presentado el 02 de diciembre de 2019

Luego del análisis de la información recabada en la Investigación Preliminar, la ST-CCD, mediante Resolución del 09 de diciembre de 2019, la ST-CCD resolvió imputar a Andynsane la presunta comisión de actos de competencia desleal por la infracción al principio de autenticidad, contenido en el artículo 16³ de la LRCD,

³ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-

16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.

16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publlirreportaje o un anuncio contratado.

y al principio de adecuación social, contenido el literal a) del artículo 18⁴ de la LRCD.

Primero, la ST-CCD afirmó que la historia de Instagram habría sido difundida aparentando brindar la opinión y recomendaciones imparciales por parte de Andynsane sobre el aplicativo Picap, cuando en realidad esta tendría naturaleza publicitaria. En ese sentido, estaríamos frente a un supuesto de publicidad encubierta. Andynsane sería responsable por dicha conducta, ya que habría actuado como un medio de comunicación social en los términos del literal f) del artículo 59⁵ de la LRCD.

Segundo, la ST-CCD señaló que Andynsane estaría induciendo a los destinatarios de la publicidad a realizar el acto ilegal de brindar el servicio de taxi en motocicletas lineales. La ilegalidad de dicho servicio se desprendería de una lectura conjunta del artículo 20 del Decreto Supremo No. 017-2009-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transporte⁶ y del Anexo

⁴ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;

(...)

⁵ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

- f) 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;

(...)

⁶ **Decreto Supremo No. 017-2009-MTC. que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transporte**

I del Decreto Supremo No. 058- 2003-MTC⁷, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos, los cuales señalarían que el servicio de taxi sólo podría realizarse mediante vehículos de la categoría M1.

Entonces, toda actividad de taxi que se realice con vehículo distinto a los comprendidos en la categoría M1, como las motocicletas lineales, estaría prohibida y, por lo tanto, sería ilegal. Adicionalmente, esta ilegalidad habría sido aclarada mediante el artículo 1 del Decreto Supremo No. 035-2019/MTC, que precisa disposiciones sobre el servicio de transporte público de personas en vehículos menores no autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web⁸. Al respecto, a criterio de la ST-CCD, Andynsane

Artículo 20. Condiciones técnicas específicas mínimas exigibles a los vehículos destinados a la prestación del servicio de transporte público de personas bajo la modalidad de transporte regular, de ámbito nacional, regional y provincial.

20.4.4 Los vehículos para el servicio especial de transporte público de personas en taxi deberán corresponder a la categoría M1 de la clasificación vehicular establecida por el RNV, cumplir con las características y requisitos establecidos en dicho reglamento y las normas de carácter nacional y provincial que le resulten aplicables.

⁷ **Decreto Supremo No. 058- 2003-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos**

ANEXO I: CLASIFICACIÓN VEHICULAR

(...)

Categoría M: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y construidos para el transporte de pasajeros.

M1: Vehículos de ocho asientos o menos, sin contar el asiento del conductor.

⁸ **Decreto Supremo No. 035-2019/MTC, que precisa disposiciones sobre el servicio de transporte público de personas en vehículos menores no autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web.**

Artículo I.- Precisión del subnumeral 20.4.4 del numeral 20.4 del artículo 20 Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo No. 017-2009-MTC

Precisase que se encuentra prohibida la prestación del servicio especial de transporte público de personas en taxi, en otra u otras categorías vehiculares distintas a la categoría M1 señalada en el subnumeral 20.4.4 del numeral 20.4 del artículo 20 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo No. 017-2009-MTC.

sería responsable⁹ al haber participado en calidad de agencia de publicidad, pues habría participado del diseño, confección, organización y/o ejecución del anuncio publicitario¹⁰.

Dentro del plazo otorgado por la ST-CCD, Andynsane presentó sus descargos mediante escritos del 02 y 31 de diciembre del 2019. Sobre la presunta infracción al principio de autenticidad, señaló que la definición de medio de comunicación social de la LRCD no se debería aplicar a los influencers, pues estos serían un fenómeno que escaparía del ámbito previsto por la norma. Preciso que esta habría sido pensada para regular la responsabilidad de medios de comunicación tradicionales y no de fenómenos nuevos que se desenvuelven en medios digitales, como los influencers.

En base a lo anterior, concluye que pretender aplicar estas normas a los influencers supondría una interpretación analógica que crearía un nuevo supuesto de sanción, lo cual infringiría el principio de tipicidad. Asimismo, señaló que la Guía de Publicidad para Influencers del Indecopi carecería de carácter normativo y habría sido publicada con posterioridad a los hechos, por lo que no debería ser utilizada como insumo para atribuirle responsabilidad.

En la misma línea, sostuvo que utilizó el término “#Ad” y etiquetó la cuenta de Picap en el anuncio cuestionado, lo cual daría a entender al público de que la

⁹ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 23.- Asignación de responsabilidad.-

(...)

23.3.- Adicionalmente, corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.

¹⁰ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 59.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

a) 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.

historia tendría carácter publicitario. Afirmó, presentando estudios y capturas de pantalla de casos similares, que estos serían recursos muy utilizados en el mundo de las redes sociales y que serían de conocimiento del público que interactúa en estos medios.

En cuanto a la presunta infracción al principio de adecuación social, Andynsane mencionó que Picap sería una plataforma de economía colaborativa que brindaría el servicio de intermediación de servicios privados de transporte, por lo que no se estaría induciendo a cometer un acto ilegal. Señaló que, sin perjuicio de lo anterior, el servicio de taxi en motocicletas lineales no sería ilegal, pues no estaría prohibido por la normativa vigente en el momento de los hechos y el Decreto Supremo No. 035-2019/MTC, que sí lo prohíbe, fue promulgado de manera posterior, siendo ilegal una aplicación retroactiva.

Finalmente, a su criterio, no podría considerarse que actuó como agencia de publicidad, debido a que no habría generado un contenido publicitario distinto a las características del servicio. Del mismo modo, consideró que no se le debería atribuir responsabilidad por los hechos porque un influencer no estaría obligado a conocer las normas de publicidad, sino solo el anunciante.

Luego de analizar los descargos, mediante Resolución No. 0124-2020/CCD-INDECOPI del 22 de diciembre del 2020, la Comisión de Competencia Desleal (en adelante, la CCD) declaró fundadas ambas imputaciones. Primero, sobre la infracción al principio de autenticidad, se resolvió que las cuentas de redes sociales, como Instagram, son plataformas que pueden ser utilizadas como medios para difundir publicidad, las cuales son nuevos tipos de medios de comunicación, para lo cual no sería necesario un cambio normativo.

En este sentido, se consideró que Andynsane sí actuó como medio de comunicación social en la medida que suscribió un contrato en el que se obligó a difundir publicidad a través de su cuenta de Instagram, y porque, al ser un influencer, tiene una llegada y capacidad de convencimiento significativo cuando realiza publicidad. En cuanto al uso de la Guía de Publicidad para Influencers, la

CCD señaló que es un instrumento orientativo y no ha sido usada como medio determinante para atribuir responsabilidad.

Por lo tanto, a criterio de la CCD, Andynsane difundió publicidad encubierta a través de historias de Instagram bajo la apariencia de recomendaciones y opiniones, siendo insuficiente para evidenciar la naturaleza publicitaria de dicho anuncio etiquetar a la empresa Picap y el uso del término “#Ad”.

En cuanto a la segunda imputación, la CCD señaló que, de acuerdo al contrato celebrado entre CAP Technologies y Andynsane, este último habría sido el encargado de diseñar los anuncios publicitarios siguiendo los lineamientos artísticos que considerara convenientes. En tanto este tipo de actividad es uno de los servicios que realizan las agencias de publicidad, según la definición establecida en la LRCD, Andynsane ostenta dicha calidad. En ese sentido, asume responsabilidad porque el contenido del anuncio es distinto de las características propias del servicio.

En cuanto a la infracción al principio de adecuación social, la CCD señaló que, mediante el anuncio cuestionado, se indujo al público al uso de Picap, aplicativo que intermedia el servicio de taxi en motocicleta lineal. Entonces, bajo su criterio, en la medida que dicho servicio de taxi está prohibido por el artículo 20 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo No. 017-2009-MTC y el Anexo I del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por el Decreto Supremo No. 058-2003-MTC, se induce a realizar un acto ilegal. Precisa que el Decreto Supremo No. 035-2019/MTC sólo reafirmó la ilegalidad del servicio de taxi en motocicleta lineal.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema Principal 1: ¿Las actividades de los influencers en redes sociales son pasibles de ser investigadas y sancionadas como actos de competencia desleal bajo la LRCD?
 - 1.1. Problema Secundario 1.1: ¿Qué son los influencers y cuál es su relación con la competencia desleal?

- 1.2. Problema Secundario 1.2: ¿Qué actividades de los influencers podrían calificar como actos de competencia desleal?
- 1.3. Problema Secundario 1.3: ¿Qué tipo de responsabilidad asumen los influencers bajo la LRCD?
2. Problema Principal 2: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de adecuación social?
 - 2.1. Problema Secundario 2.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como agencia de publicidad?
 - 2.2. Problema Secundario 2.2: ¿La actividad económica que realiza Picap y que fue materia del anuncio publicitario puede ser considerada como un acto ilegal?
 - 2.3. Problema Secundario 2.3: ¿El anuncio publicitario difundido a través de la cuenta de Instragram de Andynsane es susceptible de inducir a su público destinatario a cometer un acto ilegal?
3. Problema Principal 3: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de autenticidad?
 - 3.1. Problema Secundario 3.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como medio de comunicación social?
 - 3.2. Problema Secundario 3.2: ¿Se aplicó correctamente el criterio de análisis contenido en el precedente de la Resolución No. 289-97-TDC y en la jurisprudencia para analizar la infracción al principio de autenticidad?

V. ANÁLISIS DE PROBLEMAS JURÍDICOS y POSICIÓN DEL CANDIDATO

Problema Principal 1: ¿Las actividades de los influencers en redes sociales son pasibles de ser investigadas y sancionadas como actos de competencia desleal bajo LRCD?

A fin de dilucidar los temas en cuestión, es fundamental delimitar qué se debe entender por competencia desleal y por “influencers”. A efectos de una explicación más sistemática, comenzaremos con la explicación del primer tema.

Derecho de la represión de la competencia desleal

Se debe precisar que los actos de competencia desleal se encuentran regulados en la LRCD, norma que tiene como finalidad reprimir este tipo de conductas cuando tengan por efecto, sea real o potencial, la afectación o el impedimento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo¹¹.

De acuerdo con el profesor Diez Canseco¹², esta disciplina formaría parte de lo que él denomina Derecho Ordenador del Mercado. De lo señalado por el autor, se puede concluir que lo correcto sería denominar a esta disciplina jurídica como “Derecho de la Represión de la Competencia Desleal” y no “Derecho de la Competencia Desleal”, pues este último concepto nos llevaría a pensar que se trataría de una disciplina que protege a los competidores desleales y a sus derechos, cuando la finalidad de la misma es todo lo contrario. Es así, que esta disciplina busca garantizar la leal y honesta competencia, así como proteger al mercado, los empresarios y consumidores de los actos de competencia desleal.

La entidad encargada de promover las políticas de competencia, así como de fiscalizar y sancionar las infracciones en materia de derecho de competencia desleal es el Indecopi, a través de la CCD, en primera instancia, y de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la “SDC”), en segunda. En cuanto a los actos de competencia desleal, se debe precisar que tanto la LRCD como la jurisprudencia del Indecopi señalan que la única prohibición y mandato de sanción es la cláusula general, mientras que los actos

¹¹ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 1.- Finalidad de la Ley.-

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

¹² Diez Canseco, Luis (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis Revista de Derecho*, (36), 39-63.

contemplados en la norma son solo una lista de naturaleza enunciativa y orientativa¹³.

Los actos contenidos en el listado mencionado pueden clasificarse en: i) actos que afectan la transparencia del mercado, ii) actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico; iii) actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena, y; iv) actos desarrollados mediante la actividad publicitaria. A efectos del informe, solo nos centraremos en analizar el principio de adecuación social y el principio de autenticidad, pertenecientes al tipo de actos que se cometen mediante la publicidad.

Publicidad

La publicidad se define como toda comunicación que se realiza por un medio susceptible de promover y/o informar sobre la imagen, marcas, productos o servicios, así como sus características. Al respecto, Súmar y Avellaneda definen publicidad como “(...) un mecanismo que, destinado a persuadir a los consumidores, cumple una gran tarea informativa. Como tal, tiende a promover el precio de los productos y su dispersión y aumentar la relación entre la calidad esperada y el precio de dichos productos¹⁴”.

Fernández-Baca¹⁵ menciona la existencia de tres (03) teorías sobre la función de la publicidad. La primera, la función de persuasión, señala que la publicidad busca convencer a los destinatarios a adquirir el producto o servicio ofrecido; la segunda, la función informativa, establece que la publicidad tiene como finalidad

¹³ Resolución No. 136-98/TDC-INDECOPI.

¹⁴ Sumar, O. y Avellaneda, J. (2010). Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú. p. 59.

<https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/1157>

¹⁵ Fernández-Baca, J. (2006). Organización industrial. Lima: CIUP

brindar a los destinatarios datos, de distinta índole, pero relacionados con el producto o servicio ofrecido, y; tercero, la función complementaria, que señala que la función de la publicidad es vender “ideas” sobre el producto o servicio publicitado.

Al respecto, nosotros consideramos que la función de la publicidad es siempre persuasiva. A pesar de que muchas veces, de manera voluntaria o no, se brinde información o se busque crear ideas, siempre se realizará todo esto con la finalidad de obtener mayores ventas. No obstante, se debe dejar en claro que no pretendemos señalar que la información e ideas no sean funciones de la publicidad, sino que no son esenciales y son complementarias a la función persuasiva, la cual siempre estará presente.

Publicidad digital

La publicidad digital es definida como aquella “publicidad comercial que utiliza medios digitales interactivos y que está destinada, principalmente, a promover productos o influenciar el comportamiento del consumidor¹⁶.” Estos “medios digitales interactivos” son muy variados como, por ejemplo, redes sociales, páginas web o Google Ads. En cada uno de estos pueden manifestarse actos de competencia desleal, los cuales serán supervisados y sancionados por el Indecopi. Para ello, a diferencia de lo que se propuso en un momento, no es necesario un cambio normativo, pues la LRCD contiene disposiciones suficientemente claras y está diseñada para ser aplicable a todo acto de competencia desleal sin importar el medio con el cual se materializa dicho acto.

¹⁶ Cámara de Comercio Internacional (2018). Código de publicidad y de comunicaciones de mercado de la Cámara de Comercio Internacional. 30.

<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>

Problema Secundario 1.1: ¿Qué son los influencers y cuál es su relación con la competencia desleal?

En la actualidad, existen pocos casos de competencia desleal en los que existe una participación de los influencers en la materialización de los actos de competencia desleal. Lamentablemente, en la Resolución bajo análisis en el presente informe no se hace un desarrollo sobre los aspectos jurídicos en torno al fenómeno de los influencers. Tampoco se explica por qué Andynsane sería un influencer ni cómo fue su actuación como tal, sino únicamente se limitan a citar extractos de la Guía de Publicidad para Influencers del Indecopi a efectos de determinar la responsabilidad de Andynsane (que evaluaremos más adelante). Sin perjuicio de ello, nosotros sí consideramos relevante realizar un desarrollo sobre la naturaleza jurídica de los influencers y su relación con el derecho de la represión de la competencia desleal.

Para entender estos casos, primero, es importante conocer el concepto de influencer y sus principales características. La Guía de Publicidad para Influencers del Indecopi, los define como toda “persona o personaje 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 mercado¹⁷”.

El profesor Sosa¹⁸ critica el extremo de la definición que señala que los influencers son determinantes en las decisiones de los consumidores, debido a que considera que la finalidad de la publicidad es siempre persuadir, que puede

¹⁷ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2019). Guía de Publicidad para Influencers, p. 25.

<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>

¹⁸ Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 109.

como no llegarse a cumplir. Considera que señalar que la publicidad de influencers determina la elección de los consumidores no se condice con la realidad.

Consideramos que la definición no busca señalar que todos los influencers, en todos los casos, son determinantes para convencer a los consumidores a comprar los productos o adquirir los servicios que ellos promocionan. Este concepto señala que los influencers “**pueden convertirse** en un componente determinante en las decisiones de los consumidores”, lo cual nos permite interpretar, de manera armónica con la naturaleza y finalidad de la publicidad, que estas personas, en algunos casos que dependen de diversos factores como su reputación, su expertise en el tema, su capacidad de convencimiento, entre otros, pueden llegar a ser determinantes para convencer a algunos o parte del público.

Lo que sí es cierto es que el uso de influencers en la publicidad sí permite que esta pueda llegar a una mayor cantidad de personas que forman parte del público objetivo del producto o servicio que se busca vender, gracias a la alta cantidad de seguidores que poseen y a la especialización de los temas que tratan en sus redes. Del mismo modo, se ha señalado que los influencers tienen el poder de hacer que sus opiniones y recomendaciones contribuyan en la preferencia de los consumidores de los productos o servicios que promocionan frente a otros, debido a que poseen un mayor nivel de engagement¹⁹.

