



Guía de
Publicidad
para Influencers

Guía de Publicidad para Influencers

Copyright © 2019

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la
Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 224-7800

Sitio web: **www.indecopi.gob.pe**

Participaron en la elaboración de la guía:

El equipo consultor de Niubox Legal conformado por *Oscar Montezuma, Fiorella Colonna y Alessandra Vásquez*.

Participaron en la revisión y edición de la guía:

Abelardo Aramayo Baella – Secretario Técnico

Andrea Vega Talledo – Profesional en Derecho

Rosa Giles Magallanes – Especialista 1

ÍNDICE

I. Introducción	06
1.1 Importancia de la Leal Competencia	06
1.2 Metodología	06
1.3 Definiciones	07
II. Publicidad digital	08
2.1 ¿Qué es publicidad digital?	08
2.2 Clasificación de la publicidad digital	08
2.2.1 En motores de búsqueda	08
2.2.2 En sitios web	08
2.2.3 En redes sociales	09
III. Autoridad Competente	10
3.1 INDECOPI	10
3.1.1 Legislación general	10
3.1.1.1 Competencia desleal	10
3.1.1.2 Consumidor	15
3.1.1.3 Propiedad intelectual	15
a. Signos distintivos	15
b. Derechos de autor	18
3.1.2 Legislación sectorial	18
3.1.2.1 Bebidas alcohólicas	18
3.1.2.2 Alimentación saludable	20
3.1.2.3 Productos de tabaco	22
3.1.2.4 Productos médicos	23
3.2 Autorregulación publicitaria	23
IV. Incidencia de la figura del “influencer” en la publicidad	24
4.1 ¿Qué significa ser un “influencer”?	24
4.2 Publicidad e influencers	25
4.2.1 Actores y su responsabilidad	25
4.2.1.1 Anunciante	25
4.2.1.2 Medio de comunicación	26
4.2.1.3 Agencia de publicidad	27
4.2.2 Prácticas realizadas por influencers consideradas publicidad	28
4.2.2.1 ¿Qué cuenta como pago de publicidad?	29
4.2.2.2 ¿Qué parámetros deberían seguir dichas prácticas?	30
4.2.2.3 ¿Cuándo se debería etiquetar como publicidad una publicación?	31
4.2.2.4 ¿Cómo se debería divulgar la conexión material entre la marca/anunciante y el influencer?	33
4.3 Potenciales sanciones y medidas correctivas	35
4.3.1 Sanciones	35
4.3.2 Medidas correctivas	35
4.4 Recomendaciones finales	36
4.5 Lista de verificación de recomendaciones	37
V. Información de contacto	38





GUÍA DE PUBLICIDAD PARA INFLUENCERS

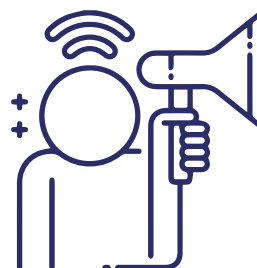
Presentación

El carácter novedoso y cambiante de algunos formatos publicitarios utilizados en Internet, junto a la heterogénea presentación de contenidos y su configuración como un medio interactivo abren múltiples posibilidades de proporcionar la información publicitaria¹. El objetivo central de esta guía es orientar el correcto ejercicio de las prácticas de publicidad digital, con especial enfoque en la publicidad de *influencers*. Para lograr dicho objetivo hemos identificado las principales modalidades publicitarias que nos ofrece la economía digital y hemos evaluado estas nuevas prácticas a la luz de la normativa vigente en materia de competencia desleal, protección al consumidor y propiedad intelectual, con la finalidad de promover y orientar un uso responsable de la tecnología que se ajuste al cumplimiento de la normativa vigente.

La presente guía contiene, en el capítulo 1, la importancia de la leal competencia en entornos digitales, la metodología empleada para desarrollar la presente guía y las definiciones de los conceptos utilizados a lo largo del documento. Posteriormente, en el capítulo 2 se desarrolla el concepto de publicidad digital y se explican los nuevos formatos de anuncios que permite Internet, clasificándolos en tres categorías en función al lugar en donde se difunden: motores de búsquedas, sitios web y redes sociales. En el capítulo 3, se describe a la autoridad con competencia en materia publicitaria, la legislación aplicable desde un punto de vista general y sectorial, así como la figura de la autorregulación publicitaria.

Seguidamente, en el capítulo 4, se desarrolla la incidencia de la aparición de los *influencers*, los actores y sus responsabilidades en la difusión de publicidad, las principales prácticas desarrolladas por los *influencers* que pueden ser consideradas publicidad comercial, recomendaciones para evitar vulnerar el principio de autenticidad, las posibles sanciones administrativas y medidas correctivas aplicables por vulnerar la ley de competencia desleal. Por último, se brindan algunas recomendaciones finales para *influencers* y anunciantes, así como un listado de verificación de las recomendaciones con el propósito de orientar el ejercicio de la actividad publicitaria tanto de *influencers* como de anunciantes.

Cabe resaltar que, el presente documento es informativo y referencial. En tal sentido, no implica una interpretación oficial de las normas en materia de competencia desleal, protección al consumidor y/o propiedad intelectual.



¹ De Miguel, P (2015). Derecho Privado de Internet. Editorial Aranzadi, España.

I. Introducción

1.1 Importancia de la Leal Competencia

La Represión de la Competencia Desleal se fundamenta en el Principio de Leal Competencia, el cual implica que la concurrencia en el mercado debe guardar conformidad con los parámetros relativos a la igualdad de oportunidades para los competidores, respetando los preceptos relativos a la buena fe comercial, orientando un adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado.

El Estado, a través del Indecopi, regula la actividad publicitaria para, por un lado, asegurar la leal competencia de las empresas en el mercado, evitando por ejemplo: que una empresa denigre a su competidora o que explote indebidamente su reputación comercial; y, por otro lado, proteger al consumidor, evitando la difusión de anuncios publicitarios encubiertos o que el mensaje publicitario sea capaz de inducirlo a error, entre otros. El objetivo es que el consumidor en el mercado elija productos guiado por información veraz, que reciba a través de la publicidad y de otros medios. Así, su elección contribuirá a su bienestar individual, al bienestar colectivo y a premiar con mayores ingresos a la empresa eficiente.

Sin duda el crecimiento de la publicidad *online*, así como la multiplicidad de formatos publicitarios que se pueden generar a través de Internet, conlleva nuevos retos en la labor de supervisión del Indecopi, para garantizar el efectivo cumplimiento de la normativa aplicable a la actividad publicitaria.

1.2 Metodología

El presente documento ha sido formulado en dos etapas. La primera etapa consistió en la elaboración de un diagnóstico situacional, donde se recogieron las principales inquietudes y contribuciones de las oficinas del Indecopi que de forma directa o indirecta han abordado los retos y desafíos que presenta la publicidad digital desde sus respectivas áreas de competencia. Asimismo, en esta etapa, se entrevistaron a otros grupos involucrados en la materia, tales como *influencers* y agencias de publicidad, con el fin de reunir sus inquietudes, a partir de su experiencia publicitaria en el medio digital.

La segunda etapa consistió en la sistematización de la información recopilada y la revisión de bibliografía y documentación comparada sobre el tratamiento regulatorio y jurisprudencial de la publicidad digital a nivel comparado, la cual ha sido citada a lo largo del presente documento para mayor información y referencia. Dentro de dicha documentación resaltamos (i) Canadá: *Disclosure Guidelines to illustrate industry best practices*², lineamientos para educar a la industria del marketing de *influencers* sobre las obligaciones de divulgación y brindar un marco práctico para ello; (ii) Reino Unido: *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*³, guía de consejos para *influencers* con el objetivo de asegurar que se cumplan las reglas de publicidad; (iii) Chile: *Estudio de Publicidad Online: El caso de la Publicidad Nativa*⁴, análisis enfocado a conocer la transparencia de la publicidad en medios digitales; (iv) Unión Europea: *Behavioural study on Advertising and marketing Practices in Online Social Media*⁵, investigación sobre la publicidad y

² Ad Standards (2018). *Disclosure Guidelines to illustrate industry best practices*. Canadá. Recuperado de <http://adstandards.ca/wp-content/uploads/2019/02/Influencer-Marketing-Steering-Committee-Disclosure-Guidelines-Jan-2019.pdf>

³ The Advertising Standards Authority (ASA). *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*. Reino Unido. Recuperado de <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>

⁴ SERNAC (2018). *Estudio de Publicidad Online: El caso de la Publicidad Nativa*. Chile. Extraído de https://www.sernac.cl/portal/619/articles-53024_archivo_01.pdf

⁵ Unión Europea (2018). *Behavioural study on Advertising and marketing Practices in Online Social Media – Final Report*. Recuperado de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf



prácticas de marketing en redes sociales online respecto a la Directiva de prácticas comerciales desleales del Parlamento Europeo y del Consejo; entre otras.

1.3 Definiciones

Para la presente guía se consideran las siguientes definiciones; así como, las definiciones descritas en la Ley de Represión de Competencia Desleal:

1. Conexión material: relación, entre la marca/anunciante y un *influencer*, que incluye un pago o contraprestación de cualquier tipo, tales como (i) compensación monetaria; (ii) descuentos en productos o servicios; (iii) productos o servicios gratis (regalos); entre otros; lo cual determina el carácter publicitario de la publicación.
2. Consumidor: destinatario de la publicidad de los productos y servicios de los anunciantes, a través de medios digitales propiciados por internet.
3. Divulgación: revelar o comunicar la conexión material que el *influencer* tiene con la marca/anunciante, mediante la inclusión de frases o etiquetas (hashtags) en la publicación.
4. Engagement: sentimiento de compromiso o fidelidad con la marca/anunciante.
5. Indecopi: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
6. Influencer: 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.
7. Ley de Represión de la Competencia Desleal: Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
8. Publicidad de influencers: prácticas realizadas por el *influencer* destinadas a promover, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciante, siempre y cuando se hayan originado como consecuencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo.
9. Publicidad digital: todas aquellas estrategias comerciales impulsadas por los anunciantes que involucran el uso de herramientas digitales habilitadas por Internet.
10. Seguidores: Usuarios de entornos digitales que han decidido "seguir" la actividad que realiza otro usuario.
11. Unboxing: Práctica que consiste en compartir en redes sociales el proceso de desempaquetar y/o revelar productos, servicios y/o experiencias que ofrece la marca/anunciante y que han sido enviados por este último a un *influencer*, en el marco de una estrategia publicitaria.



II. Publicidad Digital

2.1 ¿Qué es publicidad digital?

La publicidad digital consiste en aquellas estrategias comerciales impulsadas por los anunciantes que involucran el uso de herramientas digitales habilitadas por Internet. De modo que, el componente principal de esta forma de publicidad comercial es la inserción y aprovechamiento del desarrollo de las nuevas tecnologías que, entre otros avances, propician la aparición de nuevas plataformas de interacción social, amplían el margen de llegada a los usuarios y logran una mayor velocidad en la recepción de mensajes y respuesta de los mismos. De acuerdo a la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés), la publicidad comercial digital se refiere a la publicidad comercial que utiliza medios digitales interactivos y que está destinada, principalmente, a promover productos o influenciar el comportamiento del consumidor⁶.

Es así que, la publicidad realizada en Internet, por sus ventajas inherentes, está creciendo a un ritmo notablemente mayor que la transmitida en otros soportes tradicionales⁷. En ese sentido, en la actualidad, existen distintos formatos para emitir anuncios publicitarios en Internet, los cuales se pueden clasificar en tres grandes grupos: motores de búsqueda, sitios web y redes sociales.

2.2. Clasificación de la publicidad digital

2.2.1. En motores de búsqueda

El marketing en buscadores o *search engine marketing* (SEM), de acuerdo a la IAB, supone que los anunciantes paguen por posicionar sus enlaces patrocinados por palabras clave delante de los de la competencia⁸. La particularidad de este sistema de publicidad es el método de pago, por el cual el anunciante solo pagará por la publicidad ofrecida cuando los usuarios hagan click para ir al sitio web publicitado (pago por click o PPC).

Un buscador es un proveedor de servicios de tecnología que permite a los usuarios realizar búsquedas en Internet⁹. Así, este formato tiene como finalidad que el anuncio publicitario posicione al sitio web del anunciante dentro de los mejores resultados en buscadores como Google, Yahoo, Bing, entre otros. Por ejemplo, GoogleAds ofrece una solución de publicidad en línea para que las empresas promocionen sus productos y servicios, mostrando el anuncio cuando las personas realicen una búsqueda de productos o servicios como los que ofrece la empresa¹⁰.

2.2.2. En sitios web

Es la forma tradicional de realizar publicidad en Internet y consiste en la difusión de anuncios a través de *banners* que combinan texto con imágenes o videos interactivos que se colocan en sitios web que el usuario visita durante su navegación. Esta modalidad de publicidad es conocida también como *display advertising* que aparece, notoriamente, separada del contenido no publicitario del sitio web, haciendo sencillo a los consumidores identificar su naturaleza comercial¹¹.

6 ICC (2018). Código de publicidad y de comunicaciones de mercado de la ICC.

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

7 López, D (2013). *La publicidad en Internet: regulación y autorregulación*. Editorial Aranzadi, España

8 IAB. *SEO: optimización de webs para buscadores: buenas prácticas y resultados*.

Recuperado de https://iabspain.es/wp-content/uploads/11_LB_SEO_optimizacin_de_webs_para_buscadores_julio2010-2.pdf

9 Ídem

10 Extraído de https://ads.google.com/intl/es_PE/home/faq/.

11 Unión Europea (2018). *Behavioural study on Advertising and marketing Practices in Online Social Media – Final Report*.

Recuperado de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf.



2.2.3. En redes sociales

La Comisión Europea define a los "online social media providers"¹² o proveedores de redes sociales online como plataformas que habilitan e incentivan el intercambio, del contenido generado por sus usuarios u otros contenidos, entre individuos a través de una interacción social. A cambio de estos servicios, en su mayoría gratuitos, dichas plataformas recolectan, procesan y tienen acceso a información sobre sus usuarios: perfiles socio-demográficos, intereses y preferencias. Los proveedores de redes sociales online utilizan esa información para crear y ofrecer publicidad pagada y otros servicios que dependen de opciones de segmentación personalizada.

En estos medios se puede hacer uso de la publicidad nativa que consiste en desplegar anuncios publicitarios en el mismo formato, adoptando las mismas características, espacio y posición que el contenido generado por los usuarios¹³. Todo ello con la finalidad de captar la atención del consumidor imitando el formato de contenido que usualmente revisa en la plataforma. Es así que, mediante la publicidad nativa el anunciante puede desarrollar el contenido que aparecerá en las redes sociales gracias al uso de las herramientas de publicidad que ofrece cada plataforma.

A continuación, presentamos algunos proveedores de redes sociales:

- 1. Facebook:** Dentro de los formatos de anuncio que ofrece Facebook se encuentran las (i) fotos, formatos que incluyen imágenes y textos; (ii) videos, de larga o corta duración que contienen imágenes, sonido y movimiento; (iii) historias, imágenes o videos de corta duración que se visualizan en pantalla completa; (iv) messenger, anuncios en la pestaña "chats", entre otros¹⁴.
- 2. YouTube:** Los formatos anuncios son los videos *TrueView* que ofrecen a los usuarios de la plataforma elegir qué anuncios de video desean mirar y en qué momento. Existen dos tipos de formato: (i) anuncios In-Stream que se colocan durante, antes o después de los videos de Youtube; y (ii) anuncios video *discovery* que aparecen en los lugares en que los usuarios descubren contenido¹⁵.
- 3. Instagram:** Fue adquirido por Facebook en el año 2010; de modo que, para contratar publicidad en Instagram se tiene que ingresar a través de la plataforma de publicidad de Facebook. Instagram brinda los siguientes formatos de anuncio: (i) fotos; (ii) video de hasta 60 segundos de duración; (iii) Instagram Stories, que son videos o imágenes en pantalla completa. Además, esta plataforma permite a las marcas etiquetar sus productos en sus propias publicaciones, haciendo posible comprar en el sitio web de los anunciantes, pues al dar click en estas etiquetas se redirige al usuario a la página de la descripción del producto donde habrá un enlace al sitio web de la marca para adquirir el producto¹⁶.
- 4. LinkedIn:** A través de esta plataforma enfocada en el sector corporativo se puede promocionar y anunciar la marca de algún anunciante, segmentando a los usuarios por cargo, sector, función, entre otros. La publicidad se da por los siguientes formatos dispuestos por la red social: (i) sponsored content; (ii) sponsored InMail; y (iii) Text Ads¹⁷, entre otros.

Ahora bien, la publicidad en redes sociales no se agota con las herramientas propuestas por los proveedores de redes sociales, sino que el dinamismo de estas plataformas ha propiciado la aparición de nuevos actores denominados "*influencers*", cuya actividad en Internet abre una nueva ventana de

¹² Ídem

¹³ Ídem

¹⁴ Extraído de <https://www.facebook.com/business/ads/ad-formats>.

¹⁵ Extraído de <https://support.google.com/google-ads/answer/2383007?hl=es-419>.

¹⁶ Extraído de <https://www.facebook.com/business/ads/instagram-ad#>.

¹⁷ Extraído de <https://business.linkedin.com/es-es/marketing-solutions>.



ingresos para estas personas y un atractivo espacio de publicidad para los anunciantes, quienes buscan lograr un mayor “*engagement*” de los consumidores a través de los *influencers*. Analizaremos esta figura más adelante, así como las implicancias legales de este nuevo tipo de práctica publicitaria.

III. Autoridad Competente

3.1 INDECOPI

El Indecopi es la Autoridad con competencia exclusiva para realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en primera instancia) y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en segunda y última instancia administrativa), tienen competencia exclusiva y excluyente para conocer el cumplimiento de las normas que regulan la actividad publicitaria. Ello, sin perjuicio de las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores a consecuencia de la publicidad comercial o de las posibles afectaciones al derecho de propiedad intelectual, que serán de competencia de las comisiones de protección al consumidor y de propiedad intelectual, respectivamente.

3.1.1 Legislación general

En el Perú, el marco legal que regula la actividad publicitaria se encuentra establecido en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD); y, por la Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC).

Al respecto, el Estado, a través del Indecopi, supervisa que los agentes que difunden publicidad en el mercado cumplan con lo dispuesto en los referidos dispositivos legales y de otras disposiciones sectoriales que regulen la realización de la actividad publicitaria.

Cabe precisar que estas normas resultan aplicables tanto a publicidad *off line* (medios tradicionales como la radio, televisión, diarios, etc.) como a la publicidad *on line*, materia de la presente guía. En ese sentido, las prácticas que puedan ser calificadas como publicidad y que son difundidas por los *influencers*, se encuentran sujetas a la regulación aplicable a la actividad publicitaria.

3.1.1.1 Competencia desleal

Los principales actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria son los siguientes:

a. Actos contra el Principio de Veracidad o actos de engaño

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



El cumplimiento del principio de veracidad exige que el anunciante, de manera previa a la difusión de la publicidad, cuente con las pruebas que sustenten la veracidad de las características comprobables (objetivas) del bien o el servicio anunciado.

Asimismo, configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo. Se considera publicidad testimonial toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o ésta sea identificable por su fama o notoriedad pública.

Al respecto, la Comisión y la Sala han destacado que, en los casos de publicidad testimonial, en una etapa previa al análisis de veracidad del testimonio difundido, el anunciante debe acreditar que este corresponde a una experiencia auténtica y reciente, por lo que éste debe contar con los estudios y pruebas documentales que respalden que el testigo, en efecto, usó el producto publicitado.

Por ejemplo, la Comisión tomó conocimiento de un caso de publicidad testimonial en donde una empresa de suplementos alimenticios difundió un libro denominado "Testimonios de Salud", el cual contenía diversos testimonios de diferentes personas respecto de los productos del agente económico investigado. En particular, la Comisión observó que los medios probatorios aportados por dicha empresa no acreditaban que el contenido de los testimonios reflejasen las experiencias auténticas de los testigos, limitándose a presentar documentación de terceros sin que se exprese si efectivamente los testimonios que figuran en el "Libro Testimonio de Salud" resultaban ser la real opinión de las personas que se mencionaban en el mismo, por lo que se consideró que se cometió un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño.¹⁸

Cabe resaltar que, únicamente las afirmaciones testimoniales de carácter objetivo se sujetan al análisis previsto en el artículo 8, numeral 4, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹⁹

b. Actos de denigración

De acuerdo al artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁰, son actos cuya realización tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial de otro u otros agentes económicos. Sin perjuicio de ello, dichos actos serán lícitos siempre que: (i) constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; (ii) constituyan información exacta por su condición clara y actual; (iii) se ejecuten con pertinencia en la forma, por evitarse la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y (iv) se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad u otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa.

¹⁸ Ver Resolución N° 0162-2018/CCD-INDECOPI.

¹⁹ Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

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

²⁰ Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

Artículo 11.- Actos de denigración

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; (...)"



Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó la sanción impuesta por la Comisión a una persona natural debido a que difundió a través de medios digitales comentarios que menoscababan la imagen, el crédito, el prestigio y la reputación del denunciante, quien se dedicaba al dictado de cursos en línea y al desarrollo de páginas web²¹.

c. Actos contra el Principio de Autenticidad

El artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, define a los actos contra el principio de autenticidad como aquellos que tienen como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. La difusión de publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria es una infracción a este principio. Es decir, sin mencionar de forma expresa que se trata de un publisreportaje o un anuncio contratado.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia 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 comunicación.²²

Asimismo, 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 ello, 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 o servicios, utilizando para ello la apariencia de sus propias noticias, reportajes o entrevistas.

A la fecha de elaboración de esta guía no se ha resuelto un caso en el que se haya denunciado una infracción al principio de autenticidad por difusión de publicidad encubierta en medios *on line*; sin embargo, existe un caso producido en un medio tradicional (revista) que comentamos a continuación.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal 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 periodísticas²³.

d. Actos de comparación y equiparación indebida

Por un lado, la Ley de Represión de Competencia Desleal, define a los actos de comparación como la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora. De otro lado, señala que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Ahora bien, para constatar la existencia de estos dos supuestos, se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre

²¹ Ver Resolución N° 453-2017/SDC-INDECOPI.

²² Ver Resolución N° 1560-2010/SC1-INDECOPI.

²³ Ver Resolución N° 239-2016/CD1-INDECOPI.



la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. Estos actos, serán lícitos siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos para los actos de denigración.²⁴

Como ejemplo de acto de comparación indebida, podemos citar el caso de un anunciante que promocionó su producto, a través de un video publicado en su página web y enviado por correo electrónico a diversos clientes. En dicho video el anunciante compara su producto con el de la empresa competidora, aludiendo inequívocamente y de manera directa al producto de esta última. Mediante las afirmaciones realizadas en el video, el anunciante buscaba resaltar el supuesto valor añadido que presentaría su producto sobre el producto de la empresa competidora; sin embargo, al no encontrarse debidamente sustentadas las afirmaciones comparativas objetivas, la Sala concluyó que el acto de comparación realizado por el anunciante era ilícito y califica como un acto de competencia desleal.²⁵

Cabe resaltar que, las comparaciones que versen sobre aspectos objetivos serán lícitas, en tanto se cuente con sustento probatorio de su veracidad, la información sea exacta y se ejecuten con pertinencia, tanto en la forma como en el fondo. Por ello, la comparación de una oferta frente a otra debe darse respecto de características objetivas y comprobables, mas no sobre la base de atributos subjetivos.

e. Actos contra el Principio de Legalidad

Se encuentran tipificados en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁶ y consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

²⁴ Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida"

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal".

²⁵ Ver Resolución N°0562-2016/SDC-INDECOPI.

²⁶ Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad"

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

- a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;
- b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;
- c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado;
- d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable;
- e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables;
- f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y,
- g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada. Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio."



Por ejemplo, el literal b) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece que constituye una infracción al principio de legalidad el omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado. En un caso, la Comisión sancionó a una empresa por la difusión de publicidad, a través de su página web, de un taller de liderazgo, debido a que los precios anunciados no incluían el Impuesto General a las Ventas.²⁷

De la misma manera, según el mismo artículo de la citada Ley, constituye un acto en contra del principio de legalidad el omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. Por su lado, el Código de Protección al Consumidor, establece que en caso existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

También constituye una inobservancia de este principio, el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance. Desarrollaremos algunos ejemplos de disposiciones sectoriales en el acápite denominado: Legislación sectorial.

f. Actos contra el Principio de Adecuación Social

Los actos contra el principio de adecuación social consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: (i) 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; y, ii) 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.

Por ejemplo, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi sancionó en primera instancia administrativa a una conocida tienda por departamento y a la agencia de publicidad contratada por esta, por difundir un anuncio publicitario que promocionaba la venta de colchones e inducía a cometer actos de discriminación por motivos de raza hacia las personas afrodescendientes.

La investigación realizada de oficio (a iniciativa del Indecopi), analizó la publicidad, determinando que se trataba de un anuncio que generaba conductas discriminatorias u ofensas de índole racial, en perjuicio de las personas afrodescendientes, ya que se presentaba en un contexto en el que la protagonista (mujer de tez blanca que sería limpia y ordenada) se refería a su amiga (afrodescendiente), como una persona que sería desordenada y antihigiénica.

Por ello, la Comisión sancionó a la tienda por departamento y a la agencia de publicidad con una multa de veinte (20) UIT, para cada una.²⁸

Además de los actos descritos en los párrafos precedentes, los anunciantes deben evitar que por

²⁷ Ver Resolución N° 215-2013/CCD-INDECOPI.

²⁸ Ver Resolución N° 107-2019/CCD-INDECOPI.



medio de la publicidad se cometan otros actos de competencia desleal, tales como: confusión, explotación indebida de la reputación ajena, actos de comparación y equiparación indebida, así como actos contrarios a la buena fe empresarial.

3.1.1.2 Consumidor

Las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores a consecuencia de la publicidad comercial constituyen infracciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor y son de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi (en primera instancia) y de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (segunda y última instancia administrativa).

Así, por ejemplo, un consumidor denunció a una empresa, en tanto no cumplió con entregarle los productos que adquirió a través de su página web. La empresa señaló que los precios publicitados habían sido un claro error, deducible por cualquier consumidor. Asimismo, indicó que el denunciante conocía los términos y condiciones bajo los cuales realizó la compra y en los que se consignó la posibilidad de que la compra pueda ser anulada en caso se verificara que los precios tuvieran algún error.

La Comisión desestimó que la compra del denunciante configure un abuso del derecho, puesto que este la hizo en ejercicio de su derecho a participar de las actividades económicas, bajo las condiciones publicadas por el mismo denunciado. En tal sentido, la Comisión declaró responsable a la empresa por no entregar al consumidor los productos adquiridos, pues como proveedor no se encuentra facultado a resolver o suspender unilateralmente los contratos de consumo que celebre.²⁹

3.1.1.3 Propiedad Intelectual

Por intermedio de la publicidad también es posible infringir normas que regulan la propiedad intelectual. A continuación, se citarán algunos ejemplos de este tipo de infracciones.

a. Signos distintivos

Cuando en la publicidad se utilicen bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual (por ejemplo, marcas registradas) que puedan generar actos de competencia desleal, tales como (i) confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios del anunciante o (ii) un aprovechamiento indebido de la reputación de otro agente en el mercado, la competencia se encuentra asignada a la Comisión de Signos Distintivos del Indecopi, pero únicamente si la denuncia fuera presentada por el titular del derecho o por quien éste hubiera facultado para ello.

A modo de ejemplo de actos de competencia desleal vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual, por intermedio de publicidad digital, se puede citar un caso en el que la denunciada venía ofreciendo y comercializando zapatillas identificadas con una marca notoriamente conocida de titularidad del denunciante, a través de su página de Facebook e Instagram, las cuales serían imitaciones de las originales.

La denunciada alegó que los productos que ofrece son originales, sin embargo, no logró acreditar que los productos que comercializa tengan un origen lícito.



29 Ver Resolución N°2827-2018/CC2-INDECOPI.





En tal sentido, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi, confirmó la resolución de la Comisión de Signos Distintivos que declaró fundada la denuncia por infracción a los derechos de propiedad industrial del denunciante y por actos de competencia desleal en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena.³⁰

Otro ejemplo de infracción a las normas que regulan la propiedad intelectual lo constituye la publicidad y comercialización a través de plataformas digitales de bebidas alcohólicas identificadas como "Pisco", pese a no contar con las autorizaciones correspondientes para utilizar dicha denominación de origen.

b. Derechos de Autor

Cuando en los contenidos de la publicidad digital se utilicen obras protegidas por los derechos de autor (literarias, musicales, audiovisuales, fotográficas, etc), se debe contar con la autorización previa del autor, salvo que aplique alguna de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor establecidas por ley. La Comisión de Derechos de Autor del Indecopi es el órgano competente para conocer las infracciones a los derechos de autor.

Un ejemplo interesante, resulta ser el caso en que la Comisión de Derecho de Autor declaró fundada la denuncia interpuesta en contra de una empresa por infracción a los derechos morales de paternidad e integridad, y a los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública, respecto de una (1) imagen fotográfica de autoría del denunciante, pero difundida sin autorización en la página web de la empresa denunciada.³¹

3.1.2 Legislación sectorial

De acuerdo a la Ley de Represión de competencia Desleal, artículo 17 inciso 17.1 y 17.2³², constituye una infracción al principio de legalidad la inobservancia a las disposiciones sectoriales, así como los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política³³. Es así que, además de la legislación de carácter general, la publicidad debe prever las restricciones específicas que recaen sobre determinados mercados como los siguientes:

3.1.2.1 Bebidas alcohólicas

De acuerdo a lo previsto por el artículo 8 de la Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas³⁴, los anunciantes deben cumplir requisitos específicos

30 Ver Resolución N° 1027-2019/TPI-INDECOPI.

31 Ver Resolución N° 508-2018/CDA-INDECOPI.

32 Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance. (...) "

33 Constitución Política del Perú

"Artículo 59.- Rol Económico del Estado

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 oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades."

34 Ley N° 28681, Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas

"Artículo 8.- De los anuncios publicitarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre

publicidad, la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones:

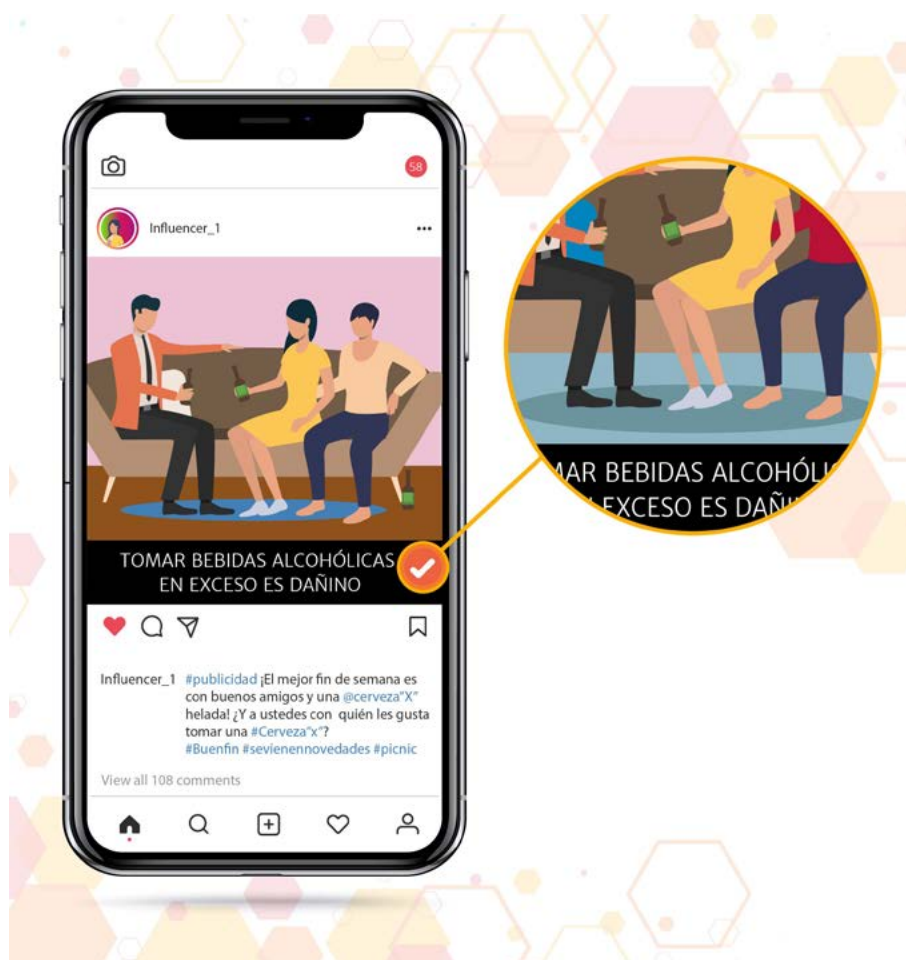
1. Los anuncios escritos deberán consignar, en caracteres legibles y en un espacio no menor del 10% del área total del anuncio, la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley.
2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley, por un espacio no menor a tres (3) segundos.
3. Cuando se trate de publicidad radial, al final del anuncio se deberá expresar en forma clara pausada la frase: "TOMAR BEBIDA ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".
4. No se podrá utilizar argumentos que induzcan el consumo por parte de menores de edad.



respecto a las advertencias y el espacio que estas deben ocupar en el anuncio publicitario³⁵. Esta regulación aplica tanto a publicidad en medios tradicionales como a medios digitales, todo ello en busca de advertir a los consumidores acerca de las consecuencias que el consumo en exceso de este tipo de productos puede provocar en la salud y en la sociedad.

A modo de ejemplo, en la publicidad en entornos digitales es aplicable la obligación de colocar expresamente, tanto en anuncios escritos como audiovisuales, la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" en un espacio no menor del 10% del área total de dicho anuncio.

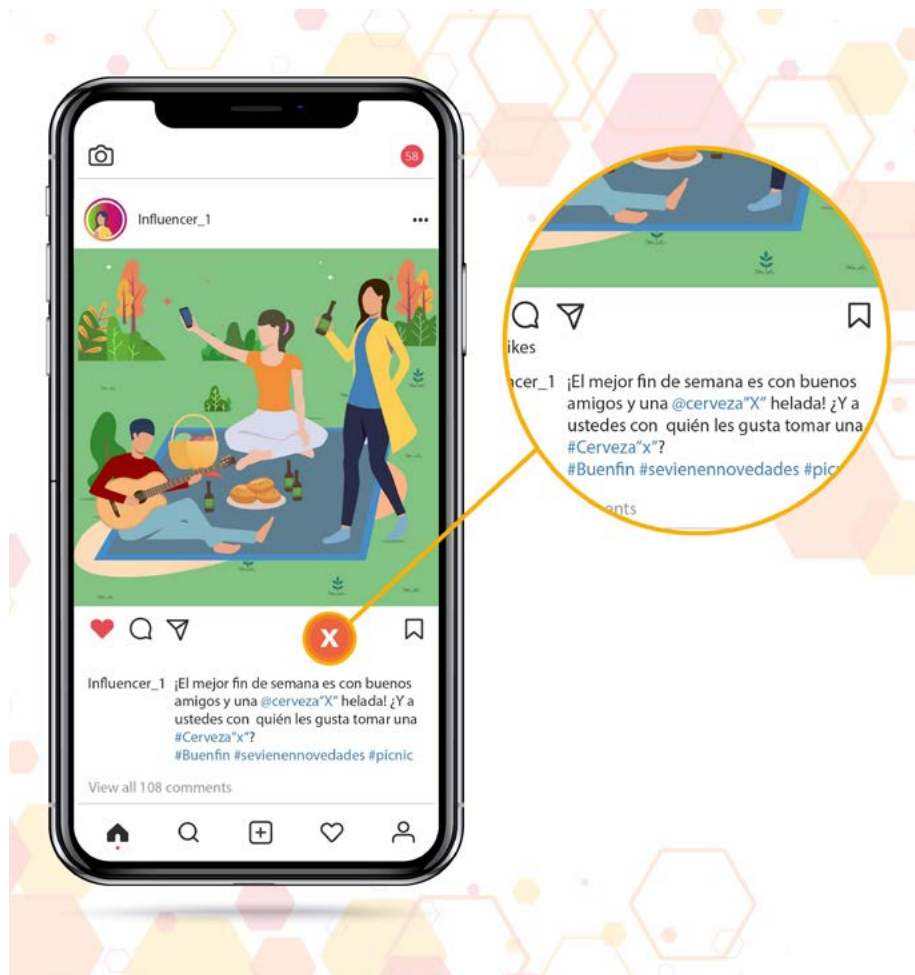
Ejemplo de buena práctica



35 Ver Resolución N° 0603-2015/SDC-INDECOP



Ejemplo de mala práctica



3.1.2.2 Alimentación saludable

La Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes, establece en su artículo 8³⁶ los parámetros a seguir en la publicidad dirigida a menores de 16 años que se

36 Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes

“Artículo 8. Publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas

La publicidad que esté dirigida a niños, niñas y adolescentes menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social debe estar acorde a las políticas de promoción de la salud, no debiendo:

- Incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas trans, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, conforme a lo establecido en la presente Ley.
- Mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida.
- Usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños, niñas y adolescentes, de manera tal que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado.
- Generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad.
- Indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad.
- Representar estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculados con su ingesta.
- Crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad.
- Sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida que el que no lo hace; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los padres hacia sus hijos por la adquisición o no del producto.
- Promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo de alimentos o bebidas no alcohólicas.
- Utilizar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños y adolescentes para inducir a su consumo.
- Establecer sugerencias referidas a que se puede sustituir el régimen de alimentación o nutrición diaria de comidas principales, como el desayuno, el almuerzo o la cena.
- Alentar ni justificar el comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva.
- Mostrar imágenes de productos naturales si estos no lo son.



difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social. Esta regulación es aplicable a los anunciantes de alimentos procesados³⁷ y es el Indecopi quien realiza el análisis de los anuncios difundidos por internet de páginas web que puedan ser accedidas legalmente por menores de edad. Dentro de dicha ley, está prohibido, por ejemplo, la publicidad testimonial que induzca al consumo y promover la entrega de regalos, premios o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo.

En el marco de dicha ley, se debe tener en consideración el sistema de etiquetado de advertencia en los alimentos procesados³⁸, por el cual los anuncios publicitarios deben llevar la advertencia en forma de un octágono negro de manera clara y destacada, en cualquier formato de difusión, incluyendo medios digitales.

Ejemplo de buena práctica



Las afirmaciones y terminología referidas a la salud o a la nutrición deben estar sustentadas en evidencia científica y pueden ser requeridas en cualquier momento por la autoridad, de oficio o a pedido de cualquier ciudadano.

37 Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes

"Artículo 3.- Definiciones

(...)

3.3 Alimentos y bebidas no alcohólicas procesados (en adelante "Alimentos Procesados").- Estos corresponden a los alimentos elaborados industrialmente (alimentos fabricados). Los alimentos procesados se refieren a todos los alimentos transformados a partir de materias primas de origen vegetal, animal, mineral o la combinación de ellas, utilizando procedimientos físicos, químicos o biológicos o la combinación de estos para obtener alimentos destinados al consumo humano.(...)"

38 Decreto Supremo N° 012-2018-SA, Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021



Ejemplo de mala práctica**3.1.2.3 Productos de tabaco**

La Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco y su reglamento establecen la prohibición de publicidad de productos de tabaco en páginas web³⁹. Entiéndase por publicidad y promoción de productos de tabaco como la sugerencia o recomendación de cualquier forma que tiene por efecto o posible efecto promover directa o indirectamente el consumo de productos de tabaco⁴⁰. Ello en concordancia con lo dispuesto en el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)⁴¹, ratificado por el Estado peruano en el 2004, que tiene el objetivo de prevenir la morbilidad y mortalidad asociada al consumo de tabaco. Más aún, dicho Convenio señala la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet.

³⁹ Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco

"Artículo 37.- Prohibición de la publicidad directa e indirecta"

Queda prohibida la publicidad directa e indirecta, y el uso de nombres, logos o marcas de productos de tabaco, en medios de comunicación televisivos y radiales abiertas u otro medio similar. Entiéndase por "otro medio similar" circuitos cerrados de radio y televisión, medios comunitarios locales de radio y televisión, así como páginas Web."

⁴⁰ Decreto Supremo N° 015-2008-SA, Reglamento de la Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco

"Artículo 4.- Definiciones"

(...)

12. Productos de tabaco: Productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y que están destinados a ser fumados, chupados, masticados o utilizados como rapé.(...)"

⁴¹ Organización Mundial de la Salud (2003). *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Extraído de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42813/9243591010.pdf;jsessionid=4D70D643AAD63426648717474F5D22F?sequence=1>



3.1.2.4 Productos médicos

En el sector salud, la Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, artículo 39⁴², establece la restricción de difusión de publicidad de productos farmacéuticos y dispositivos médicos autorizados para venta bajo receta médica, en tanto debe estar dirigida solo a los profesionales que los prescriben y dispensan. Asimismo, la publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica, que aluda a las indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto, debe necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso y, a la vez, no debe contener exageraciones u otras imprecisiones sobre sus propiedades⁴³.

3.2 Autorregulación publicitaria

El Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) es un organismo autónomo de iniciativa privada, conformado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y el Interactive Advertising Bureau (IAB-Perú) con la finalidad de instaurar la cultura de la autorregulación en la industria publicitaria. Así, el CONAR tiene como objetivo fomentar el desarrollo de la ética dentro de la industria publicitaria de acuerdo con los principios establecidos en el Código de Ética Publicitaria, tales como el principio de legalidad, decencia, veracidad y lealtad, todo ello en beneficio de los consumidores y de la leal competencia en el mercado⁴⁴.

El Código de Ética Publicitaria es compatible con la norma que regula la publicidad en el Perú y ha sido elaborado por los miembros que conforman el CONAR con la finalidad de fomentar el desarrollo de la industria publicitaria a través de la autorregulación.⁴⁵ Sus normas son aplicables para todos sus miembros: anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación.

La Comisión Permanente de Ética N° 2 de este organismo ha desarrollado, en primera instancia, los aspectos legales del marketing de *influencers*, en el marco de una denuncia⁴⁶ por la difusión de una presunta campaña publicitaria contraria al principio de veracidad⁴⁷ del Código de Ética Publicitaria. Es

⁴² Ley N° 29459, la Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios

"Artículo 39.- Del alcance de la promoción y publicidad"

Solamente pueden ser objeto de publicidad a través de medios que se encuentren al alcance del público en general los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios que cuentan con registro sanitario del país y están autorizados para su venta sin receta médica. La publicidad debe contener, además del nombre del producto, la dosis, concentración o forma farmacéutica del mismo, según sea el caso.

La promoción y la publicidad de productos farmacéuticos y dispositivos médicos autorizados para venta bajo receta médica debe ser dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan; por excepción, los anuncios de introducción dirigidos a dichos profesionales se pueden realizar en medios masivos de comunicación."

⁴³ Ley N° 29459, la Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios

"Artículo 41.- De la información contenida en la promoción y publicidad"

(...)

La publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica, que aluda a las indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto debe necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso.

Los anuncios publicitarios no deben contener exageraciones u otras imprecisiones sobre sus propiedades, que puedan inducir a error al consumidor ni estimular la automedicación y uso irresponsable. (...)"

⁴⁴ Extraído de <http://www.conarperu.org/sobre-conar/que-hacemos>.

⁴⁵ Indecopi (2013) *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Perú, Lima. Recuperado de: http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁶ Ver Resolución N° 05-2018-CONAR/CPE

⁴⁷ Código de Ética Publicitaria

"Artículo 7.- Principio de veracidad"

La publicidad no debe tener como efecto, real o potencial, la inducción a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el anunciante pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho anunciante, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial."

El Principio de Veracidad se aplica únicamente a las alegaciones de naturaleza objetiva contenidas en la publicidad comercial. El uso de licencias publicitarias subjetivas es lícito siempre que no configuren actos de competencia desleal.

Cuando un anuncio contenga un mensaje claramente destacado (parte captatoria del anuncio), el anunciante deberá adoptar las medidas necesarias para que las restantes partes del anuncio sean claramente comprensibles y no introduzcan ni modificaciones ni limitaciones relevantes del mensaje principal. Caso contrario, el anuncio será susceptible de inducir a error. Cabe señalar que el análisis siempre se realizará de modo integral y superficial y de acuerdo a cómo lo entendería un consumidor razonable.



así que, dentro de las piezas publicitarias cuestionadas, se analizó una publicación realizada por un *influencer* en sus redes sociales.

Al respecto, la Comisión Permanente determinó que, cuando el consumidor final entiende que el *influencer* actúa únicamente como vehículo comunicativo del propio discurso del anunciante, es decir, como su portavoz o solo repite frases comunes a la campaña usada en otros medios, entonces será necesario probar la veracidad de las afirmaciones de naturaleza objetiva, de acuerdo al artículo 7 del referido código. En este caso, el público destinatario podía advertir la naturaleza de la mencionada publicación como parte de una estrategia publicitaria y no una recomendación gratuita del *influencer*; por tanto, la Comisión consideró examinar la comunicación de este personaje como parte de la campaña publicitaria de la empresa denunciada en conjunto.

Por otro lado, en dicha resolución, la Comisión Permanente sostuvo que cuando las afirmaciones emitidas por un *influencer* impliquen una experiencia o interacción con el producto y estas sean percibidas como un testimonio, resultan de aplicación las reglas de publicidad testimonial⁴⁸ del Código de Ética y, por tanto, el anunciante será responsable de acreditar la experiencia reciente y auténtica del *influencer*.

IV. Incidencia de la figura del “*influencer*” en la publicidad

4.1 ¿Qué significa ser un “*influencer*”?

De acuerdo a los lineamientos del marketing de *influencers* propuestos por el gobierno canadiense⁴⁹, *influencer* es alguien que posee el potencial de influenciar a otros, independientemente del número de seguidores o espectadores que tenga. Las personas a las que el *influencer* afecta están definidas como persona o grupo que toma acción o cambia de opinión/comportamiento como resultado de la exposición de información proporcionada por el *influencer*. Los *influencers* también pueden ser conocidos como “talento” o “creadores de contenido”.

El Servicio Nacional del Consumidor de Chile en su estudio sobre publicidad online, publicado en junio de 2018, define al *influencer* como una persona que posee grados de credibilidad e imagen reconocida, especialmente sobre un tema determinado, y que producto de su presencia e influencia puede llegar a convertirse en el difusor de una marca en una audiencia o público objetivo, principalmente en redes sociales.⁵⁰

Se debe tomar en consideración que uno de los factores determinantes para considerar a un individuo como *influencer* es el reconocimiento que este tiene en un área especializada (moda, viajes, alimentación, entre otros), restando importancia al criterio sobre el número de seguidores que tenga en una red social. Ello en tanto, puede existir un individuo con un número pequeño de seguidores, pero con gran influencia sobre ellos y, de esta manera, pueda ser considerado como *influencer*.

En el Perú, el CONAR ha definido la figura del *influencer* o influenciador como aquella persona que, gozando de un reconocimiento en entornos digitales (internet o redes sociales), son seguidos por un número de usuarios sobre los cuales tienen la capacidad de influenciar, afectar o motivar sus acciones⁵¹.

⁴⁸ Código de Ética Publicitaria

“Artículo 9.- Publicidad testimonial

Configura infracción al principio de veracidad la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.”

⁴⁹ Ad Standards (2018). *Disclosure Guidelines to illustrate industry best practices*. Canadá. Recuperado de <http://adstandards.ca/wp-content/uploads/2019/02/Influencer-Marketing-Steering-Committee-Disclosure-Guidelines-Jan-2019.pdf>

⁵⁰ SERNAC (2018). *Estudio de Publicidad Online: El caso de la Publicidad Nativa*. Chile. Extraído de https://www.sernac.cl/portal/619/articles-53024_archivo_01.pdf

⁵¹ Ver Resolución N° 05-2018-CONAR/CPE



Entonces, se puede concluir que un *influencer* es una persona o personaje que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema determinado y que, dada su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores, sin tener en consideración necesariamente el número de estos, puede convertirse en un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado. Es así que, el marketing de *influencers* se ha convertido en una estrategia de comunicación publicitaria importante para el posicionamiento de los productos, servicios o marcas de los anunciantes; debido a que, el formato de difusión apuesta por una mayor y más cercana interacción con los consumidores al ser menos forzada e invasiva, desde un enfoque natural y espontáneo que transmite el *influencer*.

Es pertinente mencionar el caso de las cuentas, en una red social, con personajes creados con inteligencia artificial, animales u otras que se creen, los cuales también pueden ser considerados como *influencers*, en la línea con las definiciones antes mencionadas. Dichos personajes, no constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones, en tanto no son sujetos de derecho; sin embargo, las personas que administran las cuentas en redes sociales sí lo son (creadores, programadores, dueños).

En efecto, la inteligencia artificial permite crear personajes a la medida, cuya programación está destinada a persuadir a los usuarios de las redes sociales para que sigan su contenido y constituyan un espacio ideal para que los anunciantes publiquen sus productos, servicios o marcas.

En la actualidad, existen *influencers* creados por inteligencia artificial que publican fotos o videos con contenido publicitario; por ejemplo, LIL Miquela, cuyo contenido se basa en las actividades de una cantante que puede asistir a eventos, promocionar su música, publicar fotos y videos y ser auspiciada por distintas marcas.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, supervisará las prácticas realizadas por los *influencers* que califiquen como publicidad comercial.

4.2 Publicidad e *influencers*

4.2.1. Actores y su responsabilidad

4.2.1.1 Anunciante

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

Además, de acuerdo al artículo 23 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, la responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos, al anunciante. Esta responsabilidad es independiente de la que pueda corresponder a la agencia publicitaria y al medio de comunicación social.

Así, por ejemplo, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal sancionó a un laboratorio farmacéutico, por la difusión de publicidad engañosa de uno de sus productos farmacéuticos, en tanto, la conductora del programa televisivo donde se difundió la publicidad le atribuyó ciertas



propiedades terapéuticas al producto que la empresa no logró acreditar. Al respecto, el laboratorio señaló que, si bien contrató un auspicio publicitario en el programa, no tendría responsabilidad alguna por los comentarios vertidos en este, puesto que habría establecido contractualmente cuál debería ser la publicidad a difundir.

La Comisión consideró que aun cuando la empresa no haya prestado su consentimiento para la difusión de comentarios por parte de la conductora del programa televisivo, el laboratorio farmacéutico califica como anunciante, en la medida que informó al público consumidor sobre los atributos y beneficios que conlleva el consumo de su producto y, por tanto, resulta objetivamente responsable conforme lo establece artículo 23 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.⁵²

Por otro lado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal ha delimitado, en un caso específico, que una plataforma que actúa como intermediario, donde terceros vendedores anuncian sus productos o servicios, no califica como anunciante, pues solo actúa como una plataforma virtual para la difusión de publicidad de terceros y, por lo tanto, no asumirá responsabilidad.

En efecto, la Comisión declaró improcedente la imputación de oficio contra la empresa que administraba la plataforma digital al considerar que no calificaba como anunciante porque: (i) la empresa dedicada al delivery de bebidas alcohólicas fue quien, no solo contrató con la plataforma digital para la difusión del anuncio cuestionado, sino que también elaboró los gráficos; (ii) la plataforma digital no tenía como objeto comercial la venta de bebidas alcohólicas; (iii) la empresa dedicada al delivery de bebidas alcohólicas es quien obtenía la ventaja económica derivada del efecto persuasivo de la publicidad; y, (iv) la plataforma digital participó únicamente como una plataforma virtual para facilitar la difusión de la publicidad.⁵³

Dado que la norma ha asignado responsabilidad administrativa al anunciante en todos los casos, es recomendable que el anunciante adopte las siguientes medidas de manera previa a la difusión de sus anuncios publicitarios:

- Asegurarse que los *influencers* con los que trabaja adviertan claramente de la naturaleza publicitaria del contenido que publican.
- Contar con los medios de prueba que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas respecto de su producto o servicio, de manera previa a su difusión.
- Establecer un guión para el *influencer* o restricciones o requisitos de contenido; por ejemplo, la obligación de colocar un hashtag.
- Aprobar o solicitar cambios en el contenido antes de que se difunda.
- Fijar un cronograma de publicaciones o determinar el número de anuncios que se emitirán.
- Respete las normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de ciertos productos.
- Asegúrese de contar con las autorizaciones o licencias para el uso de signos distintivos u obras protegidas por derechos de autor en la publicidad.

Cabe precisar que el *influencer* también puede ser considerado anunciante cuando difunda publicidad de sus propios productos o servicios que ofrece o comercializa en el mercado.

4.2.1.2 Medio de comunicación social

La Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se entenderá como medio de comunicación social a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las

⁵² Ver Resolución N° 213-2010/CCD-INDECOPI.

⁵³ Ver Resolución N° 246-2014/CCD-INDECOPI.



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, facsimil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.⁵⁴

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

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 línea con lo anterior el medio de comunicación será responsable cuando se produzca una infracción contra el Principio de Autenticidad. También será responsable respecto de cualquier norma que: (i) prohíba la difusión de anuncios publicitarios a través de determinados medios (por ejemplo: caso de anuncios publicitarios de productos de tabaco); o, (ii) restrinja la publicidad a determinado público (por ejemplo: caso de anuncios publicitarios autorizados para venta con receta médica).

4.2.1.3 Agencia de publicidad

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 publicitarias.⁵⁵

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 aquella que corresponde al anunciante.

Por ejemplo, la Comisión resolvió un caso en el que una empresa comercializadora de bebidas gaseosas difundió un anuncio televisivo que alentaría comportamientos antisociales. En una escena del referido anuncio, un reconocido jugador de fútbol pregunta al televidente: "¿Sabes por qué entreno tanto?" y ante la mirada de admiración de un menor y de dos mujeres, pateo una máquina expendedora de las bebidas gaseosas anunciadas, logrando que caiga una lata del referido producto, respondiendo al televidente: "Por si me quedo sin sencillo". La Comisión sancionó tanto a los anunciantes como a la agencia de publicidad, al considerar que el anuncio

⁵⁴ Decreto Legislativo 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, facsimil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.

⁵⁵ 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.



cuestionado era capaz de inducir a conductas antisociales o ilegales, debido a que presentó, sin evaluar su buen o mal gusto, una conducta notoriamente violenta como natural, induciendo objetivamente a pensar que puede ser imitada, pese a que podría ser calificada de hurto agravado.

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.

4.2.2 Prácticas realizadas por *influencers* consideradas publicidad

La Ley de Represión de la Competencia Desleal considera publicidad a 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 empresariales.⁵⁶

En concordancia con dicha definición, la publicidad de *influencers* consiste en contratar a una persona o cuenta⁵⁷, 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. Así pues, el anunciante no contrata con un proveedor de redes sociales para obtener un espacio publicitario en la plataforma, sino que se contrata a un usuario de la misma para que a través de su cuenta, se emita el anuncio publicitario.



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 GFK⁵⁸ 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*.

Es así que, la problemática gira en torno al uso de formatos publicitarios que se utilizan en el marketing de *influencers* que no permitan a los seguidores (consumidores) detectar con claridad cuando están frente a contenido publicitario o cuando es un mensaje auténtico del *influencer* por su experiencia propia.

⁵⁶ 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 competencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

⁵⁷ De acuerdo a lo señalado en el numeral 4.1. de este documento, en caso el *influencer* no sea una persona natural, se contratará con el administrador de la cuenta (programador, dueño, entre otros).

⁵⁸ Extraído de <https://bit.ly/2Oc7E9t>



En tal sentido, se entenderá como publicidad aquellas prácticas realizadas por el *influencer* cuando: (i) promuevan, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciante; (ii) se hayan originado como consecuencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo del anunciante .

Por ello, cuando el *influencer* no haya recibido un pago (de cualquier tipo), por la difusión de contenido, en el que promueva alguna marca, producto y/o servicio de una determinada empresa, a consecuencia de su experiencia previa con estos, sus publicaciones no serán consideradas publicidad, aún cuando se mencionen o etiqueten a las marcas, en tanto no existe una conexión material con la empresa.

A continuación, se describen algunas prácticas desarrolladas por *influencers* que pueden calificar como publicidad:

1. **Unboxings:** compartir en redes sociales el proceso de desempaquetar y/o revelar productos, servicios y/o experiencias que ofrece la marca/anunciante y que han sido enviados por este último a un *influencer*, en el marco de una estrategia publicitaria. En ocasiones, los *influencers* pueden pactar una retribución económica con la marca/anunciante por realizar los *unboxings*; otras veces, reciben regalos, sin previo aviso de la marca/anunciante, y optan por mostrar el producto o no en ese instante, en forma de agradecimiento o compensación por los productos enviados.
2. **Canjes:** Supone un intercambio de productos o servicios, bajo ciertas condiciones, entre el *influencer* y el anunciante. Usualmente no hay formalidad escrita, sino un contrato verbal, por el cual el *influencer* se obliga a compartir contenido publicitario del anunciante en sus redes sociales.
3. **Sorteos o giveaways:** Es común que, como estrategia publicitaria, los anunciantes soliciten al *influencer* realizar un sorteo entre sus seguidores que involucre los productos, servicios o marcas del primero.
4. **Fotos:** Mostrar con relevancia o etiquetar una marca en fotos subidas a la red social o en la descripción de la misma por el *influencer*.
5. **Videos:** Subidos a la red social dentro de los cuales se exalte la presencia de una marca o se la etiquete.

4.2.2.1. ¿Qué califica como pago de publicidad?

De acuerdo a la Advertising Standards Authority (ASA) del Reino Unido, calificará como "pago" por el contenido publicitario, además de una determinada suma de dinero, otras relaciones comerciales tales como que el *influencer* sea embajador del anunciante o se le entreguen productos, regalos, servicios, viajes, estancias en hotel, entre otros⁵⁹.

Así pues, se considera que existe un pago cuando medie una contraprestación monetaria o en especie, pactada de forma expresa o tácita entre la marca/anunciante y el *influencer*. Por ejemplo, cuando un *influencer* recibe un regalo de la marca/anunciante y decide mostrarlo a sus seguidores, aceptando el pago en especie (regalo) a cambio de mencionar (promover) a la marca.

⁵⁹ The Advertising Standards Authority (ASA). *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*. Reino Unido. Recuperado de <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>



Al respecto, se sugiere tomar en consideración las implicancias tributarias que se desprenden de esta actividad publicitaria (ver Anexo 1).

4.2.2.2. ¿Qué parámetros deberían seguir dichas prácticas?

En la medida que las publicaciones del *influencer*, con contenido publicitario se constituyan como un acto concurrencial⁶⁰, susceptible de generar un beneficio mercantil al anunciante para posicionar su marca, productos o servicios, éste estará dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Todo ello en tanto dicha publicación está destinada a producir una modificación en el comportamiento de sus seguidores, desviando sus decisiones de compra a un mercado determinado.

De acuerdo a la Unión Europea, distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores es "utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado"⁶¹.

Tan es así que, diversos estudios han determinado que las recomendaciones del *influencer* impactan en el consumidor al momento de decidir sobre su compra; por ejemplo, al momento de elegir un destino turístico, aerolíneas o agencias de viaje⁶². De esta manera, las prácticas comerciales del marketing de *influencers* (unboxings, canjes, entre otros) deben evitar, no limitativamente, los siguientes actos tipificados en la Ley de Represión de Competencia Desleal:

- 1. Contra el principio de autenticidad**⁶³. Disfrazar la naturaleza publicitaria de la publicación (foto o video en el perfil o historias de duración limitada), sin establecer que se trata de un anuncio contratado.
- 2. De engaño**⁶⁴. El contenido publicitario se presenta como si fuera una experiencia propia del *influencer* (publicidad testimonial) con la marca del anunciante, sin que ésta sea reciente y auténtica o pueda acreditarse por el anunciante. Asimismo, puede constituir acto de engaño si el contenido se presenta de forma ambigua u omite información relevante que influya en la decisión del seguidor.
- 3. Contra el principio de legalidad**. No respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicables a la actividad publicitaria; por ejemplo, omitir, en la publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos.
- 4. Contra normas sectoriales**⁶⁵. No respetar las restricciones y prohibiciones de prácticas comerciales por motivos de seguridad y salud de los consumidores; por ejemplo, bebidas alcohólicas, productos de tabaco o alimentos procesados.

⁶⁰ Ver Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI

⁶¹ Unión Europea (2005). Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>

⁶² Axon Marketing & Communications (2018). "Marketing de Influencers Latinoamérica". Extraído de https://www.axonlatam.com/wp-content/uploads/2018/03/White_Paper.pdf

⁶³ "Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad. -
(...)

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.

⁶⁴ "Artículo 8.- Actos de engaño. -
(...)

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

⁶⁵ Ver capítulo 3 del presente documento.



4.2.2.3. ¿Cuándo se debería divulgar la conexión material entre la marca/anunciante y el influencer?

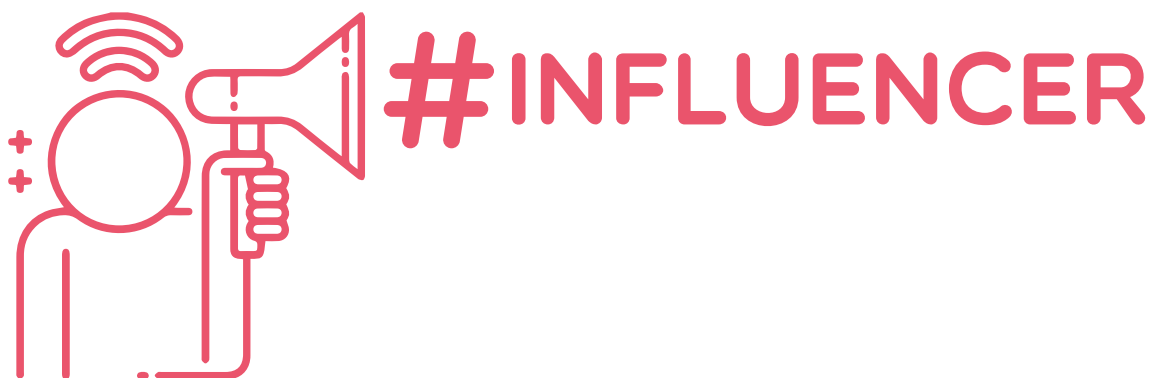
La Federal Trade Commission (FTC) en *Divulgaciones 101 para influenciadores de los medios sociales*, señala sobre el *influencer* que "Si endosa un producto a través de las redes sociales, su mensaje de endoso debe hacer evidente que usted tiene una relación ("conexión relevante") con la marca. Una "conexión relevante" con la marca incluye una relación personal, familiar o laboral o una relación financiera, por ejemplo, que la marca le esté pagando u ofreciendo productos o servicios gratuitos o con descuento"⁶⁶.

Por su parte, Ad Standards, señala que, en el caso de marketing de *influencers*, la conexión material es cualquier conexión entre un anunciante, dueño de los productos, servicios o marcas, y el *influencer*. Dicha conexión incluye beneficios e incentivos, tales como una compensación monetaria, productos gratuitos con o sin condiciones adjuntas, descuentos, regalos, concursos y sorteos, y cualquier relación laboral⁶⁷.

Así pues, se debe divulgar la conexión material entre la marca/anunciante y el *influencer* cuando (i) este promueva marcas, productos o servicios de terceros; (ii) este reciba un pago o contraprestación de algún tipo por parte de una marca/anunciante; y (iii) el destinatario de la publicidad no sea capaz de determinar que está frente a un anuncio publicitario con solo ver la publicación.

Cabe resaltar que, en caso el *influencer* promocione sus propias marcas, productos o servicios, no requerirá incluir alguna referencia o etiqueta (hashtag) que revele la naturaleza publicitaria de sus publicaciones, dado que el consumidor las reconoce fácilmente como tal.

Adicionalmente, el *influencer* puede promover marcas, productos o servicios de una empresa, sin que medie conexión material, es decir, que no obedezca a un pago o contraprestación recibida de una marca/anunciante; por ejemplo, si el *influencer* se limita a comunicar a sus seguidores sobre un producto que compró y le gustó. En este caso, no estamos frente a un anuncio publicitario que requiera una divulgación.



⁶⁶ FTC (2019). *Divulgaciones 101 para influenciadores de los medios sociales*. Extraído de <https://www.ftc.gov/es/consejos/para-empresarios/divulgaciones-101-para-influenciadores-de-los-medios-sociales>

⁶⁷ Ad Standards (2019). *Disclosure Guidelines to illustrate industry best practices*. Canadá. Recuperado de <http://adstandards.ca/wp-content/uploads/2019/02/Influencer-Marketing-Steering-Committee-Disclosure-Guidelines-Jan-2019.pdf>



¿Cuándo califica mi publicación como publicidad?



PUBLICACIÓN

¿Promueve la marca, producto o servicio de un anunciante?

NO



no califica como publicidad

SI



¿has recibido algún beneficio o incentivo para realizar la publicación?

NO



es mi apreciación personal y sincera sobre mi experiencia con la marca, producto o servicio

SI



califica como publicidad

- descuentos sobre productos o servicios del anunciante
- me enviaron uno o más regalos
- es un canje o préstamo de productos o servicios del anunciante
- me pagaron cierta cantidad de dinero
- tengo un contrato de servicios con el anunciante



291

55 comentarios 16 veces compartido



Me gusta



Comentar



Compartir

4.2.2.4. ¿Cómo se debería divulgar la conexión material entre la marca/anunciante y el influencer?

En los casos en los cuales no sea evidente para el consumidor que está frente a contenido publicitario o se tienen dudas de si es suficiente o no lo comunicado para que el consumidor interiorice dicha naturaleza publicitaria, el *influencer* debe colocar o mencionar expresamente en su publicación la palabra publicidad o anuncio contratado. Una opción para realizar esta divulgación es mediante el uso de etiquetas o hashtags como #publicidad o #anunciocontratado.

En cualquier escenario, la divulgación de la conexión material debe ser fácilmente identificable y entendible, tomando en consideración lo siguiente:



Dicho esto, a continuación, algunos ejemplos de buenas prácticas sobre cómo divulgar la naturaleza publicitaria de la publicación:

- "Gracias a @empresaX por invitarme a este viaje/evento (...)"
- "@empresaX me ha enviado este producto (...)"
- "Gracias, @empresaX, por enviarme este producto (...)"
- "#publicidad"
- "Publicidad. (...)"
- "Este video ha sido patrocinado por @empresaX"
- "@empresaX y yo nos hemos unido para sortear (...)"

Cabe resaltar que, en el caso de videos: (i) la divulgación se debería realizar, preferiblemente, tanto de forma escrita como sonora, pues hay seguidores que ven los videos sin sonido y otros que no perciben las palabras superpuestas; y, (ii) de transmisión en vivo, la divulgación debe realizarse por intervalos, lo cual permita que un seguidor que se incorpora tarde a la transmisión, pueda percibir la divulgación.

Asimismo, en concordancia con los lineamientos de otros países sobre la materia⁶⁸, la comunicación de la existencia de relación material debe ser independiente de las herramientas que brinda de manera predeterminada la red social. Todo ello debido a que, las funciones que ofrece la red social, para comunicar la conexión material entre el anunciante y el *influencer*, no supone suficientes garantías de que sea un medio efectivo para la exteriorización del mensaje. Entonces, en caso las redes sociales requieran que se utilicen sus herramientas, el *influencer* debería complementarlas con mejores prácticas como el uso de etiquetas o hashtags.

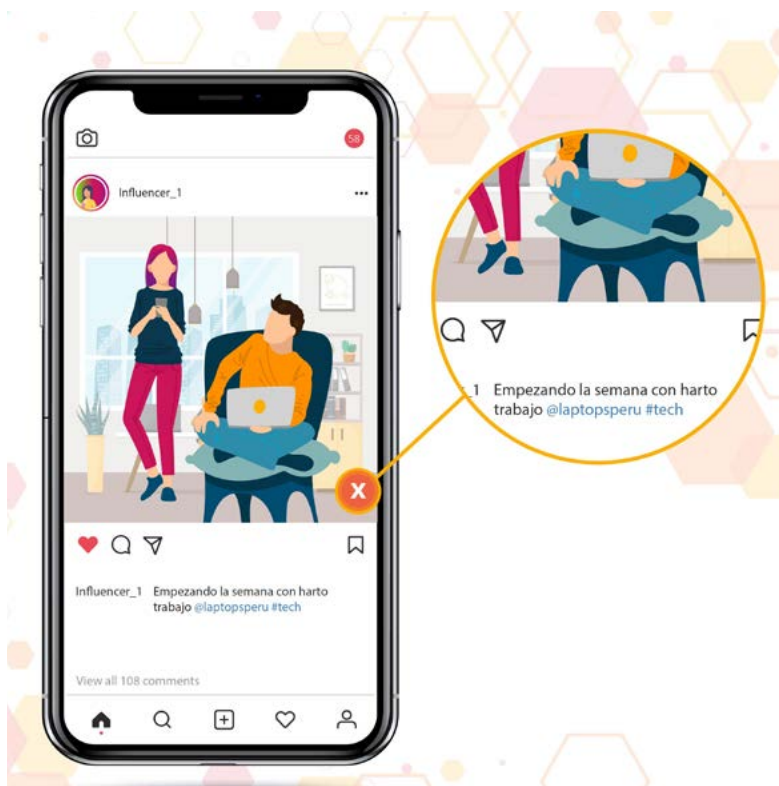
Ejemplo de buena práctica



⁶⁸ Ad Standards (2018). *Influencer Marketing Steering Committee Disclosure Guidelines*. Canadá. Recuperado de <http://adstandards.ca/wp-content/uploads/2019/02/Influencer-Marketing-Steering-Committee-Disclosure-Guidelines-Jan-2019.pdf>



Ejemplo de mala práctica



4.3 Potenciales sanciones y medidas correctivas

4.3.1 Sanciones administrativas

Las infracciones publicitarias pueden ser sancionadas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi con una amonestación o con multas de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), dependiendo de la gravedad de la infracción y siempre 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.

Ello, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponer otras Comisiones del Indecopi en los casos en que a consecuencia de la publicidad se generen afectaciones concretas y específicas a los intereses de los consumidores o infracciones a la propiedad intelectual.

4.3.2 Medidas correctivas

Además de la sanción que se imponga por las infracciones publicitarias, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en: (i) el cese de la difusión de la publicidad; (ii) la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; y, (iii) la publicación de la resolución condenatoria.



4.4. Recomendaciones finales

4.4.1 Control editorial

Los *influencers* deben asegurarse de que el anunciante tenga el control editorial sobre el anuncio contratado. De acuerdo a la ASA, las formas para que el anunciante tenga el control del contenido es que (i) establezca un guión para el *influencer* o restricciones o requisitos de contenido; por ejemplo, la obligación de colocar un hashtag; (ii) establezca los medios técnicos a utilizarse en la publicación como, por ejemplo, los elementos que deben aparecer en la foto o la forma en la que se creará el contenido; (iii) fije un cronograma de publicaciones o determine el número de anuncios que se emitirán; y (iv) apruebe o pida cambios en el contenido antes de que se difunda⁶⁹.

4.4.2 Contratos

Siguiendo con lo anterior, los acuerdos entre el *influencer* y el anunciante deberían formar parte de un contrato integral, en el cual se establezcan las obligaciones de cada parte y se incluya las especificaciones de la relación; como, por ejemplo, el tipo de contraprestación, la cantidad y modalidad de publicación, el guión que debe seguir el *influencer*, entre otras.

4.4.3 Transparencia

El *influencer* debe ser transparente con sus seguidores; de modo que, no emita testimonios que no puedan ser acreditados como auténticos y recientes y tampoco realice publicaciones que induzcan a error al consumidor o que no concuerden con la realidad. Así, el *influencer* debe ser transparente sobre la relación que mantiene con cierta marca o empresa, haciendo perceptible al consumidor la conexión material que existe.

4.4.4 Toma de conciencia

El *influencer* debe ser consciente de que su capacidad de llegada a los consumidores puede desviar las decisiones que estos toman en el mercado, modificando su comportamiento a partir de la información comercial que el *influencer* emite para promover una marca, producto o servicio del anunciante. Asimismo, debe tomar conciencia de que su comportamiento se debe ajustar a lo dispuesto, tanto en la legislación general como en la sectorial. Dado que, las reglas establecidas en dichos cuerpos normativos son aplicables a la publicidad de *influencers*.



⁶⁹ The Advertising Standards Authority (ASA). *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*.

Recuperado de <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>

4.5. Lista de verificación de recomendaciones

Lista de verificación para los influencers

- ☐ Coloca la divulgación o etiqueta que revele el vínculo material con el anunciante en un lugar visible, comprensible y en idioma castellano.
- ☐ Evita prácticas que resten importancia y visibilidad a la divulgación o etiqueta, tales como (i) colocar el nombre del anunciante mezclado con la etiqueta o hashtag ("#nombredelanunciantepublicidad"); (ii) mezclar la etiqueta o hashtag con gran cantidad de otros hashtags; o (iii) colocar la etiqueta o hashtag al final de la publicación.
- ☐ Evita referencias y abreviaturas ambiguas como colocar únicamente "¡Gracias empresa X!", "Embajador", "Socio", "Empresa X", "#Publi" o "#Ad".
- ☐ Crea contenidos originales y que no vulneren derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, usando marcas, canciones, imágenes o videos de obras cuyos derechos de autor pertenecen a terceros, sin autorización).
- ☐ Asegúrate que la publicación contenga las advertencias publicitarias aplicables al tipo de producto o servicio anunciado.
- ☐ Si realizas publicidad testimonial, basa todas tus opiniones o testimonios en experiencias auténticas y recientes.
- ☐ Usa palabras e imágenes claras y adecuadas al contexto, evitando inducir a los destinatarios del mensaje a cometer actos discriminatorios, antisociales o ilegales.

Lista de verificación para los anunciantes

- ☐ Asegúrate que los influencers con los que trabajas adviertan claramente de la naturaleza publicitaria de la publicación.
- ☐ Cuenta con las pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas de la publicación, de manera previa a su difusión.
- ☐ Establece un guión para el influencer o restricciones o requisitos de contenido; por ejemplo, la necesidad de colocar una divulgación o etiqueta.
- ☐ Aprueba o solicita cambios en el contenido de la publicidad antes de su difusión.
- ☐ Fija un cronograma de publicaciones o determina el número de anuncios que se emitirán.
- ☐ Respeta las normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de ciertos productos.
- ☐ Asegúrate de contar con las autorizaciones o licencias para el uso de signos distintivos u obras protegidas por derechos de autor en la publicidad.



V. Información de contacto

De tener alguna duda y/o consulta sobre el contenido de la guía, no dude en contactarse con el Indecopi, a través de nuestros canales oficiales y redes sociales.



Radio
Indecopi
www.indecopi.gob.pe/radio

Puedes ver el video sobre la guía en el siguiente enlace:

<https://youtu.be/pRK8suqMryM>



Influencers



Pasos que debes seguir si generas ingresos por monetización, venta de bienes o publicidad en redes sociales.

- 1



Inscribirte al RUC como persona natural con negocio o persona jurídica (3ra categoría).
- 2



Emitir factura electrónica.
- 3



Cambiar de régimen tributario si se excede el tope máximo de ingreso anual.





EL PERÚ PRIMERO



Radi
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio

www.indecopi.gob.pe