



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Resolución

(Versión Pública)

Nº 055-2022/CCD-INDECOPI

Lima, 18 de octubre de 2022.

EXPEDIENTE Nº 017-2022/CCD

IMPUTADA : [REDACTED]
(SEÑORITA MARQUINA)
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : JUEGOS DE AZAR Y APUESTAS DEPORTIVAS

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la imputación formulada de oficio en contra de la señorita Marquina, por la infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En ese sentido, se **SANCIONA** a la señorita Marquina con una multa de 0.43 UIT.

Finalmente, se **ORDENA** la inscripción de la infractora en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

1. ANTECEDENTES

El 12 de enero de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento de que una (1) usuaria de la red social "Twitter" habría indicado, respecto de publicaciones de tres (3) influencers difundidas a través de "Historias" (*stories*) de la red social *Instagram*, lo siguiente: "*Hace unos días estaba viendo las historias de Instagram y se me cruzaron unas historias de tres personajes diferentes ([REDACTED] y [REDACTED]) todas con el mismo formato. (...) En ninguna publicación, que además vale precisar se tratan de historias que desaparecen en 24 horas, especifican que se trata de publicidad*".

Ante ello, con fecha 13 de enero de 2022, mediante Carta Nº 001-021-2022/PREV-CCDINDECOPI, enviada de forma electrónica, la Secretaría Técnica requirió a la señorita Marquina lo siguiente: (i) indicar si sería titular de la cuenta de *Instagram* '@gianemarquina'; (ii) indicar si alguna persona natural y/o jurídica habría contratado la difusión de las publicaciones a través de la cuenta de *Instagram* '@gianemarquina'; (iii) identificar a la persona natural y/o jurídica con la que habría contratado la difusión de la referida publicación; (iv) precisar los términos y condiciones convenidos respecto a la difusión de la publicación en cuestión; y, (v) remitir en formato digital todas las publicaciones que haya realizado sobre servicios de apuestas.

¹ Con Registro Único de Contribuyentes Nº [REDACTED]

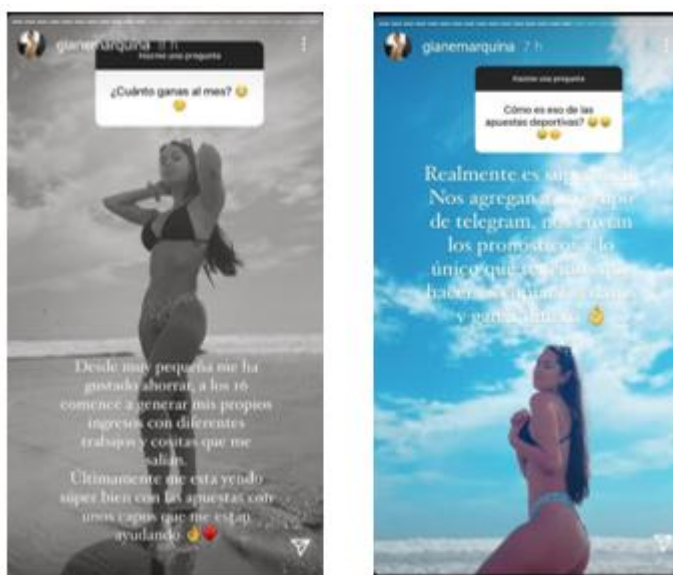
Mediante escritos de fechas 17 y 18 de enero de 2022, la señorita Marquina señaló lo siguiente: (i) la titular de la cuenta de *Instagram* '@gianemarquina' es la persona natural con negocio [REDACTED] y, (ii) las publicaciones en cuestión se realizaron a solicitud de la persona jurídica Best Analistas Sociedad Limitada (en adelante, Best Analistas) con NIF No. B88526819. Finalmente, precisó las condiciones convenidas respecto a la difusión de la publicación en cuestión, remitió las publicaciones que habría realizado sobre servicios de apuestas y solicitó la reserva y confidencialidad de las condiciones del acuerdo que habría tenido con la empresa Best Analistas.

El 19 de enero de 2022, mediante Oficio N° 001-2022/CCD-INDECOPI, la Secretaría Técnica requirió al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR) lo siguiente: (i) precisar la normativa que regula las casas de apuestas de casino y/o eventos deportivos en línea (apuestas por internet); (ii) precisar si estaría prohibida la promoción o difusión publicitaria de apuestas a través de medios físicos y/o digitales y, de ser el caso, la base legal; e, (iii) indicar si existe alguna autorización sectorial que sea otorgada como título habilitante y obligatorio que faculte a operar a las casas de apuestas en línea (apuestas por internet).

En atención a lo actuado, mediante Resolución de fecha 1 de marzo de 2022, la Secretaría Técnica imputó a la señorita Marquina la presunta infracción al Principio de Autenticidad, establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de "Historias" (stories) en la red social *Instagram* a través del usuario '@gianemarquina', bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.

El 31 de marzo de 2022, la señorita Marquina presentó su escrito de descargos mediante el cual reconoció su responsabilidad de forma expresa, allanándose a la imputación formulada por la Secretaría Técnica. Asimismo, manifestó que habría realizado las acciones de enmienda necesarias para que la infracción discutida no vuelva a ocurrir, garantizando así el cumplimiento cabal de los derechos de los consumidores.

2. IMÁGENES REFERENCIALES DE LAS PUBLICACIONES MATERIA DE IMPUTACIÓN



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



1. La presunta infracción al principio de autenticidad.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. La presunta infracción al principio de autenticidad

4.1.1. Normas y criterios aplicables

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

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

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

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

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

Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado que la publicidad encubierta ha sido definida como aquella difundida a través de un medio de comunicación social que, debido a su forma de presentación y del tono de su contenido, sus destinatarios no la perciben como publicidad, esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios, sino como información proporcionada por el medio de comunicación².

Dicho de otra manera, la publicidad encubierta se caracteriza “por enmascarar la naturaleza esencialmente persuasiva de la correspondiente comunicación y por presentarla al destinatario revestida de la objetividad y credibilidad propia del contexto informativo en que se inserta y con el que se confunde”³.

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

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

² Ver Resolución N° 1560-2010/SC1-INDECOPI.

³ Ver Resolución 238-2016/CD1.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



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

4.1.2. Sobre la responsabilidad del medio de comunicación social

Al respecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se entenderá como medio de comunicación social a toda persona, natural o jurídica, que brinda servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, *Internet*, facsímil, diarios, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar⁴. En ese sentido, un *influencer* (que puede ser tanto una persona natural como jurídica) en la medida que a través de sus cuentas -las cuales pueden estar en sitios *web*, aplicaciones, entre otras plataformas- brindan servicios de difusión de publicidad, califica como un medio de comunicación.

