

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

**“El régimen de prácticas desleales como límite al contenido publicitario en  
el *marketing* digital.”**

TOSCANO HOLGUÍN ÁLVARO SEBASTIÁN

TUTOR: DR. CHRISTIAN CASTAÑEDA

QUITO, 2023

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios porque su amor le da sentido a mi vida y en Él siempre he encontrado refugio. A mi Madre del cielo por ser la estrella de mi camino y no soltarme jamás.

A mi padre, Patricio, por enseñarme tanto de la vida y a mi madre, Mayte, por ser, además de todo, mi mejor amiga y lugar seguro.

A mis hermanos: Christian y Juan Pablo porque completan mi corazón con los suyos.

A Agustina y Josefina por ser mi alegría y esperanza.

A Mesías y Zoila por marcar mi vida para siempre y cuidarme desde el cielo.

A mis profesores, por transmitirme el cariño por esta profesión, en especial al Doctor Christian Castañeda por su preocupación y guía paciente.

**DEDICATORIA**

*Totus tuus Mariae.*

## **RESUMEN**

El presente estudio se enfoca en el análisis de la publicidad en redes sociales y las estrategias para evitar prácticas desleales en este ámbito. Inicia reflexionando sobre los desafíos actuales que enfrentan los competidores, destacando la importancia del *marketing* en la competencia y posteriormente la relevancia de ésta para el desarrollo de los mercados. Se resalta que una competencia justa y leal conlleva beneficios tanto para los consumidores, quienes obtienen productos y servicios de alta calidad a precios más favorables, como para los actores económicos, quienes pueden atraer a más clientes mediante la innovación y eficiencia. A continuación, se aborda una pregunta clave: ¿Cuándo se considera que la publicidad en redes sociales es engañosa, denigratoria o comparativa desde una perspectiva de prácticas desleales? Para responder a esta interrogante, se realiza un análisis a profundidad del derecho de competencia tanto a nivel interno como comparado, con el fin de establecer los límites que dicho derecho impone a la publicidad en redes sociales para evitar actos de competencia desleal. Finalmente, se ofrecen recomendaciones para ser un anunciante leal en el entorno digital, asimismo, se enfatiza el respeto a las normas establecidas, con el objetivo de evitar prácticas desleales en el campo de la publicidad.

**PALABRAS CLAVE:** Competencia, redes sociales, prácticas desleales, publicidad, *influencer*.

## **ABSTRACT**

This study focuses on the analysis of advertising on social networks and strategies to avoid unfair practices in this area. It starts by reflecting on the current challenges faced by competitors, highlighting the importance of marketing in competition, and later the relevance of competition for market development. It is highlighted that fair and honest competition brings benefits for both consumers, who get high-quality products and services at more favorable prices, and economic actors, who can attract more customers through innovation and efficiency. Next, a key question is addressed: When is social media advertising considered deceitful, derogatory, or comparative in terms of unfair practices? To answer this question, a comprehensive analysis of competition law is conducted, both domestically and comparatively, in order to establish the limits imposed by competition law on social media advertising to prevent acts of unfair competition. Finally, recommendations are provided to be an ethical advertiser in the digital environment. Furthermore, emphasis is placed on respecting established norms with the aim of avoiding unfair practices in the field of advertising.

**KEYWORDS:** Competition, social networks, unfair practices, advertising, *influencer*.

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	8
SECCIÓN I: CONSIDERACIONES GENERALES DEL <i>MARKETING</i> Y LA PUBLICIDAD DIGITAL. ....	10
1.1 Del <i>marketing</i> tradicional al <i>marketing</i> digital, evolución histórica .....	12
1.2 ¿Qué es el <i>Marketing</i> digital?.....	14
1.2.1 Tipos de <i>Marketing</i> Digital relevantes para el régimen de prácticas desleales... ..	15
1.3 Publicidad y <i>Marketing</i> .....	17
1.3.1 Diferencias entre el <i>Marketing</i> Digital y la Publicidad Digital.....	17
1.4 Relevancia del <i>marketing</i> digital en el comercio y la competencia .....	18
SECCIÓN II: DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES Y LOS LÍMITES AL CONTENIDO PUBLICITARIO, SITUACIÓN ECUATORIANA. ....	20
2.1 Consideraciones generales del Derecho de Competencia .....	20
2.2 ¿Qué son las Prácticas Desleales? .....	21
2.2.1 La existencia de una conducta que, sin importar su expresión o forma, resulte contraria a las costumbres o usos honestos.....	23
2.2.2 La conducta sea realizada en el desarrollo de actividades económicas .....	24
2.2.3 Que el acto tenga efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar	

contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios	26
2.3 Principales prácticas desleales aplicables a la publicidad digital en el Ecuador	27
2.3.1 Actos de Engaño	28
2.3.2 Actos denigratorios	29
2.3.3 Actos de Comparación	31
2.4 Principio de Primacía de la Realidad	32
SECCIÓN III: PANORAMA INTERNACIONAL, DERECHO COMPARADO.	33
3.1 Estados Unidos y la <i>Federal Trade Commission</i> (FTC).	33
3.2 El caso peruano y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)	35
3.3 Reino Unido, <i>Competition and Markets Authority</i> (CMA).	38
CONCLUSIONES	40
RECOMENDACIONES	42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

## INTRODUCCIÓN

Debido a la evolución tecnológica y a las nuevas formas de hacer publicidad en entornos digitales, lugares en los que prima el inmediatismo y no existen los controles y los filtros que antes existían, pues la existencia de estos significaría falta de competitividad y falta de eficiencia en el mercado; en la actualidad se corre el riesgo de incurrir en prácticas desleales debido a la celeridad antes descrita. Distinto a lo que sucede con la publicidad convencional, en la que el departamento de *marketing* hace un análisis más consciente del contenido de esta.

La publicidad siempre ha tenido como finalidad que el anunciante pueda llegar al potencial cliente o consumidor para atraerlo hacia los bienes o servicios que éste oferta, de manera que se desaliente y se desaconseje al cliente que contrate con la competencia.

De todo lo anteriormente expuesto surge la pregunta: ¿Cuándo una publicidad en redes sociales puede ser considerada engañosa, denigratoria o comparativa en los términos de las prácticas desleales?

Para responder esta interrogante se hará un análisis del derecho de competencia tanto interno, como comparado a fin de determinar cuál es el límite que el derecho de competencia impone a la publicidad en redes sociales para que no constituyan actos de competencia desleal en los términos de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM), toda vez que la academia en el Ecuador no ha discutido aun estas limitaciones y las repercusiones que estas pueden tener en las dinámicas del mercado tal y como lo conocemos hoy.

Es un estudio relevante y necesario debido a que el Estado ecuatoriano en el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador se ha comprometido a fomentar la competencia en los

mercados (2008) y en el artículo precedente garantiza el establecimiento de mecanismos que eviten cualquier práctica de competencia desleal (2008) y es importante que esta competencia sea garantizada y fomentada también en los mercados y en las interacciones digitales que puedan tener los competidores.

El derecho de competencia ecuatoriano, al igual que la mayor parte de legislaciones, prevé la existencia de prácticas desleales en su ordenamiento jurídico, esta investigación pretende determinar cuáles son aquellas en las que se pueden incurrir por medio de la publicidad digital.

La presente es adecuada porque nos llama a reflexionar en los retos más actuales que tienen los competidores y buscará hacer énfasis en la importancia que tiene la competencia para que se desarrollen los mercados, de manera que esto se traduzca en beneficios para los consumidores, que conseguirán productos y servicios de alta calidad a precios mejores, y para los operadores económicos, que a través de la innovación y eficiencia a la que les invita la competencia sana y leal podrán captar un mayor número de clientes, a través del *marketing* digital.

Este trabajo de investigación no pretende la creación de una nueva regulación, sino que se ponga atención al *marketing* digital, a través de la legislación vigente. En varios países del mundo, este tema ha estado en discusión desde hace varios años. Es necesario que la academia y los profesionales del derecho de competencia empiecen a debatir e investigar el tema del cual es objeto la presente, de la misma forma en la que se ha empezado a fijar los ojos en los *influencers* en materias como la del derecho tributario. El derecho tiene el deber de avanzar junto con la sociedad.

## **SECCIÓN I: CONSIDERACIONES GENERALES DEL *MARKETING* Y LA PUBLICIDAD DIGITAL.**

La palabra “*marketing*” proviene de la raíz latina “*mercatus*”, que quiere decir mercado y hace referencia al “conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda” (RAE, 2022). “*Marketing* es el proceso de planificación y ejecución de la concepción, precio, comunicación y distribución de ideas, productos y servicios para crear intercambios que satisfagan a los individuos y a los objetivos de la organización” (Coca, 2008).

Aunque el término “*marketing*” es relativamente reciente, estas prácticas comerciales y de venta se han utilizado durante siglos y se podría decir que los comerciantes han buscado las formas de promocionar sus productos o servicios al mismo tiempo que empezaban a venderlos, es decir, el *marketing* surge, prácticamente, junto con el mercado, aunque de manera incipiente.

Según Checa (2007), las primeras manifestaciones de estas técnicas de venta surgen con el nacimiento de culturas que desarrollaron estructuras urbanas. De acuerdo con este autor, en Babilonia se encontraron tablillas con anuncios y existían voceadores que se encargaban de gritar a viva voz las bondades y los beneficios de las mercancías que promocionaban.

Los fenicios, quienes eran grandes comerciantes, avisaban su llegada a las costas mediante hogueras en puntos altos que significaban que los comerciantes fenicios estaban listos para vender objetos en dichos lugares.

Posteriormente en Grecia se crearon los *hyrbos*, que eran columnas cilíndricas que se crearon para que sobre ellas se coloquen carteles con anuncios, además se empezó a identificar las tiendas con pequeños símbolos, práctica que en Roma se amplió, toda vez que se empezó a identificar los

locales comerciales con nombres y además estos se empezaron a expandir, en algunos casos, a lo largo y ancho de todo el imperio.

En la edad media el mercado estaba marcado por las corporaciones medievales. Todos los productores entraban en estas corporaciones que en el fondo eran agrupaciones de competidores que garantizaban la calidad de los productos. En el siglo XV, con el aparecimiento de la imprenta se empieza a esbozar con mayor claridad lo que hoy conocemos como *marketing*, porque los comerciantes empiezan a pensar en estrategias para publicitar y promocionarse en la prensa, en revistas y catálogos.

El cambio es sustancial cuando empieza la revolución industrial, ya que trajo consigo la producción en masa y la fabricación en serie, lo que permitió la producción de bienes en grandes cantidades a precios más bajos. Este aumento en la producción llevó a la necesidad de encontrar nuevos mercados para los productos fabricados, entendiendo al mercado no como “un sitio físico, sino un proceso o sistema donde concurre oferta y demanda para transaccionar bienes y servicios” (Castañeda, 2022). Acrecentando de esta forma la necesidad de los competidores de captar un mayor número de clientes a través de la publicidad.

“A pesar de que la consolidación del *marketing* se dio con posterioridad a la segunda Guerra mundial” (Mendivelso y Lobos, 2019), su aparecimiento como disciplina, se puede decir que ocurrió en la primera mitad del siglo XX, cuando se comenzaron a desarrollar teorías y modelos para explicar el comportamiento de los consumidores, dando como resultado que en 1937 se funde la American *Marketing* Association (AMA) cuyo objetivo es

servir como un agente que permita, a los líderes de mercadotecnia, conectarse con otros líderes; facilitar y compartir el conocimiento de los teóricos del *marketing* con el resto de los practicantes y especialistas de la rama, así como proveer de recursos, herramientas y

entrenamiento para fortalecer la práctica de la materia y el pensamiento de liderazgo, de promover el estudio científico del *marketing*. (AMA, 2022).

A partir de entonces el *marketing* ha cambiado radicalmente la forma en que las empresas compiten en el mercado y, por lo tanto, ha tenido un gran impacto en la libre competencia. El *marketing* busca captar clientes a través, principalmente, de la publicidad, misma que en la actualidad tiende a digitalizarse, al igual que el *marketing*. La publicidad siempre ha tenido como finalidad que el anunciante pueda llegar al potencial cliente o consumidor para atraerlo hacia los bienes o servicios que éste oferta, de manera que se desaliente y se desaconseje al cliente que contrate con la competencia.

### **1.1 Del *marketing* tradicional al *marketing* digital, evolución histórica**

El *marketing* ha evolucionado significativamente a lo largo de los años, pasando de métodos tradicionales a enfoques más modernos y digitales. En términos de la evolución del *marketing*, hay tres grandes etapas que, basado en la clasificación de García-Machado y León-Santos (2011), para efectos de esta investigación denominaremos: la era del *marketing* tradicional, la era del *marketing* en línea y la era del *marketing* digital.

- La era del *marketing* tradicional se centra en “medios como la televisión, la radio y los medios impresos, los cuales difunden los mensajes masivamente con un tono formal y autoritario. Estos medios de amplio alcance eran entonces la forma más efectiva de llegar a una mayor audiencia” (García- Machado y León-Santos, 2021). Estas técnicas de *marketing* eran muy novedosas en su momento, pero a menudo se limitaban a una audiencia local o regional.
- Con la llegada del internet, aparece el *marketing* en línea, en el que surgieron nuevas formas de publicidad y *marketing* que permitieron a las empresas llegar a audiencias a nivel

nacional e incluso internacional. En este período, las empresas comenzaron a utilizar herramientas en línea como el correo electrónico, los anuncios de pago por clic y los motores de búsqueda para llegar a su público objetivo. El costo de estas acciones era “significativamente menor y su atemporalidad e instantaneidad vuelven esta versión de la actividad en algo aceptado rápidamente por las organizaciones” (García- Machado y León-Santos, 2021).

- En la era del *marketing* digital, el enfoque se ha trasladado a las redes sociales y otras plataformas digitales para llegar a los consumidores. La aparición de MySpace en 2003, seguida por Facebook en 2004 y Twitter en 2006 y el posterior surgimiento de nuevas redes sociales como Instagram, LinkedIn, Snapchat y TikTok, han convertido a las redes sociales en herramientas clave para las empresas que buscan llegar a su audiencia de manera efectiva y rentable, debido a que permiten a las empresas crear perfiles de negocios y compartir contenido de manera inmediata con sus seguidores. Estas fotos, videos y otros materiales de *marketing* digital, por la necesidad de rapidez en su publicación suelen tener menor cantidad de filtros internos para los anunciantes. Hootsuite & We Are Social (2022), dice que los *marketers* (especialistas en *marketing*) pueden alcanzar a nivel global un total potencial de 1.48 billones de personas a través anuncios y campañas en Instagram, 884.9 millones en Tiktok, 2.56 billones en Youtube, 2.11 millones en Facebook y 808.4 millones en LinkedIn.

La evolución del *marketing* hacia el *marketing* digital se debe a varios factores, incluyendo el aumento del acceso a Internet y la creciente adopción de dispositivos móviles. Según Hootsuite & We Are Social (2022), la población mundial es de 7.91 billones de personas, de las cuales el 67.1% tienen acceso a un teléfono celular, el 62.5% tiene acceso a internet y el 58.4% son usuarios

activos de redes sociales, porcentajes que van creciendo años tras año. Las personas consumen información y compran productos y servicios de manera distinta a la que antes se hacía, por este motivo las redes sociales han desempeñado un papel importante en esta evolución, permitiendo a las empresas conectarse con los clientes de una manera más personalizada y directa que nunca.

Las empresas pueden publicar contenido en sus páginas de redes sociales, responder a preguntas y comentarios de los usuarios, y personalizar sus mensajes y ofertas para adaptarse a las necesidades de su audiencia. Además, pueden utilizar una variedad de técnicas de *marketing* digital en las redes sociales, incluyendo anuncios pagados, *marketing* de *influencers* y contenido orgánico. “El *marketing* de hoy ha evolucionado de tal manera que las organizaciones requieren fans interconectados a través de las redes sociales y las marcas buscan ser parte de la vida de las nuevas generaciones de consumidores” (Mendivelso y Lobos, 2019).

## **1.2 ¿Qué es el *Marketing* digital?**

Rodríguez (2014) dice que “El *marketing* digital, también llamado *marketing* electrónico o e-marketing, (...) comprende la utilización de internet, las redes de telecomunicación y las tecnologías digitales relacionadas para conseguir los objetivos de *marketing*”. (citado por Membiela y Pedreira, 2019). Es el conjunto de estrategias y técnicas de *marketing* que se aplican en los canales digitales para promocionar productos, servicios o marcas. Esta disciplina implica el uso de tecnologías y herramientas digitales para llegar al público objetivo y establecer relaciones duraderas con los clientes.

El *marketing* digital abarca una amplia variedad de actividades, desde la optimización de motores de búsqueda (SEO, sus siglas en inglés) y publicidad en motores de búsqueda (SEM, sus

siglas en inglés), hasta la publicidad en redes sociales, el email *marketing*, la creación de contenido en línea, la analítica web, el *marketing de influencers*, la automatización del *marketing* y la gestión de la reputación en línea, de entre las cuales la publicidad en redes sociales, la creación de contenido digital y el *marketing de influencers* serán las relevantes para esta investigación

El objetivo principal del *marketing* digital es crear una presencia en línea efectiva y atractiva para una marca, producto o servicio, y así generar interacciones con los clientes potenciales. Además, el *marketing* digital también se utiliza para mejorar el posicionamiento en línea y el reconocimiento de marca, aumentar la fidelidad de los clientes, incrementar las ventas y de esta forma competir en el mercado.

Podemos decir que el *marketing* digital es una estrategia de *marketing* que se enfoca en los canales digitales para conectar con el público objetivo, construir relaciones sólidas con los clientes y lograr los objetivos comerciales de una empresa o marca.

### **1.2.1 Tipos de *Marketing* Digital relevantes para el régimen de prácticas desleales.**

Actualmente, existen varios tipos de *marketing* digital que las empresas pueden utilizar para promocionar sus productos o servicios. De la clasificación presentada por Lozano-Torres et al. (2021) he decidido sistematizar los tipos de *marketing* digital en dos grandes categorías: El *marketing* de contenidos en redes sociales y el *marketing* de promoción y visibilidad. La primera se centra en la creación y promoción de contenido valioso y relevante para atraer, informar y comprometer a la audiencia, por medio del *marketing* de contenidos, la publicidad en redes sociales y el *marketing de influencers*; mientras que la segunda se enfoca en aumentar la visibilidad de la marca y generar resultados medibles, a través, sobre todo de motores de búsqueda y de estrategias como el SEM y el SEO.

Dado que para esta última no se considera importante el contenido en sí, sino más bien la recolección y el análisis de datos, a continuación presento las clases más relevantes para la regulación respecto de su contenido:

- *Marketing* de contenidos: Se enfoca en la creación y distribución de contenido relevante y valioso para atraer y retener a un público objetivo. El objetivo de este tipo de *marketing* es educar, informar y entretener a los usuarios, en lugar de simplemente venderles un producto o servicio.
- Publicidad en redes sociales: se enfoca en la promoción de productos o servicios en las redes sociales mediante la creación de anuncios específicos y dirigidos a públicos específicos. Las redes sociales más comunes para la publicidad, como revisábamos previamente, son Facebook, Instagram, Twitter y LinkedIn.
- *Marketing* de *influencers*: En términos generales los *influencers* son personas que tienen una presencia destacada en las redes sociales y que tienen la capacidad de influir en sus seguidores. El objetivo de este tipo de *marketing* es aprovechar la popularidad y credibilidad de los *influencers* para llegar a nuevos públicos y aumentar la visibilidad de la marca.

#### **1.2.1.1    *Marketing de influencers***

Vale la pena destacar la última categoría, ya que las autoridades de competencia le han dado una importancia significativa, como analizaremos más adelante en este estudio. Para Bladow un *influencer* es “cualquier persona que tenga poder para afectar las decisiones de compra de otros debido a su autoridad, conocimiento, posición o relación; sea esta real o únicamente percibida por sus seguidores” (2018, p. 1128), definición insuficiente, toda vez que un *influencer* también tiene la capacidad de influir en las opiniones e incluso en los comportamientos de sus seguidores. Para Martínez (2020) existen 2 tipos de *influencers*, aquellos que influyen debido a que son

celebridades y los *influencers* puros. Los primeros, son personas que han logrado reconocimiento popular en cualquier otro ámbito de su vida y han trasladado esta fama a las redes sociales y los segundos son personas que se proyectan como gente normal que comparte sus actividades diarias en las redes sociales logrando tal impacto que las empresas encontraron en ellos una herramienta novedosa para llegar a los usuarios de una manera más natural y espontánea.

Los *influencers* desarrollan su actividad en las redes sociales de distintas maneras y pueden dar opiniones y recomendaciones genuinas y espontáneas, sin embargo interesan al derecho de competencia cuando hacen actividades de publicidad. El *endorsement* (recomendación de un producto por parte de una persona famosa) es la principal actividad a través de la cual los *influencers* publicitan en redes sociales, es primordial que estas recomendaciones hechas por los influenciadores, cuando tienen finalidad publicitaria sean descubiertas de esa forma de manera explícita, de manera que los usuarios reales o potenciales no sean víctimas de publicidad encubierta.

### **1.3 Publicidad y *Marketing***

#### **1.3.1 Diferencias entre el *Marketing* Digital y la Publicidad Digital.**

Aunque el *marketing* y la publicidad digitales están estrechamente relacionados, son conceptos diferentes.

El *marketing* digital se refiere al conjunto de estrategias y tácticas que una empresa utiliza para promocionar su marca, productos o servicios en línea. Incluye una variedad de canales y tácticas, como la optimización de motores de búsqueda (SEO), el *marketing* de contenidos, el email *marketing*, la presencia en redes sociales, el *marketing* de *influencers*, el *marketing* de afiliación y otros.

Por otro lado, la publicidad digital se refiere específicamente a la creación y promoción de anuncios publicitarios en línea. Incluye una variedad de formatos publicitarios, como anuncios de búsqueda pagados, anuncios gráficos, anuncios en redes sociales, anuncios de video y otros. La publicidad digital se centra en llegar a una audiencia específica y persuadirla para que realice una acción, como hacer clic en un anuncio, visitar un sitio web o comprar un producto.

En resumen, el *marketing* digital es un conjunto más amplio de estrategias y tácticas para promocionar una marca en línea, mientras que la publicidad digital es un componente específico de esa estrategia que se centra en la creación y promoción de anuncios en línea. Ambas son importantes para el éxito en línea de una empresa, y deben ser utilizadas de manera estratégica y coherente para lograr los mejores resultados.

#### **1.4 Relevancia del *marketing* digital en el comercio y la competencia**

Centrando nuestros ojos en el *marketing* digital podemos decir que promueve la competencia de las siguientes maneras:

- **Accesibilidad:** El *marketing* digital permite a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas, acceder a los consumidores de una manera más eficiente y asequible. Esto reduce las barreras a la entrada y permite a más empresas competir en igualdad de condiciones. La publicidad en línea y las redes sociales son excelentes ejemplos de herramientas de *marketing* digital que pueden permitir a las empresas llegar a un público más amplio.
- **Transparencia:** Las técnicas de *marketing* digital pueden hacer que la información sobre los productos y servicios de las empresas sea más transparente y accesible para los consumidores. Los consumidores pueden comparar fácilmente los precios, características y

calidad de los productos y servicios de diferentes empresas. Esto mitiga la asimetría de información entre usuarios y vendedores.

- Innovación: Las empresas pueden utilizar técnicas de *marketing* digital para innovar en la forma en que se entregan los productos y servicios al consumidor. Por ejemplo, las empresas pueden ofrecer entrega a domicilio, programas de lealtad, *chatbots* de atención al cliente y otros servicios para mejorar la experiencia del cliente. Estas innovaciones pueden ayudar a las empresas a competir mejor en el mercado.

Estas características se cristalizan en ese gran objetivo de captar el mayor número de clientes, de manera que no contraten o compren con el resto de competidores. Sin embargo, no se puede dejar de lado que estos recursos digitales se deben aprovechar siempre acatando las reglas que el derecho de competencia le ha impuesto al mercado. Sobre todo porque la publicidad digital suele tener menos filtros para su publicación y debido a este inmediatez se debe poner mayor atención, pues existen mayores posibilidades de incurrir en una práctica desleal.

## **SECCIÓN II: DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES Y LOS LÍMITES AL CONTENIDO PUBLICITARIO, SITUACIÓN ECUATORIANA.**

### **2.1 Consideraciones generales del Derecho de Competencia**

El derecho de competencia “es la rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los de interés público” (Velásquez, 2000, p. 162). Se refiere a las normas y principios legales que regulan la libre competencia entre empresas en un mercado determinado. El objetivo principal del derecho de competencia es promover la competencia justa y libre en los mercados, lo que conduce a una mayor eficiencia económica, mejores precios y opciones para los consumidores, y a la innovación en los productos y servicios. Es decir, el derecho de competencia es importante para promover un mercado justo y eficiente y proteger a los consumidores de prácticas comerciales desleales.

De acuerdo con Jiménez (2003), el derecho y las políticas de competencia “hacen relación a las normas jurídicas, instituciones y políticas públicas orientadas a proteger y promover la efectiva competencia entre los actores económicos” (p.15). En otras palabras, el derecho de competencia busca garantizar el mantenimiento de un mercado competitivo y justo, proteger a los consumidores y prevenir prácticas empresariales abusivas que puedan afectar la competencia.

En Ecuador se han tomado en consideración en la LORCPM los 5 pilares generalmente regulados a nivel mundial por el derecho de competencia, estos son: abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, concentraciones económicas, prácticas desleales y ayudas estatales.

El Estado ecuatoriano en el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador se ha comprometido a fomentar la competencia en los mercados (2008) y en el artículo precedente garantiza el establecimiento de mecanismos que eviten cualquier práctica de competencia desleal (2008) y es importante que esta competencia sea garantizada y fomentada también en los mercados y en las interacciones digitales que puedan tener los competidores.

La regulación de competencia ecuatoriana tiene como finalidad

evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. (LORCPM, 2011, art.1)

## **2.2 ¿Qué son las Prácticas Desleales?**

La LORCPM define en su artículo 25 a las prácticas desleales de la siguiente manera:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (...) (2011)

Según Sáenz (2021), se definen como “actos opuestos a los usos y costumbres honestas de un mercado, que se caracterizan por tener la intención de causar daño o aprovecharse de determinadas circunstancias que puedan terminar perjudicando a un competidor del mismo mercado en el que se opera” (p.9). El concepto de usos y costumbres honestos está marcado por la lealtad y la buena fe mercantil. Para Carvajal (2014) “la buena fe es un concepto cuyo significado se determina

conforme a los acontecimientos históricos de cada época en que este principio se ha desarrollado”, sin embargo aclara que no es un concepto acomodaticio, sino que se basa en la expectativa de que las partes involucradas en una transacción comercial actúen de manera honesta y justa.

Posteriormente en el artículo 26, se establece una cláusula general de prohibición de competencia desleal que veda

los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (LORCPM, 2011)

Así, las prácticas desleales en el derecho de competencia ecuatoriano se refieren a cualquier acción que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia; siendo similares en esto a los abusos de poder de mercado, sin embargo se diferencian por el factor de que son consideradas prácticas desleales, todo “hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas” (LORCPM, 2011), es decir, el factor diferencial son los usos y costumbres honestos dentro del mercado.

En la misma línea, las prácticas desleales son aquellas acciones que, entre otras, se consideran injustas o engañosas en el ámbito comercial, y que buscan obtener ventajas competitivas de forma ilegítima. Según Delgado (2020), “para que esa deslealtad exista basta que la actuación en cuestión sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes del mercado” (p.15).

Es importante hacer mención que las normas *ibidem* resultan especialmente aplicables a la publicidad digital, en la misma medida en que lo son para la publicidad tradicional, tanto, que el

artículo 27 de la norma antes citada hace referencia a la publicidad en 3 ocasiones, como se analizará más adelante.

En el marco de la legislación ecuatoriana sobre competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la LORCPM (INICPD, 2020) ha establecido ciertos criterios para determinar si una conducta desleal puede ser objeto de prohibición o sanción legal, que, en concordancia con el art. 26 de la LORCPM, la SCPM esquematiza de la siguiente manera:

La existencia de una conducta que, sin importar su expresión o forma, resulte contraria a las costumbres o usos honestos; la conducta sea realizada en el desarrollo de actividades económicas; y, que el acto tenga efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (INICPD, 2020)

Cabría analizar cómo estos elementos aplican al *Marketing* digital.

### **2.2.1 La existencia de una conducta que, sin importar su expresión o forma, resulte contraria a las costumbres o usos honestos**

Este primer requisito es muy importante en esta investigación, pues subraya que, sin importar la expresión o forma, debe existir una conducta, que puede ser digital, ya que no es importante la expresión del acto o hecho. Además, esta conducta digital debe ser contraria a las costumbres o usos honestos dentro de un mercado.

Para Sáenz (2021), para que una práctica sea considerada desleal, no es necesario que dicha práctica sea ilegal *per se*, sino que basta con que sobrepase los límites de las prácticas habituales en el mercado. En otras palabras, la conducta en cuestión puede considerarse desleal si es contraria

a los estándares de honestidad y buena fe que se esperan en un mercado competitivo, aunque no esté prohibida por la ley.

En el ámbito comercial, “buena fe era la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la ley, y por eso solía definirse la buena fe comercial como la convicción de honestidad, honradez y lealtad en la concertación y cumplimiento de los negocios” (Narvaez, 2002). La buena fe, por tanto, es una actitud fundamental que contribuye a mantener un mercado competitivo y equilibrado.

### **2.2.2 La conducta sea realizada en el desarrollo de actividades económicas**

A este requisito en otras legislaciones se lo conoce como la finalidad concurrencial de los actos, misma que la Sala de Defensa de la Competencia peruana ha definido de la siguiente manera

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 (INDECOPI, 2018).

Será muy importante determinar si un acto es concurrencial o no, antes de sancionarlo, sin embargo, vale aclarar que todo contenido publicitario, incluido el digital, tiene fines concurrenciales y merece la pena subrayar el papel publicitario de los *influencers* como una expresión moderna, actual y bastante usada en el *marketing* digital. En muchos casos los contratos que existen entre anunciantes e *influencers* son verbales, obstáculo al que el Indecopi ha buscado darle solución a través de las siguientes pautas para reconocer cuándo una práctica realizada por *influencers* se entenderá como publicidad: cuando “(i) promuevan, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciante; (ii) se hayan originado como consecuencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo del anunciante” (Indecopi, 2019).

Además, el Indecopi (2019) ha enumerado las más comunes:

- *Unboxing*: Compartir en las redes sociales el proceso de abrir y revelar productos, servicios o experiencias proporcionados por una marca o anunciante como parte de una estrategia publicitaria. En algunos casos, los *influencers* pueden acordar recibir una compensación económica por realizar los desempaquetados, mientras que en otras ocasiones reciben regalos sin previo aviso y deciden mostrar los productos como agradecimiento o compensación.
- Intercambio de productos o servicios (Canjes): Implica intercambiar productos o servicios entre el *influencer* y el anunciante bajo ciertas condiciones. Por lo general, no se formaliza por escrito, sino a través de un contrato verbal en el que el *influencer* se compromete a compartir contenido publicitario del anunciante en sus redes sociales.
- Sorteos o regalos (*Giveaways*): Es común que los anunciantes soliciten a los *influencers* realizar sorteos entre sus seguidores que incluyan los productos, servicios o marcas promocionados por el anunciante como estrategia publicitaria.
- Fotos: Mostrar de manera destacada o etiquetar una marca en las fotos publicadas en las redes sociales o en la descripción de las mismas por parte del *influencer*.
- Videos: Subir videos a las redes sociales en los que se destaque la presencia de una marca o se la mencione etiquetándola.

**2.2.3 Que el acto tenga efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios**

A este respecto la SCPM en la Guía de análisis para determinar el falseamiento al régimen de competencia por el cometimiento de las conductas desleales contenidas en la LORCPM dice que

Para que un acto o hecho deshonesto pueda falsear a la libre competencia, deberá considerarse, al menos, lo siguiente: Que exista un acto de competencia desleal, que dicho acto restrinja o distorsione la libertad de competencia en el mercado determinado y que afecte el interés público. (INICPD, 2023).

Para la INICPD (2023) es importante destacar que el análisis del falseamiento de la competencia puede variar dependiendo del caso en estudio, especialmente en *marketing* digital. En algunos casos, se ha evaluado la existencia de una distorsión en el mercado analizando las características del operador que incurre en la conducta, así como su capacidad para generar barreras en el mercado. En otros casos, se ha valorado la magnitud de la práctica en términos monetarios o en el número de personas que se vieron afectadas por la conducta infractora. El análisis de la distorsión de la competencia puede abordarse desde diferentes perspectivas, según las particularidades del caso. En cualquier caso, lo fundamental es garantizar que las prácticas comerciales se lleven a cabo dentro del marco de la legalidad, de manera que se promueva la competencia leal y se proteja el interés general de los consumidores.

Para el caso del contenido publicitario habría que considerar adicionalmente lo que ha dicho la INICPD respecto de que se debe tener en cuenta el alcance de las campañas publicitarias relacionadas con las conductas desleales y la evolución de número de clientes captados.

### **2.3 Principales prácticas desleales aplicables a la publicidad digital en el Ecuador**

El derecho de competencia ecuatoriano, al igual que la mayor parte de legislaciones, prevé la existencia de prácticas desleales en su ordenamiento jurídico, por ejemplo, los actos de engaño, los actos denigratorios y los actos comparativos, mismos que son cruciales para el presente, ya que estos actos desleales atañen particularmente al contenido publicitario, especialmente al que se realiza de manera digital, por ejemplo: publicidad en redes sociales, creación de contenido digital y *marketing* de *influencers*, que son objeto de esta investigación.

La propia LORCPM en su artículo 27, numeral 2, inciso segundo, al referirse a los actos de engaño dice que

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante (LORCPM, 2011).

Posteriormente en el numeral 4 del mismo artículo, al mencionar a los actos de engaño dice que “se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones (...) sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero (...) que puedan menoscabar su crédito en el mercado”. Y en el numeral 5 cuando define los actos de comparación “considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes, ni comprobables”

Si las prácticas desleales son aplicables a la publicidad en general, el contenido publicitario digital debe tener especial relevancia para la autoridad competente y para los competidores debido

a la inmediatez que se ha descrito previamente en el presente trabajo, ya que esta misma inmediatez hace que la probabilidad de incurrir en una de estas prácticas desleales sea más alta para quienes eligen publicitar su marca a través del *marketing* digital.

A continuación, se analizará cada uno de los tipos de *marketing* antes enumerados bajo la óptica de las prácticas desleales previamente mencionadas.

### **2.3.1 Actos de Engaño**

La LORCPM en su artículo 27, numeral 2, define los actos de engaño de la siguiente manera:

Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. (2011)

Los actos de engaño dentro del derecho de competencia hacen referencia a las prácticas engañosas cuyo objeto es conseguir una ventaja competitiva injusta frente a los competidores, por lo que Hernández (2020), menciona que, son todas aquellas “conductas que contienen información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” (p.20). Una de las consecuencias de dichas prácticas es la pérdida de credibilidad por parte de los

consumidores y el mercado en general, lo que puede afectar la competencia y la economía en general, consecuencia generada por la deslealtad de buscar engañar a los consumidores para obtener mayores réditos económicos.

Es importante mencionar en este apartado el caso de la publicidad encubierta, que se refiere a la práctica de publicar contenido en las redes sociales que promueve un producto o servicio sin revelar claramente que se ha pagado o incentivado para hacerlo. Esto puede ser engañoso para los consumidores, ya que no saben si el contenido es una recomendación genuina o una publicidad pagada. Puede llevar a la toma de decisiones equivocadas por parte de los consumidores. Además, puede dar una ventaja injusta a las empresas que utilizan esta táctica en lugar de aquellas que son honestas en su publicidad.

Es común encontrar titulares como: “Los anuncios sin ley de los ‘*influencers*’ tienen los días contados” (Muñoz, 2022) o “Nuevas sanciones para los ‘*influencers*’ que hagan publicidad encubierta y para los comercios electrónicos que tengan reseñas falsas” (Andreu, 2022) lo cual demuestra la relevancia actual de este tipo de conducta desleal, como revisaremos a posterior en los casos de derecho comparado.

No se puede obviar la influencia que pueden llegar a tener los *influencers* sobre sus seguidores, es importante que los anunciantes respeten el derecho de los usuarios a saber que están viendo una publicidad pagada y no una recomendación natural.

### **2.3.2 Actos denigratorios**

Los actos denigratorios son definidos por la LORCPM en el artículo 27, numeral 4, que reza lo siguiente:

Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros:

a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.

b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario. (2011)

Los actos denigratorios se refieren a las prácticas comerciales desleales que involucran la difamación o el desprestigio de la marca o productos de un competidor en el mercado. En concordancia con el numeral *ibidem* y el autor Ocampo (2014), estos actos “afectan a un competidor dentro del mercado, a pesar de la influencia que puedan llegar a tener dentro del mercado en general y su repercusión en los consumidores” (p.234). Es decir, la utilización, realización o difusión de manifestaciones sobre una marca de forma negativa mediante apreciaciones personales subjetivas, contribuye a la denigración, pues le resta crédito al esfuerzo de los competidores dentro del mercado y por ende la imagen pública de cómo se presenta el producto o servicio independiente de los efectos que puedan causar para el o los competidores afectados.

Esto si bien no ha sido sancionado dentro del *marketing* digital, ha sucedido en el convencional. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC), en su guía “Los

beneficios de la competencia para los consumidores” cuenta cómo en 2011, Gas Natural fue sancionada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, ahora conocida como CNMC) por llevar a cabo prácticas de competencia desleal que distorsionaban la competencia y tenían un impacto negativo en el interés público. Durante el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 2009, la empresa Gas Natural Comercial, que en ese momento era el antiguo monopolista y contaba con más del 70% de los clientes, realizó una extensa campaña de envío de cartas a más de 5 millones de consumidores. Estas cartas, entendidas como un tipo de publicidad, contenían afirmaciones engañosas y denigratorias sobre las empresas competidoras, advirtiendo a los consumidores sobre supuestos peligros de cambiar de proveedor. Debido al impacto en el interés público y los efectos perjudiciales en la competencia del mercado, la CNC (predecesora de la CNMC) impuso una multa de 2.650.000 euros a Gas Natural por su acto desleal de denigración. (2021).

### **2.3.3 Actos de Comparación**

La definición de los actos de comparación, para efectos de su aplicación en el Ecuador se encuentra en el numeral quinto del artículo 27 de la LORCPM, mismo que manifiesta que

Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables (2011).

Los actos de comparación se refieren a la evaluación de la conducta de las empresas en relación con sus competidores en el mercado. En concordancia con el autor Alves (2010), estos actos “están fundamentados en parámetros o características engañosas de los productos y/o servicios, esta comparación será desleal” (p.3). En otras palabras, es el engaño el que induce al error, a través de

una comparación entre productos que no es veraz y que exagera cualidades o defectos propios o de la competencia.

A pesar de que no se han podido encontrar sanciones referentes a esta práctica desleal, en la actualidad es común revisar las redes sociales y encontrar a *influencers* comparando productos o servicios, por lo cual se podría prestar especial atención a esta conducta desleal, en caso de que se demuestre de que son publicidades encubiertas.

#### **2.4 Principio de Primacía de la Realidad**

La LORCPM (2011) dice respecto de este principio que

Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos (art. 3)

La simulación que puede existir entre los anunciantes y los *influencers*, mediante la cual buscan pasar por debajo del análisis de la Ley antedicha y de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, engañar a los usuarios, no debe pasar por desapercibida para la Autoridad de competencia ecuatoriana en base al principio previamente citado y al artículo que le sigue que establece que “para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios (...) transparencia”, mismo que también queda quebrantado con la publicidad encubierta u oculta.

### **SECCIÓN III: PANORAMA INTERNACIONAL, DERECHO COMPARADO.**

Después de haber analizado detenidamente la situación nacional con relación al tema investigado resulta enriquecedor hacer una revisión de la legislación de 4 países que por su protagonismo en derecho de competencia y por su cercanía geográfica, respectivamente, son referencias que nos ayudarán a vislumbrar la situación en la que nos encontramos como país en relación con el tema de la presente investigación.

Es importante tener en cuenta que no es recomendable citar textualmente la legislación comparada para de esta manera hacerla propia, ya que las circunstancias nacionales y temporales son variables, pero sí sirve como fuente de ilustración sobre las mejoras deseables. No hay un camino trazado, pero afortunadamente hay algunas referencias para orientarnos.

#### **3.1 Estados Unidos y la *Federal Trade Commission* (FTC).**

En los Estados Unidos, la competencia de los operadores económicos está regulada por la FTC, por ende, la problemática descrita a lo largo de esta investigación está bajo el control del organismo antedicho. La FTC ha dado tal importancia a la publicidad en redes sociales a través de *influencers* que ha desarrollado una guía con lineamientos para no incurrir en prácticas desleales cuando se realice la publicidad con *influencers*.

La FTC basa el control de las conductas desleales en la publicidad con *influencers* en el artículo 5, literal a de la *FTC Act* que brinda a esta comisión la posibilidad de perseguir conductas que sean consideradas engañosas (*deceptive*) o que sean desleales (*unfair*) y posteriormente también se le facultó a dictar guías y recomendaciones dirigidas a ciertas industrias y grupos.

Para demostrar que un acusado ha actuado con "engaño" en violación del artículo 5, la FTC debe probar tres elementos: (1) hubo una representación material, una práctica o una omisión, (2) que pueda inducir a error a los consumidores en forma probable y 3) que los consumidores actuaban razonablemente según las circunstancias del caso en concreto. (Martínez, 2020).

La FTC actuó por primera vez en materia de publicidad en redes sociales en marzo de 2014 en contra de la Compañía *Cole Haan*, debido a que hicieron un concurso en Pinterest en el que los usuarios participantes debían subir a dicha red 5 imágenes de zapatos marca Cole Haan, acompañadas de 5 fotografías de sus lugares favoritos para caminar, todas estas imágenes con el *hashtag #Wanderingsole* (nombre de un producto de *Cole Haan*). El ganador del concurso recibiría un premio de \$1000 en productos de la marca. En un inicio la FTC catalogó este concurso como *endorsement*, toda vez que los participantes recomendaban y difundían el producto a cambio de un beneficio económico que, además, el resto de usuarios que veían esta recomendación en *Pinterest* no reconocían como una especie de publicidad recompensada; sin embargo, la propia FTC (2014), más adelante consideró que no había lugar para dicho reclamo debido a que entrar en un concurso no constituye una conexión material entre el anunciante y el *endorser* (persona que realiza el *endorsement*).

El caso que marca un hito en la actuación de la FTC es el caso de Lord & Taylor, en el que pagó a 50 *influencers* para que publiquen en Instagram una foto de ellos usando un vestido de la marca, acompañada del *hashtag #DesignLab*. La campaña fue un éxito en la medida en que se agotaron todos los vestidos. La FTC consideró que esta conducta era *endorsement*, misma que debía ser revelada a los usuarios para evitar incurrir en publicidad encubierta. La compañía fue notificada y llegó a un arreglo con la FTC. La FTC (2016) ordenó, entre otras cosas, que durante 5 años la compañía debía notificar cuando use *influencers* para hacer *endorsement*, así como los contratos que mantengan con dichos personajes de redes sociales; además, advirtió que si incurrían

en una nueva infracción, serían multados con cifras desde \$16000, por cada infracción cometida. Además recalco, en la misma decisión, el derecho que tienen los consumidores de saber cuándo están observando una publicidad pagada, para de esta forma distinguir también los casos en los que observan una recomendación genuina por parte de los *influencers* que han decidido seguir.

Es interesante la actuación de la FTC en los casos antedichos porque desde el año 2014 iba formando su criterio en cuanto a un tema que incluso el día de hoy en varios países, como el Ecuador, es novedoso. Además resalto de su misión institucional el carácter de educadora que ha tomado la comisión, ya que textualmente su misión es: “proteger al público de prácticas comerciales engañosas o desleales y de métodos de competencia desleales a través de la aplicación de la ley, la defensa, la investigación y la educación”. (FTC, s.f.). Esto es importante porque la FTC ha entendido que su papel no es únicamente el de sancionar, sino también el de educar para que el mercado y la competencia funcionen mejor. A esta actividad la SCPM (s.f.) ha calificado como “abogacía de la competencia”.

### **3.2 El caso peruano y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)**

En Perú la autoridad que es competente para conocer temas de competencia desleal se denomina INDECOPI y ha sido pionero en la región en temas de publicidad digital, no únicamente enfocada en *influencers*, sino también en *Community Managers*, que son profesionales encargados de administrar, gestionar y desarrollar la presencia en línea de una empresa o persona en las redes sociales; es decir, han centrado su atención no únicamente en el *marketing* de *influencers*, sino también en la publicidad digital y la creación de contenido.

En el año 2019 Sosa Huapayo dictó una conferencia titulada “cómo ser *community manager* y/o *influencer* y no ser sancionado en el intento”, que fue auspiciada por el INDECOPI, en la cual se empieza el camino hacia la sistematización de un asunto que antes no había estado tan claro, tanto para anunciantes, como para *influencers* y *community managers*. En esta se dieron pautas para reconocer las actividades relevantes para el derecho de competencia, en este caso, los actos con finalidad concurrencial, que han sido definidos previamente en la presente, además, para Sosa Huapayo (2019) los *influencers* pueden hacer *endorsement* de dos maneras: como soporte publicitario para terceros anunciantes o cuando el *influencer* es a la vez anunciante, como sucedió en Estados Unidos en el caso CSGO Lotto (FTC, 2019), en el cual los dueños de esta compañía, Trevor Martin y Thomas Cassell, eran a la vez *influencers* que anunciaban en sus redes a favor de su compañía, pero nunca hicieron público que ellos eran a la vez los dueños. El conferencista señaló que, aunque en un inicio había centrado su atención en la actividad de los *community managers*, en la práctica recibió más preguntas acerca de los *influencers*, razón por la cual decidió hacer especial énfasis y dedicar la mayor parte de su disertación a estos personajes, similar a lo que ha sucedido en esta investigación.

Posteriormente en el propio 2019 el INDECOPI publicó una guía de publicidad para *influencers* en la que determina que

los principales actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria son los siguientes: Actos contra el Principio de Veracidad o actos de engaño, actos de denigración, actos contra el Principio de Autenticidad, actos de comparación y equiparación indebida y actos contra el Principio de Legalidad. (INDECOPI, 2019).

Todos estos similares a aquellos que hemos encontrado como principales actos de competencia desleal que se realizan a través de la publicidad digital en Ecuador y que se definen también de manera similar.

En Perú es interesante que la responsabilidad no recaer en todos los casos sobre el anunciante, sino que puede recaer también sobre *influencers* o agencias publicitarias en los casos en los que se demuestre que no tenían un guion dado por el anunciante y estos decidan desnaturalizar la actividad que están publicitando o decidan incitar actos ilícitos. La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) del Indecopi tomó una decisión en un caso en el que una empresa que vende bebidas gaseosas transmitió un comercial de televisión que podría fomentar comportamientos ilícitos. En una escena del mencionado anuncio, un jugador de fútbol reconocido hace una pregunta al espectador “¿Saben por qué entreno tanto?” y ante la mirada de admiración de un menor y de dos mujeres, pateo una máquina expendedora de las bebidas gaseosas anunciadas, logrando que caiga una lata del referido producto, respondiendo al televidente: 'Por si me quedo sin sencillo.'” (Indecopi, 2019). El Indecopi (2019) relata cómo la Comisión impuso sanciones tanto a los anunciantes como a la agencia de publicidad después de determinar que el anuncio en cuestión tenía el potencial de incitar a comportamientos antisociales o ilegales. Esto se debió a que presentó una conducta violenta como algo natural, lo cual objetivamente podría llevar a pensar que esa conducta podría ser imitada, a pesar de que podría ser clasificada como un delito de hurto.

Usualmente los *influencers* o los agentes que los representan actúan sin una pauta o guión preestablecido por el anunciante, creando, diseñando o ejecutando libremente los anuncios publicitarios que le son encargados, es decir, actúan como una agencia de publicidad. En ese sentido, pueden ser considerados responsables por la difusión de un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. (Indecopi, 2019)

INDECOPI ha tomado una participación activa en la educación y socialización de recomendaciones, tanto para *influencers*, como para anunciantes.

### **3.3 Reino Unido, *Competition and Markets Authority (CMA)*.**

En Reino Unido la autoridad de competencia se denomina CMA, se estableció en 2014 como resultado de la fusión de la Oficina de Competencia y la Oficina de Comercio Justo. La CMA está facultada para investigar y hacer cumplir las leyes de competencia, así como las leyes contra prácticas comerciales desleales. En el Reino Unido, las prácticas desleales y la protección de los consumidores están reguladas principalmente por la Ley de Prácticas Comerciales Desleales de 2008 (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*, en inglés).

En 2023 *The Committee of Advertising Practice (CAP)* y la CMA, publicaron una guía titulada “Guía para *Influencers* sobre cómo hacer claro que los anuncios son anuncios”. La cual abarca la prevención de la publicidad encubierta y mencionan que para asegurar que quede claro que tu contenido es un anuncio, es crucial hacerlo fácilmente visible y comprensible para tu audiencia. Algunas formas comunes de lograrlo incluyen:

- Utilizar etiquetas o hashtags específicos, como #ad o #patrocinado.
- Incluir una declaración inequívoca en el contenido, como "Este es un anuncio pagado por (nombre de la marca)".
- Emplear las herramientas de divulgación proporcionadas por las plataformas de redes sociales, como la función "Contenido patrocinado" en Instagram (CAP y CMA, 2023).

Para el CAP y la CMA (2023) es fundamental recordar que la divulgación debe ser clara y no estar oculta dentro del contenido. Debe ser fácilmente visible para los usuarios sin necesidad de hacer clic o interactuar con el contenido. Además, si recibes alguna forma de compensación por tu contenido publicitario, ya sea en forma de dinero o productos gratuitos, también debes revelarlo a tu audiencia, toda vez que esto es considerado *endorsement*. Según la guía, cualquier tipo de incentivo que recibas por parte de una marca o empresa se considera un pago. Esto incluye no solo

el dinero en efectivo, sino también otros tipos de compensación, como productos gratuitos, servicios, viajes, estadías en hoteles, invitaciones a eventos y descuentos exclusivos. Además, cualquier tipo de relación comercial que tengas con una marca o empresa también se considera un pago, lo que incluye ser embajador de la marca, tener acciones en la empresa o colaborar en tu propia colección o edición.

En el año 2018 la CMA empezó “una investigación considerando que las estrellas de redes sociales no están declarando adecuadamente cuando han sido pagados o recompensados de otra forma para recomendar bienes o servicios” (CMA, 2018). La CMA ha sido tan insistente en hacer cumplir esta norma, y en la promoción de la competencia, que Facebook Ireland Ltd, (que opera Instagram en el Reino Unido), se ha comprometido a hacer cambios para garantizar que las personas no puedan publicar anuncios sin etiquetarlos como tales, estos cambios incluyen:

Pedir a los usuarios que confirmen si han sido incentivados de alguna manera para promocionar un producto o servicio y, si es así, requerirles que lo revelen claramente; extender su herramienta de "asociación pagada" a todos los usuarios, lo que les permite mostrar fácilmente una etiqueta clara en la parte superior de una publicación; y, utilizar tecnología y algoritmos diseñados para detectar cuando los usuarios no han revelado claramente que su publicación es un anuncio y reportar a esos usuarios a las empresas que están siendo promocionadas (CMA, 2020).

Es digno de resaltar la iniciativa privada en el caso de Reino Unido, que ha llevado a perfeccionar las herramientas en redes sociales con la finalidad de evitar la publicidad oculta, que finalmente es engañosa.

## CONCLUSIONES

Después de haber realizado esta investigación, se pueden extraer varias conclusiones en relación al tema estudiado. Sería pretencioso afirmar que este trabajo agota el debate y presenta respuestas definitivas e inamovibles. En cambio, es importante reconocer que es necesario profundizar y continuar el estudio y el debate sobre las prácticas desleales en las que se pueden incurrir en el ejercicio del marketing digital de contenidos en redes sociales. Con esto en mente, presento las siguientes conclusiones:

- I. A lo largo de la historia el *marketing* ha sido parte importante en las relaciones comerciales, toda vez que desde sus formas más incipientes éste ha buscado el posicionamiento de un producto, de manera que estos sean plenamente identificables para los potenciales clientes. A partir de la revolución industrial y de la invención de la imprenta esta disciplina creció de manera agigantada. A partir del aparecimiento del internet se hizo mucho más accesible para todos y hoy en día el *marketing* digital es muy importante para la competencia.
- II. El inmediatez en la publicidad digital y la falta de filtros internos por parte de los anunciantes hacen que exista mayor posibilidad de infringir las normas de competencia desleal en este tipo de publicidad, antes que en la publicidad convencional.
- III. Para efectos de la aplicación del régimen de prácticas desleales, considerando que éstas atañen especialmente a la publicidad, son las más relevantes las estrategias de marketing digital de contenidos en redes sociales, que son: publicidad digital, creación de contenido y *marketing* de *influencers*.

- IV. En los términos de la LORCPM los principales actos de competencia desleal que podrían llevarse a cabo a través del marketing digital de contenidos en redes sociales son los actos de engaño, actos denigratorios y actos de comparación.
- V. La legislación ecuatoriana es perfectamente aplicable a las antedichas estrategias de marketing digital de contenidos en redes sociales, sin embargo, debido a que en el Ecuador la regulación de competencia aparece apenas en 2011, también existe un retraso en la aplicación de la Ley al contenido publicitario digital. Del análisis de la investigación se concluye que no es necesario crear una nueva normativa, simplemente aplicar la existente.
- VI. Las autoridades en materia de competencia de los países que más han avanzado en el debate e investigación respecto de este tema han optado por publicar guías para el correcto desarrollo de la publicidad con *influencers*, lo que muestra la relevancia de este tipo de publicidad para efectos del estudio.
- VII. La SCPM también puede emitir guías para educar en esta materia, a través de las opiniones a las cuales la ley faculta a dicha Superintendencia.
- VIII. Ecuador tiene la oportunidad de ser de los países pioneros en cumplimiento normativo en prácticas desleales para anunciantes que utilizan las técnicas del marketing digital de contenidos en redes sociales, toda vez que el resto de países ha centrado su atención únicamente en el *marketing de influencers*.

## RECOMENDACIONES

Realizada la presente disertación, vale la pena indicar ciertas recomendaciones que tienen únicamente la finalidad de promover la competencia sana y leal entre los operadores económicos y evitar que estos sean sancionados debido al desconocimiento en la materia.

- I. Fomentar el debate de la academia y los profesionales del derecho de competencia en materia de prácticas desleales aplicables al marketing digital de contenidos en redes sociales. Propiciando conferencias y talleres dirigidos a anunciantes, *influencers*, *community managers* y abogados.
- II. La creación de una guía por parte de la SCPM en la que se abarquen buenas prácticas y recomendaciones tanto para anunciantes, como para *influencers* y *community managers*, en su actividad publicitaria y de creación de contenidos.
- III. Que exista un control editorial más riguroso por parte de los anunciantes hacia los *influencers* y *community managers*. Se recomienda que el anunciante brinde un guion, ponga un cronograma de publicaciones y apruebe o pida cambios antes de que se publique el contenido.
- IV. Es importante que los *influencers* sean transparentes con sus seguidores. Esto implica no proporcionar testimonios falsos o desactualizados, así como evitar publicaciones que puedan inducir a error a los consumidores o que no se correspondan con la realidad. Además, los *influencers* deben ser transparentes en cuanto a las relaciones que tienen con marcas o empresas, dejando claro al consumidor la conexión material existente.
- V. Se recomienda a los *influencers* ser conscientes del alcance y la importancia que tienen sus publicaciones para sus seguidores, razón por la cual utilizar palabras e imágenes claras y apropiadas al contexto. Deben evitar cualquier tipo de mensaje que pueda incitar

a los destinatarios a cometer actos discriminatorios, antisociales o ilegales. Es responsabilidad del *influencer* promover valores positivos y contribuir a una comunidad en línea segura, respetuosa y transparente.

- VI. Es de suma importancia que los anunciantes sean más responsables y activos con el contenido que se comparte de las redes sociales de sus empresas, fijándose en que se dé cumplimiento a las normas de derecho de competencia, de manera que se publique información real, con fundamentos científicos y facticos; y que no busque denigrar a sus competidores.
- VII. Fomentar la consulta a expertos en derecho de competencia para que los anunciantes no incurran en actos de competencia desleal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. (13 de Octubre 2011). Registro Oficial No. 555 de 13 de Octubre 2011.

Alves, B. P. (2010). Los actos de comparación e imitación como práctica engañosa. VV. AA., *Las prácticas comerciales desleales*, Ed. CEACCU, Madrid.

American Marketing Association. (2022). ¿Quién es la Asociación Americana de Mercadotecnia?.

Recuperado de: <https://www.gma.marketing/post/asociacion-americana-de-mercadotecnia#:~:text=El%20principal%20objetivo%20de%20la,proveer%20de%20recursos%2C%20herramientas%20y>

Andreu, A. (2022, 28 de mayo). Nuevas sanciones para los 'influencers' que hagan publicidad encubierta y para los comercios electrónicos que tengan reseñas falsas. *Business Insider España*. <https://www.businessinsider.es/publicidad-enganosa-resenas-falsas-nuevas-sanciones-influencers-1068321>

Bladow, L. (2018). Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in *Influencer Marketing*, *William & Mary Law Review*. 59(2018), 1123-1163. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol59/iss3/8>

Carvajal, L. (2014). Good Faith in Commercial Matters in the Western Legal Tradition. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (36), 345-364. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100012>

Castañeda, C. (2022). Derecho de Competencia [material del aula]. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador.

Castillo, J. (2015). El uso de la publicidad tradicional y su incidencia en la venta de bienes raíces de la Inmobiliaria Arcosa en el Cantón Ambato año 2015 (Bachelor's thesis).

<https://bit.ly/3TO9WNy>

Checa, A. (2007). Historia de la publicidad. La Coruña: Netbiblo.

CMA. (2018). Celebrities and social media stars investigated for not labelling posts. Recuperado

de: <https://www.gov.uk/government/news/celebrities-and-social-media-stars-investigated-for-not-labelling-posts>

CMA. (2020). Instagram to tackle hidden advertising after CMA action. Recuperado de:

<https://www.gov.uk/government/news/instagram-to-tackle-hidden-advertising-after-cma-action#:~:text=Instagram%20will%3A,the%20top%20of%20a%20post>

Coca, A. (2008). El concepto de *Marketing*: pasado y presente. *Revista de Ciencias Sociales*, 14(2), 391-414.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Delgado, P. (2020). Acto de confusión generador de Competencia Desleal. Análisis desde el derecho sustancial. *Revista CES Derecho*, 11(1), 117-133. <https://bit.ly/3ona8I1>

FTC. (2014). Closing Letter to Christie Grymes Thompson, Counsel for Cole Haan. Recuperado

de: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/closing\\_letters/cole-haan-inc./140320colehaanclosingletter.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/closing_letters/cole-haan-inc./140320colehaanclosingletter.pdf)

FTC. (2017). CSGO Lotto Owners Settle FTC's First-Ever Complaint Against Individual Social

Media *Influencers*. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press->

[releases/2017/09/csgo-lotto-owners-settle-ftcs-first-ever-complaint-against-individual-social-media-influencers](https://www.ftc.gov/press-releases/2017/09/csgo-lotto-owners-settle-ftcs-first-ever-complaint-against-individual-social-media-influencers)

FTC. (2016). In the Matter of LORD & TAYLOR, LLC, DECISION AND ORDER. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160523lordtaylordo.pdf>

FTC. (s.f.). Mission. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission>

García, J. (2010). El *Marketing* y su origen a la orientación social: desde la perspectiva económica a la social. *Los aspectos de organización y comunicación*, 77.

García-Machado, E., y León-Santos, M. (2021). ¿Evolución o expansión? Del *Marketing* tradicional al *Marketing* Digital. *Alcance*, 10(26), 37-52.

Hernández, S. (2020). Competencia desleal entre empresarios: actos de engaño. <https://bit.ly/43ZSpqg>

Hootsuite & We Are Social. (2022). Digital 2022 Global Overview Report. <https://wearesocial.com/es/blog/2022/01/digital-2022/>

Indecopi. (2019). *Guía de Publicidad para Influencers*. Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42>.

Indecopi. (2018). RESOLUCIÓN 0065-2018/SDC-INDECOPI.

INICPD. (2023). Guía de análisis para determinar el falseamiento al régimen de competencia por el cometimiento de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Recuperado de: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2023/03/Guia-Falseamiento.pdf>

- INICPD. (2020). Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Recuperado de: [https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-  
pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf](https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-<br/>pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf)
- Jiménez, A. G. (2003). Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador. *Foro: Revista de Derecho*, (1), 5-47. <https://bit.ly/3UuhRQA>
- Lozano-Torres et al. (2021). El marketing digital: herramientas y tendencias actuales. *Domino de las Ciencias*, 7(6), 907-921.
- Martínez. (2020). La comunicación publicitaria de ‘*influencers*’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina. *Revista Electronica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires*, pp. 4 – 46.
- Membriela, M. y Pedreira, N. (2019). Herramientas de *Marketing* digital y competencia: una aproximación al estado de la cuestión. *Atlantic Review of Economics*, 3, 3.
- Mendivelso, H. y Lobos, F. (2019). La evolución del *marketing*: una aproximación integral. *Revista Chilena de economía y sociedad*, 13(1), 58-70.
- Mendoza, L. (2017). Publicidad digital y redes sociales dirigidas a jóvenes de la ciudad de Sucre. *Revista Investigación y Negocios*, 10(15), 186-198. <https://bit.ly/3nsFwVa>
- Muñoz, R. (2022, 12 de febrero). Los anuncios sin ley de los ‘*influencers*’ tienen los días contados. *El País*. <https://elpais.com/economia/2022-02-13/los-anuncios-sin-ley-de-los-influencers-tienen-los-dias-contados.html>

Narvaez, J. (2002). Derecho Mercantil Colombiano, parte general. Ed. Legis, Colombia, Pág. 316.

Ocampo, E. (2014). Los actos denigratorios en la legislación española. <https://bit.ly/3Lp3tGc>

Real Academia Española. (2023). Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 25 de marzo de 2023].

Sáenz, L. (2021). *El metatagging: ¿ una práctica desleal?* (Bachelor's thesis, Quito). <https://bit.ly/3mLsYIv>

SCPM. (s.f.). ¿Qué es Abogacía de la Competencia?. Recuperado de: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/que-es-abogacia-de-la-competencia/>

Sosa. (2019). *Cómo ser community manager y/o influencer y no ser sancionado en el intento*. Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/EBOOK+COMMUNITY+MANAGER+PARA+PUBLICAR.pdf/16e0b581-8f02-5b1d-f000-7ce350e3e459>

Velásquez, J. W. (2000). *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Fondo de Cultura Económica. <https://bit.ly/43ri6jp>