¹⁹ Blázquez, A. y Martín, E. (2021). *Marketing de influencers y su efecto en el engagement en Instagram*. [Tesis para optar por el grado de máster en marketing y comunicación]. Universidad Católica de Murcia, 35.

<http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/5186/TFM%20MARKETING%20DE%20INFLUENCERS%20Y%20SU%20EFECTO%20EN%20EL%20ENGAGEMENT%20EN%20INSTAGRAM%201%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lo anterior, se puede demostrar mediante los siguientes casos reales que ha recopilado La Vanguardia²⁰. En este artículo, se señala que, de acuerdo con un estudio de La Womma, organismo que reúne a los agentes del Word of Mouth Marketing, los influencers generan cinco (05) veces más ventas que la publicidad pagada tradicional.

Entre los casos que se relatan, destaca la campaña de la empresa Filippo Berio, marca de aceite, que contrató a doscientos cincuenta (250) influencers para promocionar su marca y tuvo como resultado un aumento en ventas de más del doble del promedio obtenido el periodo anterior a la campaña. Otro caso, es el de la marca Lord&Taylor, la cual regaló cincuenta (50) vestidos de su nueva línea de ropa a influencers para que estos realizaran unboxings en sus redes sociales. Como resultado de esta estrategia, se logró agotar las unidades disponibles de los productos en unas horas de lanzada la nueva línea en su tienda online.

Como se puede apreciar, los influencers sí tienen una capacidad de convencer a los consumidores de preferir una marca sobre otra o incluso inducir a la compra de un determinado producto, capacidad que no es absoluta ni se manifiesta en todos los casos, pero que sí existe. Entonces, si bien consideramos que la referencia a la palabra “determinar” en la definición de influencers señalada por la Guía del Indecopi puede interpretarse de una manera realista y acorde a la naturaleza de la publicidad, consideramos que se debió utilizar un término distinto, que no se preste a ambigüedades ni a interpretaciones como la que señala el profesor Sosa.

Otra crítica sobre esta definición es sobre la credibilidad que, según la Guía, todos los influencers ostentan. El profesor Sosa señala que no es correcto asumir que todo influencer posee credibilidad sobre un tema específico, en especial, los celebrities, quienes son aquellos cuya capacidad de influir en el público nace de

²⁰ La Vanguardia (2015). ¿Cómo vender más a través de los influencers?

<https://www.lavanguardia.com/economia/marketing-publicidad/20150909/54436388834/vender-influencers.html>

su fama, mas no de alguna especialidad²¹. Un ejemplo de este tipo de influencers en nuestro país vendrían a ser los personajes de la farándula y los chicos “reality”, los cuales, si bien no son reconocidos por ser expertos en algún tema, poseen gran cantidad de seguidores y de capacidad de influenciar. Compartimos la opinión del citado autor sobre este extremo.

Este punto nos permite desarrollar más sobre los tipos de influencers que existen. De acuerdo con López, existen dos tipos de clasificaciones, según sea en base a la intensidad de la notoriedad o desde el punto de vista del número de seguidores que tengan. En la primera clasificación se pueden diferenciar tres categorías de influencers: i) los famosos o celebrities (que ya hemos definido); ii) los líderes de opinión; y iii) los prosumidores o prosumers²².

Los segundos se definen como aquellos que, si bien no gozan de alta popularidad, se han ganado reconocimiento y credibilidad debido al contenido especializado y específico que comparten. Los prosumidores o prosumers, son aquellos influencers que se caracterizan por ser consumidores que producen y comparten contenido sobre los productos y/o servicios que adquieren.

Por otro lado, la clasificación en base al número de seguidores podría ser resumida en el siguiente cuadro:

Pirámide de influencers		
Tipo de influencer	Número de seguidores	Características

²¹ Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 111.

²² López Díaz, P. (2022). La publicidad digital y el fenómeno de los influencers en el derecho chileno. *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, 11(1), 295 y 296.

Megainfluencers.	Más de un millón de seguidores.	Útiles para mejorar el conocimiento de una marca. Son normalmente los celebrities.
Macroinfluencers.	Entre cien mil y un millón de seguidores.	Son considerados referentes y poseen una gran tendencia digital.
Microinfluencers.	Entre diez mil y ciento cincuenta mil seguidores en Instagram y diez mil en Youtube.	Colaboran con marcas determinadas y se les paga con productos, mas no con sumas dinerarias.
Nanoinfluencers.	Varía entre mil y diez mil seguidores.	Sus seguidores tienen una mayor fidelidad.

Elaboración propia en base a información contenida en: <https://www.mercadonegro.pe/medios/digital/conoce-cuales-son-los-tipos-de-influencers-de-acuerdo-a-su-numero-de-seguidores/>

En este sentido, con las salvedades señaladas anteriormente, consideramos que una definición mucho más amigable y certera de “influencers” sería la siguiente: son personas o personajes de las redes sociales, que, por manejar una gran cantidad de seguidores, por la especialización en determinados temas y/o por la fama que poseen en el entorno digital tienen la capacidad de influir o persuadir al público.

En conclusión, los influencers están teniendo un rol cada vez más importante en la publicidad digital, especialmente la difundida a través de las redes sociales. Como toda forma de publicidad, su participación y acciones dentro de este ámbito se encuentran sujetas a las disposiciones de la LRCD y, por lo tanto, les son aplicables todas las prohibiciones y principios contenidas en ella. Cabe resaltar que no toda actuación de un influencer en sí misma está sujeta a dicha

normativa y, además, debe diferenciarse el rol que asume el influencer frente a la publicidad para determinar si, en un caso en concreto, le son aplicables una u otra disposición.

Problema Secundario 1.2: ¿Qué actividades de los influencers podrían calificar como actos de competencia desleal?

Lo primero que se debe tener en claro es que la publicidad no es la única función ni actividad que realizan los influencers. Por naturaleza, estos personajes son bastante activos en los medios y en las redes sociales, pues su fama y, en la mayoría de los casos, sus ingresos se basan en ello. Además, los ingresos que obtienen de la publicidad no es su única fuente a través de sus actividades en el mundo digital, pues muchos de ellos obtienen ingresos de donaciones por parte de su público en transmisiones, suscripciones, entre otros.

La actividad de los influencers estará sujeta a la LRCD siempre y cuando tenga finalidad concurrencial. De acuerdo con el Indecopi, una actividad de carácter concurrencial es aquella que está dotada de trascendencia externa, es decir, cuando tenga efectos en el mercado y que afecte positivamente el posicionamiento del agente económico que realiza el acto, a través de una ventaja o beneficio²³.

De lo anterior, podemos afirmar que un primer caso de participación concurrencial de los influencers es cuando realizan publicidad y cualquier actuación en relación a sus propios productos y/o servicios. En varios casos, además de la actividad que realizan en el mundo digital, los influencers suelen emprender mediante distintos tipos de negocios, los cuales tendrán el mismo tratamiento jurídico que cualquier otro, por lo que su actividad queda sujeta a las disposiciones establecidas en la LRCD para los anunciantes²⁴.

²³ Resolución No. 473-2012/SC1-INDECOPI.

²⁴ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**
Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

Un ejemplo conocido a nivel mundial es el de la influencer Rawvana, la cual era conocida por llevar un estilo de vida crudivegano. Debido a su popularidad, inició actividades económicas vendiendo dietas y un libro sobre su alimentación crudivegana que supuestamente la mantenía con la figura y buena salud que orgullosamente mostraba en redes sociales. Sin embargo, se difundió una historia de Instagram en la que aparecía Rawvana comiendo pescado, lo que evidenció que el estilo de vida crudivegano que presumía tener era falso. En ese sentido, en la medida que todas sus dietas y su libro crudiveganos prometían tener la salud y figura de la influencer porque ella los seguía, se configuraría un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que ello era falso.

Un segundo caso de las actividades concurrenciales de los influencers es su participación en publicidad de productos y/o servicios de un tercero, en el cual pueden actuar como soporte y/o testigo. El profesor Sosa resume estos supuestos de la siguiente manera:

“Como soporte publicitario o testimonio para terceros anunciantes, es decir, un anunciante utiliza al influencer para que, a través del uso de su cuenta de red social, emita ciertos comentarios, comparta su experiencia respecto al producto, lo luzca puesto, lo use o simplemente haga un unboxing, También el anunciante puede utilizar al influencer como testigo en su propia publicidad (del tipo testimonial), situación en la que

(...)

c) 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;

(...)

tendremos al influencer fuera de su cuenta de red social e inserto en la publicidad comercial del anunciante²⁵".

Compartimos la postura anteriormente mencionada. La participación del influencer no necesariamente tiene que ser materializada a través de sus propias redes sociales, si bien es lo más usual, aún existe la posibilidad de que se de a través de medios de comunicación social tradicionales o de las redes sociales del anunciante. En la misma línea, consideramos que también la actuación de los influencers como agencias de publicidad está sujeta a supervisión desde el derecho de la represión de la competencia desleal, conforme se analizará en su momento.

En base a lo señalado anteriormente, cualquier otro acto de los influencers, que no sea concurrencial, no estará sujeto a la LRCD y, por lo tanto, estos no podrán ser sancionados por la comisión de actos de competencia desleal. Cabe precisar que la temática del contenido que algunos influencers generan en sus redes sociales puede requerir el constante consumo de productos y/o servicios de distintas marcas, lo cual no calificaría como publicidad.

Esta clasificación de actos concurrenciales es relevante, debido a que, como veremos en el siguiente acápite, el rol que tenga el influencer influirá en el tipo de responsabilidad que se le pueda atribuir en el caso de comisión de actos de competencia desleal.

Problema Secundario 1.3: ¿Qué tipo de responsabilidad asumen los influencers bajo la LRCD?

Una vez que hemos definido los diferentes actos concurrenciales que pueden realizar los influencers y que podrían configurar como actos de competencia desleal, es necesario explicar sobre el tipo de responsabilidad que tendrían, de ser el caso.

²⁵ Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 116.

Un primer supuesto ocurre cuando el influencer realiza actos concurrenciales como empresario de sus propios productos y/o servicios. En caso de emitir publicidad, el influencer tendrá calidad de anunciante, pues será este el principal interesado y beneficiado en los resultados de dicha publicidad (información trasladada correctamente, nivel de persuasión alcanzado, entre otros).

No obstante, la publicidad no es el único medio a través del cual un influencer puede cometer un acto de competencia desleal. Recordemos que, en este supuesto, el influencer es un empresario más, por lo que podría cometer cualquiera de los actos de competencia desleal contenidos en el listado enunciativo de la LRCD u otros que surjan de la aplicación de la cláusula general. Del mismo modo que podría difundir publicidad engañosa, nada impide que pueda cometer, por ejemplo, actos de violación de normas al operar un local de restaurante sin contar con la licencia de funcionamiento correspondiente. Un caso real es el mencionado en el acápite anterior sobre la influencer Rawvana.

Entonces, cuando un influencer se desenvuelva en el mercado como empresario ofreciendo sus productos y/o servicios podrá cometer cualquier tipo de acto de competencia desleal, que podrá materializarse por cualquier medio, no solo a través de publicidad y redes sociales. En estos casos, el influencer será responsable directo, asumiendo la calidad de anunciante en los casos de publicidad.

Un segundo supuesto ocurre cuando el influencer participa en publicidad de productos y/o servicios de titularidad de terceros. Estos casos permiten, a su vez, diferenciar las situaciones en las que el influencer actúa con la calidad de testigo, medio de comunicación social y/o como agencia de publicidad, situaciones en las que tendrán también un tipo de responsabilidad particular.

Cuando el influencer actúa en la calidad de testigo en publicidad de terceros, el influencer no será responsable por los actos de competencia desleal que se

podrían cometer, pues el responsable sería siempre el anunciante²⁶. Este último será el encargado de acreditar, en caso de solicitud de la autoridad de competencia, que el testimonio corresponde a una experiencia auténtica y reciente, así como que este, en caso de afirmaciones objetivas, se ajusta al principio de veracidad²⁷.

Si bien el influencer nunca será responsable como testigo, sí podría ser responsable en otros casos. Nos referimos a la responsabilidad del influencer por ostentar la calidad de medio de comunicación social y/o agencia de publicidad. Cabe resaltar que este tipo de responsabilidad es independiente a la responsabilidad que se le atribuiría al anunciante en un caso en concreto.

Por un lado, un influencer actuará como medio de comunicación social cuando ofrezca y ejecute el servicio de difusión de publicidad de terceros a través de sus redes sociales. Ello, debido a que sus redes sociales encajarían en la definición establecida en la LRCD²⁸, toda vez que servirían como la vía mediante la cual se difunden los anuncios.

²⁶ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 23.- Asignación de responsabilidad.-

23.1.- 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.
(...)

²⁷ Estas obligaciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia del Indecopi con la finalidad de analizar la veracidad de los testimonios para corroborar la comisión o no del acto de competencia desleal en la modalidad de engaño. Para mayor información revisar la Resolución No. 0023-2017/SDC-INDECOPI, Resolución No. 0162-2018/CCD-INDECOPI y Resolución No. 0055-2020/SDC-INDECOPI.

²⁸ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

f) 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

En ese sentido, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 23 de la LRCD²⁹, el influencer sería responsable en los casos que se configuren actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Nunca serán responsables por actos de competencia desleal que se materialicen producto del contenido del anuncio, pues, como se dijo anteriormente, esto será responsabilidad únicamente del anunciante.

Por otro lado, un influencer actuará como agencia de publicidad cuando brinde el servicio de confección, diseño y/o ejecución de los anuncios publicitarios de los productos y/o servicios de un empresario contratante, de acuerdo a lo establecido en la LRCD³⁰. Esto se dará cuando el anunciante no le brinde al

correspondencia, televisión, radio, teléfono, Internet, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar;
(...)

²⁹ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 23.- Asignación de responsabilidad.-

(...)

23.2.- Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.

(...)

³⁰ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

a) 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;

(...)

influencer un guión ni pautas de cómo proceder a realizar la publicidad y le de la libertad de, bajo su criterio e imaginación, encargarse de la elaboración de la misma. Este tipo de acuerdos son comunes con los influencers, pues se confía en su creatividad, así como su talento para atraer la atención del público y persuadirlos.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 23 de la LRCD³¹, los influencers serán responsables por la comisión de actos de competencia desleal que se generen por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Es preciso señalar que esta responsabilidad es individual e independiente de la del anunciante.

En vista de lo anterior, podemos concluir que los influencers pueden tener tres (03) tipos de responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal. Estos ocurrirán cuando el influencer actúe como: i) empresario, ii) medio de comunicación o iii) agencia de publicidad.

Podrían existir casos en los cuales los influencers actuarían en la calidad de medio de comunicación y agencia de publicidad y, por lo tanto, serían responsables por la comisión de actos de competencia desleal independientes, pues la naturaleza de estos no es excluyente. En cambio, la responsabilidad como empresario es incompatible con las otras calidades, pues estos tipos de responsabilidad fueron creados para no dejar impunes a terceros que participaron en la comisión de competencia desleal, en cambio, en el caso de los empresarios ya se les atribuiría responsabilidad directa.

³¹ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 23.- Asignación de responsabilidad.-

(...)

23.3.- Adicionalmente, corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.

Problema Principal 2: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de adecuación social?

En el presente apartado, se analizará el criterio adoptado por la CCD para declarar fundada la imputación sobre la infracción al principio de adecuación social por parte de Andynsane y, posteriormente, se planteará nuestra opinión jurídica sobre el mismo. Para ello, dividiremos dicho análisis en tres (03) partes: i) responsabilidad de Andynsane como agencia de publicidad; ii) ilegalidad o no de la actividad económica que realiza Picap, y; iii) capacidad del anuncio bajo análisis para inducir a la comisión de un acto ilegal.

Problema Secundario 2.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como agencia de publicidad?

Como se mencionó anteriormente, uno de los tipos de responsabilidad que pueden asumir los influencers en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal es aquel producto de su labor como agencia de publicidad en el marco de una publicidad de un tercero anunciante. A continuación, se desarrollará el análisis realizado por la CCD en la Resolución, así como nuestra postura al respecto.

Para determinar si un administrado puede ser responsable por la comisión de actos de competencia desleal como agencia de publicidad debemos analizar si se cumplieron todos los elementos señalados en el numeral 3 del artículo 23 de la LRCD. Esta disposición establece que se debe acreditar que el administrado actuó, como es evidente, con la calidad de agencia de publicidad y, además, que el acto de competencia desleal imputado haya sido producto de un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado.

En la Resolución, se determinó que Andynsane actuó como agencia de publicidad, debido a que los términos del contrato celebrado con CAP Technologies establecían que este sería el encargado de diseñar los anuncios publicitarios siguiendo los lineamientos artísticos que considerara conveniente, servicio que calza en la definición de agencia de publicidad. Además, la CCD señaló que como Andynsane fue imputado por la presunta infracción al principio

de adecuación social al haber inducido a cometer un acto ilegal mediante la publicidad materia del caso (aspecto que desarrollaremos más adelante), el contenido de dicha publicidad sería distinto de las características propias del bien o servicio anunciado.