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

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

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

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

Si bien Instagram en su calidad de aplicación/red social es también un medio de comunicación plausible de difundir publicidad de bienes y servicios (contratando con anunciantes de manera directa), en el caso de los *influencers*, el anunciante contrata la difusión de publicidad específicamente con el *influencer* dada las características y alcance del mismo en determinada

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044- LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

f) Medio de comunicación social: a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono internet, facsímil, diarios, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.

plataforma (*Instagram, Facebook, TikTok*, por ejemplo), fungiendo como un medio de comunicación en sí mismo, promoviendo los servicios de una empresa en particular.

4.1.2. Aplicación al caso concreto

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

En su defensa, la imputada se allanó a la imputación formulada en su contra.

Sobre el particular, de la revisión de la publicidad materia de imputación, la Comisión observa que se trata de “Historias” (stories) realizadas por la cuenta de *Instagram* ‘@gianemarquina’, perteneciente a la imputada, como se observa de las imágenes que obran en el expediente, las cuales responden a las siguientes preguntas:

Historia N° 1:

- “¿Cuánto ganas al mes?”
- Señorita Marquina: “Desde muy pequeña me ha gustado ahorrar, a los 16 comencé a generar mis propios ingresos con diferentes trabajos y cositas que me salían. Últimamente me está yendo super bien con las apuestas con unos capos que me están ayudando (...)”

Historia N° 2:

- “Cómo es eso de las apuestas deportivas?”
- Señorita Marquina: “Realmente es super fácil! Nos agregan a un grupo de telegram, nos envían los pronósticos y lo único que tenemos que hacer es copiar los datos y ganar dinero (...)”

Historia N° 3:

- “¿Cuánto se puede ganar con las apuestas?”
- Señorita Marquina: “Eso depende de ti! Yo metí 200 y gane 1100 en una jugada (...)”

Historia N° 4:

- “Me puede unir a lo de las apuestas? (...)”
- Señorita Marquina: “Son 2 pasos facilísimos! 1. Descárgate la app Telegram; 2. Ingresa este link y listo! (...)”

Al respecto, luego de un análisis de las publicaciones realizadas por la señorita Marquina, esta Comisión observa que está recomendando, en base a su experiencia, el servicio de apuestas desarrollado a través de medios digitales, al comentar el procedimiento que se tendría que seguir para acceder a dichas apuestas y al señalar que habría aumentado sus ganancias con las mismas.

Ahora bien, esta Comisión considera, en realidad, que dichas publicaciones no serían recomendaciones ni constituirían la opinión genuina de la señorita Marquina con relación al servicio de apuestas; por el contrario, se trata de publicaciones destinadas a promover la marca y el servicio de apuestas a través de medios digitales brindado por la empresa Best Analistas.

En efecto, de acuerdo con lo señalado por la propia señorita Marquina, las publicaciones las habría realizado por encargo de la empresa Best Analistas, a cambio de una contraprestación monetaria, siendo que la empresa le habría indicado ejemplos de cómo difundir la publicidad en cuestión en la red social “Instagram”.

En este punto resulta pertinente mencionar que la “Guía de Publicidad para Influencers” señala que la publicidad de influencers consiste en:

“(…) contratar a una persona o cuenta, con influencia en una determinada red social, para que promueva, directa o indirectamente, las marcas, productos o servicios del anunciante, a cambio de un pago o contraprestación de cualquier tipo. 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 publicitario⁵”.

En ese sentido, la señorita Marquina, al haber brindado los servicios para la publicación de los anuncios en cuestión en su cuenta de la red social Instagram, se configura como el medio de comunicación social⁶ contratado para la difusión de las publicaciones destinadas a promover el servicio brindado por la empresa Best Analistas.

En este punto, es importante señalar que el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que 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. A mayor abundamiento, de acuerdo con lo señalado en la “Guía de Publicidad para Influencers”, el medio de comunicación será responsable cuando se produzca una infracción contra el Principio de Autenticidad⁷.

Sobre el particular, de la revisión de los actuados en el expediente, esta Comisión advierte que en las referidas publicaciones no se hace mención alguna a la naturaleza publicitaria de dichas “Historias” de la red social *Instagram*. En efecto, esta Comisión no observa que la señorita Marquina haya consignado de manera clara, expresa ni destacada que se trate de publicidad.

Adicionalmente a ello, este Colegiado considera pertinente resaltar que no debe perderse de vista el **efecto real o potencial** que abarca el principio de autenticidad y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en general. En el presente caso, es pertinente destacar que la señorita Marquina cuenta con novecientos setenta y un mil seguidores en su cuenta de *Instagram*, los cuales pudieron ser susceptibles de visualizar la publicidad materia de cuestionamiento. Incluso, al ser una cuenta pública, cualquier usuario de la red social *Instagram* pudo visualizar esas historias, en la medida que las historias de la plataforma de la señorita Marquina pueden ser vistas tanto por sus seguidores como por usuarios de la red social que no sean sus seguidores.

Por todo lo expuesto, en el presente caso, en la medida que la imputada realizó publicaciones en su cuenta Instagram, sin advertir de manera clara la naturaleza publicitaria de la misma, la Comisión concluye que se ha infringido el principio de autenticidad.

Por dichas consideraciones, esta Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación realizada de oficio en contra de la señorita Maquina, por la infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva

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

Sobre el particular, dado que la imputada cesó la difusión de la publicidad a través de “Historias” (stories) en la red social Instagram mediante el usuario ‘@gianemarquina’, bajo la apariencia de

⁵ Página 28 de la “Guía de Publicidad para Influencers” publicada por el Indecopi.

⁶ Ver nota al pie N° 3

⁷ Página 27 de la “Guía de Publicidad para Influencers” publicada por el Indecopi.

recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria, esta Comisión considera que, en el presente caso, no corresponde ordenar una medida correctiva.

4.3. Graduación de la sanción

4.3.1. Normas y criterios aplicables

4.3.1.1. Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

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

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.
- 52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

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

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

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

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;

- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

4.3.1.2. Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia

Asimismo, a efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es pertinente tomar en consideración lo dispuesto en el Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia (en adelante, la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi), aprobado por Decreto Supremo N° 032-2021-PCM.

En particular, la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi establece que el cálculo de multas por infracciones en materia de competencia desleal puede efectuarse a partir de dos aproximaciones metodológicas: (i) Método basado en valores preestablecidos; y, (ii) Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado

a. Método basado en valores preestablecidos

En esa línea, la referida disposición normativa señala que, en materia de competencia desleal, en consideración de las características especiales de las conductas, aquellas infracciones desarrolladas mediante mecanismos publicitarios tendrán una Multa Base (m) calculada con el “método basado en valores preestablecidos” siempre que se cumpla con todas las siguientes características:

- i. Se desarrolló por un período menor a dos años.
- ii. No dañó ni puso en riesgo la vida y/o salud de las personas.
- iii. Tuvo un alcance geográfico menor al nivel nacional.⁸

Cabe precisar que, en materia de competencia desleal, en consideración de las características especiales de las infracciones, la regla de elección descrita en el párrafo previo aplica solo para las infracciones desarrolladas mediante mecanismos publicitarios.⁹

De no cumplirse con dichas características se empleará el “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”.

En particular, el “método basado en valores preestablecidos” emplea valores previamente calculados para el cálculo de la Multa Base (m), según los siguientes criterios:

- (i) el tamaño del infractor
- (ii) la duración de la infracción
- (iii) el nivel de afectación de la infracción

Cabe precisar que el tamaño del infractor se puede obtener a partir de su nivel de ventas anuales en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁰; la duración de la infracción que corresponde ser

⁸ Dicho alcance es determinado por cada órgano resolutivo (OR) conforme a las características de cada caso en concreto y la naturaleza de la infracción.

⁹ Asimismo, cabe precisar que: (i) las infracciones de incumplimiento de requerimiento de información que afecten de forma mínima la resolución se sancionarán con el “método basado en valores preestablecidos”; mientras que (ii) las infracciones que se materialicen a través de mecanismos no publicitarios o los incumplimientos de requerimientos de información que impliquen una afectación significativa a la resolución de algún caso, se sancionarán bajo el “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”.

determinada por el órgano resolutorio, conforme a las características de cada caso en concreto y la naturaleza de la infracción; mientras que el nivel de afectación de la infracción está determinado por el tipo de bien o servicio involucrado y el grado de alcance de los medios utilizados en su difusión.

En particular, con relación al nivel de afectación, los niveles de afectación son determinados de acuerdo con la modalidad y alcance de la práctica infractora, entre otras características del caso en concreto, conforme se detalla en el Cuadro 17.

Cuadro 17
CCD y SDC- PERÚ: TIPO DE AFECTACIÓN, SEGÚN TIPO DE INFRACCIÓN

Afectación	Tipo de infracción
Muy alta	Infracciones que involucran bienes y servicios vinculados a salud (medicamentos), alimentación o productos naturales con alegaciones terapéuticas ^{1/} cuya difusión utiliza medios de alto alcance (que no sea nacional) para llegar a gran cantidad de consumidores.
Alta	Infracciones que involucran bienes y servicios vinculados a salud, alimentación o productos naturales con alegaciones terapéuticas ^{1/} cuya difusión utiliza medios de alcance intermedio (medios de difusión regional). Infracciones relativas a bienes y servicios que en general no estén vinculados a la salud cuya difusión utiliza medios de alto alcance (que no sea nacional) para llegar a gran cantidad de consumidores.
Media	Infracciones que involucran bienes y servicios vinculados a salud alimentación o productos naturales con alegaciones terapéuticas ^{1/} cuya difusión utiliza medios de alcance limitado (medios de difusión local) o muy limitado. Infracciones relativas a bienes y servicios que en general que no estén vinculados a la salud cuya difusión utiliza un medio de difusión que presenta un alcance intermedio (medios de difusión regional).
Baja	Infracciones asociadas a bienes y servicios en general que no estén vinculados a la salud y en las que se utilizó un medio de difusión que presenta un alcance limitado (medios de difusión local).
Muy baja	Infracciones asociadas a bienes y servicios que en general no estén vinculados a la salud y cuya difusión presenta un alcance muy limitado. Infracciones relativas a falta de atención a requerimientos de información de la Autoridad (cuando no afectan la resolución del caso). ^{2/}

^{1/} Que no involucren un riesgo o daño a la salud.

^{2/} Infracciones establecidas en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807.

Asimismo, se deberá considerar lo dispuesto en el Cuadro 21, en el cual se presentan los montos establecidos para los procedimientos por competencia desleal:

¹⁰ En línea con lo establecido en la Ley N° 30056 respecto a la clasificación de empresas según nivel de ventas en UIT, conforme a lo siguiente:

- Microempresa: ventas anuales desde 1 UIT hasta 150 UIT.
- Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta 1700 UIT.
- Mediana empresa: ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta 2300 UIT.
- Gran empresa: ventas anuales superiores a 2300 UIT.

Cuadro 21
CCD Y SDC (CUANDO ACTÚE COMO SEGUNDA INSTANCIA):
MONTO PREESTABLECIDO DE k_{ij} , POR TAMAÑO DEL
INFRACTOR, SEGÚN TIPO DE AFECTACIÓN (UIT)

Tipo de afectación	Tamaño del infractor			
	Micro empresa o persona natural	Pequeña empresa	Mediana empresa	Gran Empresa
Muy baja	1,40	3,01	5,74	10,95
Baja	2,06	5,73	11,20	23,03
Moderada	3,36	11,15	24,58	46,92
Alta	5,30	23,03	52,91	89,24
Muy alta	9,29	49,14	115,70	211,43

De esta manera, en el caso de “método basado en valores preestablecidos”, el cálculo de la Multa Base se determina mediante la multiplicación de los tres factores: (i) el tamaño del infractor; (ii) la duración de la infracción; (iii) el nivel de afectación de la infracción.

Posteriormente, corresponde la valoración de las circunstancias que pueden incrementar (agravar) o reducir (atenuar) el monto de la multa base¹¹, conforme al Cuadro 2, lo que determina la Multa Preliminar.

b. Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado

Por su parte, en el escenario de que se determine que para el caso en concreto corresponde “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”, la estimación de la Multa Base (m) se determina a partir de la multiplicación de un porcentaje de las ventas del producto o servicio durante el período de la infracción ($\alpha \times V$)¹², que representa una aproximación del beneficio ilícito, por el factor de disuasión (g).

A continuación, se presenta la relación que se utiliza para el cálculo de la multa base:

$$m = \alpha \times V \times g$$

El factor de porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado (α) es una variable que requiere ser estimada, mientras que el valor de las ventas del período de infracción (V) es proporcionado directamente por la infractora.

El cálculo del factor (α) se obtiene mediante una aproximación de los beneficios económicos, como proporción de las ventas, que habría obtenido la infractora por la supuesta comisión de la conducta

¹¹ Cabe mencionar que las circunstancias atenuantes pueden reducir la multa base hasta en un 50% y que las circunstancias agravantes pueden incrementarla hasta en un 100%.

En caso el OR determine que el hecho infractor presenta algunas de las circunstancias agravantes o atenuantes que figuran en el Cuadro 2, debe considerar los valores señalados en dicho cuadro, en tanto sean compatibles con su marco legal especial. Por ende, pueden existir casos en los que el marco normativo establece circunstancias atenuantes o agravantes específicas y sus respectivos valores de reducción o incremento, en cuyo caso prima lo indicado en dicho marco normativo en consideración de su respectiva jerarquía, pero tratando de conciliar en lo posible dicho criterio con el presente Decreto Supremo.

Cabe señalar que los OR pueden considerar otras circunstancias atenuantes o agravantes adicionales a las que se presentan en el Cuadro 2, siempre que sean pertinentes de acuerdo con las características de cada caso en particular y en la medida que su marco legal especial se lo permita.

¹² El porcentaje α puede ser hasta 15%, no obstante, de ser necesario, el órgano resolutorio puede aplicar un porcentaje mayor con el debido sustento.

declarada como infractora. En particular, la estimación del factor (α) se obtiene mediante la multiplicación del efecto de la infracción sobre la cantidad vendida del producto o servicio afectado (z) y el margen de utilidad operativa (h).

Por su parte, la Comisión debe determinar el nivel de disuasión (g) a partir de las características y los valores establecidos en los Cuadros 25 y 26 de la citada Metodología.

Cuadro 25
CARACTERÍSTICAS SEGÚN NIVEL DE DISUASIÓN

Nº	Característica			Nivel de disuasión
1	Acciones que conlleven a un ocultamiento de información.	Clandestinidad / informalidad. ¹⁷	Acciones no programadas de supervisión o fiscalización.	Alto
2	Denuncias de terceros.	Reportes de terceros.	Información disponible pero limitada por ser insuficiente, fragmentada o dispersa.	Medio
3	Autoreporte ²⁷	Acciones programadas de supervisión y fiscalización.	Información confiable, completa y de fácil acceso.	Bajo

Cuadro 26
VALORES PARA EL FACTOR g EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA¹⁷, SEGÚN NIVEL DE DISUASIÓN

Nivel de disuasión	Valores de "g"
Alto	3,77
Medio	2,42
Bajo	1,86

De esta manera, en el caso de "método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado", el cálculo de la Multa Base se determina mediante la multiplicación de un porcentaje de las ventas del producto o servicio durante el período de la infracción ($\alpha \times V$), que representa una aproximación del beneficio ilícito, por el factor de disuasión (g).

Posteriormente, corresponde la valoración de las circunstancias que pueden incrementar (agravar) o reducir (atenuar) el monto de la multa base¹³, conforme al Cuadro 2, lo que determina la Multa Preliminar.

¹³ Cabe mencionar que las circunstancias atenuantes pueden reducir la multa base hasta en un 50% y que las circunstancias agravantes pueden incrementarla hasta en un 100%.

En caso el OR determine que el hecho infractor presenta algunas de las circunstancias agravantes o atenuantes que figuran en el Cuadro 2, debe considerar los valores señalados en dicho cuadro, en tanto sean compatibles con su marco legal especial. Por ende, pueden existir casos en los que el marco normativo establece circunstancias atenuantes o agravantes específicas y sus respectivos valores de reducción o incremento, en cuyo caso prima lo indicado en dicho marco normativo en consideración de su respectiva jerarquía, pero tratando de conciliar en lo posible dicho criterio con el presente Decreto Supremo.

Cabe señalar que los OR pueden considerar otras circunstancias atenuantes o agravantes adicionales a las que se presentan en el Cuadro 2, siempre que sean pertinentes de acuerdo con las características de cada caso en particular y en la medida que su marco legal especial se lo permita.

4.3.2. Aplicación al presente caso

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

En el presente caso, a efectos de determinar la multa respectiva por la comisión de las infracciones materia de imputación, la Secretaría Técnica solicitó a la OEE la elaboración de un Informe Técnico, de acuerdo con lo establecido en la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutorios del Indecopi, en base al Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado, que sirva como base para graduar una eventual sanción contra la señora Marquina por las infracciones materia de análisis. Dicha solicitud fue absuelta por la OEE mediante el Informe N° 000132-2022-OEE/INDECOPI de fecha 10 de octubre de 2022.

En el presente caso, a efectos de establecer una multa base en el presente caso, es posible señalar que el ingreso percibido por la señorita Marquina por la publicidad encubierta constituiría en sí mismo el efecto (variación o incremento) en los ingresos por venta. Es decir, dicho efecto no se habría producido si es que el contenido difundido en las “Historias” correspondiesen a recomendaciones u opiniones de la señorita Maquina (en cuyo caso, naturalmente no habría recibido contraprestación alguna por servicios de publicidad, pues estos no se habrían producido). Dicho de otro modo, todos los ingresos percibidos por la publicidad encubierta podrían atribuirse al efecto de la infracción sobre los ingresos por ventas, es decir, $z=1$.

De acuerdo con la información que obra en el expediente, la señorita Marquina recibió un pago total de **[CONFIDENCIAL]**, por la difusión de la publicación en cuestión (cuatro “Historias” en Instagram). Cabe mencionar que dichos ingresos fueron equivalentes a **[CONFIDENCIAL]**, conforme lo afirmado por la infractora.

Por lo tanto, en base a dicha información, la OEE determinó que los ingresos percibidos por la publicidad encubierta constituirían el efecto de la infracción sobre los ingresos por ventas:

$$V = \text{[CONFIDENCIAL]} \text{ y } z=1.$$

Asimismo, respecto al factor (h), la señorita Marquina reportó que el margen de utilidad operativa fue de **[CONFIDENCIAL]** y los ingresos asociados a dicho margen fueron de **[CONFIDENCIAL]**. Por tanto, factor (h) ascendió a 100%. En base a dicha información, esta Oficina estimó que el factor (α) equivale a 100%. A continuación, se muestra el detalle del cálculo:

$$\alpha = z \times h = 100\% \times 100\%$$

$$\alpha = 100\%$$

En este punto, es pertinente destacar que la infracción incurrida por la señorita Marquina, en su rol de *influencer*, supuso un ocultamiento de información al compartir “Historias” en Instagram bajo la apariencia de “comentarios” u “opiniones”, lo cual fue percibido por los consumidores como contenido más creíble y menos publicitario, lo que potencialmente generaría un beneficio adicional para la imputada, dada su capacidad de incidir en la decisión de consumo de sus seguidores. En efecto, ante las comunicaciones difundidas en redes sociales por determinado *influencer*, el consumidor lo percibe como un contenido más creíble, menos publicitario y más natural que un formato publicitario tradicional.

Ahora bien, en el presente caso, la Comisión ha considerado un nivel de disuasión (g) alto, el cual equivale a 3.77, debido a que nos encontraríamos frente a acciones que conllevaron a un



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



ocultamiento de información, de conformidad con lo establecido en la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi¹⁴.

Finalmente, considerando que el factor (α) equivale a 100%, el valor de (V) y el valor de (g), la OEE calculó que una eventual multa base ($\alpha \times V \times g$) de la señorita Marquina, por la publicidad encubierta, ascendería a **[CONFIDENCIAL]**. El Cuadro 1 muestra el detalle del cálculo:

[CONFIDENCIAL]

Ahora bien, en el presente caso, esta Comisión no ha advertido alguna circunstancia agravante o atenuante que afecte o modifique la multa base obtenida.

En este punto, es pertinente señalar que se han aplicado los criterios necesarios a fin de lograr la finalidad disuasiva de la sanción considerando las circunstancias específicas del caso en concreto, por lo que la Comisión considera que la conducta analizada amerita una sanción de naturaleza pecuniaria de acuerdo con los argumentos anteriormente señalados.

Por lo expuesto, la multa preliminar aplicable en el presente caso es de **[CONFIDENCIAL]**.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la multa a imponerse no debe superar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por la infractora, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

En el presente caso, la imputada informó que los ingresos brutos obtenidos en el año 2021 ascienden a **[CONFIDENCIAL]**.

En ese sentido, tomando en consideración los criterios establecidos en los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y en la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como leve, con efecto en el mercado, por lo que, en aplicación del límite legal antes citado, corresponde sancionar a la señorita Marquina con una multa de 0.43 UIT.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

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

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la imputación formulada de oficio en contra de la señorita [REDACTED], por la infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: SANCIONAR a la señorita [REDACTED] con una multa de 0.43 UIT, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: ORDENAR la inscripción de la señorita [REDACTED] al Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

CUARTO: ORDENAR a la señorita [REDACTED] que cumpla con lo dispuesto por

¹⁴ Ver Cuadros 25 y 26 de la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



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

QUINTO: Conforme a lo establecido en el inciso 4 del artículo 205 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, **REQUERIR** a la señorita [REDACTED] el cumplimiento espontáneo del pago de la multa impuesta mediante la presente Resolución, sin perjuicio de lo cual se le informa que la misma será puesta en conocimiento del Área de Ejecución Coactiva del Indecopi, a efectos de que ejerza las funciones que la Ley le otorga, en caso de incumplimiento.

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

JAVIER PAZOS HAYASHIDA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

Resolución

(Versión Pública)

N° 058-2022/CCD-INDECOPI

Lima, 25 de octubre de 2022.

EXPEDIENTE N° 014-2022/CCD

IMPUTADA : [REDACTED]
(SEÑORA LOBATON)
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : JUEGOS DE AZAR Y APUESTAS DEPORTIVAS

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la imputación formulada de oficio en contra de la señora Lobatón por la comisión de actos de competencia desleal al infringir el principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En ese sentido, se **SANCIONA** a la señora Lobatón con una multa de cero punto cincuenta (0.50 UIT) y se **ORDENA** su inscripción en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

De otro lado, se **ORDENA** a la imputada, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la difusión de la publicidad infractora y de cualquier otra similar, en tanto esta no pueda ser advertida claramente como publicidad y/o pueda inducir a cometer actos ilegales.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 12 de enero de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento de que una usuaria de la red social "Twitter" habría indicado, respecto de publicaciones de tres influencers difundidas a través de "Historias" (stories) de la red social Instagram, lo siguiente: "Hace unos días estaba viendo las historias de Instagram y se me cruzaron unas historias de tres personajes diferentes ([REDACTED] y [REDACTED]) todas con el mismo formato. (...) En ninguna publicación, que además vale precisar se tratan de historias que desaparecen en 24 horas, especifican que se trata de publicidad".

Posteriormente, con fecha 13 de enero de 2022, mediante Carta N° 001-020-2022/PREV-CCDINDECOPI, enviada de forma electrónica, la Secretaría Técnica requirió a la señora Lobatón lo siguiente: (i) indicar si sería titular de la cuenta de Instagram '@sam_lobaton_klug'; (ii) indicar si alguna persona natural y/o jurídica habría contratado la difusión de las publicaciones a través de la cuenta de Instagram '@sam_lobaton_klug'; (iii) identificar a la persona natural y/o jurídica con la que habría contratado la difusión de la referida publicación; (iv) precisar los términos y condiciones



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



convenidos respecto a la difusión de la publicación en cuestión; y, (v) remitir en formato digital todas las publicaciones que haya realizado sobre servicios de apuestas.

Mediante escritos de fechas 17 y 18 de enero de 2022, presentados a través de la Plataforma Electrónica de Envío de Documentos, la señora Lobatón señaló lo siguiente: (i) la titular de la cuenta de Instagram '@sam_lobaton_klug' es la persona natural con negocio [REDACTED] y, (ii) las publicaciones en cuestión se realizaron a solicitud de la persona jurídica Best Analistas Sociedad Limitada (en adelante, Best Analistas) con NIF No. B88526819. Finalmente, precisó las condiciones convenidas respecto a la difusión de la publicación en cuestión, remitió las publicaciones que habría realizado sobre servicios de apuestas y solicitó la reserva y confidencialidad de las condiciones del acuerdo que habría tenido con la empresa Best Analistas.

Con fecha 19 de enero de 2022, mediante Oficio N° 001-2022/CCD-INDECOPI, la Secretaría Técnica requirió al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR) lo siguiente: (i) precisar la normativa que regula las casas de apuestas de casino y/o eventos deportivos en línea (apuestas por internet); (ii) precisar si estaría prohibida la promoción o difusión publicitaria de apuestas a través de medios físicos y/o digitales y, de ser el caso, la base legal; e, (ii) indicar si existe alguna autorización sectorial que sea otorgada como título habilitante y obligatorio que faculte a operar a las casas de apuestas en línea (apuestas por internet).

Mediante Oficio N° 0269-2022-MINCETUR/VMT/DGJCMT, remitido de forma electrónica, el MINCETUR señaló lo siguiente: (i) no existe normativa legal vigente en el país que regule la actividad de juegos de azar y apuestas deportivas realizadas a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación; (ii) la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas del MINCETUR, únicamente tiene la competencia administrativa derivada de lo establecido en la Ley N° 27153 y normas modificatorias y reglamentarias para regular, controlar y/o fiscalizar la actividad de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas realizada en salas de juegos presenciales; y, (iii) al no existir regulación sobre las actividades de juegos de azar y apuestas deportivas realizadas a distancia, la Dirección de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas del MINCETUR no es la entidad administrativa competente para expedir tales títulos habilitantes.

En atención a lo actuado, mediante Resolución de fecha 22 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica imputó a la señora Lobatón la presunta infracción al Principio de Autenticidad, establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de "Historias" (stories) en la red social Instagram a través del usuario '@sam_lobaton_klug', bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.

Por otro lado, mediante escrito de fecha 15 de marzo de 2022, la señora Lobatón presentó sus descargos, señalando que respecto de los periodos, cantidad, medios y frecuencia de la publicidad materia de imputación, solo se realizó una colaboración que fue expuesta en redes sociales; además, señaló que el contacto se hizo con la empresa Best Analistas, en la cual se acordó realizar un paquete de cuatro (4) stories promoviendo las apuestas deportivas de la marca por un monto ascendente a USD 500 (Quinientos Dólares Americanos).

También, precisaron que la empresa Best Analistas envió un conjunto de ejemplos de cómo debía realizarse la publicidad a difundir, la misma que tendría la dinámica de preguntas y respuestas de Instagram.

Por otro lado, la señora Lobatón, señaló que no hubo un contrato formal existente por lo que solo se acordó realizar stories de una sola vez, todas juntas por paquetes y que, al no cumplir con la difusión de 24 horas de la publicación de la publicidad en su red social, no se ejecutó correctamente lo acordado con dicha empresa, señalando que no se concretó el pago hacia su persona.

Por otro lado, mediante escrito de fecha 12 de abril de 2022, la señora Lobatón reconoció su responsabilidad de forma expresa, allanándose a la imputación formulada por la Secretaria Técnica.

Asimismo, a decir de la imputada, ha realizado las acciones de enmienda necesarias para que la infracción discutida no vuelva a ocurrir, garantizando así el cumplimiento cabal de los derechos de los consumidores.

Posteriormente, en el marco de sus labores de instrucción, la Secretaría Técnica solicitó, mediante Memorándum N° 00042-2022/CCD- INDECOPI, a la Oficina de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante, OEE) que emita un informe en el que se determine el beneficio económico obtenido por la señora Lobatón, a fin de determinar la multa a ser impuesta, de ser el caso.

En atención a ello, mediante Resolución N° 2 de fecha 26 de julio de 2022, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) suspendió de oficio la tramitación del presente procedimiento hasta que la OEE emita el informe requerido mediante Memorándum N° 00042-2022/CCD-INDECOPI.

Asimismo, mediante Informe N° 000112-2022-OEE/INDECOPI, la OEE presentó la información solicitada por la Secretaría Técnica.

Finalmente, mediante Resolución N° 3 de fecha 11 de octubre de 2022, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento.

2. ALGUNAS IMÁGENES DE LAS PUBLICACIONES MATERIA DE IMPUTACIÓN



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



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

1. La presunta infracción al principio de autenticidad.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. La presunta infracción al principio de autenticidad

4.1.1. Normas y criterios aplicables

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

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

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

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

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

Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado que la publicidad encubierta ha sido definida como aquella difundida a través de un medio de comunicación social que, debido a su forma de presentación y del tono de su contenido, sus destinatarios no la perciben como publicidad, esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios, sino como información proporcionada por el medio de comunicación¹.

Dicho de otra manera, la publicidad encubierta se caracteriza “por enmascarar la naturaleza esencialmente persuasiva de la correspondiente comunicación y por presentarla al destinatario revestida de la objetividad y credibilidad propia del contexto informativo en que se inserta y con el que se confunde”².

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

En ese sentido, la publicidad encubierta se presenta -mediante cualquier medio de comunicación- cuando esta tiene como efecto real o potencial impedir que los destinatarios de la misma la reconozcan como tal. Ello cobra especial relevancia en la medida que, en la actualidad, los medios

¹ Ver Resolución N° 1560-2010/SC1-INDECOPI.

² Ver Resolución 238-2016/CD1.



de comunicación han incrementado y se han diversificado, alejándose de una concepción clásica en virtud de las nuevas y cambiantes tecnologías; sin embargo, todos sin excepción son susceptibles de materializar actos contra el principio de autenticidad cuando se encuentren inmersos en el supuesto del artículo 16.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

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

4.1.2. Sobre la responsabilidad del medio de comunicación social

Al respecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se entenderá como medio de comunicación social a toda persona, natural o jurídica, que brinda servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, *Internet*, facsímil, diarios, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar³. En ese sentido, un *influencer* (que puede ser tanto una persona natural como jurídica) en la medida que a través de sus cuentas -las cuales pueden estar en sitios *web*, aplicaciones, entre otras plataformas- brindan servicios de difusión de publicidad, califica como un medio de comunicación.

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

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

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

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

³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044- LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

f) Medio de comunicación social: a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono internet, facsímil, diarios, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar.

Si bien Instagram en su calidad de aplicación/red social es también un medio de comunicación plausible de difundir publicidad de bienes y servicios (contratando con anunciantes de manera directa), en el caso de los *influencers*, el anunciante contrata la difusión de publicidad específicamente con el *influencer* dada las características y alcance del mismo en determinada plataforma (*Instagram, Facebook, TikTok*, por ejemplo), fungiendo como un medio de comunicación en sí mismo, promoviendo los servicios de una empresa en particular.

4.1.3 Aplicación al caso concreto

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

Ahora bien, de la revisión de la publicidad materia de imputación, la Comisión observa que se tratan de “Historias” (stories) realizadas por la cuenta de *Instagram* ‘@sam_lobaton_klug’, perteneciente a la imputada, como se observa de las siguientes imágenes de la publicidad:



Asimismo, se responden las siguientes preguntas:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



“Historia” N° 1:

- “¿Cuánto ganas al mes?”
- Señora Lobatón: “¡Me va muy bien!, pero he aumentado mis ganancias con las apuestas que me están enviando unos profesionales. (...)”

“Historia” N° 2:

- “Sam, ¿Puedes contarnos eso de las apuestas?”
- Señora Lobatón: “Es muy fácil, estoy en un grupo de telegram donde profesionales envían pronósticos, yo solo los copio y pego. Y gano dinero. (...)”

“Historia” N° 3:

- “¿Cuánto se puede ganar con eso de las apuestas?”
- Señora Lobatón: “Yo empecé con 50 y en una semana he ganado 600. (...)”

“Historia” N° 4:

- “¿Cómo puedo unirme al grupo de las apuestas? (...)”¹
- Señora Lobatón: “ ¡ Me han preguntado mucho esto!. Solo tienes que descargar telegram y hacer click aquí (...)”

De lo anterior, se puede verificar que en la referida publicidad no se hace mención alguna a la naturaleza publicitaria de dichas “Historias” de la red social *Instagram*. Tomando en consideración ello, a criterio de esta Comisión, en la publicidad en cuestión no se aprecia de manera clara, expresa ni destacada que se trate de publicidad.

Asimismo, esta Comisión observa que la señora Lobatón recomienda, en base a su experiencia, el servicio de apuestas desarrollado a través de medios digitales, pues comenta el procedimiento que se tendría que seguir para acceder a ésta resaltando que habría aumentado sus ganancias al realizarla.

No obstante, de acuerdo con lo señalado por la imputada, dichas publicaciones no serían recomendaciones ni constituirían la opinión genuina de la señora Lobatón con relación al servicio de apuestas, en tanto, se trata de publicaciones destinadas a promover el servicio de apuestas de Best Analistas. En efecto, de acuerdo con lo señalado por la señora Lobatón, las publicaciones las habría realizado por encargo de la empresa Best Analistas, a cambio de una contraprestación monetaria, siendo que la empresa le habría indicado ejemplos de cómo difundir la publicidad en cuestión en Instagram.

Sobre el particular, de acuerdo con lo señalado por la “Guía de Publicidad para Influencers”, la publicidad de influencers consiste en contratar a una persona o cuenta, con influencia en una determinada red social, para que promueva, directa o indirectamente, las marcas, productos o servicios del anunciante, a cambio de un pago o contraprestación de cualquier tipo. 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 ésta para que, a través de su cuenta, se emita el anuncio publicitario⁴.

Por tanto, esta Comisión considera que en la medida que la señora Lobatón publicó los anuncios materia de imputación en su cuenta de Instagram, se configura como el medio de comunicación social⁵ contratado para la difusión de las publicaciones destinadas a promover el servicio brindado por Best Analistas.

⁴ Página 28 de la “Guía de Publicidad para Influencers” publicada por el Indecopi.

⁵ Ver nota al pie N° 3



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



En este punto, es importante señalar que el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que 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. A mayor abundamiento, de acuerdo con lo señalado en la “Guía de Publicidad para Influencers”, el medio de comunicación será responsable cuando se produzca una infracción contra el Principio de Autenticidad⁶.

Asimismo, este colegiado considera pertinente resaltar que no debe perderse de vista el efecto real o potencial que abarca el principio de autenticidad y la Ley de Represión de la Competencia Desleal en general. Ciertamente, las personas expuestas a la publicidad materia de cuestionamiento, fueron susceptibles de no advertir que estaban frente a una pieza publicitaria, toda vez que hace referencia a la naturaleza publicitaria de dichas “Historias”.

Cabe recordar que, la señora Lobatón cuenta con un millón de seguidores⁷ en su cuenta de *Instagram*, los cuales pudieron ser susceptibles de visualizar la publicidad materia de cuestionamiento; incluso, al ser una cuenta pública, cualquier usuario de la red social *Instagram* pudo visualizar esas historias, en la medida que las historias de la plataforma de la señora Lobatón pueden ser vistas tanto por sus seguidores como por usuarios de la red social que no sean sus seguidores.

En ese sentido, en la medida que la imputada difundió publicidad de la plataforma de apuestas deportivas Best Analistas y esta difusión de publicidad se ha realizado sin que se advierta de manera clara la naturaleza publicitaria de la misma, la Comisión concluye que se ha infringido el principio de autenticidad.

Por dichas consideraciones, esta Comisión considera que corresponde declarar fundada la imputación realizada de oficio en contra de la señora Lobatón por la infracción al principio de autenticidad, establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva

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

Al respecto, debemos recordar que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC- INDECOPI⁸ que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

En el presente caso, ha quedado acreditado que la señora Lobatón incurrió en actos de competencia desleal al infringir el principio de autenticidad. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que esta publicidad se presente nuevamente justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.3. Graduación de la sanción

⁶ Página 27 de la “Guía de Publicidad para Influencers” publicada por el Indecopi.

⁷ https://www.instagram.com/sam_lobaton_klug/

⁸ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

4.3.1. Normas y criterios aplicables

4.3.1.1. Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal

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

“Artículo 52º.- Parámetros de la sanción. –

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

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

(...)”

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

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

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

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;

- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.”

4.3.1.2. Decreto Supremo N° 032-2021-PCM - Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia (en adelante, Decreto Supremo N° 032-2021-PCM).

Asimismo, a efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es pertinente tomar en consideración lo dispuesto en el Decreto Supremo Decreto Supremo N° 032-2021-PCM.

En particular, la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi establece que el cálculo de multas por infracciones en materia de competencia desleal puede efectuarse a partir de dos aproximaciones metodológicas: (i) Método basado en valores preestablecidos; y, (ii) Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado.

a. Método basado en valores preestablecidos

En esa línea, la referida disposición normativa señala que, en materia de competencia desleal, en consideración de las características especiales de las conductas, aquellas infracciones desarrolladas mediante mecanismos publicitarios tendrán una Multa Base (m) calculada con el “método basado en valores preestablecidos” siempre que se cumpla con las siguientes características⁹:

- i. Se desarrolló por un período menor a dos años.
- ii. Tuvo un alcance geográfico menor al nivel nacional.
- iii. No dañó ni puso en riesgo la vida y/o salud de las personas.

De no cumplirse con dichas características se empleará el “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”.

En materia de competencia desleal, el “método basado en valores preestablecidos” emplea valores previamente calculados para el cálculo de la Multa Base (m), según los siguientes criterios:

- (i) el tamaño del infractor
- (ii) la duración de la infracción
- (iii) el nivel de afectación de la infracción

Cabe precisar que el tamaño del infractor se puede obtener a partir de su nivel de ventas anuales en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁰; la duración de la infracción que corresponde ser determinada por el órgano resolutivo, conforme a las características de cada caso en concreto y la naturaleza de la infracción; mientras que el nivel de afectación de la infracción está determinado por el tipo de bien o servicio involucrado y el grado de alcance de los medios utilizados en su difusión.

En el escenario de que se determine que para el caso en concreto corresponde el uso del “método basado en valores preestablecidos”, el cálculo de la Multa Base se determina mediante la multiplicación de los tres factores señalados en el anterior párrafo.

⁹ Asimismo, la mencionada metodología señala que (i) las infracciones de incumplimiento de requerimiento de información que afecten de forma mínima la resolución se sancionarán con el “método basado en valores preestablecidos”; mientras que (ii) las infracciones que se materialicen a través de mecanismos no publicitarios o los incumplimientos de requerimientos de información que impliquen una afectación significativa a la resolución de algún caso, se sancionarán bajo el “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”.

¹⁰ En línea con lo establecido en la Ley N° 30056 respecto a la clasificación de empresas según nivel de ventas en UIT.

b. Método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado

Por su parte, en el escenario de que se determine que para el caso en concreto corresponde “método basado en un porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado”, la estimación de la Multa Base (m) se determina a partir de la multiplicación de un porcentaje de las ventas del producto o servicio durante el período de la infracción ($\alpha \times V$)¹¹, que representa una aproximación del beneficio ilícito, por el factor de disuasión (g), factor que requiere ser valorado por la Comisión en base a los criterios de la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi.

A continuación, se presenta la relación que se utiliza para el cálculo de la multa base:

$$m = \alpha \times V \times g$$

El factor de porcentaje de las ventas del producto o servicio afectado (α) es una variable que requiere ser estimada, mientras que el valor de las ventas del período de infracción (V) es proporcionado directamente por la infractora. Por su parte, la Comisión debe determinar el nivel de disuasión (g) a partir de las características y los valores establecidos en los Cuadros 25 y 26 de la citada Metodología.

El cálculo del factor (α) se obtiene mediante una aproximación de los beneficios económicos, como proporción de las ventas, que habría obtenido la infractora por la supuesta comisión de la conducta declarada como infractora. En particular, la estimación del factor (α) se obtiene mediante la multiplicación del efecto de la infracción sobre la cantidad vendida del producto o servicio afectado (z) y el margen de utilidad operativa (h).

4.3.1.2.1. Aplicación al presente caso

En el presente caso se imputó en contra de la señora Lobatón la presunta infracción al artículo 16 del de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, en calidad de medio de comunicación social, habría difundido publicidad encubierta a través de “Historias” (stories) en la red social Instagram a través del usuario ‘@sam_lobaton_klug’, bajo la apariencia de recomendaciones u opiniones, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria.

Al respecto, mediante Informe N° 00112-2022-OEE/INDECOPI del 23 de agosto de 2022, la OEE señaló que debido a que durante el periodo infractor **[CONFIDENCIAL]**, una eventual multa base a la señora Lobatón ascendería a **[CONFIDENCIAL]**.

Sobre el particular, en anteriores pronunciamientos, la Sala ha señalado que cuando no se pueda determinar el beneficio ilícito obtenido por la infracción cometida, ya sea porque no se cuenta con dicha información (por ejemplo, debido a que se trata de un producto nuevo y no existe un periodo previo con el cual comparar) o porque el diferencial es negativo, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo otros criterios, también previstos en la Ley.

Uno de los factores a considerar es la modalidad y el alcance de la conducta sancionada. Para determinar dicho alcance, se puede atender a distintos factores, tales como el nivel de repetición del anuncio; el grado de cobertura respecto del público objetivo, esto es, el porcentaje de consumidores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; la probabilidad de percepción del mensaje denigratorio, la cual es muy elevada en internet y televisión y más baja en medios gráficos fijos; las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; entre otros criterios.

Al respecto, de la revisión de información presentada por la imputada, se verifica que el anuncio fue difundido a través de Instagram, respecto del cual la señora Lobatón cuenta con un millón de

¹¹ El porcentaje α puede ser hasta 15%, no obstante, de ser necesario, el órgano resolutivo puede aplicar un porcentaje mayor con el debido sustento



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



seguidores, el cual estuvo a disposición de los potenciales consumidores el 11 de enero de 2022. En ese sentido, la afirmación infractora estuvo disponible durante un periodo de 24 horas, aproximadamente, por lo que para este colegiado el anuncio infractor ha tenido un bajo impacto publicitario.

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

Debe señalarse que, en el presente procedimiento, se han aplicado los criterios necesarios a fin de lograr la finalidad disuasiva de la sanción considerando las circunstancias específicas del caso en concreto, por lo que la Comisión considera que la conducta analizada amerita una sanción de naturaleza pecuniaria de acuerdo con los argumentos anteriormente señalados.

Por lo tanto, luego del análisis de la conducta infractora y tomando en consideración los criterios establecidos por los artículos 52 y 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, y en la Metodología para la determinación de multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi, para determinar la gravedad de la infracción y establecer la graduación de la sanción, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como leve, sin efecto en el mercado, correspondiendo aplicar una multa de 0.50 UIT, la misma que no supera el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por la infractora, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

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

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la imputación formulada de oficio en contra de la señora [REDACTED], por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de autenticidad, supuesto establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: **SANCIONAR** a la señora [REDACTED] con lo siguiente con una multa de cero cincuenta (0.50) Unidades Impositivas Tributarias, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

TERCERO: **ORDENAR** la inscripción de la señora [REDACTED] al Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi.

CUARTO: **ORDENAR** a la señora [REDACTED] en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la difusión de la publicidad infractora y de cualquier otra similar, en tanto no pueda ser advertida claramente como publicidad por los consumidores.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



de la Competencia Desleal.

SEXTO: Conforme a lo establecido en el inciso 4 del artículo 205 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, **REQUERIR** a la señora [REDACTED] el cumplimiento espontáneo del pago de la multa impuesta mediante la presente Resolución, sin perjuicio de lo cual se le informa que la misma será puesta en conocimiento del Área de Ejecución Coactiva del Indecopi, a efectos de que ejerza las funciones que la Ley le otorga, en caso de incumplimiento.

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

JAVIER PAZOS HAYASHIDA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal