

Conferencia

CÓMO SER **COMMUNITY MANAGER** **Y/O INFLUENCER** Y NO SER SANCIONADO EN EL INTENTO



Lima – Perú
30/05
2019

INDECOPÍ

Conferencia

“CÓMO SER COMMUNITY MANAGER Y/O INFLUENCER Y NO SER SANCIONADO EN EL INTENTO”

INDECOPÍ, Lima, 2019.

Área: Ciencias Sociales

Formato: E-Book

Páginas: 29

Copyright © 2019

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

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial

Sitio web: www.indecopi.gob.pe



Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en la Conferencia “Cómo ser community manager y/o influencer y no ser sancionado en el intento”

Ortografía, sintaxis y edición: Rossy Gamarra y Francesca Lizarzaburu

Supervisión y revisión de la edición: José Purizaca Vega, Director de la Escuela Nacional del Indecopi.

Fotografías: Archivo fotográfico del Indecopi. La portada ha sido diseñada usando imágenes de Freepik.com

Diseño, diagramación y digitalización e-book: Bruno Román Bianchi

ISBN N° 978-9972-664-86-1

Editado en noviembre 2019. Primera edición digital.

E-Book. Esta publicación se puede consultar como un texto interactivo en

<http://www.escuela-indecopi.edu.pe/>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado, para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos.

La información contenida en este documento puede ser reproducida, mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los expositores y/o autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

Nota del editor: En la transcripción oral a texto de las exposiciones, se ha respetado la variedad del español y el carácter coloquial utilizado por los ponentes.



CONSEJO DIRECTIVO

Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi
Presidente

Fernando Martín De la Flor Belaunde
Consejero

Teresa Mera Gómez
Consejera

Hania Pérez de Cuellar Lubienska
Consejera

Lilian del Carmen Rocca Carbajal
Consejera

CONSEJO CONSULTIVO

María Matilde Schwalb Helguero

Lieneke María Schol Calle

Ana Inés Amelia Temple Arciniega

Alberto Nabeta Ito

César Calvo Cervantes

GERENTE GENERAL

Francisco Javier Coronado Saleh

Director de la Escuela Nacional del Indecopi

José Carlos Purizaca Vega

#ÍNDICE



BLOQUE TEMÁTICO:

**¿CÓMO EVITAR QUE LA INTERACCIÓN DEL
COMMUNITY MANAGER CON LOS CONSUMIDORES
GENERE CONTINGENCIAS PARA LA EMPRESA?**

06

¿CUÁLES SON MIS LÍMITES COMO INFLUENCER?

Alex Sosa Huapaya

*Magister en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia
Universidad Católica del Perú. Abogado Summa Cum Laude por la Universidad de Lima.
Docente de la PUCP, UPC, UP, USIL, USMP y Universidad Científica. Consejero del Estudio
Diez Canseco - Competencia & PI*



BLOQUE # TEMÁTICO:

**¿CÓMO EVITAR QUE LA
INTERACCIÓN DEL COMMUNITY
MANAGER CON LOS CONSUMIDORES
GENERE CONTINGENCIAS
PARA LA EMPRESA?**

**¿CUÁLES SON MIS LÍMITES
COMO INFLUENCER?**



Alex Sosa Huapaya

Buenas noches a todos, veo que tenemos un auditorio repleto para este tema que está bastante interesante y controvertido, por lo que, sin más preámbulo, vamos a empezar con la exposición, no sin antes hacer el respectivo *disclaimer*. Y es que, es importante que tengan conocimiento que esta exposición se realiza sobre la base de una opinión completamente personal. De ninguna manera es la posición oficial del Indecopi, que, por su parte, está a puertas de emitir unos lineamientos sobre el particular. Por lo tanto, me hago completamente responsable de todos los aciertos y errores que vienen a continuación.

Como bien se titula esta exposición, nos enfocaremos en brindar algunos tips o consejos para los anunciantes, empresas y, sobre todo, a *influencers*, pues se trata de una charla "*pro influencers*", así que quiero que lo vean por ese lado, sin perjuicio de que pueda tocar varios aspectos del derecho publicitario, competencia desleal y propiedad intelectual.

El esquema de esta exposición es el siguiente: (i) primero, vamos a romper mitos sobre la supuesta "nueva regulación" que dicen recaerá sobre los *influencers*; luego, (ii) vamos a desarrollar algunos tips para no ser sancionado por publicidad encubierta, (iii) consejos para anunciantes a fin de que puedan usar *influencers* en publicidad testimonial; y, finalmente, (iv) tips para el correcto uso de *community manager* en las estrategias de comunicación comercial de las empresas.

ROMPIENDO MITOS

Empezamos por la parte que viene generando un poco de miedo o terror: la supuesta nueva regulación para los *influencers*. De hecho, acabo de ver noticias de El Comercio y Gestión, cuyos titulares señalan lo siguiente "Indecopi da pautas para que se eviten multas de hasta 2.9 millones de soles", "Indecopi: *Influencers* podrán ser multados por publicidad engañosa", entonces, este asunto está, creo, poniendo bastante nerviosos a los *influencers* y a los anunciantes que hacen uso de ellos, así que vamos a despejar estas dudas.

¿Nueva regulación para los *influencers*?, falso, eso no es cierto. Los actos concurrenciales de los *influencers* están regulados y, podemos decirlo, desde antes de su nacimiento, pues la Ley de Competencia Desleal es completamente aplicable para los *influencers*, como también, para los anunciantes y acá no hay nada nuevo, no existe la más remota posibilidad -espero- de una nueva regulación ni nada por el estilo que pueda recaer sobre la actividad de estos divertidos e interesantes personajes.

Lo que ha dicho el Indecopi es que va a preparar unos lineamientos para que los *influencers* y anunciantes que hagan uso de los *influencers*, tengan pautas para no infringir la ley, lo cual es digno de aplaudir, porque es parte del compromiso del Indecopi, el velar por el correcto funcionamiento del mercado y qué mejor que informando a la sociedad acerca de qué conductas son permitidas por la norma y cuáles no.

Ahora bien, la pregunta cae de madura ¿la norma aplica para todos los actos que realicen los *influencers*? Y la respuesta es un rotundo no. La Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante LRCD) solo aplica para los actos que tengan finalidad concurrencial. ¿Y qué significa esto? La Sala de Defensa de la Competencia ha señalado en reiterados pronunciamientos que:



"(...) un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el agente económico que lo comete, procura obtener algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento comercial de quien lo realiza" (RESOLUCIÓN 0065-2018/SDC-INDECOPI)

¿Qué es un *influencer*?, digamos, de modo bastante general, que los *influencers* son líderes de opinión en redes sociales, que generan y tienen un gran poder de persuasión en determinado grupo de seguidores. Y claro, tenemos muchos perfiles de *influencers*: las celebridades, los íconos de la moda, las autoridades, los periodistas, "opinólogos", "politólogos", deportivos, "gamers", etc.

Existen tantos perfiles de *influencers* como el tipo de interés que puedan demandar los consumidores, pero lo importante aquí es entender que los *influencers* son completamente libres de opinar y generar el contenido que deseen, sin embargo, si realizan cualquier tipo de acto que posea finalidad concurrencial, están obligados a cumplir con lo establecido en la LRCD. Vamos a explicar esto con ejemplos bastantes gráficos. Vamos a centrarnos en una *influencer* que genera bastante contenido en sus redes sociales, como Jely Reátegui.

Si un día Jely publica en sus *instastories* un recuerdo de una obra teatral de la cual participó o publica una foto suya con un maquillaje particular sin mostrar una marca comercial de por medio ¿eso es un acto con finalidad concurrencial? Evidentemente, no. Dichas publicaciones no son susceptibles de mejorar la posición concurrencial de dicha *influencer* ni la de una empresa anunciante. Dichas publicaciones están protegidas por la libertad de expresión. Está haciendo un uso completamente libre de sus redes sociales.

¿Qué acto en el que participe Jely Reategui sí podría tener finalidad concurrencial? Les damos un par de ejemplos: (i) Si Movistar utiliza la imagen de esta reconocida *influencer* para que recomiende ciertos productos de la empresa o utiliza su imagen dentro de su publicidad comercial (en estos casos el anunciante sería Movistar y el uso de Jely en su publicidad sería un acto con finalidad concurrencial, pero del anunciante); y, (ii) si dicha *influencer* desarrolla su propia marca de vestido y la promociona a través de sus redes sociales (en este último caso ella sería la anunciante y el acto con finalidad concurrencial le generaría un beneficio directo a ella).

LRCD solo se aplica a actos con finalidad concurrencial



Para entender la diferencia establecida en los párrafos anteriores, es importante tener claro que para que un acto tenga finalidad concurrencial, deben concurrir dos requisitos: (i) que ese acto tenga efectos en el mercado, y el segundo requisito es que (ii) ese acto sea susceptible de mejorar la posición concurrencial o en el mercado del agente económico que lo practica (de manera directa o indirecta).

Muchos ya me están mirando raro y es porque parece que estoy hablando en términos complicados, pero no, vamos a ponerlo más simple: ¿cuándo un acto tiene finalidad concurrencial? Cuando se presentan al mismo tiempo, dos condiciones: uno, si impacta en el mercado; dos, si existe la posibilidad de que ese acto mejore, directa o indirectamente, mi posición en el mercado. Algo tan simple como eso. Si el acto no tiene finalidad concurrencial no se le aplica la LRCD, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la referida norma¹.

Así, podemos afirmar con total seguridad que, todo tipo de publicidad comercial siempre tiene finalidad concurrencial. ¿por qué?, porque siempre va impactar o tener un efecto en el mercado (si se difunde o exterioriza) y siempre va a generar la posibilidad de que mejore la posición concurrencial del anunciante en el mercado, así venda un solo producto.

Entonces, retomando con el tema que nos ocupa esta noche, es importante que nos preguntemos cómo se presentan comercialmente los *influencers* en el mercado. Por lo general, considero que se presentan de dos formas:

i. **como soporte publicitario o testimonio para terceros anunciantes**, es decir, un anunciante utiliza al *influencer* para que, a través del uso de su cuenta de red social, dé ciertos comentarios, comparta su experiencia respecto al producto, lo luzca puesto, lo use o simplemente, haga un *unboxing*. También el anunciante puede utilizar al *influencer* como testigo en su propia publicidad (de tipo testimonial²), situación en la que tendremos al *influencer* fuera de su cuenta y lo tendremos inserto en la publicidad comercial del anunciante.

ii. **cuando el *influencer* es a la vez, anunciante**, en estos casos vemos que el *influencer* desarrolla su propia línea de productos o servicios y los promociona. Y es algo natural, pues llega el punto en el que el *influencer* se da cuenta que es tan famoso que puede, no solamente recomendar ciertas marcas, sino crear su propia marca. Es el caso de la famosa *influencer* italiana Chiara Ferragni, que empezó promocionando algunas marcas importantes hasta que se hizo famosa y terminó desarrollando su propia línea de zapatos y ahora califica como anunciante de sus propios productos.

1 Artículo 2°.- Ámbito de aplicación objetivo. -

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

2 Sobre la publicidad testimonial, el artículo 58 de la LRCD nos alcanza las siguientes definiciones:

j) **Publicidad testimonial**: a 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; **l) Testigo**: a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta del anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad.



A este punto, nos debe quedar bastante claro que los *influencers* van a tener este tipo de participación en el mercado: o bien son usados en o para hacer publicidad a favor de terceros, o son anunciantes. Dicho todo esto, a continuación, pasamos a romper el mito.

En primer lugar, les cuento que el responsable del contenido de la publicidad comercial **siempre es el anunciante**³, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LRCD⁴. Entonces, nos debe quedar bastante claro que la **única forma** en la que un *influencer* sea responsable **del contenido de la publicidad comercial** es que sea un anunciante, es decir, únicamente en el caso de que el *influencer* desarrolle su propia marca y difunda publicidad con el objeto de generar transacciones comerciales a su favor⁵.

Entonces, ¿qué pasa cuando el *influencer* es un soporte publicitario nada más o es utilizado como testigo en publicidad testimonial?, pregunta interesante, pues si regresamos al ejemplo de inicio de esta exposición, si Movistar contrata a Jely Reategui para que recomiende su servicio de telefonía móvil a través de su cuenta de Instagram ¿Jely sería responsable del contenido de la publicidad? Evidentemente, no. El responsable solo será Movistar en su calidad de anunciante. Dicha empresa será la responsable de todas las afirmaciones objetivas, es decir, de todas las afirmaciones comprobables que emita Jely Reategui en la referida publicidad y de cualquier acto de competencia desleal que se pueda generar a través de ella.

De esta forma le bajamos la tensión al tema de que los *influencers* puedan ser sancionados hasta con 700 UIT como señalaban los titulares de los diarios anteriormente citados. Cuidado con esto. Solamente existe esa posibilidad si el *influencer* es anunciante a la vez, pues si es un soporte publicitario o es utilizado para promocionar determinado producto o servicio a través de su cuenta de cualquier red social, a lo mucho puede ser responsable si se le considera un medio de comunicación social⁶.

³ "El anunciante es quien tiene la facultad de cesar en la actividad publicitaria y la obligación de rectificar cuando resulte procedente (...). Puede ser anunciante toda persona natural o jurídica (pública o privada) que tenga la capacidad de obrar requerida al efecto por las normas que resulten aplicables -civiles, mercantiles, administrativas- según su naturaleza. El dato específico y jurídicamente relevante, para ser un anunciante, es que se realice la publicidad en interés de la persona de que se trate. Se trata, por tanto, de una condición de carácter fáctico.
(...)

El anunciante es el interesado en la realización de la publicidad y, en consecuencia, el dueño de la comunicación publicitaria". SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. Derecho de la Publicidad. Madrid: Civitas Ediciones. 2003. Pp. 136 -137.

4 Artículo 23º.- Asignación de responsabilidad. -

23.1.- La responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos, al anunciante.

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

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

⁵ En efecto, el artículo 58 de la LRCD define al anunciante de la siguiente forma: 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.

⁶ El inciso f del artículo 58 de la LRCD define de la siguiente manera al 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



Sería interesante que el Indecopi aclare o delimite la responsabilidad de los *influencers* en los lineamientos que están próximos a publicar. Y es que la pregunta cae de madura, ¿realmente un *influencer* califica como un medio de comunicación social?, ojo, un *influencer* puede ser un testigo, en publicidad testimonial de producto o servicio de un tercero, como también, puede utilizarse su cuenta de red social para difundir publicidad a favor de determinado anunciante. De estos dos últimos ejemplos, **nos queda bastante claro, que en ninguno calificaría como anunciante, por lo tanto, no es responsable del contenido ni de la veracidad de las alegaciones publicitarias que utilice a favor del tercero anunciante.**

Ahora bien, personalmente, creo que un *influencer* sí puede ser considerado un medio de comunicación social cuando hace publicidad para una empresa **desde su cuenta de una red social**, pues presta este servicio al anunciante y la norma es clara en señalar que es medio de comunicación social toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad (una de ellas, el Internet)⁷.

Así, si el *influencer* es un medio de comunicación social cuando es contratado para hacer publicidad desde su cuenta de red social, únicamente sería responsable **por cualquier infracción a una norma de difusión, mas no por el contenido del anuncio**, en virtud de lo establecido en el artículo 23.2 de la LRCD, que señala *“es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal **que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante**”* (el subrayado es nuestro).

De acuerdo a nuestra LRCD, norma de difusión es toda norma referida a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad⁸. Un ejemplo de norma de difusión son las prohibiciones establecidas por norma para la difusión publicitaria de determinados productos, como la que prohíbe la difusión publicitaria de productos de tabaco a través de la publicidad comercial difundida a través de la televisión de señal abierta (Ley N° 28705).

de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, Internet, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar”

7 SANTAELLA señala sobre los medios de publicidad lo siguiente: *“el medio, como el anunciante y la agencia de publicidad, puede ser una persona natural o jurídica. Ahora bien, a diferencia de estos últimos, la LGP precisa que el sujeto-medio puede ser una persona (natural o jurídica) pública o privada.*

(...)

La finalidad esencial, que constituye la auténtica nota distintiva del medio de publicidad, es dedicarse de manera habitual y organizada a la difusión de publicidad. En efecto, el medio supone en el proceso de la comunicación publicitaria un importante eslabón en cuanto es él quien hace posible, en definitiva, la comunicación pública que supone la publicidad.

El inciso final de la decisión legal, “a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”, alude a una realidad que diversifica los medios de publicidad en dos tipos fundamentales: los medios publicitarios que lo son exclusivamente (a los que la LGP denomina “soportes”) y los medios de comunicación social en general que difunden, al lado de su propio contenido informativo, mensajes publicitarios.” SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. Op. Cit. Pp. 139 - 140

8 Artículo 58.- Definiciones

(...)

g) Norma de difusión: a toda norma referida a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad, con excepción de aquéllas referidas a la ubicación física de anuncios, las cuales tienen finalidad de orden urbanístico y no de regulación del mensaje publicitario.



Un ejemplo real de lo antes señalado, lo tenemos en el escándalo mediático que se desató contra la empresa Philip Morris, que generó la suspensión de su campaña publicitaria en la que utilizaba *influencers* para incentivar la adquisición de su nuevo cigarrillo electrónico IQOS (que contenía tabaco)⁹. En el Perú, estaría prohibido difundir ese tipo de publicidad y sería sancionada por infracción al Principio de Legalidad (artículo 17 de la LRCD)¹⁰. En este caso, existiría una responsabilidad por parte del anunciante como también una independiente para el *influencer*, pero, únicamente, por haber infringido la norma de difusión antes comentada y si es que dicha publicidad se difundió a través de la plataforma social del *influencer*, toda vez que, únicamente en ese caso, calificaría como medio de comunicación social.

Con lo anterior, nos debe quedar claro que, si el *influencer* es utilizado como testigo en publicidad testimonial del anunciante, fuera de su cuenta de red social, el único que será responsable por el contenido de dicha publicidad será el anunciante. El *influencer* no tendrá responsabilidad alguna. Así se infrinja una norma de difusión, pues no calificaría como medio de comunicación social, mucho menos como agencia de publicidad.

Por todo lo antes expuesto, podemos decir que a este punto de la exposición, ya conocemos cuál es la responsabilidad del *influencer* que forma parte de la publicidad comercial y hemos desmentido esa mala información que señalaba que podían ser sancionados con 700 UIT, pues ello solo podría suceder si son a la vez anunciantes y su publicidad infringe gravemente lo dispuesto en la LRCD (en el Perú son pocos los *influencers* que tienen su propia línea de productos y califican como anunciantes); y, por otro lado, **no tenemos un solo antecedente en el que se haya sancionado con 700 UIT a un medio de comunicación social**. Por lo tanto, ahora corresponde pasar al tema más controvertido del uso de *influencers* en el mercado: la supuesta publicidad encubierta¹¹ que infringe el principio de autenticidad de la LRCD (artículo 16)¹².

⁹ DIARIO EL PERIODICO. *Philip Morris suspende una campaña con 'influencers'*. Consulta: 29 de mayo de 2019. <https://www.elperiodico.com/es/extra/20190513/philip-morris-suspende-una-campana-con-influencers-7452019>

¹⁰ El artículo 17 de la LRCD establece que los actos contrarios al principio de legalidad “consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria”. Agrega la propia LRCD que “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”.

En primer término, debe destacarse que la mención “legalidad” no puede ser empleada para argumentar que el principio se circunscribe únicamente a los casos de violación de normas de rango legal. Esta interpretación se encuentra apoyada por la precisión referida al incumplimiento de cualquier disposición sectorial. En según término, cabe destacar la precisión que efectúa la LRCD al señalar que las normas cuyo incumplimiento importa la contravención del principio de legalidad, son las referidas a la actividad publicitaria.

Como el lector podrá advertir, estamos frente a un principio que habilita a la autoridad a sancionar una gran cantidad de supuestos diferenciados (...) RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo y Alex SOSA. Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú. Lima: Themis. 2014. P. 113.

¹¹ Según Beatriz Patiño: “en la publicidad encubierta, el mensaje publicitario es percibido por el consumidor como una información objetiva. De este modo, el público no es capaz de identificar que se trata de una publicidad. Por este motivo, la publicidad que se disfraza bajo la máscara de una noticia, entrevista, magazine, serie de televisión etc. se convierte en publicidad encubierta”. PATIÑO, Beatriz. La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español. Barcelona: Editorial Bosch, S.A. 2007. P. 303

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

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



¿EL USO DE INFLUENCERS ES PUBLICIDAD ENCUBIERTA?

La publicidad encubierta¹³ se encuentra regulada por el principio de autenticidad contenido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044. ¿Qué es lo que busca reprimir el referido principio? Busca reprimir que los anunciantes usen como estrategia de marketing, comunicaciones comerciales que no permitan que el consumidor diferencie o entienda su naturaleza publicitaria¹⁴.

¿Cuál es el principal problema de la publicidad encubierta? El principal problema de esta modalidad publicitaria es que puede generar como efecto que el consumidor crea que la comunicación a la cual se encuentra expuesto es información imparcial y objetiva, cuando ello no es cierto.

¿Y cuál es el fundamento de esta protección?, es bastante simple, ¿ustedes creen todo lo que les dice la publicidad? Evidentemente, no. Ojo que no es porque los anunciantes nos mientan siempre. El punto es que tendemos a ser un poquito escépticos cuando estamos frente a la publicidad comercial, no nos creemos todo, porque sabemos que nos están tratando de vender algo y que, por ello, nos van a hablar maravillas del mismo. Recordemos que ello es la esencia de la publicidad comercial, pues su finalidad es persuadir a los receptores a fin de que realicen transacciones comerciales a favor del anunciante. De este modo, nos ponemos cierto escudo o barrera cuando estamos expuestos a la publicidad comercial.

Somos relativamente escépticos. Queremos informarnos un poquito más antes de tomar una decisión. Si vemos letras pequeñas por ahí, decimos acá puede haber gato encerrado, etc. Pero se han preguntado ¿cuál es nuestra reacción frente a documentales, entrevistas, notas periodísticas?, es completamente distinta a cuando estamos expuestos a publicidad, pues tendemos a creer un poco más en ellas, ¿por qué? Porque creemos que son objetivas, que nacen de una investigación, que no están parcializadas a favor de una marca, que son completamente imparciales.

Entonces, existen algunos anunciantes maliciosos que utilizan estas figuras para, de alguna manera, ocultar el carácter comercial de una comunicación, y de esta forma, hacer que el consumidor crea un poco más en el mensaje publicitario. Así, lo que busca reprimir este artículo 16 de la LRCD es ese tipo de comunicaciones, reprimir la publicidad encubierta.

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 publireportaje o un anuncio contratado.

13 Según Anxo Tato "la publicidad encubierta surge, así pues, cuando el mensaje publicitario no ha sido identificado como tal y su finalidad publicitaria tampoco es reconocible por el público de los consumidores. Podríamos hablar entonces, quizás, de publicidad oculta o publicidad disfrazada, en la medida en que el correspondiente mensaje se presenta ante los ojos de los consumidores, bien bajo la apariencia de un mensaje informativo, bien bajo el disfraz de un mensaje de cualquier otra naturaleza. De donde se deduce que, en la hipótesis de la publicidad encubierta, existe un engaño del público en punto a la naturaleza y finalidad del correspondiente mensaje; al ignorar la naturaleza publicitaria de éste, el público podrá concluir que se encuentra ante un mensaje puramente informativo (...) o ante un mensaje justificado únicamente por criterios artísticos." TATO PLAZA, Anxo. "Product Placement y publicidad encubierta (comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso "soberano)". En: Actas de Derecho Industrial N° XXII (2001). Pp. 585-586.

14 SOSA, Alex. "La publicidad encubierta y nuevas modalidades publicitarias". En: Revista de Actualidad Mercantil file:///C:/Users/aesos/Downloads/14964-59356-1-PB%20(2).pdf (página consultada el 4 de setiembre de 2019)



Sin embargo, es importante precisar que dicho principio brinda una solución a los anunciantes por si desean difundir publicidad que pueda generar el riesgo de que el consumidor no entienda o perciba su naturaleza comercial: establece que se puede emitir este tipo de comunicaciones siempre y cuando se advierta que se trata de un anuncio contratado o un publrreportaje¹⁵

Una vez dicho todo lo anterior y teniendo claro qué es la publicidad encubierta¹⁶, corresponde comentar algunos casos reales:

a. Caso Lord & Taylor (USA)

En el 2015 la marca Lord & Taylor utilizó a 50 *influencers* de moda muy importantes y los invitó a subir fotos en Instagram utilizando sus vestidos, esto formaba parte de la campaña *Design Lab*.



La firma Lord & Taylor pagó entre 770 euros a 3,000 euros a cada una de estas *influencers*, además de obsequiarles dichos vestidos. El retorno para esta empresa fue de 11 millones de visitas a la página web en 2 días. Un éxito rotundo.

La FTC inició una investigación por publicidad encubierta. A decir de la autoridad norteamericana, el hecho de que aparezcan estas 50 *influencers* utilizando el vestido de esta marca podría calificar como publicidad encubierta, toda vez que los consumidores no podrían notar o diferenciar si lo hacían de forma completamente objetiva e imparcial, o si al final formaba parte de una campaña publicitaria.

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

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

15.2.- 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 publrreportaje o un anuncio contratado.

¹⁶ Sobre el principio de autenticidad, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que: "(...) los actos contrarios al principio de autenticidad no se agotarían en la publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o mate-



¿Qué opinan? Si vemos bien el "posteo", en realidad las *influencer* hacían una referencia a la marca y, además, consignaban la denominación de la campaña Design Lab.

¿Sinceramente podríamos creer que estas 50 *influencers* publicaron esos posteos sin recibir nada a cambio? Creo que nadie es tan ingenuo. No hay almuerzo gratis, señores. Si un *influencer* sabe que tiene esa capacidad de persuasión y de llegada a los consumidores, si tiene claro que es un soporte publicitario que puede generar dinero con solo usar su imagen, no creo que esté dispuesto a hacer publicidad a terceros de forma gratuita por lo que discrepo con el análisis realizado por la autoridad norteamericana.

Este es el punto de controversia de usar *influencers* para que promocionen marcas de terceros en su cuenta de cualquier red social: ¿cómo saber si es publicidad encubierta o no?, ¿si es publicidad o si es parte de una comunicación cualquiera? Es una tarea compleja, pero que igual tiene una solución, la misma que ha sido desarrollada por el Indecopi a través de su jurisprudencia. En efecto, hace más de 5 años se pronunció sobre si el *product placement* configuraba publicidad encubierta¹⁷.

Cabe precisar que, se designa *product placement* o "emplazamiento de producto", a la presentación, por cualquier medio, y con fines publicitarios, de productos o servicios, o de sus marcas o signos distintivos, durante el desarrollo de películas, series o cualquier otro programa difundido a través de medios de comunicación audiovisual¹⁸.

Un claro ejemplo de esta figura es la película *Transformers*, que está "plagada" de marcas que patrocinan la película, o *Rápidos y furiosos*, que es una película donde podemos notar la aparición de muchas marcas que, obviamente, pagan para ser incluidas dentro de estas obras y eso no tiene nada de malo. Desde mi punto de vista, tampoco tiene nada de encubierto, pero igual, siempre existen posiciones encontradas sobre esto. En fin, frente a ello, al Indecopi le tocó pronunciarse sobre si dicha modalidad era encubierta o no.

De acuerdo a la Sala de Defensa de la Competencia, deben presentarse de forma concurrente 2 factores para que estemos hablando de publicidad o para poder encontrar o determinar si esa publicidad es encubierta o no. La concurrencia de un factor objetivo más un factor subjetivo. El **factor objetivo** no es otra cosa que la existencia de una contraprestación -de cualquier tipo- entre el anunciante y el *influencer* (no solo dinero, puede ser un canje, pueden ser viáticos, puede ser un carro, una casa, etc., en resumen, cualquier tipo de pago).

Por su parte, el **factor subjetivo** se va a presentar cuando se muestre de forma destacada la marca o producto que quieren promocionar. Si se dan esos dos factores al mismo tiempo estamos frente a publicidad comercial, pero si de pronto no existe el factor objetivo, o sea, si es que no hay ningún tipo de contraprestación, no hay canje, no hay absolutamente nada ni siquiera contacto entre el anunciante y el *influencer*, por más que este muestre de manera destacada la marca, lo siento mucho, eso no es publicidad comercial (por más que pueda tener efectos comerciales que le reporten mejoras a la marca promocionada) y el titular de la marca promocionada no será responsable de lo que pueda decir el *influencer*, pues no calificará como anunciante.

rial recreativo, sino que podrían configurarse mediante otro tipo de actos de naturaleza publicitaria que no sean percibidos por los consumidores como tales, incluido el eventual supuesto de la publicidad subliminal"

¹⁷ Ver: Resolución 3665-2012/SDC-INDECOPI

¹⁸ Tato Plaza, Anxo, Fernández, Pablo y Herrera, Christian. Ídem. Pp. 135-136.



La situación descrita puede generar un efecto publicitario a favor del anunciante o en contra quizás, pero el anunciante no ha contratado con el *influencer* para generarse este beneficio, ¿me siguen?, si es que no existe este factor objetivo, si es que no existe ningún tipo de contraprestación entre el titular de la marca y el *influencer*, la comunicación realizada por este último forma parte de su derecho a la libertad de expresión y, de ninguna manera, genera que el titular de la marca sea anunciante, pues recuerden que por definición (incluida en el artículo 59 inciso c de la LRCD), anunciante es:

"(...) 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".

b. Caso Chiara Ferragni

Chiara Ferragni es una mujer italiana que empezó a ser *influencer* tomándose fotos con su, en ese entonces, novio en paisajes muy bonitos de Italia. De pronto, se empezó a dar cuenta que tenía una gran cantidad de seguidores y empezó a aparecer con algunos bolsos de marcas importantes, los cuales no eran patrocinados. Eran de su propiedad. No pasó mucho tiempo para que las empresas se dieran cuenta de que las publicaciones de Chiara iban bastante bien, así que empezaron a financiar algunas publicaciones, empezaron a darle productos como "regalo" a cambio de que aparezca en sus publicaciones usándolos. Bueno, para hacer corto el cuento, se dio cuenta de que podía hacer un buen negocio con su imagen, así que se separó del novio y creó su propia cuenta de Instagram. Y no se equivocó, le fue tan bien que ahora tiene su propia línea de zapatos. Así vemos que de ser una *influencer*, es decir, un soporte publicitario que recomendaba o usaba marcas, pasó a ser una anunciante completa de su propia línea de productos.

Hace unos días, en el evento de Cannes publicó estas tres *instastories* en su Instagram, ¿qué opinan?, ¿es publicidad encubierta?



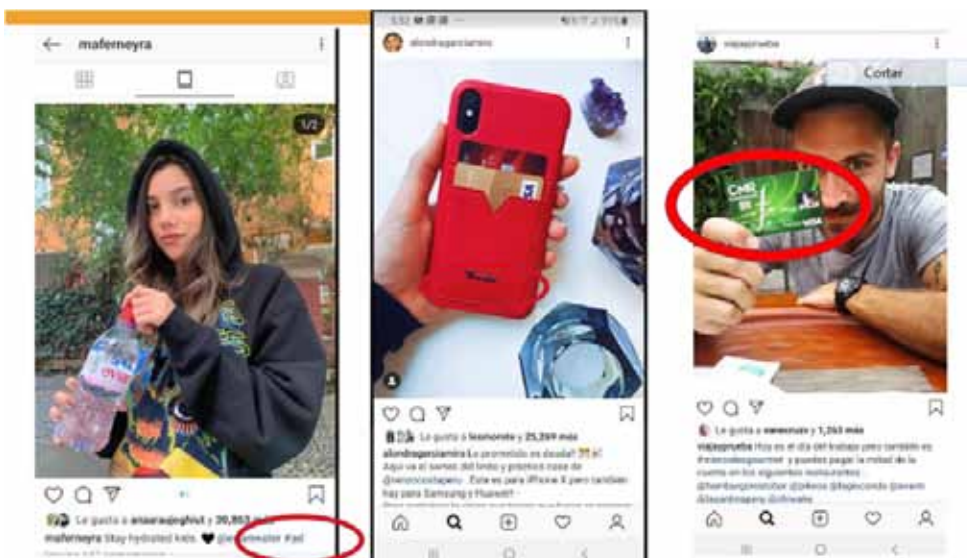
Como pueden apreciar, en la primera publicación habla de uno de los vestidos que van a utilizar ella y sus colegas en la alfombra roja de Cannes y, claramente, se ve la marca de H&M; en la siguiente la vemos posando con un vestido puesto y en la parte inferior se puede advertir un #Ad, de *Advertisement* (publicidad), lo cual deja claro que se trata de una publicación patrocinada; y, finalmente, en la última publicación la vemos vistiendo una de las marcas que patrocina.

A ver, alguno de ustedes cree que Chiara Ferragni, siendo una persona tan importante y sabiendo, además, que es un soporte publicitario tremendo, ¿ustedes creen que saldría en un *instastory* promocionando una marca que no le está pagando? Sería bastante difícil. Habría que ser bastante ingenuo para pensar que eso es publicidad encubierta, pero bueno, recuerden que esta exposición se realiza sobre la base de una opinión personal.

c. Casos nacionales

A nivel nacional, Mafer Neyra es una influencer que va creciendo bastante. Vemos en su publicación que sale acompañada de agua de marca Evian e indica en la parte inferior que se trata de publicidad, haciendo uso del *hashtag* #Ad; en la siguiente publicación vemos a Alondra García Miró recomendando los case de Renzo Costa, pero vemos que no hace ninguna advertencia de que es publicidad o no, ¿qué opinan? ¿Es publicidad encubierta? Reflexionemos un poco. Si ustedes son Alondra y saben que son un soporte publicitario bien fuerte y que las marcas las buscan para promocionar sus productos, ¿publicarían un post recomendando un producto porque le parece muy bonito?, ¿porque quieren que todos tengan uno? Esta es la gran controversia.

Luego, vemos una publicación de la cuenta "Viaja y prueba", en la que se muestra la tarjeta de CMR y "postea" señalando que en el día del trabajo, con la tarjeta CMR, podemos encontrar descuentos del 10% en tal y tal restaurante. ¿Uds. creen que lo hace para que todos podamos comer rico o para que todos podamos acceder a este descuento de la tarjeta CMR? No pues, no seamos tan ingenuos.



Por ejemplo, Karen Schwarz sale en una publicación promocionando un reloj y se ve la marca del reloj por todas partes, con 40% y todo lo demás; ¿sería necesario hacer una advertencia adicional para dejar claro que es publicidad, habría alguna duda de que es un post patrocinado?



Sigamos con los ejemplos. La *influencer* Talia Echecopar de pronto difunde una publicación en la que habla bastante bien de un detergente. No creo que nos quedaría muchas dudas en concluir que se trata de un anuncio patrocinado ¿no? De hecho, este es un caso real que resolvió CONAR hace poco menos de un año. Posiblemente, sea la única entidad privada que se ha pronunciado sobre la publicidad encubierta de *influencers* en un espacio muy reducido de su Resolución, pero, por lo menos, concluyó que no era publicidad encubierta. Como podrán apreciar de los ejemplos anteriores, por lo general, no es tan difícil diferenciar cuándo el posteo es patrocinado y cuándo no. Entonces, no sé si estamos siendo un poquito exagerados con el uso de *influencers* en publicidad.



CUANDO EL INFLUENCER ES UTILIZADO EN PUBLICIDAD TESTIMONIAL

Otra forma usual en la que los anunciantes hacen uso de los *influencers* es la publicidad testimonial¹⁹. Esto no tiene nada de novedoso. En toda la historia de la publicidad, los anunciantes han utilizado figuras como John Travolta, Sylvester Stalone, entre otros grandes personajes como testigos en su publicidad²⁰. Y en estos tiempos la situación no ha cambiado ni tendría por qué hacerlo. Así vemos que los anunciantes nacionales contratan a Mafer Neyra para que recomiende un local para el tratado del cabello después de un laceado y también podemos ver, a nivel internacional, a Dulceida en la publicidad de Huawei recomendando sus equipos celulares.

Estaremos frente a publicidad testimonial cuando se utiliza un testigo para compartir una experiencia y/o para trasladar su imagen comercial a favor de la marca o producto, lo cual es completamente lícito de acuerdo a nuestra LRCD, que lo único que le exige al anunciante que va a hacer uso de esta modalidad publicitaria es que cuente con las pruebas que acrediten que el testigo tuvo una experiencia auténtica y reciente con el producto ofertado²¹.

Así, si eres un anunciante y vas a hacer uso de publicidad testimonial y tienes pensado utilizar *influencers*, ¡todo bien! pero debes asegurarte de contar con las pruebas de que dicho *influencer* ha tenido una experiencia auténtica y reciente con el producto o servicio que deseas promocionar.

Ojo, acá no valen las declaraciones juradas, de hecho, ya hay pronunciamientos recientes de la Sala de Defensa de la Competencia que señalan que una declaración jurada de testigo no es prueba suficiente para acreditar que se trata de una experiencia auténtica reciente. Y esto tiene sentido, pues podríamos confiar mucho en las declaraciones juradas, pero hay que reconocer que también podría ser una forma de sacarle la vuelta a la norma. Entonces, aquí tienen que ponerse un poquito creativos, tienen que tener pruebas que acrediten efectivamente que se trate de una experiencia auténtica y reciente de testigo.

¹⁹ Según DE LA CUESTA, "se llama publicidad testimonial a aquella que en sus mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente del anunciante expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios.

Lo característico de la publicidad testimonial es que busca el refuerzo que supone que el mensaje se respalde por alguien distinto del anunciante, porque así se diluirán en el momento decodificador las consecuencias del carácter de mensaje interesado propio de todo mensaje de publicidad.

Congruentemente, la publicidad testimonial implica que la persona del testimoniante emita su opinión o parecer relativo a circunstancias integrantes del mensaje; también implica que el testimoniante aparezca como alguien enteramente diferente del anunciante. La forma de expresión de la publicidad testimonial puede ser muy variada, por ejemplo, mediante la inserción de cartas de agradecimiento de usuarios de producto, o de las buenas críticas de una buena película, etc.

La finalidad que se persigue con la publicidad testimonial y el bien al que ésta se refiere hacen que en la práctica aparezcan como testimoniante personas que gozan de fama o celebridad entre el público, o expertos en la materia a que la publicidad se refiere, o personas comunes con experiencia por usar o consumidor el producto o servicio". DE LA CUESTA RUTA, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: EUNSA. 2002. P. 162.

²⁰ Nuestra LRCD define al "Testigo" de la siguiente manera: a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta del anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad.

²¹ En efecto, el artículo 8.2 de la LRCD señala lo siguiente: "configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo".



TIPS PARA USAR INFLUENCERS

Para empezar con este punto, como ya lo hemos explicado desde el inicio de la presente exposición, el anunciante es el responsable del contenido de la publicidad comercial, no el *influencer*. De este modo, si se le utiliza como testigo en publicidad de un tercero anunciante, este último será responsable de todas las delegaciones objetivas y, por ende, comprobables que emita el *influencer* en el anuncio. Asimismo, si se usa al *influencer* y su cuenta de red social para hacer publicidad, el responsable del contenido también será la marca que se beneficia con los comentarios, *unboxing* o cualquier acto que realice dicho personaje con la marca que lo contrata.

Así que cuidado con esto anunciantes: si le dan una total libertad al *influencer* para que en virtud de su inspiración diga lo que quiera sobre su producto, tengan mucho cuidado con lo que vaya a decir porque el *influencer* no va a ser responsable de absolutamente nada de lo que diga si es que es objetivo por su carácter comprobable.

El responsable va a ser siempre el anunciante. La marca le está pagando por salir en su publicidad, lo cual le va a reportar un beneficio en el nivel de persuasión de la comunicación. Por lo expuesto, escuchen con atención anunciantes: una de las primeras cosas que tienen que hacer si van a hacer uso de los *influencers* en su publicidad como testigos, **es mantener el control**, yo sé que suena un poco feo, pero tienen que controlar totalmente la información que va a emitir este personaje, no lo pueden dejar en total libertad (al menos, no lo recomiendo. La "creatividad" puede ser traicionera).

En este punto queremos hacer énfasis sobre la importancia de los guiones y de los contratos. Claro, hay *influencers* que son más experimentados o están mejor asesorados que otros. A un reciente *influencer* quizás le pueden poner un guion, pero a los que tienen experiencia o cuentan con asesoría va a ser más difícil. Pero igual es importante, porque, así "se curan en salud" como anunciantes frente a cualquier contingencia con la autoridad o en el peor de los casos, dejan constancia de que le indicaron expresamente qué cosas no podía decir el *influencer*, con lo cual pueden repetir contra él frente a cualquier sanción por infracción a la LRCD (dejando todo ello bastante claro en el contrato, obviamente).

Por todo lo antes señalado, es siempre importante elaborar un contrato, tener un guion, o al menos, dejarle bien claro o de forma expresa al *influencer* qué es lo que no puede decir o ponerle límites a los comentarios que pueda hacer sobre el producto (por ejemplo, no compararlo con el producto de la competencia).

Siguiente tip. En este punto desarrollaremos lo que mucha gente está hablando. No es un invento peruano, esto ya se viene diciendo en otros países. Y es que es importante usar términos que permitan identificar el carácter comercial de las comunicaciones de los *influencers* a los consumidores. La clave, al parecer, está en el uso de hashtags publi, publicidad, ad, *advertisement*, etc; indicadores que les permitan, de alguna manera, entender a los consumidores que la comunicación a la que están expuestos es patrocinada por una marca anunciante.

Con el uso de estos términos ustedes como anunciantes y/o *influencers*, además, se "curan en salud" porque pueden dejar constancia expresa de que están indicando que se trata de publicidad comercial. Y bueno, también pueden ponerse creativos; acá no hay obligación alguna de usar los hashtags que hemos comentado, pues lo importante es que el anunciante



use cualquier tipo de indicación que permita demostrar que su comunicación es de naturaleza comercial.

Hace un rato veíamos la publicación de Karen Schwarz promocionando un reloj que tenía la marca del mismo por todas partes, ¿era necesario además que le ponga un hashtag de publi? Yo creo que no, pues era bastante obvio que el posteo era patrocinado. Aquí el tip viene acompañado de un consejo, si el Indecopi va a publicar unos lineamientos sobre el uso de *influencers* en publicidad, es muy probable que luego de su publicación se dé inicio a campañas de fiscalización, por lo que recomendamos utilizar de forma destacada los hashtags antes comentados, así en algunos casos parezca innecesario, ya que ello permitirá reducir al mínimo la contingencia de ser investigado por la autoridad, por lo menos, hasta que salgan los primeros pronunciamientos que dejen bastante claro cuáles serán las reglas de juego.

Como comenté, hace bien la Comisión de Competencia Desleal en preparar sus lineamientos previamente a empezar con una fiscalización a la publicidad de *influencers*. Así demuestra el compromiso que tiene con el mercado y con la sociedad de informarles antes de empezar con algún tipo de programa de fiscalización de por medio. Es parte de su destacable rol educador.

La pregunta que nos falta responder a este punto es ¿qué pasa cuando el *influencer* es el anunciante?, recuerden que hemos terminado de hablar sobre qué sucede cuando el *influencer* es utilizado como un soporte publicitario o como testigo en publicidad testimonial, por lo que ahora vamos a pasar a ver qué sucede cuando el *influencer* es el anunciante a la vez.

CUANDO EL INFLUENCER ES EL ANUNCIANTE TAMBIÉN

Como hemos comentado a lo largo de esta exposición, solo cuando el influencer es a la vez el propio anunciante de sus productos (esto es, hace publicidad a favor de sus propios intereses) es completamente responsable del contenido objetivo de sus anuncios, el cual debe sujetarse a lo establecido por el Principio de Veracidad (actos de engaño)²² y al resto de modalidades desleales contenidas en la LRCD.

Estoy convencido de que el acto de engaño es el aspecto que más debería de preocuparnos, en lugar de cuestionar si el uso de *influencers* en publicidad es una comunicación comercial encubierta o no. Y es que, personalmente, tengo mis serias dudas de que ese tipo de publicidad sea encubierta. No hay que ser muy inteligente para preguntarte, o al menos dudar, de que si un *influencer* está hablando bien de la marca de un tercero, lo más probable es que haya recibido algún tipo de contraprestación para hacer ello. Pensar lo contrario, es creer que existen unicornios y que el mundo es perfecto.

Lo realmente peligroso lo podemos encontrar cuando el *influencer* en calidad de anunciante difunde información engañosa que puede distorsionar mercados o inducir gravemente a error a los consumidores. Miren esta noticia del diario español El País. El titular señala "Desconfía

²² "Siendo que la principal batalla por el mercado se libra en la mente de los consumidores, y teniendo los mensajes publicitarios en la actualidad un poder de captación gigantesco, el Derecho de la Competencia Desleal prohíbe que a los fines de la captación de clientes los mensajes publicitarios sean engañosos, pero no sólo en protección de los consumidores –objeto de protección con el que aquí se superpone con el Derecho del Consumidor– sino para proteger al resto de los competidores y la transparencia en el mercado. Ello así, pues un anunciante que utiliza un mensaje engañoso está desviando clientela a su negocio en forma artificial, perjudicando al resto de los comerciantes y dañando la transparencia a la que propende el Derecho de la Competencia Desleal." CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, PALAZZI, Pablo, SANCHÉZ, Andrés y Diego SERBRINSKY. Derecho de la Competencia Desleal. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. (2014). P. 360.



de *influencers* de salud: solo 1 de cada 9 da buenos consejos". Y es que es cierto, qué más peligroso que un *influencer* que termine dando consejos que generen como consecuencia perjuicios a la salud de los consumidores.

No sé si alguno de ustedes la sigue o conoce el caso de la *influencer* autodenominada Rawvana. Esta chica se hizo bastante famosa en los últimos años, ¿y cómo se hizo famosa? Comentando que hace una dieta vegana, la más extremista de todas, una cosa bastante rara. Se hizo famosa con sus dietas veganas. Y es que, además de siempre mostrar una excelente figura, señalaba que la misma era producto de esta dieta. Todo el mundo quería ser como ella y tener su figura, así que empezaron a imitar sus supuestos hábitos alimenticios. Al darse cuenta de ello, vio una oportunidad de negocio y no tuvo mejor idea que hacer un libro con sus recetas y dietas veganas. Dicho libro terminó siendo un *best seller*. Como se imaginarán, empezó a generar un montón de dinero hasta que de pronto salió una *instastory* en la que una amiga, sin que Rawvana se dé cuenta, la había grabado comiendo un trozo de pescado frito.

Bueno ¿qué pasó? Al parecer no era tan vegana como decía ser. Claro, esto generó una gran pérdida de seguidores, empezaron las publicaciones contra ella de los *haters* que nunca faltan por ahí. Y razón, quizá, no les faltaba, pues sus dietas eran bastante arriesgadas, sobre todo, en una que recomienda hacer ayuno tomando solo agua por 25 días. No sé qué especialista de la salud podría recomendar ello y no sé qué tan sano sea, pero el sentido común nos dice que algo así le puede hacer daño a cualquiera. Imagínense las personas que seguían con devoción las dietas de esta señorita. Qué grave riesgo a su salud.

Evidentemente, esto es un acto de engaño porque más allá del fraude que pueda hacer Rawvana por no ser vegana frente a los consumidores, lo cierto es que estaba comercializando productos, dietas, libros sobre la base de un estilo de vida que decía o replicaba que formaba parte de su día a día y era un completo engaño. Es decir, concurría en el mercado a través del engaño, desviando la demanda de los consumidores hacia su oferta sin competir sobre la base de la propia eficiencia de sus prestaciones, toda vez que competía sobre la base de información engañosa.

Esto es peligroso, no solo desde el punto de vista comercial o concurrencial por ser un acto de engaño, también hay un problema de infracción a las normas de protección al consumidor, pues hubo consumidores que se creyeron el cuento de la dieta vegana y compraron sus libros o siguieron sus dietas, las cuales tenían un costo y eran falsas.

En esa misma línea, otro caso bastante famoso fue el de la *influencer* Belle Gibson. Ella fue un poquito más allá. Alegó durante años que tenía cáncer en el cerebro y que una dieta la salvó. Esto generó una gran cantidad de seguidores y se convirtió en una *influencer* total, lo cual aprovechó a su favor creando una aplicación (que fue un boom hasta que fue retirada de Playstore), y un libro, el cual incluso se agotó en su momento (se vendía por Amazon). Pero ¿cuál era el problema? El problema es que dicha señorita nunca tuvo cáncer, por lo tanto, su libro y aplicación, eran un completo fraude, un claro acto de engaño. Los tribunales europeos la sancionaron con 320 mil euros.

Otro caso bien controvertido lo tenemos con la página web "Goop" de la reconocida actriz Gwyneth Paltrow. Dicha página se vió envuelta en varios fraudes o en varios actos de engaño. Esta actriz vendía ciertos productos bien "interesantes", por ejemplo, un parche que te hacía sentir mucho mejor, te hacía mejor persona, y la forma en la que vendía estos parches era diciendo que se trataba de un parche hecho con el material del uniforme de los astronautas



de la NASA, lo cual era falso. Incluso representantes de la NASA salieron a desmentirla. Pero lo peor que pudo ofrecer al mercado dicha página fueron los "huevos vaginales". Aunque no lo crean, en su publicidad alegaban que, si usaban estos huevos vaginales, las mujeres iban a mejorar su salud sexual y un mayor placer al momento de tener relaciones sexuales, entre otros "beneficios". Como se imaginarán esto era completamente falso y realmente peligroso para la salud de los consumidores. Como señalé hace un rato, al parecer nos estamos concentrando solo en la publicidad encubierta, cuando hay cosas mucho más graves que pueden generarse por el *influencer*²³.

Entre otras cosas que se vienen discutiendo tenemos los casos de los "*influencers* que no son *influencers*". Nos referimos a los que compran seguidores. Esto es un secreto a voces entre los *influencers*, pero es completamente real, incluso sucede en el Perú. Existen agencias de publicidad que te venden seguidores y ¿cómo hacen eso? Fácil, usan bots. En una especie de bancos gigantes de celulares, los programan para seguir a determinada persona con perfiles que no existen. Son *influencers* fraudes que de un momento a otro tienen más de 1 millón de seguidores y claro, el problema lo encontramos cuando ese *influencer* utiliza esa cantidad de seguidores falsos y va a empresas anunciantes para ofrecerse como soporte publicitario, pues si es contratado, recibe una contraprestación sobre la base del engaño.

Claro, es un acto de competencia desleal si consideramos que el mercado de *influencers* está en constante movimiento. Que una marca se vaya con un *influencer* implica un contrato menos para otros *influencers*.

INFLUENCERS Y PROPIEDAD INTELECTUAL

En esta parte ya pasamos a hablar de los Derechos de Autor que están vinculados con los *influencers* y recuerden que esta exposición consiste en dar tips, así que no profundizaremos como me gustaría hacerlo en una clase de Derecho.

Para entrar a este punto, podemos enfocarnos en destacados *influencers* como el famoso Andynsane, Mox con su *whatdafaqshow*, El Juan, entre otros. Muchas de sus publicaciones o *instastories* o la forma de cómo manejen sus plataformas pueden ser completamente originales y pueden, por ende, estar protegidas por los derechos de autor.

Entonces, existen muchos *influencers* que pueden crear contenido realmente original y estos pueden ser protegidos por la Ley de Derecho de Autor, como también, pueden existir *influencers* que hacen un uso indebido de otras obras. Y es que, en algunos casos, presentan algunos posts en donde hacen recortes de otras obras protegidas y ojalá que estén pidiendo los permisos necesarios porque si no lo han hecho, podría haber una gran contingencia. Pero si queremos hablar de la relación más estrecha que existe entre los Derechos de Autor e *influencers*, es necesario que les presente a Miquela, la *influencer* virtual:

²³ Según Rojas y Figueroa, "(...) resulta necesario investigar y debatir la necesidad de imponer nuevas exigencias normativas, bajo la pretensión de dar mayor transparencia al mercado. Así, para un consumidor pueden existir factores externos o internos, tales como la autoestima o emociones, que motiven al consumidor a seguir a un *influencer* determinado, lo que podría generar un sesgo conocido como "anclaje" o "cascada de disponibilidad".

Así para el análisis conductual del Derecho, la falta de información hace que confiemos en las decisiones de los demás, suponiendo que ellos sí están informados. Lo anterior se debe en gran medida a las influencias reputacionales; es decir, que confiamos en la palabra de ciertas fuentes, tales como las provenientes de gente que admiramos, noticieros, políticos, etc. y generamos lo que se denomina "cascada de disponibilidad". ROJAS, Carlos y Ana Lucía FIGUEROA. "Debe regularse el rol de los *influencers* en redes sociales? Una aproximación del análisis conductual de la normativa publicitaria peruana". En: Análisis Psicológico del Derecho. Lima: Themis. 2018. P. 487



MIQUELA: LA INFLUENCER VIRTUAL



Pueden ver que Miquela es hasta más interesante que muchos seres humanos que conozco. Tiene personalidad, es bien graciosa, además, ¿quién podría pensar que una *influencer* pueda ser reemplazada por inteligencia artificial? Miquela tiene más de 1 millón de seguidores, reales ojo, no virtuales. Promociona marcas, da consejos, entrevistas, está completamente protegida por los derechos de autor, es completamente original. Nadie podría utilizar la imagen de Miquela si no existe una licencia de por medio.

En líneas generales, el consejo para los *influencers* es cuidar que el contenido que van a compartir no termine generando una infracción a los derechos de autor de un titular de alguna obra. Si van a hacer uso de alguna canción o extracto de un material audiovisual, es importante que se pregunten primero si dicho contenido se encuentra protegido por derechos de Propiedad Intelectual, y si esto es así, solicitar la licencia correspondiente previamente a usar obras de terceros en su contenido.

LOS COMMUNITY MANAGER

A este punto de la exposición parece que hemos dejado un poquito de lado a los *community manager* (en adelante, CM) o nos hemos olvidado de ellos, pero no es tanto así, les confieso esto, sí que tuve que cambiar un poquito la exposición, porque a inicios de enero con José Purizaca conversábamos sobre la misma y la pregunta que nos hacíamos en ese entonces era si los *influencers* generarían algún tipo de interés, pues apostábamos todas nuestras fichas a que la gente más se interesaría por saber un poco más acerca de los límites de los CM. Nos equivocamos completamente, y al final el tema de los *influencers* fue tan demandado que hasta terminó cambiando el orden de la exposición.

¿Qué son los CM? Nosotros creemos que es la personita que nos responde cuando queremos troleear una página. Pero no, son mucho más que eso. Estos profesionales se encargan de la gestión de la página, la gestión de la marca, del posicionamiento. Entonces, empezamos dejando bastante claro que no vamos a hablar de las respuestas sumamente divertidas del CM de Bambos, tampoco hablaremos del Policía chévere, menos hablaremos de las metidas de pata de CM, ¿las recuerdan? Eso no forma parte de la exposición del día de hoy.



El CM, como les decía, es un profesional del marketing digital, responsable de la gestión y desarrollo de la comunidad *online* de una marca, es decir, su participación va más allá de ser la persona que te responde en el chat de la web de una empresa. De hecho, muchos *influencers* terminan siendo CM porque manejan sus propias plataformas, manejan la forma en cómo promocionan marcas y generan contenido, y mantienen, además, a su público con ellos. Y claro, el CM es responsable de la creación y gestión de contenidos, del monitoreo, medir la actividad publicitaria, cómo se mueven sus productos, cómo se mueven sus *post*, cómo se mueven sus marcas. Para que puedan hacer uso de herramientas interesantes, cuál es el contenido que más le ha gustado a la gente y cuál no.

En este caso, la interacción del marketing digital sabemos que se resume en la interacción de la marca con los consumidores. Desde mi humilde opinión creo que el gran error que cometen las empresas que utilizan CM's, es darle la responsabilidad al CM de responder incluso los reclamos virtuales de los consumidores, y eso no puede ser pues. A no ser que sea abogado (y de los buenos) un CM no te va a absolver los reclamos de los consumidores. Su respuesta podría terminar generando una contingencia mayor a la reportada.

Y es que es bastante probable que este CM pueda no dar la respuesta correcta a los reclamos, desde el punto de vista legal, y justo es en ese momento que se genera una contingencia. Tampoco los juzguemos, los CM tienen segundos, minutos, para responder todo tipo de quejas de los consumidores (incluidos "troleos") y lo complicado está en que la respuesta pase previamente por el filtro del área legal de la empresa. Hasta que llegue al área legal de la empresa ya tenemos un cliente poco satisfecho e indignado por nuestra poca capacidad de reacción. Sin embargo, no olviden que una respuesta mal estructurada puede ser peor, pues hace responsable a toda la empresa.

Claro, los riesgos son grandes y tienen mucho que ver con lo que ya hemos comentando. Si administras contenido comercial de una web, tus actos están sujetos a la LRCD. Cada afirmación objetiva, cada afirmación comprobable que emita un CM representando una marca, el anunciante tiene el deber de contar con las pruebas que acrediten dichas alegaciones. Si va a utilizarse publicidad de tono excluyente diciendo que su producto es el más vendido del mercado, el anunciante debe tener las pruebas que respalden dicha afirmación. Si no las tiene, es una evidente sanción por actos de engaño. Mucho cuidado con dejar completamente libre al *influencer* o al CM, pues ello puede generar una grave contingencia a la empresa porque recuerden que el anunciante siempre es responsable del contenido de la publicidad.

Muchas gracias a todos por asistir a esta breve conferencia. Ha sido un gusto poder compartir con ustedes algunas ideas, las cuales podremos desarrollar con mayor profundidad en una próxima oportunidad.





#INFLUENCER



DEL PCT
EL PERU EXPERIENC
RETOS

Indecopi





EL PERÚ PRIMERO



Radi 
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio

ISBN: 978-9972-664-86-1



9 789972 664861

www.indecopi.gob.pe