Así, señala la CCD, la actuación de Andynsane calzaría en el supuesto establecido en el numeral 3 del artículo 23 de la LRCD y, por lo tanto, podría ser responsable por la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, de comprobarse la imputación.

Estamos de acuerdo con el criterio de la CCD respecto del actuar de Andynsane como agencia de publicidad. Como bien señalaron, el contrato de prestación de servicios de publicidad suscrito entre el imputado y CAP Technologies sí le otorga al primero la obligación de elaborar el contenido de la publicidad objeto del contrato, además de brindarle la flexibilidad necesaria para ello, tal y como se aprecia en el literal a) del anexo I del referido contrato:

- a) **Once (11) stories** de Instagram, publicadas en la aplicación digital Instagram de Andynsane, **siguiendo los lineamientos artísticos que Andy Merino Ramírez considere pertinentes** y que estén alineados a los objetivos e identidad de la Campaña, a publicar según el cronograma coordinado entre las Partes (...)." (Énfasis agregado).

Es claro que el objeto del contrato incluye los servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios, los cuales según el literal a) del artículo 59 de la LRCD son aquellos servicios que prestan las agencias de publicidad. Con esto, queda claro que Andynsane, en el presente caso, sí actuó como agencia de publicidad.

Respecto a la necesidad de que el acto de competencia desleal haya sido materializado en un contenido distinto de las características propias del bien o servicio anunciado, consideramos necesario, primero, precisar a qué supuestos se refiere la norma. Al respecto, el profesor Sosa ha señalado que la agencia de

publicidad no va a ser responsable en todos los casos, sino únicamente en aquellos en los que el contenido sea distinto a las características de la oferta del anuncio y, para ejemplificar, menciona el caso de las infracciones al principio de adecuación social por incentivar actos de discriminación³².

Precisamente, la infracción al principio de adecuación social sería, según Sosa, la característica distinta que permitiría encajar en el supuesto de responsabilidad de las agencias de publicidad. Sin embargo, en este punto, debemos cuestionarnos si el simple hecho de que se analice el principio de adecuación social como imputación a un administrado es, en todos los casos, suficiente para acreditar que los anuncios publicitarios tienen contenido distinto a las características de la oferta de los productos o servicios.

Consideramos que no, pues lo determinante para atribuir responsabilidad en este caso no es la potencial infracción al principio de adecuación social, sino que el contenido de la publicidad sea distinto a las características de la oferta de los productos o servicios. Si bien es común que en los casos de adecuación social la infracción a este principio se materialice en un contenido publicitario distinto a las características de la oferta de los productos o servicios, esto tiene excepciones.

Esta excepción ocurre en el presente caso, pues se imputa la infracción a este principio por incentivar a cometer un acto ilegal, usar el aplicativo Picap, que sería, a criterio de la CCD un servicio de taxi en motocicleta lineal, a través de la difusión de publicidad que se limita a hablar sobre dicho aplicativo y sus características.

Para mayor comprensión de nuestro análisis, presentaremos el procedimiento de oficio seguido en contra de Destilerías Unidas S.A. C. y el Grupo Q Comunicaciones S.A. (agencia de publicidad), por infracciones al principio de

³² Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 130.

legalidad³³, contenido en el artículo 3 del Decreto Supremo No. 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor³⁴ (hoy derogado).

El caso giró en torno al anuncio publicitario denominado "Tren" correspondiente al producto "Ron Cabo Blanco», el cual, a criterio de la CCD, aparentaba enaltecer la realización de una conducta ilegal (introducirse debajo de las vías de un tren) presentándola como una conducta permitida y digna de celebración, pese a que se trata de un comportamiento prohibido por los artículos 10, 86 y 87 del Decreto Supremo No. 012-78-TC, Reglamento General de Ferrocarriles. Cabe resaltar que la infracción imputada y declarada fundada (en contra de ambas imputadas) es aquella que hoy en día se conoce como el principio de adecuación social.

Este caso es el claro ejemplo de responsabilidad de una agencia de publicidad por la infracción al principio de adecuación social al que se refería el profesor Sosa, pues, como se afirma en la resolución, el contenido del anuncio "(...) no está referido al producto del anunciante ni tiene como propósito realzar sus cualidades respecto a los demás productos similares de la competencia, sino que por el contrario, este anuncio transmitía un mensaje que induciría a los consumidores a que aprobaran y festejaran el hecho de que una persona se

³³ Resolución N° 063-2002/CCD-INDECOPI, confirmada en temas de fondo por la Resolución No. 0219-2003/TDC-INDECOPI.

³⁴ **Decreto Supremo No. 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor**

Artículo 3.- Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.

introdujera debajo de las vías de un tren, conducta que se encuentra prohibida por la ley(...)³⁵".

Como puede observarse, este caso es completamente distinto al de la Resolución bajo análisis, ya que la infracción al principio de adecuación social se materializa en que la publicidad enalteció el hecho de introducirse debajo de las vías de un tren, contenido publicitario totalmente distinto a las características del producto. No obstante, en el caso de Andynsane, dicha infracción se materializaría en el acto de inducir al uso de la aplicación Picap, la cual resulta ser el servicio que ofrece el anunciante, por lo que el contenido publicitario no se adecuaría al supuesto establecido para atribuir responsabilidad a la agencia de publicidad.

Por lo señalado anteriormente, consideramos que el análisis realizado por la CCD no es correcto. Se aplicó el criterio desarrollado a lo largo de la jurisprudencia de analizar la responsabilidad de la agencia de publicidad por haber cometido presuntos actos que infringirían el principio de adecuación social sin atender a los hechos concretos y distintos del caso, los cuales ameritaban un cambio de criterio. De acuerdo con nuestra postura, no se debió continuar con el análisis de responsabilidad de Andynsane como agencia de publicidad porque los presuntos actos de competencia desleal imputados se materializaron en un contenido publicitario sobre las características de la oferta del anunciante, supuesto que escapa del ámbito de aplicación del numeral 3 del artículo 23 de la LRCD.

Problema Secundario 2.2: ¿La actividad económica que realiza Picap y que fue materia del anuncio publicitario puede ser considerada como un acto ilegal?

Como se mencionó al inicio del análisis, la CCD resolvió declarar fundada la imputación en contra de Andynsane por haber infringido el principio de adecuación social mediante la publicidad imputada. Para el análisis de este

³⁵ Resolución N° 063-2002/CCD-INDECOPI, confirmada en temas de fondo por la Resolución No. 0219-2003/TDC-INDECOPI.

principio en el caso en concreto se deberá acreditar que la publicidad imputada es susceptible de inducir a cometer un acto ilegal. Para estos efectos se deberá realizar un doble análisis: i) acreditar cuál es, de ser el caso, el acto ilegal contenido en el anuncio publicitario y ii) si la publicidad induce al público a cometer dicho acto ilegal³⁶.

Si bien hemos afirmado que Andynsane no podría ser sancionado en este caso por no haber reunido los elementos del supuesto de responsabilidad de agencia de publicidad, procederemos analizar, por cuestiones metodológicas y a fin de brindar una crítica completa, las razones por las que consideramos que el resto de la resolución sobre esta imputación también fue incorrecto. En este acápite, nos centraremos en determinar si existió una actividad ilegal en el contenido publicitario imputado y cuál fue la misma.

Sobre el particular, la CCD ha señalado que en la publicidad difundida por Andynsane se recomendaría el uso de Picap, aplicación que brindaría el servicio de transporte de pasajeros (taxi) en motocicletas lineales, servicio que de acuerdo con la normativa vigente sería un servicio ilegal. Tal ilegalidad estaría establecida en una lectura conjunta del numeral 4.4 del artículo 20 Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado mediante Decreto Supremo No. 017-2009-MTC y el Anexo I del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo No. 058-2003-MTC, los cuales señalarían que el transporte de pasajeros (en modalidad de taxi) estaría permitido solo para los vehículos de la categoría M1, de cuatro (4) o más ruedas, clasificación en la que no calzan las motocicletas lineales.

Entonces, de acuerdo con la CCD, la actividad prohibida por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, ilegal sería el realizar la actividad económica del servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales. Al ser esta la actividad que

³⁶ Richarte, G. (2014) La insaciabilidad normativa en el Principio de Adecuación Social aplicado a la Publicidad Comercial. *Foro Jurídico*, (13), 84.

realizaría Picap y que es aquella que se difunde mediante la publicidad de Andynsane, se cumpliría con un primer elemento de análisis.

De lo anterior, queda claro que la actividad de transporte de pasajeros en la modalidad de taxi está permitida para vehículos de cuatro (4) o más ruedas; sin embargo, ¿esta disposición implica que el servicio de taxi en motocicletas lineales, vehículos de dos (2) ruedas, está prohibida o no necesariamente? De acuerdo a los argumentos del imputado, la normativa previamente citada regularía categorías, más no prohibiría conductas, por lo que no podría hablarse de una prohibición ni ilegalidad del servicio de taxi en motocicletas lineales.

Consideramos que la normativa antes citada establece parte de los requisitos que un administrado debe cumplir para poder obtener la autorización correspondiente para realizar la actividad económica de transporte de pasajeros mediante taxis, esto es, contar con un vehículo de cuatro (04) o más ruedas. La consecuencia del incumplimiento de dicho requisito es que la autoridad correspondiente rechazará la solicitud de autorización para realizar la actividad.

Por lo tanto, estamos frente a una norma habilitante que exige que el control previo de legalidad realizado para otorgar la autorización tenga en cuenta el número de ruedas que tiene el vehículo con el cual se prestará el servicio. Entonces, únicamente los administrados que obtengan la autorización podrán realizar dicha actividad de manera legal, caso contrario, como es lógico, aquel que realice la actividad sin la autorización estaría cometiendo un acto ilegal.

Cabe precisar que el servicio de taxi en vehículos de dos (02) ruedas nunca cumplirá el requisito analizado anteriormente. Por lo que aquellos administrados que quieran realizar esta actividad nunca podrán obtener la autorización y, por lo tanto, siempre estaremos frente a una actividad que se estaría realizando ilegalmente.

Ahora que hemos determinado que el acto ilegal relevante a efectos del caso es realizar la actividad de taxi en motocicletas lineales sin la autorización

correspondiente (que se da en todos los casos), es necesario dilucidar si esta es la actividad a la que se dedica Picap y si es objeto de la publicidad bajo análisis.

De acuerdo a los términos y condiciones de Picap, esta era una plataforma de economía colaborativa que brindaba el servicio de intermediación entre un usuario consumidor que buscaría contratar el servicio privado de transporte ofrecido por un usuario prestador, quien es un proveedor independiente de dicho servicio. Entonces, tenemos que Picap es una empresa que brinda un servicio de intermediación, a través de una plataforma colaborativa.

Las plataformas de economía colaborativa se pueden definir en base a ciertas características que se deben presentar de manera concurrente y que son, siguiendo a Lizama y Lizama³⁷, las siguientes: i) uso de una plataforma digital y ii) uso de internet como mecanismo de intercambio de bienes o servicios.

En el caso de Picap sí cumplía con dichas características, pues esta funcionaba a través de una aplicación de celular (plataforma digital) que funcionaba a través de internet para conectar a prestadores del servicio de transporte privado en motocicleta lineal y usuarios finales. Por lo tanto, podemos afirmar que Picap sí era una plataforma de economía colaborativa que prestaba el servicio de intermediación de transporte de taxi en motocicletas lineales.

La autoridad de competencia desleal se ha pronunciado anteriormente bajo el mismo criterio sobre la actividad que realizan las aplicaciones que brindan servicios de intermediación. Mediante Resolución No. 84-2020/SDC-INDECOPI se confirmó la Resolución No. 043-2019/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación de Consumidores Indignados Perú en contra de Uber B.V. por la comisión de un acto de competencia desleal por la presunta violación de normas al no contar con el título habilitante para la

³⁷ Lizama, L. y Lizama, D. (2019). *El Derecho del Trabajo y la Economía Colaborativa*. Revista Derecho Sociedad, 53, p. 208

prestación de servicios de taxi. Al respecto, la SDC señaló que no se configuraba dicho acto, en tanto Uber no se encontraba obligada a obtener dicho título habilitante en la medida que no presta el servicio de taxi, sino un servicio de intermediación del servicio de transporte.

Queda claro que Picap no es una empresa que se dedica a la actividad económica de taxi en motocicleta lineal. Por ello, lo natural sería que la publicidad que realice Picap esté orientada a promover la actividad a la que se dedica, el servicio de intermediación y no cualquier otra, pues, conforme a la definición de publicidad desarrollada anteriormente, mediante esta se busca persuadir a los consumidores a adquirir los servicios del ofertante.

Teniendo esto en cuenta, nos quedan dudas de por qué, a criterio de la CCD en el caso bajo análisis, la publicidad difundida por Andynsane giraría en torno a la actividad de taxi en motocicletas lineales, actividad distinta a la que realiza Picap. Asimismo, nos parece aún más cuestionable que la CCD considere que mediante esta publicidad se haya inducido a los consumidores a cometer el acto ilegal de realizar la actividad de taxi en motocicletas lineales sin la autorización correspondiente. Sobre este punto dedicaremos nuestro análisis en el siguiente apartado.

Problema Secundario 2.3: ¿El anuncio publicitario difundido a través de la cuenta de Instagram de Andynsane es susceptible de inducir a su público destinatario a cometer un acto ilegal?

Como se mencionó anteriormente, para el análisis de la infracción del principio de adecuación social en este caso se debe acreditar que la publicidad imputada es capaz de inducir a los consumidores a cometer un acto ilegal. Al momento, en el presente informe ya se ha determinado cuál es el supuesto acto ilegal que, según la CCD, estaría presente en la publicidad difundida por Andynsane.

A pesar de que hemos concluido que Picap no se dedica a realizar como actividad económica el acto ilegal de taxi en motocicletas lineales sin la autorización correspondiente, consideramos necesario seguir evaluando los argumentos de la CCD sobre este extremo. Entonces, a continuación, nos

centraremos en analizar si la publicidad en cuestión es capaz de inducir al público a cometer dicho acto ilegal.

En la Resolución, la CCD señala que, a efectos de su análisis, no es relevante que Picap sea una empresa de intermediación, debido a que, de la revisión de la publicidad imputada, estaría promoviendo y facilitando un servicio ilegal, taxi en motocicletas lineales sin autorización. En base a este argumento, concluye que Picap induce de manera directa al ejercicio de una actividad ilegal.

El sustento de la CCD sobre este extremo se limita a lo anterior. A su criterio, solo porque los taxistas que utilizaban la plataforma de intermediación de Picap cometían un acto ilegal automáticamente la publicidad de la empresa induciría al público a cometer dicho acto. No analizan si ese acto ilegal es presentado en la publicidad, de qué manera es presentado (si lo naturalizan, enaltecen o promueven), ni la relación del acto ilegal con la publicidad y con la empresa.

Lo que nos parece más grave es que la CCD no establece las razones por las cuales considera que la publicidad induce a los destinatarios a cometer el acto ilegal o, ¿acaso considera que esto ocurre por el simple hecho de que se haga una mínima presencia o referencia a un acto ilegal? Consideramos que este análisis es ilegal, pues no se aplica correctamente el tipo infractor en el caso en concreto y su decisión va en contra de lo desarrollado previamente en la jurisprudencia y en la doctrina.

A nuestro parecer, un correcto parámetro de análisis para determinar si la publicidad es capaz de inducir a cometer un acto ilegal en el marco de la aplicación del principio de adecuación social es el establecido en la Resolución No. 152-2005/CCD-INDECOPI. Cabe resaltar que este criterio de análisis fue establecido en base al tipo antecesor al principio de adecuación social como lo conocemos hoy en día, el cual en ese entonces estaba regulado en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 691 (en adelante, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor). En vista que la norma anterior, en sustancia y naturaleza, es similar a la actual en los casos de inducir a cometer actos ilegales, consideramos adecuado utilizar este criterio.

En esta resolución se señalan los siguientes criterios de análisis: i) ¿en qué consiste la acción de inducir o estimular una conducta antisocial o ilegal?; ii) ¿en qué consiste la conducta antisocial o ilegal?; iii) ¿cuáles son las conductas infractoras mostradas en la publicidad en particular?; iv) ¿de qué manera tales conductas pueden inducir o enaltecer una conducta antisocial o ilegal?

Del análisis de la Resolución, solo nos queda claro que la CCD acreditó el punto ii), pues determinaron que la conducta ilegal era realizar el servicio de taxi en motocicleta lineal sin autorización, aspecto en el cual coincidimos. Del mismo modo, la CCD considera que dicho acto ilegal fue mostrado en la publicidad, con lo cual, al menos formalmente, quedaría cumplido el punto iii).

No coincidimos con esto último. En la publicidad bajo análisis, no se muestra la actividad ilegal en sí misma, a lo mucho se hace una referencia indirecta. De la revisión del anuncio podemos apreciar que, en cuanto a contenido visual, solo tenemos a Andynsane grabándose a sí mismo en una calle junto a un señor llamado David con una motocicleta lineal. En cuanto al audio de la publicidad, tenemos a Andynsane brindando información sobre Picap (reiteramos que es una plataforma de intermediación) y conversando con el señor David. La única referencia del anuncio al acto ilegal sería que el señor David brindaría el servicio de taxi en motocicleta lineal.

En este sentido, podemos afirmar que no se mostró tal cual ninguna acción o conducta ilegal en la publicidad. Bajo los mismos argumentos, analizando el punto i), no hubo acción directa o indirectamente relacionada a un acto ilegal que busque promover o inducir a su realización. Como última crítica, en atención al punto iv), nos preguntamos si el anuncio de Andynsane es capaz de inducir a cometer el acto ilegal mencionado.

Hace unos años, con un mejor criterio, la hoy SDC señaló que la razón de ser del principio de adecuación social no es evitar que se muestren imágenes o expresiones de actos ilegales, sino de mensajes que induzcan o enaltezcan este tipo de actos, pues, de lo contrario, se configuraría una vulneración al derecho a

la libertad de expresión de los anunciantes³⁸. Bajo la misma línea, en el 2012, señaló que un anuncio será ilícito cuando “objetivamente induzca a los destinatarios a cometer o reproducir en la vida cotidiana una práctica ilegal, lo cual consistiría en que luego de visualizar la publicidad el consumidor adopte la decisión de llevar a cabo la misma conducta que se le mostró o comentó mediante este³⁹”.

Como ha sido señalado por el Indecopi en anteriores ocasiones, para que se configure una infracción al principio de adecuación social no bastará con la mera aparición de un acto ilegal en un anuncio publicitario, sino que es necesario que se presente de manera tal que brinde un mensaje lo suficientemente apto o determinante para que los destinatarios realicen dicha conducta ilegal. Se trata de una consecuencia objetiva que no dependerá únicamente del criterio de los comisionados encargados de resolver, pues estos, por sí mismos, no cuentan con la información suficiente para acreditar que un anuncio podrá inducir a sus destinatarios a realizar un acto ilegal.

De acuerdo con Richarte, autor con el que coincidimos, “la única manera de demostrar que se ha inducido a la realización de dichas actividades será a través de dos pasos, (i) demostrando el incremento de dichas actividades; pensamos que una manera adecuada de probarlo sería con un informe que demuestre estadísticamente que se ha incrementado la actividad presentada en la publicidad, y (ii) demostrar el nexo causal entre la publicidad y el incremento de la actividad”⁴⁰.

³⁸ Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI.

³⁹ Resolución No. 1857-2012/SC1-INDECOPI.

⁴⁰ Richarte, G. (2014). La insaciabilidad normativa en el Principio de Adecuación Social aplicado a la Publicidad Comercial. Foro Jurídico, (13), 85.

En la Resolución de la CCD no se cumplió con ninguno de estos pasos. El único argumento utilizado fue señalar que como la actividad de taxi en motocicleta lineal es ilegal y está vinculada con el servicio que se promueve en la publicidad bajo análisis, entonces esta es capaz de inducir a los destinatarios a replicarla. A nuestro criterio, este análisis es insuficiente para acreditar la infracción al principio de adecuación social.

Es cierto que acreditar la comisión de esta infracción siguiendo los pasos de Richarte es una tarea difícil. No obstante, esto no es argumento suficiente para no realizarlos, más aún cuando es la interpretación correcta que se debe realizar del principio de adecuación social. La actual interpretación y argumentación que utiliza la CCD en este tipo de casos va en contra de la literalidad de la misma norma, pues no se llega ni siquiera a analizar si la publicidad imputada induce a cometer actos ilegales y mucho menos a acreditarlo.

Bajo este criterio mal adoptado, se deja en desprotección a los administrados y se les obliga, como única forma de librarse de dicha imputación, a ellos mismos acreditar que su publicidad no induce a cometer actos ilegales. Seguir los pasos de análisis de Richarte llevaría a los administrados a irrogar altos gastos para corroborar, mediante estudios, que sus anuncios publicitarios no indujeron a los destinatarios a cometer los actos ilegales, gastos que deberían ser cubiertos por la administración pública bajo su obligación de acreditar la comisión de las infracciones que imputa a los administrados bajo procedimientos administrativos sancionadores.

Lo anterior sería una vulneración al principio de presunción de licitud⁴¹, debido a que se estaría presumiendo que los administrados infringieron el principio de

⁴¹ **Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

adecuación social sin tener certeza de ello, en el marco de un procedimiento sancionador. Además, se estaría invirtiendo la carga de la prueba en contra de los administrados conforme a lo señalado anteriormente, lo cual iría en contra de lo desarrollado en el fundamento 45 de la STC recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC, según el cual el principio de presunción de licitud establece “que no pueda trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”.

En conclusión, consideramos que no se han presentado los medios probatorios ni el razonamiento necesarios para acreditar que en el presente caso la publicidad difundida por Andynsane es capaz de inducir a los destinatarios de la misma a cometer el acto ilegal de realizar la actividad de taxi en motocicletas lineales sin autorización. Como fue desarrollado, la publicidad imputada no hace referencia a dicho acto ilegal ni tampoco brinda un mensaje susceptible a inducir a su comisión, por lo que no podría configurarse la infracción al principio de adecuación social.

Problema Principal 3: ¿La CCD realizó un correcto análisis y aplicación del principio de autenticidad?

En el presente apartado, se analizará el criterio adoptado por la CCD para declarar fundada la imputación sobre la infracción al principio de autenticidad por parte de Andynsane y, posteriormente, se planteará nuestra opinión jurídica al respecto. Para ello, dividiremos nuestro análisis en tres (03) partes: i) responsabilidad de Andynsane como medio de comunicación social; ii) aplicación del criterio de análisis para la solución de este tipo de casos, y; iii) exigencias del Indecopi en materia de autenticidad de publicidad de influencers.

Problema Secundario 3.1: ¿Es correcto afirmar que Andynsane puede asumir responsabilidad al actuar como medio de comunicación social?

Como se mencionó en el problema jurídico 1.3, uno de los tipos de responsabilidad que pueden asumir los influencers en el marco de un

procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal es aquel producto de su labor como medio de comunicación social para la difusión de publicidad de un tercero anunciante. A continuación, se desarrollará el análisis realizado por la CCD en la Resolución, así como nuestra postura al respecto.

En estos casos se debe analizar, en primer lugar, si el administrado imputado tiene la calidad de medio de comunicación social, en los términos de la LRCD. En la mayoría de supuestos, es claro cuando un agente es un medio de comunicación social, pues, estos suelen reconocerse como tal y realizar actividades de difusión de todo tipo de contenido. Es así como no sería controversial afirmar que los periódicos, revistas o canales de televisión serían medios de comunicación social en caso de difundir publicidad y, por lo tanto, serían susceptibles de ser sancionados en caso de que participen en actos de competencia desleal. En tiempos más recientes, las plataformas digitales y redes sociales también son consideradas como medios de comunicación social, pues funcionan como un soporte que permite la difusión de publicidad a un público masivo.

Para determinar si un administrado, como lo es Andynsane, es pasible de ser responsable por la comisión de actos de competencia desleal como medio de comunicación social debemos analizar si se cumplieron todos los elementos señalados en el numeral 2 del artículo 23 de la LRCD. Esta disposición establece que se debe acreditar que el administrado actuó como medio de comunicación social y que será responsable de manera individual cuando cometa infracciones a las normas de difusión o normativa sectorial⁴². Al respecto, la LRCD ha señalado que se debe entender como norma de difusión a “aquellas referidas a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad⁴³”.

⁴² Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 126.

⁴³ **Decreto Legislativo No. 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**
Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

En la Resolución, se determinó que Andynsane actuó como medio de comunicación social, debido a que habría utilizado su cuenta de Instagram para difundir publicidad de Picap, actuando así como un soporte para la difusión de anuncios a un público masivo (al que tiene llegada por su calidad de influencer). La CCD señala que en este caso sí se podría atribuir responsabilidad como medio de comunicación social, en la medida de que se imputó la vulneración del principio de autenticidad, norma que prohíbe la publicidad encubierta.

Sobre este punto, debemos rescatar la postura del profesor Sosa, el cual interpreta que la responsabilidad de los medios de comunicación social se configura cuando se infringe el principio de legalidad, el cual se define como toda aquella infracción a leyes y disposiciones sectoriales referidas a la materia publicitaria. El mismo autor, enfatiza que considera un error considerar que los medios de comunicación puedan ser responsables por infringir el principio de autenticidad, criterio que considera ilegal por ser contrario a lo establecido en la LRCD⁴⁴.

Consideramos que los medios de comunicación social sí pueden ser responsables por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad, pero también creemos que lo pueden ser respecto de la infracción del principio de autenticidad. Ello, debido a que, según la normativa anteriormente citada, los medios de comunicación social serán responsables por la infracción de normas de difusión, las cuales son todas

(...)

g) Norma de difusión: a toda norma referida 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;

(...)

⁴⁴ Sosa, A. (2022). *Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico, 128.

aquellas referidas a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación de la publicidad.

Esta definición incluye al principio de autenticidad, en tanto esta señala que la publicidad debe ser difundida de tal manera que pueda ser reconocida como tal (modalidad), así como también prohíbe la difusión de publicidad encubierta. Es así como también ha venido interpretando la norma en la jurisprudencia del Indecopi. Consideramos que esta interpretación goza de un correcto razonamiento jurídico.

Por lo señalado anteriormente, consideramos que el análisis realizado por la CCD sobre este aspecto sí es correcto. Se aplicó adecuadamente el criterio desarrollado a lo largo de la jurisprudencia para determinar si es que Andynsane podría tener responsabilidad administrativa como medio de comunicación social por haber infringido el principio de autenticidad, debido a que habría difundido publicidad encubierta de Picap, a través de su red social Instagram. En este sentido, en vista de que Andynsane sí podría resultar responsable por este acto de competencia desleal, la CCD actuó correctamente al proseguir con el análisis de fondo para determinar si se cometió o no dicho acto. A continuación nos pronunciaremos sobre este análisis sustancial y brindaremos nuestros comentarios.

Problema Secundario 3.2: ¿Se aplicó correctamente el criterio de análisis contenido en el precedente de la Resolución No. 289-97-TDC y en la jurisprudencia para analizar la infracción al principio de autenticidad?

En este punto, realizaremos nuestros comentarios respecto del análisis y decisión que tomó la CCD respecto de la infracción al principio de autenticidad por parte de Andynsane. En la Resolución, se realiza un desarrollo teórico sobre el principio de autenticidad, concluyendo que esta se materializa comúnmente a través de la publicidad encubierta, la cual se define como aquella publicidad que se presenta de una forma y en un tono tal que los consumidores no pueden identificar su naturaleza publicitaria. En la misma línea, la CCD señala que, de acuerdo con la Resolución No. 289-97-TDC, “el elemento más relevante para determinar la intencionalidad del medio de comunicación será la existencia de

un pago o contraprestación de cualquier tipo por el espacio en que fue difundida la publicidad encubierta⁴⁵".

La CCD inicia su análisis señalando que ha quedado acreditado que la historia difundida a través de la red social Instagram de Andynsane es publicidad, debido a que este así lo ha reconocido y a que existe un contrato al respecto. Por otro lado, señala que sí se habría configurado la infracción al principio de autenticidad, debido a que Andynsane no habría cumplido con presentar la publicidad de una manera tal que su real naturaleza pueda ser advertida por los consumidores destinatarios, pues no habría colocado "#Publicidad" u otra señalización expresa.

Compartimos la posición de la CCD respecto del recuento teórico sobre el principio de autenticidad y la necesidad de aplicación del criterio establecido en la Resolución No. 289-97-TDC. No obstante, no compartimos el análisis adoptado para resolver el caso ni la aplicación de dicha resolución, así como tampoco consideramos que la decisión arribada sea la correcta.

Como señala la CCD, el principio de autenticidad se infringe cuando un administrado difunde publicidad encubierta, ocultando la naturaleza publicitaria de los anuncios. Para que se configure dicho escenario se requerirá que los anuncios difundidos tengan naturaleza promocional, que no pueda ser identificada dicha naturaleza y se omitan advertencias sobre su carácter publicitario⁴⁶.

En la misma línea, la Resolución No. 289-97-TDC, señala como primer filtro y criterio de análisis determinar si el anuncio publicitario cuestionado se presenta de manera tal que un consumidor razonable no podría reconocer su verdadera

⁴⁵ Resolución No. 124-2020/CCD-INDECOP

⁴⁶ Labrador, E. (2021). Marketing de influencers: análisis jurídico de la publicidad en Instagram. Trabajo de fin de grado en derecho. 20.

naturaleza cuando realice un análisis superficial de la publicidad. Asimismo, señala que esto se configurará cuando:

“[la publicidad cuestionada se encuentre] ubicada en las páginas, columnas o espacios informativos característicos del medio de comunicación. Asimismo, debe contar con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación. De ser el caso, debe atenderse a ciertos rasgos característicos de las notas periodísticas, tales como el título empleado, la indicación del lugar de donde proviene la noticia y otros que pudieran tener efectos similares en la percepción del consumidor⁴⁷”.

De lo anterior, queda claro que para que exista publicidad encubierta no bastará con que esta se encuentre difundida en medios donde tradicionalmente se presente información neutral u objetiva, sino que se necesitará que tenga una estructura, características y diseño particulares de noticias o notas informativas. Si bien en dicho caso se hacía referencia a publicidad encubierta en medios de comunicación tradicionales, eso no exime la posibilidad de que el criterio sea aplicado en la actualidad en un contexto digital. La lógica jurídica, en esencia, seguiría siendo la misma, pero adecuándose al caso en concreto.

En virtud de este precedente, consideramos un error que la CCD haya considerado que la publicidad de Andynsane era encubierta por el solo hecho de haber sido difundida a través de historias de Instagram y por no haber usado el “#Publicidad”. No se hizo un análisis de por qué se considera que la publicidad estaría diseñada de una manera tal que no permitiría identificar claramente su naturaleza publicitaria, sino parece que se presumió lo anterior en vista de que la difusión se realizó por medio de una cuenta de Instagram de un influencer. Nosotros consideramos que se parte de una premisa errónea, pues no toda

⁴⁷ Resolución No. 289-97-TDC.

publicación de los influencers es publicidad y, cuando lo es, no siempre está diseñada de tal manera que no se puede reconocer su naturaleza.

Todo análisis de publicidad se debe realizar atendiendo a un caso en concreto y se debe argumentar por qué se considera que califica como encubierta. La difusión de publicidad a través de un medio no tradicional como lo son las historias de Instagram de influencers no es elemento suficiente para concluir que la publicidad es encubierta. Es necesario que se realice el análisis del precedente mencionado y determinar si es que un anuncio en concreto tuvo una estructura, características y diseño particulares de noticias o notas informativas, ocultando así su naturaleza publicitaria.

Del mismo modo, no consideramos correcto que la CCD considere que la única forma de evidenciar la naturaleza publicitaria de una historia en Instagram sea mediante referencias específicas señaladas en su Guía de publicidad para Influencers, las cuales son consignar #Publicidad o #Anunciocontratado. Consideramos que en los casos en los cuales la publicidad en Instagram no sea fácilmente reconocida como tal (como hemos señalado anteriormente esto no ocurre en todos los casos) se podrían utilizar elementos distintos a los señalados en la Guía y se podría tener los mismos efectos como, por ejemplo, consignar los #Ad, #Publi, “Colaboración con...”, entre otros.

De acuerdo al Indecopi, este tipo de elementos no serían suficientes para reflejar la verdadera naturaleza de la publicidad. Por un lado, señalan que “ad” es la abreviatura de “advertising”, palabra que traducida del inglés significa “publicidad”; sin embargo, la CCD considera que solo las personas que conozcan el idioma inglés podrán entender que el contenido que visualizan es publicidad y no la totalidad de peruanos. Por otro lado, se señala que las abreviaturas no son lo suficientemente exactas ni suficientes para que un consumidor entienda que está frente a un anuncio publicitario. Estos argumentos, son utilizados para sancionar a Andynsane en el presente caso.

Del análisis de la Resolución, podemos advertir que este razonamiento de la CCD no está respaldado en algún tipo de investigación o estadística, sino que

es una mera presunción. Lo que llama más la atención es que señalan que no se puede asumir que todos los consumidores entenderán qué significan los “#ad” y “Publi”, lo cual da a entender que el imputado estaría obligado a probar que los consumidores sí entenderían estas advertencias, quien debe acreditar lo contrario es la autoridad. Nuevamente, siguiendo los argumentos desarrollados respecto de la imputación del principio de adecuación social, consideramos que existe una vulneración al principio de licitud.

Resulta equivocado que se busque invertir la carga probatoria en contra de los imputados en un procedimiento administrativo sancionador y que, peor aún, se exija pruebas del funcionamiento de determinado ecosistema (red social Instagram) cuando el razonamiento usado para atribuir responsabilidad parte de suposiciones sin sustento. Asimismo, queda la duda de qué tipo de medios probatorios debe presentar un imputado para acreditar su postura, pues del análisis de los descargos de Andynsane se puede apreciar el aporte de diferentes artículos, investigaciones y estadísticas destinadas a acreditar que el uso del “#Ad” sumado a la etiqueta de la marca de la empresa contratante (Picap) sí dejaría clara la naturaleza publicitaria de los anuncios.

De lo anterior, consideramos que la CCD realizó un mal análisis del incumplimiento del principio de autenticidad en el presente caso. Se partió de suposiciones para señalar que el anuncio imputado se trataba de publicidad encubierta y no se desarrolló un análisis en base al caso concreto. De la revisión del anuncio, nosotros consideramos que la historia de Instagram difundida por Andynsane sí era claramente identificable como publicidad, no solo por cómo fue presentada, sino también porque contenía el “#ad” y se etiquetaba a la aplicación que se contrataba, Picap. Un internauta promedio de Instagram podría fácilmente entender la naturaleza publicitaria de dicho anuncio.

VI. CONCLUSIONES

- A nuestro parecer, “influencers” son personas o personajes de las redes sociales, que, por manejar una gran cantidad de seguidores, por la especialización en determinados temas y/o por la fama que poseen en el

entorno digital tienen la capacidad de influir o persuadir al público. Como en toda forma de publicidad, la participación y acciones de los influencers dentro de este ámbito se encuentran sujetas a las disposiciones de la LRCD y, por lo tanto, les son aplicables todas las prohibiciones y principios contenidas en ella. No toda actuación de un influencer en sí misma está sujeta a dicha normativa y, además, debe diferenciarse el rol que asume el influencer frente a la publicidad para determinar si, en un caso en concreto, le son aplicables una u otra disposición.

- La actividad de los influencers estará sujeta a la LRCD siempre y cuando tenga finalidad concurrencial. Esta se dará cuando: i) realicen publicidad y/o actos concurrenciales en promoción de sus propios productos y/o servicios (como empresarios); ii) actúen como soporte para la difusión de contenido publicitario a cuenta de terceros; iii) actúen como testigos o tengan otro tipo de participación en publicidad de terceros difundida en los medios de estos.
- Los influencers podrán ser responsables en materia de competencia desleal en las siguientes actuaciones: i) actos concurrenciales en el marco de su desenvolvimiento en el mercado como agente económico (empresario) en relación a sus propios productos y/o servicios; ii) como medio de comunicación social; y, iii) como agencia de publicidad.
- Las agencias de publicidad solo serán responsables por actos de competencia desleal en los supuestos en los que el contenido de la publicidad imputada sea distinto a las características de la oferta del anuncio. En el presente caso, consideramos que Andynsane no podría ser responsable como medio de comunicación social, en la medida que la infracción imputada, incumplimiento del principio de adecuación social, se materializó en contenido publicitario sobre las características de la oferta del anuncio.
- La imputación sobre la infracción del principio de adecuación social señala que se induciría a cometer el acto ilícito de realizar la actividad económica

de taxi en motocicletas lineales sin la autorización correspondiente. Sin embargo, la actividad que realiza Picap (CAP Technologies) y que difunde en la publicidad cuestionada es el servicio de intermediación entre consumidores y conductores para la prestación del servicio privado de transporte en motocicletas lineales (es una plataforma colaborativa).

- Somos de la opinión que en el presente caso no se han presentado los medios probatorios ni el razonamiento necesarios para acreditar que en publicidad difundida por Andynsane es capaz de inducir a los destinatarios de la misma a cometer el acto ilegal de realizar la actividad de taxi en motocicletas lineales sin autorización. La publicidad imputada no hace referencia a dicho acto ilegal ni tampoco brinda un mensaje susceptible a inducir a su comisión, por lo que no podría configurarse la infracción al principio de adecuación social.
- Consideramos que se aplicó adecuadamente el criterio desarrollado a lo largo de la jurisprudencia para determinar si es que Andynsane podría tener responsabilidad administrativa como medio de comunicación social por haber infringido el principio de autenticidad, debido a que habría difundido publicidad encubierta de Picap, a través de su red social Instagram.
- Somos de la postura de que la CCD realizó un incorrecto análisis del incumplimiento del principio de autenticidad en el presente caso, debido a que partieron de suposiciones para señalar que el anuncio imputado se trataba de publicidad encubierta y no se desarrolló un análisis en base al caso concreto. Consideramos que la historia de Instagram difundida por Andynsane sí era claramente identificable como publicidad, no solo por cómo fue presentada, sino también porque contenía el “#ad” y se etiquetaba a la aplicación que se contrataba, Picap.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Normativa y documentos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi.

- Decreto Legislativo No. 1044, que aprueba la ley de represión de la competencia desleal.
- Decreto Supremo No. 017-2009, que aprueba el Reglamento Nacional de Administración de Transporte.
- Decreto Supremo No. 058-2003/MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos.
- Decreto Supremo No. 035-2019/MTC, que modifica el Reglamento Nacional de Administración de Transporte.
- Decreto Legislativo No. 807, que aprueba la ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi.
- Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial, aprobados por Resolución No. 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI.
- Guía de publicidad para influencers.

Resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi

- Resolución No. 0289-97-TDC.
- Resolución No. 0041-1998/TDC-INDECOPI.
- Resolución No. 0152-2005/CCD-INDECOPI.
- Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI.
- Resolución No. 1560-2010/SC1-INDECOPI.
- Resolución No. 2961-2010/SC1-INDECOPI.
- Resolución No. 1857-2012/SC1-INDECOPI.
- Resolución No. 239-2016/CD1-INDECOPI.
- Resolución No. 0050-2019/SDC-INDECOPI.
- Resolución No. 108-2019/CCD-INDECOPI.
- Resolución No. 0084-2020/SDC-INDECOPI.
- Resolución No. 0120-2020/SDC-INDECOPI.

Doctrina

- Cabrera, L. (2021). Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales. *Ius et Scientia*, 7, 2, 7-28.

<https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/18055>

- Consejo de Autorregulación Publicitaria (2020). Guía para la comunicación con fines comerciales.

<http://www.conarp.org.ar/docs/Conarp-PaperInfluencers-ju2020.pdf>

- Dimensión Mercantil (2022). El principio de autenticidad en la publicidad digital: ¿Cómo se regula en Perú la publicidad digital en el entorno de los influencers?

<https://dimensionmercantil.pe/el-principio-de-autenticidad-en-la-publicidad-digital-como-se-regula-en-peru-la-publicidad-digital-en-el-entorno-de-los-influencer/>

- Figueredo, V. y otros (2021). Análisis de la situación de los influencers: retos en el marco del derecho comercial y el siglo XXI.

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57701/2.%20Figueredo%20y%20otros.pdf?sequence=1>

- Labrador, E. (2020-2021). Marketing de “Influencers”: Análisis Jurídico de la Publicidad en Instagram. [Tesis para optar por el grado en Derecho]. Universidad de Cantabria.

https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/22215/LABRA_DORDACALEVA.pdf?sequence=1

- López, P. (2020). La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno. *Ius Et Praxis*, 26, 3, 23-44.

https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122020000300023&script=sci_arttext

- López, P. (2022). La publicidad digital y el fenómeno de los influencers en el derecho chileno. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 11, 1, 287-322.

<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/66254>

- Padilla, V. (2020). Regulación de la publicidad de los influencers en Colombia: ¿legislación o autorregulación?. Universidad de los Andes.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/49421>

- Richarte, G. (2014). La insaciabilidad normativa en el principio de adecuación social aplicado a la publicidad comercial. *Asociación Civil Foro Académico*, 13, 79-87.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13776>

- Sosa, A. (2015). La publicidad encubierta y nuevas modalidades publicitarias. *Revista de actualidad mercantil*, 4, 252-266.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14964>

- Sosa, A. (2021). ¿Qué hacer con los influencers? *Advocatus*, 39, 297-313.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5136>

- Sosa, A. (2022). Derecho y marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia desleal y la regulación publicitaria. Asociación Civil Foro Académico.
- Sosa, A. y Rodríguez, G. (2020). *Con licencia para anunciar: un tratado de derecho publicitario en el Perú*. Themis.
- Valero, P (2019). Publicidad encubierta en las redes sociales. [Trabajo Académico para optar el doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas]. Universidad de Valladolid.

<https://uvadoc.uva.es/handle/10324/40116>

- Vidal, C. (2021). Influencers y derecho de la competencia. Centro de Estudios en Diseño y Comunicación, 128, 93-106.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8349070>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Resolución

N° 124-2020/CCD-INDECOPI

Lima, 22 de diciembre de 2020.

EXPEDIENTE N° 237-2019/CCD

IMPUTADO : ANDY MERINO RAMIREZ¹
(SEÑOR MERINO)

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD
PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS N.C.P.

Se declara FUNDADA la imputación formulada de oficio en contra del señor Merino por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Asimismo, se declara FUNDADA la imputación hecha de oficio en contra del señor Merino por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto establecido en el literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

En consecuencia, en aplicación al concurso ideal de infracciones se SANCIONA al imputado con una multa de 1 Unidad Impositiva Tributaria; y, se ORDENA su inscripción en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

Adicionalmente, se ORDENA al imputado, en calidad de medida correctiva, el CESE DEFINITIVO e INMEDIATO de la difusión de la publicidad infractora y de cualquier otra similar, en la medida que esta no pueda ser advertida claramente como publicidad y/o puedan inducir a cometer actos ilegales.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) a través del reporte de redes sociales, tomó conocimiento de que un usuario de la red social "Twitter" habría indicado, respecto de una publicación del señor Merino difundida a través de "Historias" ("stories") de la red social Instagram, lo siguiente: "El youtuber peruano @Andynsane, con 2 millones de seguidores, publica en sus redes en favor de Picap, la app de "taxi" en moto, un servicio ilegal en Perú que

¹ Documento Nacional de Identidad N° 48151945



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

recluta choferes sin brevete de moto, sin pedir antecedentes ni revisar sus multas. Aquí abajo le dejo toda la info".

Posteriormente, con fecha 10 de setiembre de 2019, la Secretaría Técnica realizó una diligencia de inspección en la red social "Twitter" a efectos de verificar si la publicación difundida por el señor Merino a través de "Historias" (*stories*) de la red social *Instagram* cumpliría con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

En esa misma línea, con fecha 20 de setiembre de 2019, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) emitieron una nota de prensa conjunta en la que señalaron que el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales sería ilegal y, por lo tanto, estaría prohibido por los riesgos que representa.

Mediante Cartas N° 001-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI, N° 002-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI, N° 003-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI y mediante correo electrónico de fecha 12 de noviembre del 2019, la Secretaría Técnica requirió al señor Merino lo siguiente: (i) indicar si su publicación difundida a través de "Historias" en la red social *Instagram*, en la que recomienda a sus seguidores el uso de la aplicación "Picap" habría sido contratada; y, (ii) precisar la persona natural o jurídica con quién habría contratado la difusión de dicha publicación.

En virtud de ello, mediante correo electrónico de fecha 15 de noviembre del 2019, el señor Merino señaló que: (i) la publicación difundida a través de "Historias" (*stories*) en la red social *Instagram* respecto a la aplicación "Picap" (sic) sí sería una publicidad contratada; y, (ii) la persona jurídica que lo contactó sería Cap Technologies identificada con SAS – 901179495 -1 (en adelante Cap Technologies), quien actuó representada por su Gerente General, el señor Daniel Alberto Rodríguez Méndez.

De otro lado, con fecha 14 de noviembre de 2019, el MTC emitió el Decreto Supremo N° 035-2019-MTC (en adelante, Decreto Supremo que precisa disposiciones sobre el Servicio de Transporte Público de Personas en Vehículos Menores No Autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web).

Posteriormente, mediante Carta N° 004-821-2019/PREV-CCD-INDECOPI y mediante correo electrónico de fecha 28 de noviembre del 2019, la Secretaría Técnica requirió al señor Merino lo siguiente: (i) presentar el contrato o documento en el cual conste la contratación de sus servicios por parte de la empresa CAP Technologies para la difusión de su publicación sobre la aplicación "Picap" en *Instagram*; y, (ii) fijar un domicilio procesal en el que, en lo sucesivo, se realicen las notificaciones de los requerimientos de la Secretaría Técnica.

Ante ello, mediante correo electrónico de fecha 2 de diciembre de 2019, el señor Merino absolvió los requerimientos realizados por la Secretaría Técnica.

En atención a ello, mediante Resolución de fecha 9 de diciembre de 2019, la Secretaría Técnica imputó al señor Merino lo siguiente:

1. La presunta infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de "Historias" (*stories*) en la red social *Instagram* a través del usuario @andynsane, bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.
2. La presunta infracción al Principio de Adecuación Social, establecido en el inciso a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, sería responsable en calidad de agencia de publicidad, de la difusión de un anuncio publicitario que contendría elementos que podrían inducir a cometer actos ilegales, en tanto en el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

referido anuncio el señor Merino recomendaría el uso de *Picap*, aplicación que brindaría el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales, servicio que, de acuerdo a las normas vigentes es un servicio ilegal.

En su defensa, mediante escrito de fecha 31 de enero de 2020, el señor Merino presentó su escrito de descargos, en el cual sostuvo que un *influencer* no podría ser equiparado con un medio de comunicación social, puesto que, de ceñirse a la definición contenida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, las actividades realizadas por los *influencers* no calificarían en la definición de "persona que brinde servicios a través de los cuales es factible de difundir publicidad".

Asimismo, indicó que dicha definición habría sido pensada para regular la responsabilidad de la televisión, radio, prensa e *Internet*, pero no para regular el fenómeno de los *influencers*, que serían personas que gozarían de cierta credibilidad en determinados temas y que emplearían sus canales digitales proporcionados por medios de comunicación para comunicarse con sus seguidores.

De tal manera, el señor Merino manifestó que los *influencers* serían una figura *siu generis* que no habría existido al momento de la redacción de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo cual no debería extenderse la norma a estos, ya que la interpretación analógica se debe de utilizar de manera restrictiva y nunca para crear nuevos supuestos de sanciones. En efecto, mencionó que ante la falta de regulación para *influencers*, se pretendía sancionar mediante analogía infringiendo el principio de tipicidad de la potestad sancionadora.

En ese sentido, el imputado concluyó que la Guía de Publicidad para Influencers no sería una norma con rango de ley, por lo que la Comisión no debería equiparar a los *influencers* con medios de comunicación asignándoles responsabilidad por infringir el principio de autenticidad.

En la misma línea, el imputado sostuvo que habría cumplido con colocar el término "#ad" en la parte superior derecha de cada uno de los *stories*, así como habría etiquetado la cuenta de la empresa beneficiada por la publicidad. Aunado a ello, resaltó que los usuarios en las redes sociales estarían en la capacidad de entender este término, así como otros términos empleados, por ser una práctica común, costumbre o uso generalizado aceptado, más aún, tomando en cuenta el público objetivo de su plataforma: jóvenes, conocedores de redes sociales y seguidores de otros *influencers* nacionales e internacionales que emplearían el mismo término. De este modo, de acuerdo con el imputado, el público estaría en capacidad de entender que existiría una contraprestación o beneficio de por medio, inclusive con la sola mención de la empresa.

Para ello, el imputado sustentó su postura con "pantallazos" de otras cuentas y comentarios de usuarios que entenderían fácilmente cuándo estarían frente a una publicidad. Asimismo, el señor Merino también adjuntó el "Estudio de la Social Media en Latinoamérica" que evidenciaría que los usuarios de las redes sociales serían mayoritariamente jóvenes y que Perú sería el país que más usuarios de redes sociales sumó en los últimos años.

De manera adicional, el señor Merino manifestó que la Guía de Publicidad para Influencers habría sido publicada con posterioridad a la difusión del anuncio publicitario cuestionado, por lo que no podría sancionársele por contravenir lo establecido en el referido documento. En este extremo, agregó que la propia guía reconocería términos comúnmente empleados en las redes sociales como "*giveaways*" y "*unboxings*" por lo que no reconocer el término "#Ad" sería contradictorio.

Ahora bien, respecto de la presunta infracción al principio de adecuación social, el señor Merino sostuvo que "*Picap*" sería una plataforma de economía colaborativa que brindaría un servicio de intermediación, no de taxi. En ese sentido, lo que habría sido publicitado sería el uso de la aplicación y no la prestación del servicio de transporte de pasajeros en motos lineales, por lo que no se estaría incentivando a cometer un acto ilegal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

En palabras del imputado, no estaría promoviéndose que un usuario incurra en la prestación del servicio de transporte de pasajeros en motos lineales, sino el uso, por parte de los consumidores, de una aplicación de intermediación, que permite contratar un proveedor independiente del servicio de transporte de pasajeros.

De otro lado, el imputado manifestó que la difusión del anuncio cuestionado sería anterior a la prohibición o ilegalidad del servicio de transporte de pasajeros en motocicleta lineal, ya que -a su entender- la ilegalidad de dicha actividad estaría establecida por el Decreto Supremo que precisa disposiciones sobre el Servicio de Transporte Público de Personas en Vehículos Menores No Autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web, dado que el Reglamento Nacional de Administración de Transporte y el Reglamento Nacional de Vehículos serían normas que señalan categorías, más no prohibirían conductas. En esa línea, establecer una sanción sería contravenir el principio de irretroactividad.

Aunado a ello, afirmó que no habría generado un contenido publicitario distinto a las características del servicio, por lo que no podría imputársele responsabilidad administrativa en calidad de agencia de publicidad.

Finalmente sostuvo que en su calidad de *influencer* no debería tener la responsabilidad de conocer todas las normas sectoriales aplicables a cada industria, en tanto ello sería responsabilidad del anunciante.

2. IMÁGENES EXTRAIDAS DEL ANUNCIO MATERIA DE IMPUTACIÓN





3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

1. La participación del señor Merino en calidad de medio de comunicación social y agencia de publicidad.
2. La presunta infracción al principio de autenticidad.
3. La presunta infracción al principio de adecuación social.
4. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
5. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. La participación del señor Merino en calidad de medio de comunicación social y agencia de publicidad.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal define el concepto de publicidad en el literal d) de su artículo 59, como toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales².

Asimismo, como bien ha sido recogido por la Guía de Publicidad para Influencers, la publicidad de *influencers* consiste en contratar a una persona o cuenta, con influencia en una determinada red social, para que promueva, directa o indirectamente, las marcas, productos o servicios del anunciante, a cambio de un pago o contraprestación de cualquier tipo. De tal manera, el anunciante no contrataría con un proveedor de redes sociales para obtener un espacio publicitario en la plataforma, sino que contrataría a un usuario de la misma para que a través de su cuenta, se emita el anuncio publicitario.

En efecto, los anunciantes optan por utilizar la estrategia del *marketing de influencers* por la conexión estrecha que estos mantienen con sus seguidores. Lo cual, de acuerdo a lo señalado por la consultora GFK³ en un reciente informe, aumenta el valor de la marca y genera beneficios que, a largo plazo, suponen la construcción de fuertes relaciones con los consumidores. Asimismo, en dicho informe, se establece que lo que se valora más es el mensaje auténtico que brinda el *influencer*.

En el caso que nos ocupa, de una revisión de la documentación que obra en el expediente, esta Comisión observa que Cap Technologies SAS (en adelante, Cap Technologies) suscribió un contrato de prestación de servicios con el señor Merino de fecha 23 de julio de 2019 (el cual forma parte del presente expediente), el mismo que tuvo como objeto lo siguiente: "*contratar (...) servicios [servicios del señor Merino] en el marco de una campaña publicitaria dedicada a su aplicación digital Picap para que desarrolle obras y/o servicios que están detallados en el Anexo I (...)*".

Así, en el Anexo I del referido documento se detalló lo siguiente:

² **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones. - Para efectos de esta Ley se entenderá por: d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

³ Extraído de <https://bit.ly/2Qc7E9t>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000162

"a) Once (11) stories de Instagram, publicadas en la aplicación digital Instagram de Andynsane, siguiendo los lineamientos artísticos que Andy Merino Ramirez considere pertinentes y que estén alineados a los objetivos e identidad de la Campaña, a publicar según el cronograma coordinado entre las Partes (...)"

En ese sentido, este Colegiado aprecia que Cap Technologies (en calidad de anunciante) y el señor Merino pactaron la prestación de un servicio publicitario a cambio de una contraprestación monetaria, acordada en el mismo contrato, sobre la base de:

- (i) En primer lugar, en que el señor Merino a través de su cuenta de *Instagram* "@andynsane" difunda una determinada publicidad.
- (ii) En segundo lugar, que la publicidad difundida a través de su cuenta sea diseñada bajo los lineamientos artísticos del señor Merino, siempre que estos se encuentren alineados a los objetivos e identidad establecidos por el anunciante.

Tomando en consideración ello, se verifica que el señor Merino debía realizar y/o diseñar la publicidad para luego colocarla en su cuenta de *Instagram* "@andynsane". Dicho de otra manera, se pactó la realización de publicidad por cuenta, y en la plataforma publicitaria, de un *influencer*⁴. En ese sentido, esta Comisión considera necesario esclarecer cuál es el rol publicitario que desempeñó el señor Merino como *influencer* y en qué medida puede ser responsable por las infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal imputados.

Es pertinente señalar que se considera *influencer* a la 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. Es por eso mismo que los anunciantes difunden su publicidad a través de sus plataformas.

Al respecto, el señor Merino es un *youtuber* e *influencer* peruano que ostenta gran popularidad en las plataformas en las que se desenvuelve. Si bien no hay número de seguidores exacto a partir del cual afirmar que una persona es *influencer*, un número elevado de seguidores es un elemento que coadyuva a la configuración de un *influencer*.

De este modo, es relevante señalar que el señor Merino a través de su cuenta "@andynsane" ostenta cuatrocientos noventa y siete mil seguidores, sus publicaciones rodean los cincuenta mil "me gusta" y poseen cientos de comentarios en cada una de ellas. Asimismo, en su plataforma de *YouTube* -medio por el cual adquirió su popularidad e influencia- posee más de dos millones de suscriptores. En ese sentido, pese a que es un hecho no cuestionado en el presente procedimiento, este Colegiado considera pertinente precisar que resulta evidente el hecho de que el señor Merino es un *influencer*. Por lo cual, puede ser responsable de las presuntas infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal imputadas como se desarrollará en los puntos 4.1.1. y 4.1.2. de la presente Resolución.

De tal manera, habiéndose determinado que el señor Merino tiene influencia en la decisión de los consumidores, corresponde a esta Comisión analizar si, en el presente caso, actúa como medio de comunicación social o agencia de publicidad.

4.1.1. Sobre la calidad de medio de comunicación social

Mediante Resolución de fecha 9 de diciembre de 2019, la Secretaría Técnica resolvió imputar al

⁴ Un *influencer* es la 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 señor Merino es un *youtuber* e *influencer* peruano que ostenta gran popularidad en las plataformas en las que se desenvuelve.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

señor Merino la presunta infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de "Historias" (*stories*) en la red social Instagram a través del usuario @andynsane, bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.

Al respecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se entenderá como medio de comunicación social a toda persona, natural o jurídica, que brinda 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, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar⁵. En ese sentido, un *influencer* (que puede ser tanto una persona natural como jurídica) en la medida que a través de sus cuentas -las cuales pueden estar en sitios *web*, aplicaciones, entre otras plataformas- brindan servicios de difusión de publicidad, califica como un medio de comunicación.

Es pertinente señalar que la norma no restringe la definición de medio de comunicación a los medios tradicionales, ya que se refiere a toda persona (natural o jurídica) que difunda publicidad a través de cualquier medio que produzca un efecto de comunicación. Para esta Comisión, el referido cuerpo normativo permite incluir a los *influencers* como medios de comunicación, al encajar de manera precisa en dicha definición.

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que, de manera independiente a la responsabilidad que le corresponde al anunciante, es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos.

Es pertinente señalar que se considera norma de difusión a toda norma referida a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad, con excepción de aquellas referidas a la ubicación física de anuncios, las cuales tienen finalidad de orden urbanístico y no de regulación del mensaje publicitario. En esa línea, un medio de comunicación será responsable, entre otros supuestos, cuando se produzca una infracción contra el principio de autenticidad (el cual recae precisamente en la forma en cómo debe difundirse la publicidad).

En este punto, el señor Merino sostuvo que un *influencer* no podría ser equiparado con un "medio de comunicación social", puesto que, de ceñirse a la literalidad de la definición contenida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, las actividades realizadas por los *influencers* no calificarían como "persona que brinde servicios a través de los cuales es factible de difundir publicidad". Asimismo, indicó que dicha definición habría sido pensada para regular la responsabilidad de la televisión, radio, prensa e *Internet*, pero no para regular el fenómeno de los *influencers*, que serían personas que gozarían de cierta credibilidad en determinados temas y que emplearían sus canales digitales proporcionados por medios de comunicación para comunicarse con sus seguidores.

De tal manera, el señor Merino manifestó que los *influencers* serían una figura *siu generis* que no

⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1044- LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 59.-

Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

f) 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, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

habrían existido al momento de la redacción de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por lo cual no debería extenderse la norma a estos, debido a que la interpretación analógica se debe de utilizar de manera restrictiva y nunca para crear nuevos supuestos de sanciones. En efecto, mencionó que ante la falta de regulación para *influencers*, se pretendía sancionar mediante analogía infringiendo el Principio de Tipicidad de la potestad sancionadora.

Al respecto, este Colegiado considera aclarar que, como bien se mencionó líneas arriba, los *influencers* sí constituyen medios de comunicación, en la medida que a través de sus cuentas y/o plataformas difunden publicidad. En el caso específico, el señor Merino empleó su cuenta de *Instagram* para difundir publicidad relacionada con la aplicación "Picap".

Asimismo, es relevante señalar que, si bien los *influencers* tienen elementos distintos a los medios de comunicación tradicionales, estos elementos de diferenciación no desvirtúan su naturaleza de medios de comunicación social en la medida que, de igual manera, difunden publicidad. Incluso, al ser personas (naturales o jurídicas) que en sí mismas tienen -como su nombre lo indica- influencia en determinados grupos de consumidores, el efecto publicitario se ve repotenciado, toda vez que no es lo mismo recibir publicidad de un medio tradicional que no ostenta necesariamente una injerencia significativa en las decisiones de consumo, y, de otro lado, recibir publicidad de una persona (natural o jurídica) que se "sintoniza" o "visualiza" por elección y que influye en decisiones y comportamientos.

Si bien *Instagram* en su calidad de aplicación/red social es también un medio de comunicación plausible de difundir publicidad de bienes y servicios (contratando con anunciantes de manera directa), en el caso en concreto el anunciante contrató la difusión de publicidad específicamente con el señor Merino, quien empleando su cuenta en la aplicación *Instagram* operó como un medio de comunicación en sí mismo; promoviendo los servicios de una empresa en particular.

Entonces, fue el señor Merino quien dio el servicio de difusión de publicidad, empleando su cuenta en la red social *Instagram* como plataforma publicitaria. Incluso, en la pieza publicitaria materia de cuestionamiento el imputado menciona en parte de la conversación que tiene con el conductor de la motocicleta lo siguiente: "estoy con mi amigo David, de hecho me ha reconocido, es seguidor del Canal", aludiendo a una de sus plataformas publicitarias; y reconociendo a uno de sus espacios o cuentas publicitarias(os) como un "canal".

De tal manera, cada vez que un nuevo medio de comunicación social aparezca como fruto de las nuevas tecnologías y/o la innovación en el mercado, no es necesario que se amplíe o modifique la definición de medio de comunicación social consignada en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en la medida que la propia lectura del literal g) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permite incluir a cualquier persona que difunda publicidad.

En efecto, resulta necesario reiterar que la definición de medio de comunicación social consignada en el literal g) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, no da una lista taxativa de plataformas, espacios y/o medios, así como tampoco se limita a los medios de comunicación existentes al momento de la creación o publicación de la norma. De hecho, la definición en cuestión finalizó indicando "(...) o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar." Con lo cual, queda claro que lejos de realizarse una interpretación analógica para atribuir responsabilidad (como alega el imputado), se está reconociendo válidamente que los *influencers* en la medida que difunden publicidad en sus plataformas, encajan en la definición de medio de comunicación social por lo que podrían responder administrativamente por infracciones al principio de autenticidad.

Por otra parte, el señor Merino concluyó indicando que la Guía de Publicidad para *Influencers* no sería una norma con rango de ley, por lo que la Comisión no debería equiparar a los *influencers* con medios de comunicación asignándoles responsabilidad por infringir el principio de autenticidad.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000165

Sobre este punto, esta Comisión considera necesario indicar que, en efecto, la Guía de Publicidad para Influencers, tiene un objetivo orientativo y no constituye una norma. No obstante, es oportuno recordar que, si bien este Colegiado considera a los *influencers* como medios de comunicación, no lo hace en virtud de lo que se establezca o aclare en la referida guía, sino porque la actuación de éste encaja en la definición de medio de comunicación social establecida en el artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, plenamente vigente al momento de la difusión de la publicidad materia de cuestionamiento.

Por lo expuesto, a criterio de esta Comisión, el señor Merino ostenta la calidad de medio de comunicación social en el presente caso, toda vez que ha quedado acreditado que el mismo dio el servicio de difusión de publicidad, empleando su cuenta en la red social *Instagram*.

4.1.2. Sobre la calidad de agencia de publicidad

Mediante Resolución de fecha 9 de diciembre de 2019, la Secretaría Técnica resolvió imputar al señor Merino la a presunta infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, sería responsable en calidad de agencia de publicidad, de la difusión de un anuncio publicitario que contendría elementos que podrían inducir a cometer actos ilegales, en tanto en el referido anuncio el señor Merino recomendaría el uso de *Picap*, aplicación que brindaría el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales, servicio que de acuerdo a las normas vigentes es un servicio ilegal.

El artículo 59, inciso a), de la Ley de Represión de la Competencia Desleal define a la agencia de publicidad como toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y otras prestaciones publicitarias⁶. Al respecto, de manera independiente a la responsabilidad del anunciante, corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado.

Como bien señala la Guía de Publicidad para Influencers, usualmente los *influencers* o los agentes que los representan actúan sin una pauta o guión preestablecido por el anunciante, creando, diseñando o ejecutando libremente los anuncios publicitarios que le son encargados, es decir, actúan como una agencia de publicidad. En ese sentido, pueden ser considerados responsables por la difusión de un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el objeto del contrato entre el anunciante y el señor Merino, recaía en "contratar (...) servicios [servicios del señor Merino] en el marco de una campaña publicitaria dedicada a su aplicación digital *Picap* para que desarrolle obras y/o servicios que están detallados en el Anexo I (...)".

Así, en el Anexo I del referido documento se detalló lo siguiente:

"a) Once (11) stories de Instagram, publicadas en la aplicación digital Instagram de Andynsane, siguiendo los lineamientos artísticos que Andy Merino Ramirez considere pertinentes y que estén alineados a los objetivos e identidad de la Campaña, a publicar según el cronograma coordinado entre las Partes (...)". (Subrayado agregado).

Como se desprende del Anexo I del contrato en cuestión, el señor Merino tenía la obligación contractual de realizar *stories* o *historias* en su cuenta de Instagram "@andynsane" sin una pauta

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

a) 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

o guión preestablecido por el anunciante, "siguiendo los lineamientos artísticos que considere pertinentes". Cabe precisar, que de los argumentos expuestos por el imputado, éste tampoco ha negado su participación en la creación de las historias cuestionadas.

Por lo tanto, a criterio de esta Comisión, el señor Merino ostenta la calidad de agencia de publicidad, en la medida que se encargó de realizar la publicidad diseñándola por cuenta propia, sin contar con una pauta preestablecida.

4.2. La presunta infracción al principio de autenticidad

4.2.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

"Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-

16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca como tal.

16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publisreportaje o un anuncio contratado."

En su concepción clásica, la finalidad del artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal es proteger a los consumidores de anuncios de aparente carácter periodístico que presentarían información imparcial e informativa, cuando en realidad se trata de una publicidad encubierta que genera una distorsión en la percepción sobre los productos o servicios ofrecidos.

Un ejemplo de ello es el caso en el que la Comisión sancionó a una empresa debido a que, en dos ediciones de su revista, difundió publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias u opiniones periodísticas sin advertir de manera clara que se trataba de publisreportajes o anuncios contratados. En particular, se apreció que en las comunicaciones difundidas en la revista no se había consignado la indicación "publisreportaje" o "anuncio contratado", a fin de evitar que los consumidores tomen las declaraciones efectuadas con ánimo comercial como notas periodísticas⁷.

Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado que la publicidad encubierta ha sido definida como aquella difundida a través de un medio de comunicación social que, debido a su forma de presentación y del tono de su contenido, sus destinatarios no la perciben como publicidad, esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios, sino como información proporcionada por el medio de comunicación⁸.

Dicho de otra manera, la publicidad encubierta se caracteriza "por enmascarar la naturaleza esencialmente persuasiva de la correspondiente comunicación y por presentarla al destinatario revestida de la objetividad y credibilidad propia del contexto informativo en que se inserta y con el que se confunde"⁹.

⁷ Ver Resolución 238-2016/CD1.

⁸ Ver Resolución N°1560-2010/SC1-INDECOPI.

⁹ Ver Resolución 238-2016/CD1.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

En la misma línea, en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 289-97-TDC, se precisa que el elemento de juicio de mayor importancia para determinar la intencionalidad del medio de comunicación será la existencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo por el espacio en que fue difundida la publicidad encubierta. No obstante, cuando no existan tales pruebas, se podrá tener en cuenta cualquier otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del medio de comunicación estuvo encaminada a efectuar publicidad de bienes y/o servicios.

En ese sentido, la publicidad encubierta se presenta -mediante cualquier medio de comunicación- cuando esta tiene como efecto real o potencial impedir que los destinatarios de la misma la reconozcan como tal. Ello cobra especial relevancia en la medida que, en la actualidad, los medios de comunicación han incrementado y se han diversificado, alejándose de una concepción clásica en virtud de las nuevas y cambiantes tecnologías; sin embargo, todos sin excepción son susceptibles de materializar actos contra el principio de adecuación social cuando se encuentren inmersos en el supuesto del artículo 16.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

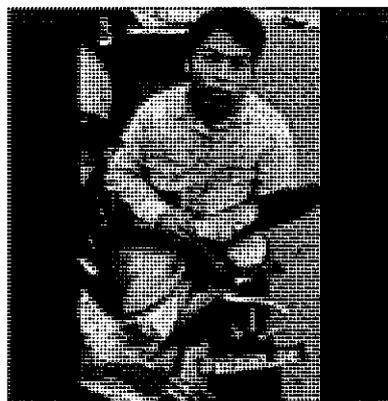
Por ello, es deber de la Comisión supervisar que los anuncios se presenten como tales, a fin de que los consumidores puedan evaluar con mejor sustento el nivel de credibilidad que le atribuye al aspecto persuasivo de cada anuncio.

4.2.2. Aplicación al caso concreto

En el presente caso, la Secretaría Técnica imputó al señor Merino la presunta infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de "Historias" (*stories*) en la red social *Instagram* a través del usuario @andynsane, bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.

En este punto, es pertinente señalar que, de acuerdo con lo desarrollado en el acápite 4.1, el señor Merino -en su calidad de medio de comunicación- será responsable cuando se produzca una infracción contra el principio de autenticidad.

Al respecto, la Comisión considera analizar la publicidad materia de imputación. De la revisión de la misma, la Comisión observa al señor Merino parado en la vía pública, sosteniendo un casco de motociclista en la mano derecha, al costado de una moto (con un conductor), como se observa de los siguientes "pantallazos" de la publicidad:



Asimismo, se desarrolla el siguiente diálogo:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

“(...)

- Señor Merino: *Bueno amigos ya llegué a mi destino, estoy bastante impresionado... lo rápido que he llegado y, en verdad, muy seguro. Estoy acá con mi amigo David.*
- Conductor: *Hola qué tal chicos.*
- Señor Merino: *...que de hecho me ha reconocido, es seguidor del canal.*
- Conductor: *Sí, he visto el video de exponiendo infieles y el último (...).*
- Señor Merino: *La gente que quiere saber qué aplicación usé la voy a dejar para que la descarguen con swipe up aquí en la historia y, nada, se las recomiendo totalmente, la solución perfecta para el tráfico.”*

De lo anterior, se puede verificar que en la referida publicidad únicamente se coloca el término “#ad” y se “etiqueta” o coloca la cuenta del anunciante. Tomando en consideración ello, a criterio de esta Comisión, en la publicidad en cuestión si bien se manifiesta una experiencia de consumo satisfactoria, no se aprecia de manera clara, expresa ni destacada que se trate de publicidad.

Al respecto, el imputado sostuvo que habría cumplido con colocar el término “#ad” en la parte superior derecha de cada uno de los *stories*, así como habría etiquetado la cuenta de la empresa beneficiada por la publicidad. Aunado a ello, resaltó que los usuarios en las redes sociales estarían en la capacidad de entender este término por ser una práctica común, costumbre o uso generalizado aceptado, más aún tomando en cuenta el público objetivo de su plataforma (joven, conocedor de redes sociales, seguidores de otros *influencers* nacionales e internacionales que emplean el mismo término). Para respaldar su argumento, adjuntó el “Estudio de la Social Media en Latinoamérica” en donde se establecería que los usuarios de las redes sociales son mayoritariamente jóvenes y que Perú sería el país que más usuarios de redes sociales sumó en los últimos años.

Al respecto, si bien el argumento del señor Merino apela a un uso generalizado que debe ser aceptado; este Colegiado considera necesario aclarar que, si bien el término “#ad” puede ser empleado por distintos *influencers* tanto a nivel nacional como internacional, eso no implica que su empleo sea suficiente para advertir que se trate de publicidad. Seguir esa lógica implicaría sostener que el uso generalizado de una práctica ilegal la valida, cuando ello no es así, en tanto - dentro de un ordenamiento jurídico- la costumbre no puede ser reconocida ni validada si va en contra de una norma imperativa.

Entonces, si bien es pertinente argumentar que el empleo reiterado de un término puede influir en la interpretación que tengan algunas personas del mismo, a criterio de esta Comisión, ello no es suficiente para concluir que todas las personas que se vean expuestas a dicho término le den una única connotación.

En esa línea, se debe tomar en cuenta que el término “#ad” es la abreviatura de la palabra en idioma inglés “*advertising*” la cual significa publicidad. Así, las personas conocedoras de este idioma, probablemente podrían advertir que cuando en una publicación se coloque dicho término, es en función a su naturaleza publicitaria. Sin embargo, no se podría generalizar el entendimiento del referido término en un país que es hispanohablante. Asumir que todas las personas expuestas al mismo entenderán su significado en base a los argumentos del imputado implicaría desproteger a aquellas que no estén familiarizadas con el idioma inglés o con otros *influencers* internacionales o nacionales que estén acostumbrados a emplear este término.

Asimismo, este Colegiado considera pertinente resaltar que no debe perderse de vista el efecto real o potencial que abarca el principio de autenticidad y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en general. Ciertamente, las personas expuestas a la publicidad materia de cuestionamiento, fueron susceptibles de no advertir que estaban frente a una pieza publicitaria, toda vez que la única indicación colocada con la finalidad de que ello no suceda, era el término “#ad” el cual constituye una abreviación de una palabra en idioma extranjero.

Ahora bien, el señor Merino cuenta con cuatrocientos noventa y siete mil seguidores en su cuenta de Instagram, los cuales pudieron ser susceptibles de visualizar la publicidad materia de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000169

cuestionamiento; incluso, al ser una cuenta pública, cualquier usuario de la red social *Instagram* pudo visualizar esas historias. En ese sentido, si bien el imputado resaltó que el público objetivo de su plataforma era joven, conocedor de redes sociales y seguidor de otros *influencers* nacionales e internacionales que emplean el mismo término, lo cierto es que: (i) las historias de su plataforma pueden ser vistas tanto por sus seguidores como por usuarios de la red social que no sean sus seguidores, por lo que no podría delimitarse de manera exacta y/o unívoca la característica de las personas que pudieron haber estado expuestas a la publicidad; e, (ii) incluso los seguidores que cumplan con las características señaladas por el imputado pueden haber sido inducidos a error respecto de la naturaleza publicitaria de la pieza en cuestión por los argumentos previamente señalados.

De manera adicional, el señor Merino indicó que la Guía de Publicidad para Influencers habría sido publicada con posterioridad a la difusión del anuncio publicitario cuestionado, por lo que no podría sancionársele por contravenir lo establecido en el referido documento. En este extremo, agregó que la propia Guía reconoce términos comúnmente empleados en las redes sociales como “*giveaways*” y “*unboxings*” por lo que debería reconocer el término “#ad”.

Al respecto, corresponde indicar que la Guía de Publicidad para Influencers es -como su propio nombre lo indica- una guía. Este documento tiene como objetivo orientar el correcto ejercicio de las prácticas de publicidad digital, con especial enfoque en la publicidad de *influencers*. Sin embargo, las disposiciones relativas a la publicidad se encuentran establecidas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En ese sentido, de manera independiente a la publicación de la Guía, bajo la aplicación de la norma señalada la Comisión puede sancionar todo acto que vulnere una leal competencia en el mercado, lo cual incluye la infracción al principio de autenticidad, sea esta infracción materializada en un medio de comunicación tradicional o mediante cualquier tipo de plataforma virtual, incluyendo a los *influencers*.

Dicho de otra manera, el empleo correcto o incorrecto del término “#ad” para indicar que se está ante publicidad no se establece mediante la Guía de Publicidad para Influencers (este es un documento que tiene una finalidad orientativa), sino, se analiza en aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Asimismo, si bien la Guía emplea términos como “*giveaways*” y “*unboxings*”, lo hace justamente en virtud de su finalidad orientativa, para explicar sus definiciones. Ello, de ninguna manera se ve traducido como la aceptación de una abreviatura en un idioma extranjero para advertir la presencia de publicidad. Argumentar ello carece de sentido, toda vez que también consigna el término “#ad” como un ejemplo de las referencias y abreviaturas ambiguas que no deben de ser colocadas.

En la medida que en el caso que nos ocupa hay una relación contractual entre el anunciante y el señor Merino consistente en la difusión de publicidad del aplicativo “Picap” y esta difusión de publicidad se ha realizado sin que se advierta de manera clara la naturaleza publicitaria de la misma, la Comisión concluye que se ha infringido el principio de autenticidad.

Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, esta Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación realizada de oficio en contra del señor Merino por la infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.3. La presunta infracción al principio de adecuación social

4.3.1. Criterios de Interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dispone que la

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

000170

publicidad deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio¹⁰. Asimismo, en cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.¹¹ Por lo tanto, para determinar si un anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

4.3.2. Normas y criterios aplicables

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

Así, el artículo 58 de la Constitución Política de 1993 establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.¹² Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.¹³

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

¹⁰ Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacífico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

¹¹ Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intravenco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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

¹³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

la actividad publicitaria, entre las cuales se encuentra el denominado principio de adecuación social, establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente lo siguiente:

"Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;
- b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas."

En tal sentido, el propósito de esta norma es establecer una restricción a los anunciantes y a los medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios. En el primer supuesto, referido a publicidad que induce a sus destinatarios a cometer actos ilegales o actos de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, la restricción será absoluta prohibiéndose su difusión.

En este contexto, es preciso señalar que el acto de favorecer o inducir, real o potencialmente, una ofensa o una conducta discriminante no es igual ni tiene el mismo alcance que el acto de inducir, o favorecer la comisión de actividades antisociales o ilegales. En el primer caso, la sanción reside en la necesidad de proteger directamente a las personas como sujetos de derecho, al exigirse que no se favorezca o estimule cualquier atentado contra su dignidad a través de conductas ofensivas o discriminantes. En el segundo caso, la sanción reside en la necesidad de cautelar, esencialmente, el orden y el interés general en su sentido extendido.

En el segundo supuesto, referido a publicidad que promociona servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto, su difusión se permitirá únicamente a través de prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas. Así, el propósito de esta norma es establecer una restricción a los anuncios y medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios a fin de asegurar que la difusión de los mismos esté circunscrita al público adulto.

Finalmente, cabe señalar que para evaluar la comisión de actos contra el principio de adecuación social, conforme se ha descrito, habrá que considerar cómo interpretaría los anuncios cuestionados un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.3.1 precedente.

4.3.3. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica imputó al señor Merino la presunta infracción al principio de adecuación social, establecido en el inciso a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, sería responsable en calidad de agencia de publicidad, de la difusión de un anuncio publicitario que contendría elementos que podrían inducir a cometer actos ilegales, en tanto en el referido anuncio el señor Merino recomendaría el uso de Picap, aplicación que brindaría el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales, servicio que de acuerdo a las normas vigentes es un servicio ilegal.

Previamente al análisis materia de imputación, la Comisión considera pronunciarse sobre el argumento del señor Merino, respecto de la ilegalidad del servicio de transporte de pasajeros en motocicleta lineal. Al respecto, el imputado manifestó que la difusión del anuncio cuestionado sería anterior a la prohibición o ilegalidad del servicio de transporte de pasajeros en motocicleta lineal, porque -a su entender- la ilegalidad de dicha actividad estaría establecida por el Decreto



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Supremo que precisa disposiciones sobre el Servicio de Transporte Público de Personas en Vehículos Menores No Autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web, dado que el Reglamento Nacional de Administración de Transporte y el Reglamento Nacional de Vehículos serían normas que señalan categorías, más no prohibirían conductas. En esa línea, establecer una sanción sería contravenir el principio de irretroactividad.

Sobre dicho argumento, para evaluar los argumentos del imputado, resulta oportuno verificar lo dispuesto por las normas sectoriales pertinentes, así como lo establecido por el MTC.

De conformidad con el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2009-MTC señala lo siguiente:

“Artículo 20.- Condiciones técnicas específicas mínimas exigibles a los vehículos destinados a la prestación del servicio de transporte público de personas bajo la modalidad de transporte regular, de ámbito nacional, regional y provincial.

20.4.4 Los vehículos para el servicio especial de transporte público de personas en taxi deberán corresponder a la categoría M1 de la clasificación vehicular establecida por el RNV, cumplir con las características y requisitos establecidos en dicho reglamento y las normas de carácter nacional y provincial que le resulten aplicables”.

Sobre el particular, el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, detalla en el ANEXO I, la clasificación vehicular, señalando respecto de la categoría M, lo siguiente:

“ANEXO I: CLASIFICACIÓN VEHICULAR

(...)

Categoría M: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y construidos para el transporte de pasajeros.

M1: Vehículos de ocho asientos o menos, sin contar el asiento del conductor.”

En ese sentido, este Colegiado verifica que, con la expedición del Reglamento Nacional de Administración de Transporte en el año 2009, se estableció que los únicos vehículos habilitados para brindar el servicio de transporte público de personas en taxi eran los correspondientes a la categoría M1, siendo que, desde esa fecha, la prestación del servicio en vehículos de cualquier otra categoría era ilegal; y, por tanto, se encontraba prohibida.

Prueba de ello, el MTC -la máxima autoridad en regulación de transporte en nuestro país-, al advertir la realización del servicio de transporte de pasajeros en moto lineal, emitió distintos comunicados en los que recalca la ilegalidad de dicha actividad. En efecto, en agosto de 2019, el MTC advirtió que dicho servicio era ilegal y se encontraba prohibido; incluso, exhortó a las autoridades de control y fiscalización a sancionar a los agentes que brindaban el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales, reconociendo que no solo se ofrecería en paraderos informales sino también vía redes sociales¹⁴.

Asimismo, con fecha 20 de setiembre de 2019, el MTC y el Indecopi emitieron una nota de prensa conjunta en la que señalaron que el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales es ilegal y, por lo tanto, está prohibido por los riesgos que representa.

Como consecuencia de la presencia de un servicio manifiestamente ilegal en las calles, a través del Decreto Supremo que precisa disposiciones sobre el Servicio de Transporte Público de

¹⁴ Ver en: <https://elperuano.pe/noticia/62856-mtc-prohibe-taxis-en-motos>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Personas en Vehículos Menores No Autorizados y establece disposiciones sobre el bloqueo de aplicativos y/o páginas web, el MTC especifica lo siguiente:

“Artículo 1.- Precisión del subnumeral 20.4.4 del numeral 20.4 del artículo 20 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC

Precísase que se encuentra prohibida la prestación del servicio especial de transporte público de personas en taxi, en otra u otras categorías vehiculares distintas a la categoría M1 señalada en el subnumeral 20.4.4 del numeral 20.4 del artículo 20 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC”.

En ese sentido, como lo indica el mismo nombre del Decreto Supremo N° 035-2019/MTC, es una norma de precisión y/o especificación; esto es, el MTC únicamente ha **reafirmado** la ilegalidad de la prestación del servicio especial de transporte público de personas en taxi en una categoría distinta a la M1, siendo que la prohibición ya existía mediante el Reglamento Nacional de Transporte.

En efecto, la misma exposición de motivos de la norma de especificación pone al descubierto ello:

“Como se puede advertir, en nuestra normativa vigente se señala que el servicio de transporte de pasajeros es una modalidad de servicio de transporte especial de personas de ámbito provincial; es decir que se desarrolla exclusivamente al interior de una provincia”. Asimismo, se establece que para realizar la prestación de dicho servicio se debe cumplir las reglas y condiciones establecidas en el RNAT y por las normas complementarias de la autoridad competente; como son: (i) contar con autorización vigente; (ii) contar con SOAT; (iii) prestar el servicio en vehículos de la categoría M1; (iv) contar con Certificado de Inspección Técnica Vehicular (CITV) vigente; entre otros.

En ese sentido, la prestación del servicio de transporte de personas en taxi solo puede ser brindado en vehículos de la categoría M1, siendo necesario se realice únicamente una precisión taxativa que indique la prohibición de realizar la prestación de dichos servicios en vehículos de una categoría diferente a la señalada, por las razones antes expuestas: lo que no significa modificación alguna de fondo de las disposiciones antes señaladas siendo la propuesta a título aclaratorio(...) (Subrayado añadido)

Por lo expuesto, el sostener que la actividad de taxi o transporte de pasajeros en moto lineal constituía una actividad ilegal al momento de difusión de la publicidad materia de cuestionamiento, no implica la aplicación de la norma de especificación de manera retroactiva, toda vez que -a diferencia de la opinión del imputado y en concordancia con lo señalado por el MTC- el servicio de transporte de pasajeros en moto lineal es un servicio ilegal desde el año 2009 en virtud de lo establecido en el Reglamento Nacional de Administración de Transporte en concordancia con el Reglamento Nacional de Vehículos.

Habiéndose determinado que el servicio de transporte de pasajeros en moto lineal es ilegal desde el año 2009, corresponde determinar: (i) si la publicidad en cuestión induce a la comisión de actos ilegales y, (ii) de determinarse la inducción a la comisión de un acto ilegal, si el Señor Merino sería responsable por ello en su calidad de agencia de publicidad, de acuerdo con lo desarrollado en el apartado 4.1.2 de la presente Resolución.

De manera preliminar, esta Comisión advierte que la publicidad cuestionada incentiva al uso del aplicativo Picap: aplicativo digital que facilita o intermedia servicios de transporte urbano en moto lineal¹⁵.

¹⁵ Como se detalla en (i) el propio contrato suscrito entre el anunciante y el señor Merino, específicamente, en la cláusula quinta; y, (ii) en los



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Al respecto, el señor Merino sostuvo que Picap sería una plataforma de economía colaborativa que brindaría un servicio de intermediación, no de taxi. En ese sentido, lo que habría sido publicitado sería el uso de la aplicación y no la prestación del servicio de transporte de pasajeros en motos lineales, por lo que no se estaría incentivando a cometer un acto ilegal.

Sobre dicho argumento, este Colegiado estima conveniente esclarecer que los actos contra el principio de adecuación social no consisten en publicitar de manera directa un comercio y/o actividad ilegal, sino, tal como se desprende literalmente el referido artículo, consisten en *"Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal (...)"*. De tal manera, a efectos de esclarecer la infracción del referido principio, resulta irrelevante que Picap sea una plataforma de economía colaborativa que brinda servicios de intermediación y no de taxi, en la medida que de manera independiente a su objeto social y a la actividad que realice en el mercado, de una revisión del anuncio materia de cuestionando, se verifica que éste está facilitando y, por tanto, promoviendo a través del servicio de intermediación un servicio ilegal.

Entonces, si bien este Colegiado reconoce que Picap es una plataforma que brinda servicios de intermediación, lo cierto es que dicha empresa facilita y/o intermedia una actividad que en sí misma es ilegal (servicio de transporte en moto lineal). Por ello, al publicitar Picap se está induciendo de manera directa al ejercicio de una actividad ilegal.

Con el objetivo de esclarecer la situación, esta Comisión considera oportuno emplear como ejemplo el caso de un aplicativo que brinde un servicio de intermediación consistente en conectar a las personas que desean adquirir drogas ilícitas con personas que venden dichas sustancias. Si bien el aplicativo no vende drogas ilícitas, indubitablemente promueve y facilita ello; por lo cual induce a la comisión de un acto ilegal. De tal manera, publicitar dicho aplicativo se traduce en una infracción al principio de adecuación social porque, de manera directa, induce a la comisión de un acto ilegal.

Por otra parte, el señor Merino sostuvo que no habría generado un contenido publicitario distinto a las características del servicio, por lo que no podría imputársele responsabilidad administrativa en calidad de agencia de publicidad; así como que, en su calidad de *influencer* no debería tener la responsabilidad de conocer todas las normas sectoriales aplicables a cada industria, en la medida que ello sería responsabilidad del anunciante.

En ese sentido, este Colegiado considera oportuno traer a colación la responsabilidad por la que responde una agencia de publicidad, la misma que ha sido desarrollada en el apartado 4.1.2. de la presente Resolución y está establecida en el artículo 23 de la Ley de Represión de la Competencia desleal: *"(...) corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante"*.

Como ha señalado el imputado en sus descargos, el servicio que brinda "Picap" no es una empresa de transporte de pasajeros sino de intermediación. Teniendo en consideración ello, su publicidad no ofrece un servicio de transporte de pasajeros en moto lineal sino de intermediación o facilitación.

Sin embargo, de manera independiente a su contenido publicitario, incentiva la realización de una actuación ilegal. Es por ello que en el presente caso se presenta la responsabilidad administrativa establecida en el artículo 23 de la Ley de la Represión de la Competencia Desleal, imputable al señor Merino, en su calidad de agencia de publicidad.

términos y condiciones de la aplicación, presentados por el señor Merino.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

Aunado a ello, este Colegiado considera relevante esclarecer que un *influencer* está obligado, como cualquier otro ciudadano, a conocer las normas de su país. En efecto, es una presunción *iure et de iure* –esto es, sin admitir prueba en contrario– que todos los ciudadanos integrantes de un estado de derecho conocen la ley que los rige.

En ese sentido, la Comisión aprecia que el anuncio cuestionado, al presentar al señor Merino recomendando el uso de *Picap* –aplicación que brindaría el servicio de transporte de pasajeros en motocicletas lineales– induce a cometer actos ilegales, en tanto se encuentra prohibida. Asimismo, el señor Merino, al ser la agencia de publicidad que diseñó la publicidad infractora.

Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, esta Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación realizada de oficio en contra del señor Merino por la infracción al principio de adecuación social, establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.4. La pertinencia de ordenar una medida correctiva

De conformidad con el numeral 55.1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, la medida correctiva conducente a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOP¹⁶ que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

En el presente caso, ha quedado acreditado que el señor Merino incurrió en actos de competencia desleal en las modalidades de infracción al principio de autenticidad e infracción al principio de adecuación social. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que esta publicidad se presente nuevamente justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.5. Graduación de la sanción

4.5.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe lo siguiente en el artículo 52:

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

52.1.- *La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:*

- 4.5.1.1. *Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;*
- 4.5.1.2. *Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio*

¹⁶ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

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

“Artículo 53°.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

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

4.5.2. Aplicación al presente caso

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

De otro lado, respecto a la graduación de la sanción aplicable, en el presente caso debe tenerse en consideración que el señor Merino ha cometido más de una infracción, por lo que se verifica la existencia de un concurso de infracciones. Sobre el particular, se debe considerar el principio especial de concurso de infracciones establecido por el numeral 6 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (en adelante, TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

General), en el sentido de que ante una misma conducta que califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.¹⁷

(i) Respetto de la infracción al principio de autenticidad

Sobre el particular, a efectos de establecer una multa base capaz de disuadir a la infractora, este colegiado considera que corresponde determinar una sanción cuyo valor sea equivalente al beneficio ilícito percibido por la realización de la conducta infractora, el cual se obtendrá luego de dividirse el monto considerado como beneficio ilícito entre la probabilidad de detección. En dicho sentido, ello permitirá que el valor real de la sanción disuada a la infractora, como consecuencia de su equivalencia con el beneficio de la conducta infractora, evitando que pueda resultarle más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia.

Respetto del beneficio ilícito, en anteriores pronunciamientos, la Sala ha señalado que este concepto se obtiene del diferencial existente entre los ingresos obtenidos durante el periodo infractor y un periodo previo comparable, siendo que cuando no se pueda determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida, sea porque no se cuenta con la información necesaria para hallar el diferencial o porque éste es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo los demás criterios previstos en la Ley¹⁸.

En atención a ello, la Comisión considera que en el caso concreto no corresponde determinar el beneficio ilícito obtenido por el señor Meñino, pues si bien recibió una contraprestación por parte del anunciante en virtud de la difusión de la publicidad, esta contraprestación no se derivó de la transgresión al principio de autenticidad. En consecuencia, a criterio de esta Comisión, corresponde graduar la sanción tomando en cuenta los otros criterios existentes para determinar la sanción aplicable a el imputado.

Considerando ello, la Comisión tampoco tomará en cuenta la probabilidad de detección de la conducta infractora, en tanto dicho criterio tiene una incidencia en la multa base siempre que se

¹⁷ Mediante Memorándum N° 132-2014/GEL de fecha 6 de febrero de 2014, la Gerencia Legal del Indecopi coincide con esta Comisión respecto a que cuando exista un anuncio que infringe más de un supuesto normativo de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se debe aplicar de manera supletoria el denominado "concurso ideal de infracciones.

¹⁸ Ver Resolución Final N° 139-2015/SDC-INDECOPI del 6 de marzo de 2015, correspondiente a la imputación hecha de oficio en contra de Franquicias S.A.C. tramitada en el Expediente N° 167-2013/CCD, en el que la Sala dispuso lo siguiente:

45. *Un criterio que suele ser utilizado para graduar la sanción es el correspondiente al beneficio ilícito, esto es, la ventaja económica, calculada en base a los ingresos brutos percibidos por el infractor, estrictamente atribuible a la comisión del hecho calificado como ilícito.*
46. *Sin embargo, el beneficio ilícito como criterio para graduar una sanción, debe ser entendido como el diferencial positivo obtenido por el agente infractor como consecuencia de haber incurrido en la conducta contraria al ordenamiento jurídico. En otras palabras, es la ventaja económica obtenida por el infractor atribuible a la comisión del hecho calificado como ilícito.*
47. *No se descarta que pueda haber casos excepcionales en los que el beneficio ilícito obtenido por un agente infractor se vea materializado en una disminución en sus ventas o caída de sus ingresos, entendiendo que -en dichos casos- la caída en las ventas e ingresos hubiese sido mayor si el agente no hubiese incurrido en infracción.*
48. *Sin embargo, los casos mencionados en el párrafo precedente son la excepción, siendo que la regla general en materia de graduación de la sanción es que el beneficio ilícito se vea reflejado en un incremento de las ventas o en un incremento de sus ingresos, es decir, en un diferencial positivo, obtenido como el resultado de la comparación entra un periodo previo a la comisión de la infracción y el periodo de infracción (o incluso, posterior a la infracción).*
49. *De lo anterior se desprende que los casos idóneos para utilizar el beneficio ilícito como criterio de graduación de la sanción son aquellos en los que, en primer término, se cuente con información de los ingresos obtenidos por el infractor en periodos comparables (antes y durante la infracción); luego de ello, se deberá verificar que como resultado de dicha comparación se obtenga un diferencial positivo que refleje un incremento en las ventas o un incremento en los ingresos del infractor.*
50. *De no ser así, ya sea porque no se cuenta con dicha información (por ejemplo, debido a que se trata de un producto nuevo y no existe un periodo previo con el cual comparar) o porque el diferencial es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo otros criterios, también previstos en la ley."*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

cuenta con el beneficio ilícito de la comisión de la infracción, el que, como ya se indicó, no es factible de ser estimado en el presente procedimiento.

En relación con los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de esta, la Comisión advierte, de una revisión del expediente, que la publicidad infractora ha tenido un impacto publicitario mínimo, toda vez que, si bien fue difundido en la red social *Instagram* del imputado, este ha sido transmitido únicamente por veinticuatro (24) horas, lo que ha generado una menor probabilidad de difusión y cobertura.

Asimismo, es pertinente indicar que, respecto de la conducta infractora, la Comisión advierte que debe considerarse que la difusión de publicidad encubierta por un *influencer* afecta claramente la confianza de los consumidores respecto de la imparcialidad y veracidad de las afirmaciones plasmadas por este en su calidad de medio de comunicación, en este caso, por el señor Merino. En efecto, en la medida que los consumidores verifiquen que una aparente declaración espontánea y/o genuina en realidad constituye información con fines comerciales, asumirán una actitud más desconfiada y, probablemente, desperdicien recursos que de otra manera no usarían comprobando a través de otros medios el origen y la certidumbre de la información que les es transmitida.

Asimismo, la Comisión busca que la sanción cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que, para el infractor, pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por lo antes señalado, la Comisión considera que, en el presente caso, la infracción debe ser considerada como leve, sin afectación real en el mercado, correspondiendo aplicar, por las circunstancias expuestas, una sanción de amonestación, conforme al numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

(ii) Respetto de la infracción al Principio de Adecuación Social

Sobre el particular, a efectos de establecer una multa base capaz de disuadir a la infractora, este Colegiado considera que corresponde determinar una sanción cuyo valor sea equivalente al beneficio ilícito percibido por la realización de la conducta infractora, el cual se obtendrá luego de dividirse el monto considerado como beneficio ilícito entre la probabilidad de detección. En dicho sentido, ello permitirá que el valor real de la sanción disuada a la infractora, como consecuencia de su equivalencia con el beneficio de la conducta infractora, evitando que pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia.

Respetto del beneficio ilícito, en anteriores pronunciamientos, la Sala ha señalado que este concepto se obtiene del diferencial existente entre los ingresos obtenidos durante el periodo infractor y un periodo previo comparable, siendo que cuando no se pueda determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida, sea porque no se cuenta con la información necesaria para hallar el diferencial o porque éste es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo los demás criterios previstos en la Ley.

En el caso en particular, este Colegiado considera que el beneficio ilícito sería igual a la totalidad de la contraprestación pagada por el anunciante al señor Merino por la realización de la publicidad imputada que indujo a la comisión de un acto ilegal. Sin embargo, si bien en el procedimiento, se verifica el contrato de fecha 23 de julio de 2020, la Comisión no advierte que el mismo tenga



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000179

información exacta sobre la contraprestación pagada por el anunciante al señor Merino por la realización de la publicidad imputada. Cabe precisar que el contrato no sólo se basó en la pieza publicitaria cuestionada, sino en otras que no han sido materia de cuestionamiento en el presente caso. Por ello, la Comisión considera que no corresponde graduar la sanción aplicable en base al beneficio ilícito obtenido por la realización de la conducta infractora. En tal sentido, este órgano colegiado graduará la sanción tomando en cuenta los demás criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Considerando ello, la Comisión tampoco tomará en cuenta la probabilidad de detección de la conducta infractora, en tanto dicho criterio tiene una incidencia en la multa base siempre que se cuente con el beneficio ilícito de la comisión de la infracción, el que, como ya se indicó, no es factible de ser estimado en el presente procedimiento.

En relación con los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de esta, la Comisión advierte, de una revisión del expediente, que la publicidad infractora ha tenido un impacto publicitario mínimo, toda vez que, si bien fue difundido en la red social *Instagram* del imputado, este ha sido transmitido únicamente por veinticuatro (24) horas, lo que ha generado una menor probabilidad de difusión y cobertura.

No obstante ello, la Comisión considera pertinente analizar la relevancia del mensaje considerado infractor. De una revisión del mismo, la Comisión observa que la infracción al principio de adecuación social tiene como uno de sus efectos inducir a cometer actos ilegales, lo cual perjudica el bien común; el orden y el interés general en su sentido extendido. Para este Colegiado, no sancionar los hechos infractores con una multa que sea lo suficientemente adecuada a la magnitud percibida del ilícito, se producirían nocivos efectos en el mercado, pues los anunciantes podrían verse estimulados a desarrollar campañas publicitarias que no sean respetuosas de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, circunstancia que ocasionaría un deterioro indeseado en la actividad publicitaria e, incluso, generaría peligro en la sociedad.

Asimismo, la Comisión busca que la sanción cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que, para el infractor, pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la leal competencia. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Debe señalarse que, en el presente procedimiento, se han aplicado los criterios necesarios a fin de lograr la finalidad disuasiva de la sanción considerando las circunstancias específicas del caso en concreto.

Por lo tanto, luego del análisis de la conducta infractora y tomando en consideración los criterios establecidos por los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal para determinar la gravedad de la infracción y establecer la graduación de la sanción, la Comisión considera que, en el presente caso corresponde aplicar una multa de una (1) Unidad Impositiva Tributaria a el imputado, conforme al numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma que no supera el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por la infractora, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

Finalmente, a criterio de la Comisión, en el presente caso, la infracción al principio de adecuación social establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, constituye la infracción que podría generar una mayor distorsión en el mercado, al ser capaz de inducir a la comisión de actos ilegales. En atención a ello, la Comisión tomará únicamente la sanción que corresponde a dicha infracción, al ser la de mayor gravedad en el presente caso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

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

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra del señor Andy Merino Ramírez por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra del señor Andy Merino Ramírez por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto establecido en el literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044- Ley de Represión de la Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

TERCERO: **SANCIONAR** al señor Andy Merino Ramírez con una multa ascendente a una (1) Unidad Impositiva Tributaria.

Asimismo, se ordena su inscripción en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

CUARTO: **ORDENAR** al señor Andy Merino Ramírez, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la difusión de la publicidad infractora y de cualquier otra similar, en la medida que no sean advertibles como publicidad por los consumidores y/o puedan inducir a cometer actos ilegales.

QUINTO: **ORDENAR** al señor Andy Merino Ramírez que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 57.1 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores comisionados: Javier Pazos Hayashida, Ana María Capurro Sánchez, Galia Mac Kee Briceño y Andrés Escalante Márquez.



Firma Digital

Firmado digitalmente por PAZOS
HAYASHIDA Javier Mihail FAU
20133840533 soft

Motivo: Soy el autor del documento

Fecha: 05.01.2021 10:47:49 -05:00

JAVIER PAZOS HAYASHIDA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal