

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI - Informe jurídico

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

Adria Gastañeta Bastidas

ASESOR:

Alejandro Martin Moscol Salinas

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI", del autor / de la autora ADRIA GASTAÑETA BASTIDAS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: MOSCOL SALINAS ALEJANDRO MARTIN	
DNI: 09855438	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1125-3065	



Firmado digitalmente por:
MOSCOL SALINAS ALEJANDRO
MARTIN
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 15/07/2023 00:03:19-0500

RESUMEN

El presente informe jurídico trata sobre la Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI mediante la cual la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declara fundada la infracción a los principios de autenticidad y adecuación social en el marco de la Ley de Represión de Competencia Desleal en el ámbito de publicidad comercial por parte del señor Andy Merino Ramírez, *influencer* peruano, quien, haciendo uso de sus redes sociales publicita el aplicativo Picap, plataforma de economía colaborativa que facilita la intermediación entre conductores de moto lineales con usuarios que desean ser trasladados.

El objetivo de este informe es dilucidar si el contenido compartido en las redes sociales por los *influencers* puede ser publicidad, de este modo, reconocer la aplicabilidad de la Ley de Represión de Competencia Desleal al caso en concreto. Asimismo, buscamos estudiar las categorías jurídicas en las que un *influencer* llega a ser parte de la relación de difusión de publicidad, a fin de establecer la asignación de responsabilidad que se le puede atribuir. Finalmente, aterrizamos el trabajo realizado un análisis respecto del examen realizado por la Administración Pública, a fin de concluir si este fue el adecuado en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio en contra del *influencer* y en atención a la normativa del sector.

Palabras clave

Influencer, competencia desleal, principio de adecuación social, principio de autenticidad, publicidad.

ABSTRACT

This legal report analyzes the Resolution N° 124-2020/CCD-INDECOPI by which the Unfair Competition Oversight Commission declares the infringement of the principles of authenticity and social adequacy founded within the framework of the Law for the Repression of Unfair Competition in the field of commercial advertising by Mr. Andy Merino Ramírez, a peruvian influencer, who, using his social networks, advertises the Picap application, a collaborative economic platform that facilitates intermediation between linear motorcycle drivers with users who wish to be transferred.

The objective of this report is to determine whether the content shared on social networks by influencers may be advertising, thus recognizing the applicability of the Law for the Repression of Unfair Competition to the specific case. Likewise, we seek to study the legal categories in which an influencer becomes part of the advertising diffusion relationship, in order to establish the assignment of responsibility that can be attributed to it. Finally, we land the work carried out an analysis regarding the examination carried out by the Public Administration, in order to conclude if this was the appropriate one in the framework of the sanctioning administrative procedure initiated ex officio against the influencer and in attention to the regulations of the sector.

Keywords

Influencer, unfair competition, principle of social adequacy, principle of authenticity, advertising.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. Justificación de la elección de la resolución	3
I.2. Presentación del caso y análisis.....	4
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	5
II.1. Antecedentes	5
II.2. Hechos relevantes del caso.....	6
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	9
IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	9
IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
V.1. ¿La historia que se publica en una red social como Instagram califica como publicidad comercial en el marco de la LRCD?	12
V.1.1. ¿Qué categoría jurídica tiene un <i>influencer</i> en el marco de la publicidad comercial?.....	15
V.1.2. ¿Qué responsabilidad puede asumir un <i>influencer</i> en el ejercicio de su actividad de publicidad comercial según la LRCD?.....	17
V.2. ¿Se debió responsabilizar al señor Merino por la supuesta transgresión al principio de autenticidad en el marco del derecho de la represión de la competencia desleal?.....	18
V.2.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como medio de comunicación?	19
V.2.2. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de autenticidad fue el correcto?	20
V.3. ¿Se puede responsabilizar al señor Merino por la presunta infracción al principio de adecuación social en la publicidad comercial?.....	23
V.3.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como agencia de publicidad?	23
V.3.2. ¿Cuál es el giro económico de Picap y es este contrario a la ley?.....	24
V.3.3. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de adecuación social fue el adecuado?	26
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	28
BIBLIOGRAFÍA	30

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Exp. 237-2019/CCD- INDECOPI Res.Nº124-2020/CCD-INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Competencia desleal Derecho publicitario Derecho administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 287-97-TDC Resolución N°1560-2010/SC1-INDECOPI Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal
DEMANDADO/DENUNCIADO	Andy Merino Ramírez
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal
TERCEROS	
OTROS	

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad ha evolucionado a lo largo de los años, trayendo consigo nuevos métodos para divulgar e impulsar sus productos y servicios a los consumidores. Entre los hitos más importantes de la publicidad, se encuentra la llegada de las tecnologías y la transición del mundo publicitario al ámbito digital, y con ello, un nuevo horizonte hacia el mundo cibernético, creando nuevos tipos de interacciones entre los anunciantes y consumidores.

No obstante, no fue hasta la llegada del boom publicitario en las redes sociales que se instauró un nuevo fenómeno: la publicidad a través de los *influencers* o influenciadores, basado en el uso de estos personajes que, por su número y llegada a seguidores, pueden llegar a impactar a una diversidad de sectores de consumidores desde cualquier parte del mundo. Con ello se abrió un abanico de posibilidades de nuevas formas de interacción entre consumidor y anunciante.

Ahora bien, esta interacción puede resultar cuanta menos polémica, pues lo que comunican los influenciadores en sus cuentas personales podría ser interpretado por el espectador de dos formas: como opinión personal de la persona o como un anuncio publicitario, motivo por el cual entra a tallar la competencia desleal. Es así que, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, a quien se le denominará CCD, del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) se ha encargado de monitorear la actividad de los *influencer* para detectar situaciones que puedan significar un detrimento contra los consumidores, la leal competencia y la publicidad comercial. Acorde a ello, la CCD emitió la Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI, la cual gira en torno al señor Andy Merino Ramírez (en adelante, señor Merino), conocido en redes sociales, como Andynsane, por la presunta infracción al principio de autenticidad y al principio de adecuación social en el marco del derecho de represión de la competencia desleal.

Ante ello, el presente informe planea responder si el video compartido por el señor Merino en Instagram es publicidad, y si la CCD hizo lo correcto en sancionar a este administrado por la presunta infracción a los principios señalados. Para ello, se analizará normativa, jurisprudencia y doctrina respecto a los principios aplicables al presente caso, para finalmente presentar nuestra opinión sobre la decisión que se tomó en la Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI.

I.1. Justificación de la elección de la resolución

Para este Informe Jurídico, se decidió elegir la Resolución N°124-2020/CCO-INDECOPI en base a dos factores principales:

En primer lugar, uno de dichos factores es la importancia de proteger el del mercado y los agentes económicos que desarrollan en él frente a esta modalidad de publicidad ejercida por los *influencers*, la cual causa aún muchas preguntas por el desconocimiento y los constantes cambios dentro del mercado entre estos agentes, siendo un tema que genera mucho interés, además de estar revestido por el carácter evolutivo del derecho a la competencia.

Al respecto, la Resolución cuestiona la vulneración de principios de la actividad publicitaria en el marco de la competencia desleal, los mismos que funcionan como directrices y rectores, por lo que su vulneración supone un gran detrimento en la competencia eficiente y la buena fe empresarial en el mercado.

En la Resolución escogida se atribuye responsabilidad administrativa al señor Merino por la presunta infracción al principio de autenticidad y al de adecuación social, los cuales se refieren a que la publicidad se presente de tal forma que no logra ser percibida por los destinatarios como tal, y en que la publicidad influya a sus receptores a realizar conductas contrarias a la ley, respectivamente.

En segundo lugar, considero que se trata de una Resolución de carácter complejo por englobar tres ramas del derecho: Derecho a la competencia desleal, Derecho publicitario, y Derecho Administrativo.

I.2. Presentación del caso y análisis

El caso gira en torno a la supuesta infracción a los principios de adecuación social y autenticidad por parte del *influencer*, el señor Merino, al publicar vía Instagram *stories* un anuncio publicitario en el que recomendaba el uso del aplicativo Picap.

Las preguntas principales giran en torno a si la historia que se publica en una red social como Instagram califica como publicidad comercial en el marco de la LRCD, si se debió responsabilizar al señor Merino por la presunta infracción del principio de autenticidad en el marco de publicidad comercial y, en esa misma línea, si se debió responsabilizar al señor Merino por la presunta infracción al principio de adecuación social en el marco de la publicidad comercial.

A partir de ello, se desprenden otras interrogantes, tales como ¿Qué categoría jurídica tiene un *influencer* en el marco de la publicidad comercial? ¿Qué responsabilidad puede asumir un *influencer* bajo la LRCD? ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como un medio de comunicación? ¿El análisis realizado por la CDD sobre la supuesta vulneración del principio de autenticidad fue el correcto?, entre otras.

Los instrumentos normativos que se utilizarán para enriquecer la presente investigación son el Decreto Legislativo N° 1044 , mediante el cual se aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), el Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado por Decreto Supremo N°.017-2009, el Decreto Legislativo N°807, y la Guía de publicidad para *influencers* (en adelante, la Guía).

Finalmente, nuestra posición es en contra de la resolución final emitida por la CCD, debido a que esta no ha llevado un correcto análisis respecto a si se vulneraron los principios en cuestión, al no tomar en consideración los elementos

de juicio fijados en el precedente de observancia obligatoria, la Resolución 287-91-TDC, y por asignar responsabilidades que no se le podían atribuir al señor Merino. Por otro lado, sostenemos una mala práctica por parte de la Administración pública al infringir uno de los principios de su potestad sancionadora, la presunción de licitud.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El actor principal del caso es el señor Merino, influencer que al día de hoy cuenta con más de 500 mil seguidores en la plataforma digital Instagram y quien realiza contenido variado en sus redes.

El señor Merino es contactado por CAP Technologies, con quien suscribe un contrato de prestación de servicios el 23 de julio de 2019 en el marco de la campaña publicitaria para el aplicativo Picap, mediante el cual se establece que el señor Merino deberá difundir once historias sobre el aplicativo en su cuenta de Instagram, videos con una duración de 24 horas. Es así que, el señor Merino, en cumplimiento de dicho contrato, publica en su cuenta de Instagram la promoción del servicio ofrecido por el aplicativo.

En estos videos, el señor Merino recomienda el uso del aplicativo, llamándolo la solución perfecta para el tráfico. Asimismo, agrega en la parte superior derecha de las historias el hashtag "#ad"; y, en la parte inferior derecha etiqueta el perfil del aplicativo (@picap_pe).

Esta publicación es advertida por un usuario de Twitter, quién expresa su descontento con el contenido publicado por el señor Merino instando a Indecopi para que proceda a realizar la investigación debida. En ese sentido, haciendo uso del reporte de redes sociales del Indecopi se informó sobre dicha publicación a la Secretaría Técnica (en adelante, ST) de la CCD el 06 de septiembre de 2019.

II.2. Hechos relevantes del caso

El 10 de septiembre de 2019, la ST llevó a cabo una inspección en la red social Twitter a efectos de verificar si la publicación difundida por el señor Merino respetaría lo establecido en la LRCD. Es así que en el Acta de Inspección se indica que el objeto de la diligencia fue la publicación en Twitter realizada por el señor Juan Pablo León respecto a la publicación del señor Merino.

En ese sentido, y como parte de su rol fiscalizador, la ST requirió al señor Merino a través de tres cartas y vía correo electrónico de fecha 12 de noviembre de 2019, que señalara si la publicación difundida fue contratada y por quién. Dicho requerimiento fue absuelto por el señor Merino el 15 de noviembre del 2019, quien señala que, fue publicidad contratada; y, que la persona jurídica con quien celebró el contrato era Cap Technologies, representada por su gerente general, el señor Daniel Alberto Rodríguez Méndez.

Posteriormente, mediante Carta notificada el 28 de noviembre del 2019, la ST solicitó al señor Merino presentar el documento que acredite la contratación con Cap Technologies, así como fijar un domicilio procesal en el que, en lo sucesivo, se puedan realizar las notificaciones de los requerimientos de la ST. Por medio de correo electrónico de fecha 2 de diciembre de 2019 el señor Merino presentó lo requerido.

Con fecha 9 de diciembre de 2019, la ST emite Resolución en donde imputa la aparente infracción al principio de adecuación social, reconocido bajo el inciso a) artículo 18 de la LRCD y la supuesta infracción al principio de autenticidad, reconocido por el artículo 16 de la LRCD.

Al respecto, la ST considera que la publicación realizada por el señor Merino estaría destinada a promover Cap Technologies y el servicio brindado a través de su aplicación Picap. En ese sentido, de la revisión del contrato celebrado entre el señor Merino y Cap Technologies, la ST determina que los servicios prestados constituyen una campaña publicitaria. Siendo ello así, la ST concluye que la

publicidad no era identificable por los usuarios como tal, por tanto, le imputa al señor Merino la presunta infracción al principio de autenticidad por divulgar publicidad encubierta a través de su red social Instagram. Por otro lado, con respecto al principio de adecuación social, la ST, sobre la prestación del servicio de transporte público en taxi señala que, en concordancia con lo establecido en la normativa del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, MTC), se trata de un servicio ilegal, y que por tanto, la publicidad del aplicativo Picap conduce a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal, por lo que se imputa al señor Merino la infracción al principio de adecuación social en calidad de agencia de publicidad por diseñar el anuncio publicitario que recomienda el uso del aplicativo.

Ante ello, el señor Merino presentó sus descargos el 31 de enero de 2020 ante la ST en la cual sostiene, entre otros argumentos, lo siguiente: (i) los *influencers* no podrían ser considerados con un medio de comunicación social, por no ceñirse al concepto contenido en el D.L 1044; (ii) que su publicidad era reconocible como tal en tanto agregó el término "#ad" en la parte superior derecha de cada uno de los stories, así como con etiquetar la cuenta de Picap; (iii) el aplicativo "Picap" no es un aplicativo de "taxis" sino una plataforma de economía colaborativa y (v) no habría responsabilidad administrativa en calidad de agencia de publicidad porque no generó contenido publicitario distinto a las características del servicio.

Finalmente, la CCD emitió la Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI de fecha 22 de diciembre de 2020, donde se resolvieron como fundadas ambas imputaciones formuladas en contra del señor Merino, sancionando con 1 UIT, así como el cese definitivo de la publicidad materia en cuestión. El razonamiento que siguió la CCD es, en primer lugar, respecto al principio de autenticidad que no con el "#ad" no era advertible para el receptor de la publicidad que esta se tratara de una, al encontrarse en un idioma extranjero, por lo que lo responsabilizan en calidad de medio de comunicación al haber usado su red personal como el transporte del mensaje; en segundo lugar, sobre el principio de adecuación estiman que Picap facilita un servicio de transporte ilegal y que, en razón de ello, el señor Merino, toda vez que estuvo a cargo del diseño del

anuncio, ostenta calidad de agencia de publicidad, y sería responsable por inducir a los destinatarios del mensaje a realizar una conducta contrario a ley.

Finalmente, la CCD emite la Resolución N° 2 de fecha 9 de febrero de 2022, mediante la cual declara consentida la Resolución N°124-2020/CCD-INDECOPI.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿La historia que se publica en una red social como Instagram califica como publicidad comercial en el marco de la LRCD?

1.1. ¿Qué categoría jurídica tiene un *influencer* en el marco de la publicidad comercial?

1.2. ¿Qué responsabilidad puede asumir un *influencer* en el ejercicio de su actividad de publicidad comercial según la LRCD?

2. ¿Se debió responsabilizar al señor Merino por la supuesta transgresión al principio de autenticidad en el marco del derecho de la represión de la competencia desleal?

2.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como un medio de comunicación?

2.2. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de autenticidad fue el correcto?

3. ¿Se debió responsabilizar al señor Merino por la presunta infracción al principio de adecuación social en el marco del derecho de la represión de la competencia desleal?

3.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como agencia de publicidad?

3.2. ¿Cuál es el giro económico de Picap y es este contrario a la ley?

3.3. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de adecuación social fue el adecuado?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto a nuestro primer problema principal, consideramos que el video publicitado en la red social Instagram sí califica como publicidad comercial, ello en atención a la Resolución N°3665-2012/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) que determina los factores que concurren en la publicidad, siendo estos el factor objetivo y el factor subjetivo, los que hacen referencia a la existencia de un contrato o contraprestación en la que se pacte respecto a la exhibición de los productos, servicios o marcas del anunciante y a que el producto o servicio promocionado sea mostrado de forma destacada en el anuncio respectivamente .

Ahora bien, en el caso en concreto identificamos ambos factores. En primer lugar, el señor Merino y Cap Technologies celebraron un contrato de prestación de servicios el 23 de julio de 2019 para la promoción del aplicativo Picap, por el cual el señor Merino recibió una contraprestación monetaria. Asimismo, se presenta el factor subjetivo al corroborar que el señor Merino, a lo largo de su video, hizo alusión de manera destacada al aplicativo, recomendando el uso de esta y etiquetando al perfil de la marca en el centro del video.

Pues bien, respecto a nuestras preguntas secundarias derivadas del primer problema principal, consideramos que la categoría de un influencer puede ser la de un anunciante, de un medio de comunicación y, aunque en casos muy específicos, el de agencia de publicidad, en ese sentido, le corresponderá la asignación de las responsabilidades que la LRCD establece en su artículo 248. En el presente, concluimos que el señor Merino ostenta calidad de medio de

comunicación porque es a través de su cuenta personal que se informa y divulga el anuncio. Asimismo, es preciso mencionar que, no consideramos que la red social Instagram tenga algún tipo de responsabilidad por el contenido en ellas divulgados, puesto que este se trata de un servicio informático al servicio de los usuarios, tal como se establece en la sección 230 de la Ley de Comunicaciones de Estados Unidos, en donde se estipula que los proveedores de servicios digitales de internet están exentos de responsabilidad por el contenido que en ella sus usuarios comparten.

Teniendo ello en cuenta, consideramos que el video del señor Merino configura un acto publicitario, y que, por tanto, se rige por la LRCD, siendo competencia de Indecopi su regulación y sanción en caso se determine que incurre en competencia desleal.

En razón de nuestra segunda pregunta principal, concluimos que la CCD no realizó un análisis exhaustivo para finalmente poder responsabilizar al señor Merino por la infracción del principio de autenticidad, ello en tanto no aplicó el precedente de observancia obligatoria que fijaba los criterios a considerar cuando se analiza la vulneración a este principio. No obstante, coincidimos en que la CCD hizo lo correcto al atribuir calidad de medio de comunicación al señor Merino.

Por último, respecto a nuestro último problema, estimamos que el análisis de la CCD es correcto al atribuir la categoría jurídica de agencia publicitaria al señor Merino, no obstante, no compartimos el análisis realizado por la CCD mediante el cual concluye que se le debe asignar responsabilidad como ad de agencia de publicidad al señor Merino, dado que la publicidad realizada por el influencer fue acorde a las características del servicio y no uno distinto a este. Por otro lado, concluimos que el giro económico de Picap es el de servicio de intermediación, y no otro, toda vez que facilita la interacción entre el oferente, el conductor, y el demandante, los usuarios interesados en el servicio de transporte. Finalmente, estimamos que la CCD no realizó un examen íntegro respecto a si la publicidad realizada por el señor Merino incitaba a las personas a cometer un acto ilegal, en ese sentido, la falta de acreditación supondría la vulneración al principio de

presunción de licitud establecido en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador, al no evidenciar prueba en contrario que confirme que el administrado infringió el principio de adecuación social.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

No nos encontramos a favor de la decisión que se tomó en la resolución.

En primer lugar, respecto al principio de autenticidad, sostenemos que sí era advertible por los consumidores que el contenido publicado por el señor Merino era publicidad, ello en tanto se incluyen referencias tales como “#ad”, haciendo alusión a la abreviatura de *advertisement* (anuncio en inglés) y “@Picap_pe” con las cuales se reafirma que se trata de contenido publicitario.

En ese sentido, cuando la comisión señala que el término “#ad” al encontrarse en inglés no permite que los consumidores adviertan que se trata de publicidad, se está ignorando la realidad cambiante del mercado, en donde estas prácticas son usadas con más frecuencia e identificadas por los consumidores, por todo ello es que criticamos la labor de la CCD en su análisis sobre cómo y por qué se infringe este principio, lo que a su vez termina por vulnerar el principio de presunción de licitud, al basar su decisión en una afirmación sin sustento, es decir, sin evidencia que suponga que el administrado no actuó en concordancia a sus deberes.

Por otro lado, consideramos que no se puede responsabilizar al señor Merino por la supuesta infracción al principio de adecuación social, en tanto el administrado, en calidad de agencia publicitaria elaboró un contenido publicitario acorde a las singularidades propias del servicio, además que la CCD no acredita la forma en la que la publicidad realizada por el *influencer* se induce a las personas a cometer el acto ilegal.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. ¿La historia que se publica en una red social como Instagram califica como publicidad comercial en el marco de la LRCD?

Publicidad comercial

Definida por la LRCD, artículo 59° literal d), como toda forma de comunicación de las personas, empresas o entidades en el ejercicio de su actividad comercial para divulgar mediante algún medio o soporte la promoción, directa o indirectamente de servicios o productos.

Así, el derecho español define la publicidad comercial, regulado el artículo 2 de la Ley General de Publicidad 34/1988, como el ejercicio de actividad comercial de toda persona natural o jurídica, ya sea pública o privada, mediante la cual buscan fomentar la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, entre otros.

De este modo, de la definición presentada se desprende que el rol primordial de la publicidad es la persuasión de potenciales clientes para que contraten o compren el producto o servicio ofrecido mediante ella. Al respecto, Sumar y Avellana (2010) agregan otras dos funciones, siendo en total tres: función persuasiva, función informativa y función complementaria.

En primer lugar, la función persuasiva, como se mencionó, es la función principal de la publicidad, es decir, que la publicidad sea empleada por el anunciante para convencer al cliente o futuro consumidor para que compre su producto. Para lograr ello, existen distintos métodos, entre ellos los más usados, el humor, los testimonios, la añoranza, la sexualidad, entre otros. En segundo lugar, la función informativa, misma que se desprende del artículo 59° literal c) de la LRCD, supone dar a conocer las virtudes y atributos del producto. Por último, la función

complementaria, explican los autores, se refiere al efecto que tiene como finalidad incrementar el valor de lo ofrecido (Sumar y Avellana, 2010, p. 48).

Es innegable que la publicidad comercial cumple una labor importante dentro del mercado, es por ello que, con el tiempo los anunciantes han buscado nuevos métodos para persuadir y lograr que potenciales clientes se hagan del producto, es así que, con la llegada de nuevas tecnologías, pasamos de métodos tradicionales, como la televisión, la radio o anuncios impresos, a un nuevo medio predilecto por la industria (Vidal, 2021), las plataformas digitales y redes sociales, y con ello el boom de los *influencers*.

Redes sociales e influencers

Los tiempos cambian, el mercado evoluciona, la tecnología avanza y con ello, la forma de hacer publicidad. Consecuencia de ello, y como necesidad de adaptarse a los nuevos espacios de consumo, es que los medios y metodologías publicitarias se amplificaron, empleando a estos agentes denominados *influencers*.

La influencia es definida por la Real Academia Española como la autoridad de una persona con el poder de lograr que su intervención en un negocio genere un beneficio. A ello cabe agregar la definición que brinda sobre la “voz *influencer*”, anglicismo que supone la capacidad de influir de una persona, la que en mayoría de los casos se ejecuta en las redes sociales.

Por su parte, la Guía define a los influenciadores como aquellas personas de credibilidad sobre temas determinados con capacidad para convencer a sus seguidores y que, por su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores pueden ser determinantes en las decisiones de los consumidores en el mercado (Indecopi, 2019).

Al respecto, diversos autores se han manifestado sobre dicha definición, es así que Alex Sosa (2022) critica esta definición por considerar al *influencer* como determinante en la decisión de los receptores de la publicidad, lo que se aleja de la definición de publicidad comercial mencionada líneas arriba, pues, mediante la publicidad se busca persuadir al consumir, existiendo la posibilidad de que

cumpla con el objetivo o no. A su vez, Sosa cita a Díaz Valdez (2021), quien se pregunta cómo el Indecopi podría probar que el contenido que publican los *influencers* es determinante en el mercado (pp. 109-110).

Vemos entonces que de por sí, el término influenciador que la autoridad ha presentado es discutible; no obstante, somos de la opinión de que cuando la Guía señala de manera expresa que estos sujetos podrían convertirse en determinantes en la toma de decisión, considera la posibilidad de que puedan llegar a serlo, como que no. Más allá de ello, consideramos pertinente presentar la precisión de Villarejo cuando indica que el valor de un influenciador reside en su trayectoria, experiencias y conocimientos, pues ello otorga peso a su opinión. Este autor los compara a un líder de opinión, con la excepción de que los *influencers* están presentes de forma exclusiva en redes y medios sociales, mientras que los líderes de opinión pueden encontrarse en la radio o televisión (2014).

Lo que es cierto es que la publicidad de los *influencers* en redes sociales representa una diversidad de beneficios para el anunciante, Martínez Otero señala alguno de ellos, siendo los principales atributos la promoción hacia públicos segmentados, la capacidad de influencia de estos personajes, y la atención que atraen a los usuarios de forma que incrementa la credibilidad del mensaje (2019, p.244).

En razón de ello es que autores como Gómez Nieto consideran que la actividad de estos sujetos podría llegar a representar una amenaza en la buena fe empresarial, y de esa forma un acto de competencia desleal por publicidad encubierta, en razón de ello, incita a que las marcas a reinventarse, adaptarse y ser receptivos al cambio a fin de crear mensajes publicitarios honestos y veraces (2018, p.155).

A propósito de todo lo anteriormente dicho, luego de haber definido la publicidad y sus principales funciones, nos queda claro que únicamente se podrá considerar que el *influencer* realiza un anuncio con fines comerciales y, por tanto, publicidad comercial, cuando tal como lo señala la Resolución N°3665-2021/SDC-INDECOPI en ella concurren los dos factores, factor objetivo y subjetivo. El factor

objetivo, precisa que debe haber de por medio una contraprestación, ya sea en especie o efectivo, en este caso entre el *influencer* y el anunciante, mientras que el factor subjetivo, supone que se muestre de manera destacada en el anuncio el producto o servicio que se planea promocionar.

Si trasladamos ello al caso en concreto, observamos que, la historia publicada en la red personal de Instagram, plataforma de difusión de contenido, del señor Merino, tiene finalidad concurrencial al buscar mejorar el posicionamiento del aplicativo promocionado (Picap). Por otro lado, del contrato celebrado entre las partes se observa que en su Cláusula 4 se pactó la contraprestación por el servicio, cumpliéndose así el factor objetivo. Asimismo, el video publicado en todo momento hace referencia al aplicativo, recomendando su uso, etiquetando el perfil de Picap, e incluso, habilitando la función para que las personas interesadas puedan descargar la *app* directamente, desprendiendo de ello, que el señor Merino incluyó la marca a lo largo de todo el anuncio, otorgando protagonismo al aplicativo.

En ese sentido podemos afirmar que el video compartido por el señor Merino en la red social Instagram en el marco de la campaña publicitaria de Picap es publicidad comercial.

V.1.1. ¿Qué categoría jurídica tiene un *influencer* en el marco de la publicidad comercial?

En este punto del análisis cabe preguntarnos la categoría jurídica que poseen y la naturaleza de su actividad en el marco del derecho publicitario y la competencia desleal.

Lo primero que se debe tener claro es que existen distintos sujetos inmersos en la difusión de la publicidad comercial, el anunciante, el medio de comunicación y la agencia de publicidad

Por un lado, el anunciante, es la persona jurídica o natural que concurre en el mercado mediante la difusión de publicidad a fin de satisfacer sus intereses empresariales (artículo 59° literal c) de la LRCD). Por otro lado, la agencia de publicidad es definida por Indecopi como el ente a cargo del diseño del anuncio publicitario, el cual puede ser persona natural o jurídica, para ello, deberá usar

sus conocimientos de tal forma que muestre el producto o servicio de forma atractiva a los consumidores. Al respecto, Kauffman-Argueta (2014) señala que entre las funciones que realizan las agencias, destacan la producción, programación y control de campañas de publicidad. Asimismo, cabe destacar la definición que ofrece J. Walter Thompson (2003), quien manifiesta que las agencias tienen además la tarea de asesorar al cliente a fin de planificar el mensaje publicitario idóneo.

Por último, el medio de comunicación, definido bajo el artículo 59º literal f) de la LRCD, es aquella persona natural o jurídica que ofrece el servicio de difusión, es pues, el canal de transmisión del mensaje sobre lo que se planea publicitar.

Dicho ello, veremos que, dependiendo del caso, la categoría jurídica del influenciador podrá ser la de un anunciante, la de un medio de comunicación o la de una agencia publicitaria.

En primer lugar, sostenemos que un *influencer* podrá tener la categoría jurídica de anunciante si y sólo si, este publicite su propia marca, toda vez que bajo ese supuesto el *influencer* desarrollaría su propia oferta comercial con el objeto de satisfacer sus intereses empresariales (Sosa, 2022, p.125), lo que logrará generando transacciones a su beneficio.

En segundo lugar, consideramos que el *influencer* tendrá la categoría jurídica de medio de comunicación haga uso de sus redes sociales para promocionar el servicio en cuestión, de forma tal que su cuenta personal sea el medio mediante el cual se difunde la publicidad comercial.

En tercer lugar, la norma establece que un *influencer* puede poseer la categoría de agencia de publicidad. Al respecto, somos de la opinión de que ello sólo ocurría en casos específicos, como lo sería que el *influencer* tenga los conocimientos debidos para realizar las tareas que una agencia publicitaria brinda. No obstante, y lo que a nuestro parecer es erróneo, la Guía plantea que se pueda atribuir calidad de agencia publicitaria a los *influencers* cuando actúen sin un guion preestablecido por el anunciante en la creación de los anuncios publicitarios. Finalmente, ello termina estando a discrecionalidad del anunciante que contrata con el *influencer*, puesto que si se le encarga la elaboración del

anuncio este ostentará calidad de agencia publicitaria, aun cuando en la práctica no se dedique a ello.

Por todo ello, manifestamos que el *influencer* tiene un rol importante en la publicidad comercial, siendo que, como explicaremos más adelante, realizan actividad publicitaria y por ende, concurrencial, siendoles aplicable la LRCD, en razón del artículo 2º de la LRCD sobre el ámbito de aplicación de la ley.

Es así que, conforme a la Resolución N°473-2012/SC1-INDECOPI se establece que por actividad concurrencial se debe entender aquellos actos que se efectúan y generan efectos en el mercado, susceptibles de mantener o enaltecer la posición del agente que lo ejecuta.

No obstante, cabe recalcar que los *influencers* no solo se dedican a hacer publicidad, sino que comparten todo tipo de contenido, desde compartir sobre moda, videojuegos, video reacciones entre muchos otros, en muchos de estos casos esto se hace sin necesidad de que exista de por medio una contraprestación entre *influencer* y anunciante, en estos casos, no habría finalidad concurrencial, y por tanto, no calificarían como actividad publicitaria, se trataría únicamente del ejercicio de libertad de expresión, derecho que se encuentra protegido en nuestro ordenamiento jurídico.

De ello concluimos que un acto será concurrencial cuando repercuta en el mercado, y genera una mejoría del anunciante como competidor en este. En ese sentido, la publicidad siempre representará un acto concurrencial, en tanto, una vez exteriorizada genera efectos en el mercado, los cuales se verán evidenciados en la persuasión que genera en sus consumidores, quienes, motivados por esta, adquirirán lo publicitado, mejorando así la posición concurrencial del anunciante.

V.1.2. ¿Qué responsabilidad puede asumir un *influencer* en el ejercicio de su actividad de publicidad comercial según la LRCD?

En un procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal en el ámbito de publicidad comercial, se puede asignar responsabilidad a los tres sujetos inmersos en la difusión de publicidad cuando sus actos deriven de una conducta que califique como competencia desleal.

No obstante, la responsabilidad responde a distintos niveles de infracción, dependiendo de la categoría jurídica que ostente.

De este modo, se asigna responsabilidad al anunciante por el contenido de la publicidad comercial, siendo este el interesado en la realización de la misma y el dueño de la comunicación publicitaria (Santaella, 2003, p. 136-137). Al respecto, en concordancia con el artículo 23° de la LRCD inciso 1 deriva responsabilidad administrativa al anunciante en todos los casos por la comisión de actos de competencia desleal. En ese sentido, cuando el *influencer* sea a la vez el anunciante, será responsable por el contenido de la publicidad, ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el *influencer* sea dueño de su propia marca y la publicite a fin de generar ganancias a su favor.

En segundo lugar, el artículo 23.2 de la LRCD establece que cuando el *influencer* posea la categoría de medio de comunicación será responsable administrativamente por la infracción de normas de difusión, independientemente de la responsabilidad que le corresponda al anunciante. Por tanto, el *influencer* es responsable como medio de comunicación cuando infringe las normas referidas a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad, más no, por el contenido del anuncio.

Por último, el artículo 23.3 de la LRCD dispone que se responsabiliza a la agencia de publicidad, cuando la comisión de actos de competencia desleal sea producto de contenido publicitario diferente de las particularidades propias del bien o servicio, la cual es independiente a la del anunciante. No obstante, y como se detallará más adelante, consideramos que muy difícilmente se podría equiparar el rol de una agencia de publicidad con la de un influenciador, por lo que, a nuestro parecer solo se puede responsabilizar a los influencers en calidad de agencia publicitaria cuando estos se dedican a brindar el servicio que ofrecen las agencias.

V.2. ¿Se debió responsabilizar al señor Merino por la supuesta transgresión al principio de autenticidad en el marco del derecho de la represión de la competencia desleal?

En el presente apartado, se analizará si la CCD debió imputar la presunta infracción del principio de autenticidad al señor Merino. Para ello se consideran los principales argumentos empleados por la CCD para concluir que no se advierte expresamente que la historia compartida por el señor Merino se tratase de publicidad y que, por tanto, las personas expuestas a esta no fueron susceptibles de identificar que se trataba de contenido publicitario.

V.2.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como medio de comunicación?

A criterio de la CCD el señor Merino posee calidad de medio de comunicación social, toda vez que mediante sus redes sociales se acreditó que este realizó el servicio de difusión.

Al respecto, como se mencionó anteriormente, consideramos que el señor Merino, sí tiene calidad de medio de comunicación en los términos fijados en la LRCD, ello en tanto que a través de este es que se posibilita la comunicación de la publicidad, es decir, es el canal comunicativo que permite la transmisión de información, siendo en este caso el canal la cuenta personal de Instagram del señor Merino, lo que encaja dentro de la definición establecida por la LRCD. En ese sentido, consideramos que el razonamiento del CDD fue el correcto, al asignarle al señor Merino la categoría jurídica de medio de comunicación.

Ahora bien, cabe preguntarnos si el señor Merino es susceptible de sanción por la comisión de actos de competencia desleal por infracción a las normas de difusión. Al respecto, la CCD señala que, el señor Merino infringe una norma de difusión, la cual refiere a prohibiciones y características de divulgación de la publicidad, en calidad de medio de comunicación.

Sobre ello, la Guía señala que los *influencers* que ostenten calidad de medio de comunicación pueden ser responsables por la infracción al principio de autenticidad. No obstante, autores como Sosa consideran ello un error, pues se le estaría imputando responsabilidad por el contenido de la publicidad (2022, p.129) y no por la infracción a una norma de difusión.

Sobre este punto, opinamos que los medios de comunicación sí pueden ser infractores del principio de autenticidad, ello debido a que este principio responde a que cómo es que la publicidad debe presentarse, de forma tal que el público pueda advertirla como tal, lo que va de la mano con las características que toda publicidad debe poseer.

En ese sentido, consideramos correcto que la CCD califique al señor Merino como medio de comunicación social y en ese sentido, que proceda a analizar si se le puede imputar responsabilidad por transgredir el principio de autenticidad.

V.2.2. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de autenticidad fue el correcto?

En el presente caso, la CCD declaró fundada la imputación por la infracción al principio de autenticidad por parte del señor Merino, en razón de que, a su criterio, este habría difundido publicidad encubierta a través de en su red social, bajo la apariencia de recomendaciones, sin que se identifique claramente su naturaleza publicitaria en calidad de medio de comunicación.

Regulado bajo el artículo 16° de la LRCD, los actos en contra del principio de autenticidad, como se ha venido tratando, son aquellos que impiden que el receptor de la publicidad reconozca su carácter publicitario.

En ese sentido, para responder esta pregunta, es menester analizar las consideraciones de la CCD para afirmar que no era advertible por el público que la historia publicada por el señor Merino era publicidad comercial y por tanto difundió publicidad encubierta, definida por la Resolución N° 1560-2010/SC1-INDECOPI como aquella que enmascara la cualidad convincente de la publicidad, en cambio, la presenta al destinatario como objetiva.

Así, la CDD señaló que en la publicidad difundida por el señor Merino, únicamente se utilizó el término "#ad" y la etiqueta del aplicativo. En base a ello, la CCD determina que no se aprecia de forma destacada que se trate de publicidad por poseer lo que ellos consideran, referencias ambiguas al estar en

un idioma que no es de entendimiento en un país hispanohablante como el nuestro. Al respecto, cabe destacar que la administración no presenta sustento que corrobore ello.

De lo anterior, consideramos que para el correcto análisis de la presunta infracción al principio de autenticidad, la CCD tuvo que aplicar el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 289-97-TDC, mediante el cual se fijan los criterios que se deben identificar situaciones que podrían alterar la percepción del consumidor, alterando así el efecto persuasivo del anuncio, al creer que la apariencia de la publicidad ante la que están se encuentra revestida de carácter imparcial. En ese sentido, los criterios que debió considerar la CCD eran: (i) la imposibilidad de que el consumidor razonable, a partir de las características de la publicidad encubierta, identifique su real carácter, (ii) la distinción de los efectos que produciría la publicidad encubierta de presentarse como anuncio publicitario y (iii) la existencia de un pago que acredita la intención del medio de realizar publicidad encubierta.

No obstante, observamos que el único elemento de juicio que aplicó la CCD, fue el extremo que precisa la necesidad de que exista una contraprestación, considerando a éste como el criterio de mayor relevancia para definir la intencionalidad de difundir publicidad encubierta, en tanto ello acredita que se trate de un anuncio contratado. En razón de todo ello, notamos que el razonamiento de la CCD fue insuficiente para determinar si hubo o no infracción al principio de autenticidad.

En ese sentido, de haberse considerado el precedente de observancia obligatoria en el análisis de la publicidad materia en cuestión, se debió atender el modo en que se presentó la publicidad, al respecto, el precedente nos dice que la presunta publicidad encubierta implica un estudio del formato, diseño y estructura del anuncio, considerando los espacios informativos en los que se ubica. De esta manera, se debió atender el hecho de que el señor Merino señaló a lo largo de todo el video que el mismo se trataba de un anuncio, ello a través del "#ad"; sin embargo, ello no fue considerado por la CCD al momento de estudiar las características propias de la publicidad.

En esa misma línea, consideramos erróneo el sustento que la CCD utiliza para afirmar que la publicidad realizada por el señor Merino no era reconocible. En primer no se observa una interpretación de la publicidad acorde al artículo 21.1 de la LRCD en donde se establece que la publicidad materia de evaluación se realiza respecto del contenido del anuncio, y todo lo que en este se incluya, considerando que el receptor de la publicidad no solo aplica un análisis superficial, sino también uno integral. En segundo lugar, una vez que queda claro que la CCD no hizo un examen íntegro del contenido del anuncio publicitario, constatamos que basa su aseveración bajo el supuesto de que al ser Perú un país hispanohablante, no se podría generalizar el entendimiento de la consignación de “#ad” al ser un diminutivo en inglés; empero, no brinda mayor información que corrobore lo resuelto. Sobre ello, creemos que este tipo de actuar por parte de la CCD ignora la naturaleza de la publicidad comercial y el contexto digital ante el que nos enfrentamos, por ello debió de realizar un estudio global de este campo de la publicidad, como por ejemplo, considerar la existencia de un nuevo lenguaje adaptado a las nuevas tecnologías y al lenguaje publicitario, conocido como el Internet *Netspeak*, el cual tiene sus peculiaridades, como los enunciados cortos, y párrafos pequeños compuestos de oraciones simples (Lavandeira, 2014, p.260), Por todo ello, a consideración propia, era claramente identificable por los receptores, más aún si se trata de un grupo segmentado que hace uso de estas redes, que la publicidad difundida por el señor Merino era tal.

Pues bien, más allá de la discusión de si era o no reconocible, es preocupante ver que la participación de la CCD sea, cuanto menos, insuficiente para resolver respecto de presuntos actos contrarios a la buena fe empresarial. En este caso, contemplamos que la CCD únicamente hizo uso de una afirmación sin un estudio o justificación que lo acredite, desprotegiendo al administrado al contravenir el principio de licitud, el cual supone que las entidades deben presumir que el actuar de los administrados se encuentra apegado a sus deberes en tanto no haya evidencia en contrario, evidencia que en este caso nunca se llega a presentar.

Ante lo expuesto concluimos que la CCD no realizó un análisis correcto sobre la presunta infracción al principio de autenticidad de la publicidad realizada por el señor Merino, siempre que (i) No aplicó los criterios fijados por la Resolución N° 287-97-TDC, precedente de observancia obligatoria, y (ii) No acreditó el sustento de su decisión, basándose meramente en una afirmación sin ningún tipo de soporte, contraviniendo el principio de licitud.

V.3. ¿Se puede responsabilizar al señor Merino por la presunta infracción al principio de adecuación social en la publicidad comercial?

En el presente apartado, se analizará si la CCD debió imputar al señor Merino la presunta infracción del principio de adecuación social. Para ello se consideraremos los principales argumentos empleados por la CCD para concluir que publicidad compartida por el señor Merino podría inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal. Para ello, se analizará la posibilidad de responsabilizar al señor Merino como agencia publicitaria, así como el giro económico de Picap, para finalmente concluir si el aplicativo es contrario a la ley. Por último, examinar si el análisis realizado por la CCD fue el correcto en aras de la protección de la publicidad comercial y la honesta competencia.

V.3.1. ¿Es posible responsabilizar al señor Merino como agencia de publicidad?

A criterio de la CCD el señor Merino ostenta la calidad de agencia publicitaria, en razón de que este se encargó de la creación publicitaria a través del diseño del anuncio sin ningún tipo de guía por parte del anunciante.

Asimismo, la decisión del CCD se sostiene en razón a que en el contrato se estipula a que el señor Merino desarrolle las actividades referidas al anexo del contrato, en este establece, entre otros, que el señor Merino utilice las herramientas artísticas que considere pertinentes y que sean acordes a la campaña publicitaria del aplicativo.

Ahora bien, como ya se ha planteado, para que un *influencer* ostente calidad de agencia de publicidad tiene que estar a cargo de la confección y ejecución del anuncio publicitario. Tal como sucede en este caso, en tanto, del contrato de prestación de servicios se desprende que el señor Merino tenía la obligación de diseñar el video publicitario haciendo uso de sus libertades artísticas.

En ese sentido, consideramos que el señor Merino posee la categoría jurídica de agencia de publicidad, pues existe una obligación de hacer, representada en la libertad creativa para diseñar y ejecutar el anuncio.

De este modo, queda por dilucidar si se puede otorgar algún tipo de responsabilidad administrativa al señor Merino en calidad de agencia publicitaria. Al respecto, la LRCD estipula que la agencia de publicidad será responsable cuando dentro del contenido publicitario se presenten características distintas a las que ofrece el servicio.

Teniendo ello en consideración, verificamos que a lo largo del anuncio publicitario el señor Merino se restringe en compartir los beneficios del aplicativo a fin de promover el uso del aplicativo, tal como se establece en el contrato de prestación celebrado con el anunciante, por lo que el contenido publicitario no traspasa el mensaje dedicado a promocionar el uso de Picap.

V.3.2. ¿Cuál es el giro económico de Picap y es este contrario a la ley?

De la revisión de los términos y condiciones de Picap, se verifica este aplicativo móvil ofrece el servicio de intermediación para que las personas contacten con motorizados lineales como servicio de transporte urbano, y por el cual, la CCD resolvió declarar fundada la imputación por infracción al principio de adecuación social, en tanto, mediante la publicidad de la misma, se inducía a las personas a cometer actos ilegales.

Al respecto, la CCD sostiene que la publicidad realizada por el señor Merino incentiva el uso de Picap y por tanto, la actividad de transporte de pasajeros en moto lineal, misma que constituye un acto ilegal, por ser contrario a nuestro

ordenamiento jurídico, en tanto, que el Decreto Supremo N°17-2009 del MTC señala las condiciones específicas de los vehículos habilitados para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, estando destinados únicamente los autos que tengan categoría M1, es decir, vehículos de cuatro ruedas con hasta 8 o menos asientos.

Verificamos que las motocicletas lineales no se encuentran dentro de los vehículos permitidos para realizar el servicio de transporte, es decir, así presenten la solicitud de autorización para realizar el servicio, no estarán autorizados para hacerlo, por tanto, aquellas personas que se dediquen a brindar el servicio de transporte urbano con un vehículo no autorizado, como lo son las motocicletas lineales, estarían cometiendo un acto contrario a ley.

Estamos de acuerdo con el análisis realizado por la CCD, en cuanto, es ilegal el transporte urbano mediante las motos lineales al no cumplir con los requisitos para obtener la autorización para realizar esta actividad económica. Ahora bien, es importante analizar el giro económico de la aplicativa materia en cuestión, puesto que así sabremos lo que finalmente el señor Merino estaba publicitando.

Lo primero a considerar es que Picap es un aplicativo de economía colaborativa, definido por Botsman y Rogers (2010) como aquel modelo económico que se basa en comunidades interconectadas que se transforman a partir de una plataforma digital a fin de producir, intercambiar, vender o consumir servicios o productos. Al respecto, Tarrés Vives, señala que estos aplicativos, específicamente aquellos relacionados al servicio de transporte, se desarrollan en plataformas móviles que permiten que el usuario se relacione con el conductor del automóvil, el cual puede ser geolocalizado en tiempo real (2021; p.186).

Pues bien, a groso modo, el funcionamiento del aplicativo Picap es el siguiente: el pasajero abre el aplicativo y elige su destino, inmediatamente, se le presentarán los conductores dispuestas a realizar el transporte solicitado y el precio por carrera, una vez que aceptado el viaje, se confirmará la ubicación de donde será recogido el pasajero para posteriormente llevarlo a su destino, finalmente se procede al pago por el servicio.

En atención a lo expuesto, apreciamos que Picap, tiene dos demandas: la demanda del servicio de taxi y la demanda de los usuarios que desean ser transportados. De este modo, el uso del aplicativo está orientado y se restringe a la gestión de las transacciones que en esta se desarrollan, para lo cual establece términos y condiciones, mas no en el servicio de transporte mismo, el cual es brindado por un conductor como oferente de la relación con el demandante.

De ello cotejamos que la tarea que cumple la plataforma de economía colaborativa Picap, es la de intermediación, al facilitar y canalizar la comunicación entre las partes, al potencial conductor y a la persona que desea ser desplazada y no, como la CCD quiera dar a entender, la de un servicio de transporte público. Es así la SDC en anteriores pronunciamientos ha señalado que Uber, aplicativo que funciona de forma similar al de Picap, consiste en un servicio de intermediación y no ofrece un servicio de transporte público.

Teniendo este pronunciamiento en cuenta es que, observamos que la labor de Picap es únicamente el de viabilizar la comunicación entre las partes interesadas, dicho ello, sólo corresponde atribuir el servicio de taxi a quien lo presta: el conductor asociado al aplicativo y no pues, a la plataforma.

Ante ello, concluimos que el giro económico de Picap es el servicio de intermediación del servicio de transporte, en ese sentido, la publicidad del señor Merino está dirigida al uso de la misma y no a la realización del acto ilegal, como lo es el transporte público en motorizados lineales.

V.3.3. ¿El análisis realizado por la CCD sobre la presunta infracción al principio de adecuación social fue el adecuado?

En el presente caso, la ST imputó al señor Merino la infracción al principio de adecuación social como agencia de publicidad, en tanto, consideró que esta estaba a cargo del diseño del anuncio, que generó contenido publicitario distinto

de las particularidades del servicio y a través de ella indujo a los receptores del mensaje publicitario a realizar un acto ilegal.

Al respecto, si bien consideramos correcto el que la CCD haya atribuido calidad de agencia de publicidad al señor Merino; reafirmamos el hecho de que no correspondía asignarle responsabilidad como tal, siempre que el contenido publicitario respondía a las características del servicio, en razón del artículo 23.3 de la LRCD.

Ahora bien, aun cuando consideramos erróneo el análisis realizado por la CCD, en tanto asigna una responsabilidad que no le corresponde al señor Merino, es importante evaluar el análisis que realiza para concluir que el anuncio inducía a los receptores a realizar un acto ilegal. Al respecto, la CCD sostiene que en tanto el aplicativo posibilita el transporte público en motorizados lineales, induce a las personas a cometer tal acto. Sobre ello, tenemos algunas observaciones, y es que la CCD, nuevamente, se limita a ello, sin considerar, por ejemplo, de qué forma es que el anuncio llega a inducir o exaltar la comisión de un acto ilegal, tal como lo señala la Resolución N°152-2005/CCD-INDECOP, mediante la cual se presentan las pautas a considerar cuando se analiza si una publicidad influye a las personas para que cometan actos ilegales o antisociales.

Tal como sucedió en el análisis que realizó sobre el principio de autenticidad, observamos que en este caso el actuar de la CCD es contrario a los principios del procedimiento administrativo sancionador, como el de presunción de licitud, en tanto se afirma que el administrado actuó contrario a ley aun cuando no hay pruebas que corroboren ello.

Si bien, entendemos que la CCD busca protegernos de toda publicidad capaz de inducir a actividades ilegales, en aras de la seguridad pública. No admitimos que ello sea justificante para no realizar un examen exhaustivo de lo imputado al administrado. Al respecto, es interesante cómo en anteriores pronunciamientos, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha señalado que para la configuración de una infracción a este principio no solo se necesita la aparición del acto ilegal en la publicidad, sino que el mensaje se

presenta de una forma tal que sea definitivo para animar a los receptores a realizar tal conducta. Es ante lo anteriormente expuesto que concluimos que la CCD debió de realizar un análisis de mayor complejidad sobre la presunta infracción al principio de adecuación social.

Finalmente, razonamos que, la CCD realizó un análisis que no se condice con la LRCD, al asignar responsabilidad al señor Merino como agencia de publicidad y además por no acreditar fehacientemente que la publicidad imputada induce a cometer actos ilegales, siempre que la publicidad estaba dirigida al uso del aplicativo y no al de la comisión de un acto ilegal.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- La historia publicada en la red personal de Instagram del señor Merino, tiene finalidad concurrencial al buscar el mejoramiento de la posición del aplicativo publicitado, en ese sentido, le es aplicable la LRCD en concordancia con el artículo 2º del presente cuerpo normativo.
- El video compartido por el señor Merino en la red social Instagram en el marco de la campaña publicitaria de Picap constituye publicidad comercial en tanto en este convergen el factor objetivo y subjetivo de la publicidad establecidos por la SDC contenido en la Resolución N°3665-2012/SDC-INDECOPI.
- Los *influencers* pueden cumplir una finalidad concurrencial dentro del ámbito de la publicidad comercial, de este modo, se le pueden asignar las tres categorías jurídicas de los sujetos que forman parte de la divulgación de publicidad. Por un lado, como anunciante, cuando a través de la publicidad busque satisfacer sus intereses económicos y desarrolle su propia oferta comercial, como medio de comunicación cuando sus redes sean utilizadas como el canal de transmisión del mensaje y como agencia publicitaria cuando brinde servicios de diseño y confección de anuncios publicitarios. Sobre este último, cabe recalcar que difícilmente un

influencer podría suplir las labores que una agencia de publicidad realiza, en tanto que para obtener contenido de calidad se necesita una preparación por parte del diseñador; no obstante, la decisión de contratar a un influencer para la creación del anuncio publicitario queda a discrecionalidad del anunciante contratante.

- El señor Merino ostenta calidad de medio de comunicación por ser el medio que permite la transmisión de información, el canal comunicativo, siendo en este caso la cuenta personal de Instagram del señor Merino. En ese sentido, coincidimos con la CCD cuando determina que el señor Merino actuó en calidad de medio de comunicación y que, como tal, le corresponde responsabilidad administrativa.
- La CCD no realiza un examen íntegro del contenido publicitario, de esta forma, ignora la naturaleza de la publicidad comercial y el contexto digital en el que se desarrolla, sin considerar, por ejemplo, el lenguaje adaptado a las nuevas tecnologías y al lenguaje publicitario, el Internet Netspeak.
- La CCD realizó un análisis insuficiente en la determinación de la presunta infracción al principio de autenticidad respecto del anuncio publicitado materia en cuestión, siempre que (i) No aplicó los criterios fijados por la Resolución N°287-97-TDC, precedente de observancia obligatoria, y (ii) No acreditó el sustento de su decisión, basándose meramente en una afirmación sin ningún tipo de soporte, contraviniendo el principio de licitud.
- No se puede responsabilizar al señor Merino como agencia publicitaria, pues el anuncio publicitado respondía a las características del servicio de intermediación, giro económico de Picap, no cumpliéndose con el supuesto de asignación de responsabilidad del artículo 23.3 de la LRCD.

- El giro económico de Picap es el servicio de intermediación y no el de servicio de transporte, en tanto su objetivo es facilitar la comunicación entre el posible conductor y la persona que desea ser transportado hacia su destino.
- La CCD no acredita cómo la publicidad realizada por el señor Merino induce a sus destinatarios a cometer actos ilegales, en ese sentido, vulnera el principio de presunción de licitud.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Amuellas, E.; Martínez Mata, Y., Rodríguez Font, M. y Tárres Vives, M. (2021). Servicios en Plataforma. Estrategias regulatorias. Marcial Pons.

<https://play.google.com/books/reader?id=RdGUEAAAQBAJ&pg=GBS.PA4>

Asociación de empresas consultoras en relaciones públicas y comunicación. (2015). Trabajar con *influencers*: fórmulas para una relación eficaz. ADECEC.

Atoche, P. (2007). Precedentes de observancia obligatoria del Indecopi. Jurisprudencia vinculante y de observancia obligatoria. Editora Jurídica Grijley.

Baca, V. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos Protección al consumidor. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Barros, A. (2017). "Competencia desleal y protección al consumidor". Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Cuaderno de extensión jurídica (14). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Díaz-Valdez, A. (2019). *Influencers* e INDECOPI: el problema de la solución a la publicidad encubierta. *Advocatus*, (039), 156-167.

Díaz Guevara, G. y Galvis Quintero, P. (2017). *Influencers, una estrategia de comunicación como posicionamiento de marca*. Facultad de Comunicación Social, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Tomado de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/10152>.

Dimensión Mercantil. (2022). El principio de autenticidad en la publicidad digital: ¿Cómo se regula en Perú la publicidad digital en el entorno de los *influencer*?. Comisión de Investigación Académica, Equipo de Derecho Mercantil.

Fernández García, A. (2019). Alcance y aplicabilidad de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (Caso Uber). *Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales*, (41), 105-140.

Gómez, B. (2018). El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. *Revista de ciencias sociales*, 2018, 6 (1): 149-156.

Górriz López, C. (2019). Taxi «vs» Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor, *Revista de Derecho Mercantil*, (331). <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/19660/Uber%20vs.%20Taxi%20una%20perspectiva%20desde%20la%20competencia%20desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Guzmán, C. (2011). "Introducción a la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044". *Derecho de la competencia. Revista de Derecho*. Tomo II. Círculo de Derecho Administrativo.

Indecopi. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Competencia Desleal y regulación publicitaria. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi.

Instituto Peruano de Derecho Mercantil. (2022). Tratado de Derecho Mercantil. Derecho del consumidor, competencia desleal y libre competencia. Jurista Editores.

Lavandeira, S. (2014). Publicidad digital. Humanidades Digitales: desafíos, logros y perspectivas de futuro. Janus, 257-262.

Kauffman-Argueta, Jürg. (2014). De la Publicidad tradicional a la publicidad digital. Desafíos para agencias y profesionales. En: Actas del XV foro de Investigación en Comunicación. Universidad de Vigo.

Labrador, E. (2020). Marketing de Influencers: Análisis Jurídico de la Publicidad en Instagram. Trabajo fin de grado en Derecho. Universidad de Cantabria.

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

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

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

Santesmases (2012). Fundamentos del marketing. Primera edición. Impreso en México.

Tato, A. (2001). "Product Placement y publicidad encubierta (comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso "soberano")" Actas de Derecho Industrial, N° XXII, pp. 585-586.

Sosa, A. (2019) Conferencia. Cómo ser community manager y/o influencer y no ser sancionado en el intento. Indecopi.

Sosa, A. (2022). Derecho y Marketing online. Un análisis desde el Derecho de la Competencia Desleal y la regulación publicitaria. Foro Académico, asociación civil.

Súmar, O y Avellaneda, J. (2010). Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú. Universidad del Pacífico.

Vidal, C. (2021). Influencers y competencia desleal. Cuaderno 128. Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. (pp. 96- 106).

Villarejo, A. (2014). Influencers, ¿por qué son tan importantes en tu estrategia de marca?. Obtenido de: <https://www.40defiebre.com/influencers-importantes-estrategia-social-media>





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Resolución

Nº 124-2020/CCD-INDECOPI

Lima, 22 de diciembre de 2020.

EXPEDIENTE Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 48151945



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

2



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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 sancionarse 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.



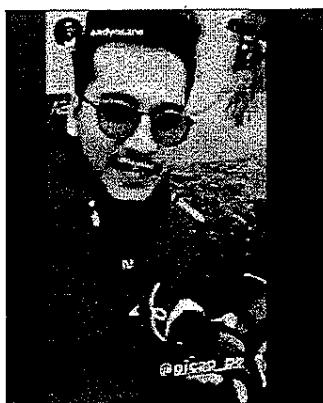
En palabras del imputado, no estaría promoviéndose que un usuario incurra en la prestación del servicio de transporte de pasajeros en motos lineales, sino el uso, por parte de los consumidores, de una aplicación de intermediación, que permite contratar un proveedor independiente del servicio de transporte 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/2Oc7E9t>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000162

“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 (...)”.

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.



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 finaliza 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

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

INDECOPÍ

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.

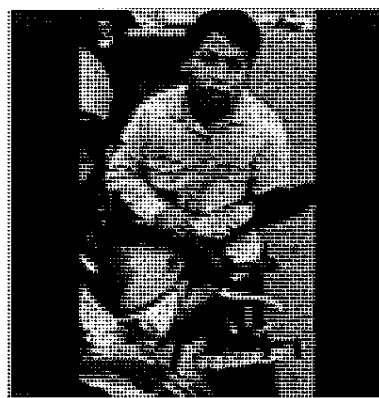
Por ello, es deber de la Comisión supervisar que los anuncios se presenten como tales, a fin de que los consumidores puedan evaluar con mejor sustento el nivel de credibilidad que le atribuye al aspecto persuasivo de cada anuncio.

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

INDECOPI

“(...)

- 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 válida, 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

INDECOPÍ

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



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-INDECOPÍ 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-INDECOPÍ 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-INDECOPÍ del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradevco 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

INDECOPI

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/82856-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

INDECOPI

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, indubitadamente 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

INDECOPÍ

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-INDECOPÍ¹⁶ 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

INDECOPÍ

- 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 53º.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

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

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

4.5.2. 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 Meño 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

INDECOPÍ

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 Meño, 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 "curso ideal de infracciones.

¹⁸ Ver Resolución Final N° 139-2015/SDC-INDECOPÍ 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, entendiéndose 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 entre 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

INDECOPÍ

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 período infractor y un período 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.



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