

Gabriel Martínez Medrano

LOS “INFLUENCERS” FRENTE AL DERECHO

GABRIEL MARTÍNEZ MEDRANO

Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Máster en Aspectos jurídicos y económicos de las Nuevas Tecnologías (Universidad Nacional de Mar del Plata), Magister Lvcentinvs (ML/LLM), Máster en Propiedad Intelectual de la Universidad de Alicante, España. (IV Promoción www.ml.ua.es). Posgrado de Derecho del Consumidor, Universidad de Salamanca. Profesor de posgrado en Derecho del Consumo, U.B.A.



Desde 1952

editorial librería Juris

www.editorialjuris.com

LOS INFLUENCERS FRENTE AL DERECHO.

Gabriel Martínez Medrano¹.

Índice:

1) Introducción al tema. 2) Conceptos. 3) La regulación de la comunicación comercial y la libertad de expresión 4) Regulación de la actividad de los *influencers* en Europa. Viejas reglas para nuevos escenarios. 5) La actuación de la FTC en los Estados Unidos. El caso Fyre. Demandas colectivas. 6) Panorama internacional de las Agencias de Regulación en Materia de Publicidad Digital. 7) La situación en Argentina. Aplicación de normas vigentes. 8) Proyecto de Ley para regular la actividad de *influencers*. 9) Conclusiones.

1) INTRODUCCIÓN AL TEMA.

La regulación (o falta de ella) sobre la figura de los influencers en Argentina es un tema que me viene alertando hace unos años. Pero fue a partir de escándalos generados en los casos “Generación Zoe” y “Vayo Coin”², que el tema salió a la superficie de los medios masivos de comunicación.³

Nuestro país carece de muchas cosas y una de ellas es un Congreso que dicte leyes que acompañen los desarrollos de la sociedad en la que se inserta. Es un déficit de las instituciones en nuestro país. ⁴ Por ello no es de extrañar la mora legislativa en temas de

1 Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Máster en Aspectos jurídicos y económicos de las Nuevas Tecnologías (Universidad Nacional de Mar del Plata), *Magister Lvcentinvs* (ML/LLM), Máster en Propiedad Intelectual de la Universidad de Alicante, España. (IV Promoción www.ml.ua.es). Posgrado de Derecho del Consumidor, Universidad de Salamanca. Profesor de posgrado en Derecho del Consumo, U.B.A.

2<https://www.iprofesional.com/actualidad/360366-vayo-coin-rial-revelo-que-famosos-estarian-involucrados>

3<https://www.forbesargentina.com/innovacion/por-influencers-investigada-vayo-coin-podrian-tener-consecuencias-legales-n15108>

4<https://www.parlamentario.com/2022/01/06/en-2021-se-aprobaron-52-leyes-menos-que-el-anterior-y-lejos-del-promedio-de-la-ultima-decada/> El Congreso aprobó a lo largo del período ordinario 2021 52 leyes. Una de cada 4 leyes aprobadas se gestó a partir de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo, o sea que estamos hablando de 13 leyes. El 75% restante estuvo originado en iniciativas elaboradas por diputados o senadores. Del total de esos proyectos (39), casi el 70% fueron elaborados por legisladores oficialistas, en tanto que el 23% de las demás leyes se explican por iniciativas de la oposición. A su vez, 3 leyes (8%) tuvieron origen en iniciativas presentadas tanto por legisladores oficialistas, como opositores... Los temas más legislados fueron iniciativas vinculadas a las transferencias de inmuebles y a

avanzada como es la regulación de medios no tradicionales de publicidad. El último avance vino con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, importante pieza legislativa producto de la doctrina de nuestro país y del encuentro de consensos en las Cámaras Legislativas. En este cuerpo normativo se legisla sobre la publicidad en el art. 1101:

ARTICULO 1101.- Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:

- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;*
- b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;*
- c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

En materia de “influencers” el cumplimiento del inciso a) en cuanto a que no se produzca error tiene dos aristas: por un lado el mensaje en sí, su contenido, no debe ser engañoso. Esto se puede sostener respecto de cualquier mensaje publicitario. Pero respecto de influencers, la falta de inducción al error viene de la mano de advertir al receptor del mensaje, que el mensaje del influencers tiene contenido publicitario.

Se trata de dar cumplimiento con los cuatro principios que toda comunicación comercial debe respetar: legalidad, veracidad, lealtad y autenticidad. Este último principio, de autenticidad u honestidad, exige que la publicidad sea reconocida como tal por sus destinatarios, de forma que puedan interpretarla correctamente y no sean objeto de engaño o manipulación. El principio de autenticidad se opone así a cualquier forma de publicidad que procure ocultar su naturaleza comercial, como la publicidad subliminal, la encubierta o la indirecta.

El arquetipo de publicidad contraria al principio de autenticidad es la publicidad encubierta. La publicidad encubierta pretende confundir al destinatario mediante la

la declaración de fiestas, días nacionales o capitales nacionales. Este tipo de proyectos se destacan por la facilidad de construir consensos (o no estar marcados por conflictos políticos) y en consecuencia su estudio legislativo es expeditivo.

forma o presentación del anuncio publicitario, de manera que no sepa que está ante un mensaje de naturaleza comercial. En este sentido, se ha definido la publicidad encubierta como publicidad disfrazada, enmascarada bajo distintas apariencias. Al disimular su carácter comercial –y hacerse pasar por una información, opinión o mensaje recreativo– la publicidad encubierta otorga al mensaje una apariencia de objetividad y neutralidad que resulta idónea para superar la razonable prevención o cautela que suscitan en el público los mensajes promocionales. Además, la publicidad encubierta permite esquivar la saturación publicitaria que padece el usuario en los distintos soportes publicitarios, ya que los mensajes informativos o recreativos generalmente revisten más interés que los de índole publicitaria. Con Tato Plaza, podemos señalar tres condiciones para que un mensaje publicitario pueda ser calificado de encubierto: 1) el mensaje ha de perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional; 2) esta finalidad comercial no debe ser claramente identificable por el público destinatario; y 3) el mensaje no debe incluir advertencias que informen explícitamente a los destinatarios de su finalidad comercial.⁵

Es, entonces, el cumplimiento del principio de autenticidad u honestidad la cuestión que devela a los reguladores de la figura del “influencer” en todo el mundo civilizado. El receptor tiene que advertir que el mensaje es publicitario, que el influencers no es un “amigo” que recomienda un producto, sino una persona que recibe un beneficio por dicha recomendación.

Así se ha dicho que: *los seguidores de instagramers de moda deben quedar claramente informados de que están ante una pieza publicitaria, y no ante otro tipo de contenido no publicitario, aunque no es obligatorio que aparezca la palabra publicidad, sino que el receptor debe «tener la información suficiente para saber que, efectivamente, se encuentra ante publicidad» (IAB Spain, 2016, p. 15)*⁶

En este trabajo pretendemos contribuir de dos maneras: en primer lugar “de lege lata” es decir: como resolver conflictos en los que aparecen interviniendo influencers con la

5 Martínez Otero, Juan: “NUEVAS FORMAS DE PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERNET” Revista de Derecho Mercantil 314 Octubre – Diciembre 2019 Págs. 223–264

6 ÁNGELA AGULLEIRO PRATS, SUSANA MIQUEL-SEGARRA E IRENE GARCÍA MEDINA EL RETO DE REGULAR UN PERFIL NO PROFESIONALIZADO: MICROINSTAGRAMERS DE MODA Fonseca, Journal of Communication, 20, 2020, pp. 15-34 Ediciones Universidad de Salamanca.

legislación disponible. Pero también de “*lege ferenda*” a través de la difusión de proyectos legislativos que “duermen” en el Congreso Argentino.

El punto 2) de este trabajo tiene un carácter conceptual y pretende introducir al lector en el mundo de los *influencers* y de su actividad en redes sociales, en particular las distintas conductas que puede desplegar y que en sentido general llamamos *endorsement*.

En el punto 3) analizamos la posible regulación de los influencers a la luz del derecho de libre expresión. En el 4) revisamos las herramientas legales existentes con las que se ha abordado la temática en Europa, en particular las normas sobre competencia desleal y defensa del consumidor. En el 5) abordamos la legislación y práctica existente en los Estados Unidos de América. El punto 6) es un viaje por distintas jurisdicciones para observar, cómo actúan los organismos reguladores en algunos países de Europa y de Oceanía.

A partir del punto 7) analizaremos la situación en Argentina, así como el Proyecto de Ley en trámite en el Congreso que pretende la regulación de la materia. Para finalizar elaboraremos nuestras conclusiones.

2) Conceptos.

Un *influencer* es una persona que, a través de su actuación en redes sociales (principalmente Instagram, Youtube, Facebook, Snapchat, Tik Tok), colecta una importante cantidad de seguidores y, realizando actividades de interés para estos, va generando una fama o prestigio que le permite influir en las decisiones de consumo de esos seguidores.

La especialista en marketing Patricia San Miguel⁷ define dentro de su campo de estudio, al *influencer* como “*personas que gozan de reconocimiento social en internet gracias a su amplia comunidad de seguidores en las redes sociales. Son líderes de opinión o influyentes en el entorno digital que comparten contenido - fotos, videos, comentarios, etc - sobre temas concretos en los que gozan de credibilidad y, en múltiples ocasiones, sobre su vida personal. La mayoría de los influencers realiza colaboraciones con*

7 San Miguel, Patricia. *Influencer Marketing*. Editorial LID, Madrid, 2020.

marcas para mostrar los productos o servicios en sus redes sociales. Muchas de estas colaboraciones tienen compensaciones monetarias.”

Desde el campo jurídico se define al influencer como “*quien tiene el poder de afectar decisiones de compra de otras personas a causa de su autoridad, conocimiento, posición o relacionamiento, ya sea real o percibido por sus seguidores*”⁸

En una primera etapa, los *influencers* actuaban espontáneamente en las redes mostrando sus actividades usuales o normales de la vida, pero la gran repercusión que causaban sus actividades en las redes, generaron que las marcas comerciales vean, a través de ellos, nuevos vehículos para llegar a los consumidores de una manera más espontánea que a través de la publicidad tradicional. A medida que un *influencer* va ganando seguidores, y con ello poder de convencimiento en estos, la contraprestación por servir de vehículo de comunicación de las marcas pasa de la entrega de muestras gratis a la posibilidad de producir ingresos económicos, lo que en la jerga se llama “monetizar” las redes sociales.

Existe una división sociológica en la caracterización de los *influencers* en “celebridades” e “*influencers* puros”. Los primeros son personas que se han destacado en diversos campos de su actividad y que traspasan esa fama o prestigio adquirido hacia las redes sociales, pudiendo o no “monetizar” dicha influencia sobre sus seguidores. Así tenemos que el argentino con más seguidores en Instagram es Lionel Messi, quien promociona a través de esa red social productos de consumo masivo. En el caso de las celebridades, por lo general, es más fácil advertir que sus mensajes son publicitarios⁹. Entiendo que esta impresión está dada por el hecho de que hemos visto a Messi en

8 Bladow, Laura E, “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing”, 59 Wm. & Mary L. Rev. 1123 (2018), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol59/iss3/8>; p. 1128. Se refiere a las “*non celebrity influencers*” a “*los individuos que han desarrollado la lealtad de sus seguidores compartiendo visiones o imágenes del día a día de sus vidas en forma online.*”

9 Señala el Profesor Otero Lastres que *La complejidad* – para el consumidor de advertir el carácter publicitario del mensaje - *se acrecienta cuando interviene como prescriptor, no un personaje famoso y reconocible por su frecuente aparición en los medios, sino un líder específico que navega por este ámbito, que suele tener su propio sitio en la red y que es reconocido por los internautas como “influencer”, en terminología inglesa, o “persona influyente” o “líder de opinión”*. (Otero Lastres, Discurso pronunciado el 2/12/2019 con motivo de su incorporación como Académico de Número a la Real Academia de de Jurisprudencia y Legislación de España, punto 4.2.1.d, y que gentilmente me facilitó para su lectura). En adelante lo citamos Otero Lastres, Discurso... op cit.

numerosas publicidades por medios tradicionales (gráfica, TV) y el hecho de ser un deportista muy famoso, lo vemos como alguien lejano a nuestra humilde existencia. Si Messi come unas papas fritas *Lays*, no nos queda duda que cobra su buen dinero por hacerlo tanto en TV como en redes sociales.

Al lado de las celebridades, tenemos los *influencers* puros, que son personas que trascienden más por las redes sociales que por actividades fuera de ellas. Así tenemos los *youtubers*, los *instagramers* y otros personajes que han generado oleadas de seguidores en redes sociales. Estos *influencers* pueden actuar solo en las redes sociales o tener alguna otra actividad (periodista de espectáculos, modelo, cantante). Salvando los casos paradigmáticos como el de Messi, Ronaldo o cantantes como Ariana Grande, Selena Gómez o el actor Dwayne Johnson, en la mayoría de los casos la frontera del *influencer* puro y de la celebridad puede ser difusa.

Este fenómeno de la fama o prestigio que puede influenciar en los seguidores para la compra de productos o servicios, es capitalizado por las marcas para difundir sus productos o servicios. Así es que mediante la conducta del *endorsement* o aval, el *influencer* se presenta ante sus seguidores como consumidor del producto anunciado y pone en evidencia las cualidades o bondades del mismo. Este boca a boca cibernético es mucho más eficaz que la publicidad tradicional. Permite a las empresas direccionar sus esfuerzos publicitarios de manera personalizada para llegar a públicos específicos que se encuentren relacionados con el *influencer*¹⁰. El *endorsement* es una forma de dar el aval, aprobación, consentimiento o consejo en forma pública sobre un producto o servicio.¹¹

10 En 2009, cuando todavía no existían los *influencers*, y las redes sociales comenzaban a funcionar (Facebook y MySpace) la doctrina señalaba el fenómeno del “Social Marketing” como una técnica que consiste en enviar información sobre la interacción de personas comunes con productos o servicios a los amigos y conocidos de esa persona para estimular la demanda de esos productos. El marketing social se basa en la relación existente entre los clientes y sus amigos como conducto para un mensaje publicitario. Mc Gevegan W. “Disclosure, Endorsement, and Identity in Social Marketing” University of Illinois Law Review, vol 2009, P. 1116

11 Finkle, Colin “Endorsements in Marketing”, publicado en “BRAND MARKETING BLOG” 28 de noviembre de 2019, <https://brandmarketingblog.com/articles/branding-definitions/marketing-endorsements/#:~:text=Often%20the%20key%20element%20in,be%20either%20paid%20or%20Unpaid.>

El poder del mensaje de un emisor entre sus pares depende de la percepción que tengan estos acerca de la fiabilidad y la independencia del emisor respecto del titular de la marca o empresario responsable del producto o servicio referenciado¹². La base de un mensaje de *endorsement* es su exactitud y la libertad con que es transmitido. La primera consiste en que el mensaje en su contenido no sea falso o engañoso¹³ y la segunda que la persona que transmite el *endorsement* no tenga un compromiso económico con el productor del bien recomendado.¹⁴ Y si ese compromiso existe, que se declare su existencia para que el receptor del mensaje conozca que se trata de un contenido publicitario.

Las primeras relaciones en redes sociales se daban con personas que se conocían fuera de ellas (pares, conocidos, amigos, etc). A medida que dichos contactos se difuminan, el sujeto que nos recomienda un producto deja de ser un “amigo” para pasar a ser un *influencer*. Esta nueva realidad deja ver que, para evitar engaños o falsas expectativas de los destinatarios (eventuales consumidores), debe existir un mecanismo para declarar la relación existente entre el *influencer* y la marca o productor de los bienes o servicios que se avalan, si la existiere.

De lo contrario se incurre en lo que se denomina “publicidad encubierta” caracterizada en el artículo 9) del antiguo Estatuto de la Publicidad español de 1964, a cuyo tenor “*El público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perfectamente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad*”¹⁵.

La publicidad encubierta es considerada una modalidad de publicidad engañosa, pero no porque lo sea en sí mismo el contenido del anuncio, sino porque el conjunto del mensaje se presenta con tal apariencia informativa que el público no es capaz de reconocer en él su carácter publicitario. Dicho de otro modo, el anunciante disfraza de tal modo el anuncio que el público lo considera simplemente una comunicación empresarial

12 Mc Geveran, op cit p 1127.

13 En este trabajo partimos de la base que el contenido del mensaje dado por el *influencer* no es engañoso. La cuestión es determinar si existe confusión en el consumidor acerca de la motivación comercial o altruista del *influencer* al emitirlo.

14 *Ibidem*, p. 1127/8

15 Citado por Otero Lastres, Discurso op. y punto citados.

puramente informativa. La principal consecuencia de este enmascaramiento del mensaje es que los destinatarios, al considerarlo como información y no como publicidad, le dan mayor credibilidad, un valor superior al que le otorgarían de reconocer su verdadero propósito¹⁶.

Para que un mensaje que se quiere hacer pasar por informativo acabe siendo considerado como lo que es, un anuncio publicitario, y, por consiguiente, sea subsumido en la modalidad de la publicidad encubierta se requiere la concurrencia de los tres siguientes presupuestos. El mensaje debe perseguir una finalidad publicitaria; tal finalidad no debe ser claramente reconocible por los destinatarios; y no ha de incluir advertencias que informen explícitamente al público de que se trata de una comunicación publicitaria¹⁷.

La doctrina señala tres tipos de mensaje de los influencers. Hay dos que no presentan mayores problemas: el mensaje que no es publicitario y el mensaje que es claramente publicitario. Los problemas comienzan con las zonas grises¹⁸, con los mensajes en los cuales el destinatario no puede advertir su contenido publicitario. Toman el nombre de publicidad “nativa” y es definida como “*aquella que se asemeja al contenido editorial*”

16.- Vid. TATO, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de los líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, en RDM, nº 311, enero-marzo de 2019, pp. 49 y ss. Citado por Otero Lastres, op cit.

17.- Así lo señala TATO, RDM nº 311, p. 53; vid, también, TATO PLAZA/ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO/ HERRERA PETRUS, en “La reforma de la Ley de Competencia Desleal”, La Ley, Madrid, 2010, pp. 133 y ss. Ambos citados por Otero Lastres, op y punto citados.

18 La doctrina señala: *Si bien a nivel teórico la diferencia entre publicidad encubierta y mensaje sin intencionalidad publicitaria es clara, en la práctica las fronteras no resultan tan nítidas. Y ello porque, en caso de existir, el acuerdo entre la marca y el influencer no tiene por qué trascender a la audiencia. El deslinde entre estas dos formas de comunicación –con importantes repercusiones jurídicas–, puede hacerse en primer lugar atendiendo a las características del propio mensaje publicado por el influencer, tales como su insistencia en la marca; la forma de presentación de la misma; la invitación directa o indirecta a adquirir un determinado producto; o la presencia o ausencia de juicios negativos que contrapesen los positivos. Estos indicios permitirán deducir si el mensaje tiene una "justificación editorial" o, por el contrario, obedece a un propósito publicitario. Además, también puede evidenciar una intencionalidad comercial el hecho de que en un período de tiempo relativamente corto otros influencers recurran en sus publicaciones a imágenes, eslóganes o hashtags idénticos o similares, lo que apuntará a la existencia de una campaña publicitaria orquestada por un anunciante.* Martínez Otero, Op cit pg 246.

*de un determinado canal o perfil, ya sean noticias, vídeos, fotografías, etc. En sentido sinónimo se emplean a menudo las expresiones o advertorial.”*¹⁹

La actuación del influencer en redes sociales se desarrolla de varios modos, todos ellos englobados en la figura del endorsement publicitario y están sistematizados en el excelente trabajo de Pflücke²⁰. Según el autor alemán, existen las siguientes formas de promocionar productos:

1. Marketing online efectuado directamente desde cuentas de redes sociales pertenecientes a las marcas. Así las empresas poseen sus propias cuentas en redes sociales (vg. Instagram @Nike posee 117 millones de seguidores). En este escenario queda claro para el consumidor que quien avala productos es un comerciante, el mensaje publicitario es claro y no ofrece dudas.

2. Los *influencers* poseen una marca propia, con productos propios que publicitan en sus redes sociales. En este caso el consumidor puede establecer fácilmente una relación entre la marca y el *influencer* en su carácter de comerciante. Ejemplo: Wanda Nara @wanda_icardi (6,6 millones de seguidores) publica en redes sociales perfumes con su nombre que vende a través de una página web.

3. El *influencer* posee una marca y emite mensajes que no son claramente publicitarios, sino que son menciones o reportes que asemejan a pruebas o test sobre el producto o servicio. En este escenario el autor señala que siendo productos de marca del *influencer* no es necesario el disclaimer salvo que el contenido del reporte sea muy positivo para el producto. Un ejemplo local lo encontramos en el perfil de Instagram de la reconocida repostera Maru Botana @marubotanaok (1.4 millones de seguidores), donde el 3 de julio de 2020 posteo cinco fotos cocinando waffles con sus hijos, en tres de las cuales se aprecia claramente un pote de dulce de leche identificado bajo la denominación distintiva “Maru Botana” y sin que en la descripción se aclare que se trata de una publicidad de productos de su propia marca.. En un anterior posteo, del 27 de junio de 2020, la misma cocinera presentaba en Instagram un dulce de leche promocionándolo

19 Unzúe Rossi, J.: "Publicidad nativa mediante influencers", Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial, CG

20 Pflücke, F. “Making Influencers Honest: The Role of Social Media Platforms in Regulating Disclosures”, capítulo 11) del libro Goanta C. y Ranchordas S. (ed.), *The Regulation of Social Media Influencers* (Edward Elgar Publishing, 2020).

como marca propia, a la vez que agradecía a una prestigiosa empresa láctea, quien presumiblemente sería el elaborador de dicho producto).

4) Videos (llamados vlogs)²¹ en el cual el *influencer* hace videos tutoriales publicitarios (“advertorial”) que se difunden en redes sociales (webisodes). En este caso el carácter publicitario no es claro y se requiere información al destinatario de si el *vlogger* es remunerado por la empresa cuyos productos se difunden en el video.

5) *Influencers* coloca pausas publicitarias en sus videos y fotos. Se requiere un disclaimer aclarando que se trata de contenido patrocinado por la marca.

6) Exhibición de productos (*product placement*). El *influencer* inserta productos o marcas comerciales en sus fotos, videos, etc. Es la forma más común que observamos en los *influencers* argentinos. Jóvenes vistiendo remeras de marca, ropa interior, fotografías mostrando productos cosméticos, pasta dental, productos gourmet, golosinas, cápsulas de café, bebidas, electrodomésticos, etc. El *influencer* no recomienda directamente los productos, solo los exhibe. Se requiere un disclaimer ya que de otro modo no se advierte que se trata de una publicidad.

7) Esponsorio de productos sin control por la marca. La marca paga al *influencer* para que genere contenido en sus redes sociales, sin control por parte del anunciante. En Reino Unido esta forma de esponsorio no se consideraba publicidad por el Código de Autorregulación, pero fue incluida como tal por la Ley de Defensa del Consumidor contra la competencia desleal de (CPR) 2008.²²

8) Provisión de los anunciantes a los *influencers* de productos gratis o con descuento para ser sorteados entre sus seguidores. Los *influencers* deben informar que se trata de un sorteo publicitario de la marca.

21 “Los Vloggers son personas con un video blog, que en lugar de escribir se lo dicen a la cámara, lo hacen en diferentes partes, allí van contando sus ideas y opiniones sobre cualquier tema que se les ocurra, haciendo varios videos cronológicamente. Un Vlogger hace más al estilo de cine.” Diferencia entre Vlogger, Blogger y YouTuber Publicada el 22 de noviembre de 2017, Gianco Briceño.

<https://www.linkedin.com/pulse/diferencia-entre-vlogger-blogger-y-youtuber-gianco-brice%C3%B1o/>

22 The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2008/1277/contents/made>

9) Redireccionamiento desde el perfil de la cuenta de red social del *influencer* hacia páginas web o perfiles de redes sociales de las empresas. Llamados “*affiliate links*”. El *influencer* coloca una foto y en la misma foto o video o en la descripción de la misma coloca un enlace con una página web de la marca o bien solamente el “@marca” que permite redirigir al seguidor hacia la cuenta en la red social de la empresa donde se pueden adquirir los productos. En algunos casos más sofisticados el *influencer* es remunerado a tanto por cada usuario que ingresa al link de la empresa a través de la cuenta del *influencer*. Tanto en Reino Unido como en Alemania se requiere efectuar un disclaimer en el cuadro explicativo de que se trata de un link publicitario.

Estos escenarios en los que participa el *influencer*, nos lleva a intentar encuadrar jurídicamente su actuación. Las distintas actividades de los *influencers* son mensajes publicitarios? Debe el *influencer* cumplir con la normativa de un proveedor o un comerciante en cuanto está ejerciendo una actividad publicitaria? Qué responsabilidad le cabe al *influencer* que oculta a sus seguidores que el *endorsement* (aval) es remunerado?

Las dos cuestiones esenciales en la publicidad por estos medios son: cuando y como el influencer debe informar (efectuar un “disclaimer”) a los destinatarios de su mensaje, que estamos en presencia de un contenido publicitario?

Cuando el influencer actúa siguiendo su propio criterio al intervenir en un anuncio para expresar sus propias opiniones y experiencias respecto del producto o servicio anunciados estamos en presencia de “publicidad testimonial”²³. Por el contrario si su opinión está condicionada ya sea porque el anunciante controla o verifica el contenido del anuncio o porque el influencer recibe algún beneficio por su intervención en el mismo, si no lo declara estamos en presencia de publicidad encubierta. En los Estados Unidos existe publicidad encubierta si se demuestra la existencia de una “conexión material” entre el anunciante y el influencer. Esta conexión material es una relación ya sea de control o de percepción de algún tipo de beneficio por parte del influencer. Y debe ser declarada para clarificar el carácter publicitario del mensaje.

23 Otero Lastres, op y punto cit.

Para intentar responder a cuando y como debe ser informado el consumidor del carácter publicitario del mensaje, en el Derecho Comparado se aborda el tema a partir de dos posibles soluciones. La primera es la aplicación de reglas conocidas en forma previa a la aparición del fenómeno. En particular, las normas vinculadas a la lealtad comercial o competencia desleal, normas vinculadas a la actividad publicitaria y a la defensa de los usuarios y consumidores. El segundo remedio pasa por reglamentar la actividad de los *influencers* mediante instrumentos creados específicamente para tal finalidad.

3) LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LA LIBRE EXPRESIÓN. Apuntes de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Una de las aristas para estudiar la regulación de los influencers es la protección del derecho a la libre expresión de estos como contrapuestos a una eventual regulación de su discurso en redes.

Para ello debemos distinguir la persona que utiliza las redes sociales para transmitir mensajes políticos, religiosos y en general contenido no comercial del discurso comercial o publicitario, aunque este sea emitido por influencers.

En este artículo nos ocupamos solamente del discurso comercial o publicitario del influencer, en cuanto este individuo es utilizado por las empresas como medio de publicidad de productos, servicios o actividades.

En este último caso hablamos de discurso o expresión comercial para referirnos a cualquier comunicación que propone una transacción comercial.

En los EEUU el discurso comercial está protegido por la Primera Enmienda de su Constitución.²⁴

24 Enmienda I. El Congreso no dictará ninguna ley respecto del establecimiento de una religión o que prohíba su libre ejercicio; o abrazar la libertad de expresión, o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de agravios. La Constitución Argentina, en su Artículo 32 dice: .- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Sin embargo, la Corte Suprema de los EEUU ha establecido que no goza del mismo nivel de protección que otras formas de discurso, como el político. Este enfoque se debe a la necesidad de equilibrar los derechos de los anunciantes con la protección de los consumidores y el interés público.

Uno de los casos fundamentales que ha moldeado este campo es *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (1976), donde la Corte afirmó que el discurso comercial merece protección bajo la Primera Enmienda, pero subrayó que esta protección no es absoluta. La Corte introdujo la idea de que el gobierno puede regular el discurso comercial para prevenir fraudes, engaños y otras prácticas que puedan afectar negativamente a los consumidores.

El caso *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission* (1980) es un punto de referencia crucial en la jurisprudencia de la libertad de expresión comercial. En este fallo, la Corte estableció un test de cuatro pasos para determinar la constitucionalidad de las restricciones al discurso comercial:

1. Si la expresión se refiere a actividades lícitas y no es engañosa: Si no cumple este criterio, no está protegida.
2. Si el gobierno tiene un interés sustancial en la regulación: Debe existir un interés gubernamental importante para justificar la restricción.
3. Si la regulación avanza directamente en ese interés: La medida regulatoria debe estar directamente relacionada con el objetivo que pretende alcanzar.
4. Si la regulación es más extensa de lo necesario: La restricción debe ser proporcional y no más intrusiva de lo necesario.

Este test ha sido utilizado en numerosos casos para evaluar la legalidad de las restricciones impuestas al discurso comercial, incluyendo restricciones en publicidad y marketing.

Diversos fallos judiciales han moldeado el ámbito de la libertad de expresión comercial en los Estados Unidos. A continuación, se analizarán algunos de los casos más relevantes en esta área:²⁵

1. **Bigelow v. Virginia (1975)**: Este caso estableció que la publicidad de servicios profesionales, como el aborto en este caso, es un tipo de expresión que merece cierta protección bajo la Primera Enmienda, a pesar de que sea comercial.

2. **44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island (1996)**: En este fallo, la Corte anuló una ley que prohibía la publicidad de precios de alcohol, afirmando que la regulación era inconstitucional bajo la Primera Enmienda. Este caso subrayó que las restricciones al discurso comercial deben ser justificadas adecuadamente.

3. **Lorillard Tobacco Co. v. Reilly (2001)**: En este caso, la Corte declaró inconstitucionales las restricciones a la publicidad de tabaco cerca de escuelas y parques, considerando que eran demasiado extensas y no estaban suficientemente justificadas.

4. **Sorrell v. IMS Health Inc. (2011)**: Este fallo invalidó una ley de Vermont que prohibía la venta de datos farmacéuticos a compañías de marketing, considerando que la ley era una restricción indebida del discurso comercial.

En resumen, la libertad de expresión en el ámbito comercial y publicitario es un área compleja que requiere equilibrar los derechos de los anunciantes con la protección del interés público y en particular de los receptores de la publicidad o futuros consumidores. Los influencers, como nuevos actores en el ecosistema publicitario, han

²⁵Ver una lista más exhaustiva con reenvío a los textos aquí:
<https://firstamendment.mtsu.edu/encyclopedia/case/commercial-speech/>

introducido desafíos adicionales en la aplicación de este marco. A través del análisis de la jurisprudencia relevante, se puede observar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado un enfoque matizado, permitiendo la regulación del discurso comercial cuando es necesario para proteger a los consumidores, pero también asegurando que dichas regulaciones no sean más amplias de lo necesario.

4) Regulación de la actividad de los *influencers* en Europa. Viejas reglas para nuevos escenarios²⁶.

La actividad de los *influencers* y el *endorsement* que estos prestan a productos en redes sociales es analizada en derecho europeo a la luz de las normas de protección contra las prácticas desleales contra los consumidores, en particular la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005.²⁷

26 Bibliografía del capítulo: Vilajoana Alejandro S y otros “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers”, Revista Mediterránea de Comunicación publicado 1/7/2019 Nro 10 (2) pg 115 a 119; ; Goanta C. y Ranchordas S. (ed.), *The Regulation of Social Media Influencers* (Edward Elgar Publishing, 2020). Contiene los siguientes capítulos relevados: Capítulo Introductorio: GOANTA C y Ranchordas S. The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction. Capítulo 1 Free Speech and the Right of Publicity on Social Media. Ernesto Apa y Oreste Pollicino Capítulo 9. Ducato, Rossana. “One hashtag to Rule Them All? Mandates disclosures and Design Duties in influencer Marketing Practices”, Capítulo 11 Pflücke, F. “Making Influencers Honest: The Role of Social Media Platforms in Regulating Disclosures”. Artículos: Riefa, C. “Beyond e-commerce: some thoughts on regulating the disruptive effect of social (media) commerce (Além do comércio eletrônico: algumas reflexões sobre a regulação dos efeitos maléficos do comércio social (mídia)”, publicada en Revista de direito do consumidor RDC (Brazil) 127 (Jan-Feb 2020),281-304.; Riefa C. y Clausen L “ Towards fairness in digital influencers’ marketing practices” publicado en número 8 (2019) EuCML Journal of European Consumer and Market Law – (12 April 2019).; Trzaskowski, Jan Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-06.

27 Texto en español: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf> Las Directivas de la Unión Europea son normas programáticas que deben ser obligatoriamente incorporadas a los ordenamientos nacionales. Así la Directiva fue incorporada en todos los países de la Unión, en algunos mediante la sanción de una ley especial como ser en Reino Unido por Ley de Defensa del Consumidor contra la competencia desleal de (CPR) 2008, y en otros como en España mediante la reforma de la Ley de Competencia Desleal 3/1991. Respecto de España ver el trabajo “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales.” Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno la Asociación Española de Defensa de la Competencia. Autor JOSÉ MASSAGUER http://www.aedc.es/wp-content/uploads/directiva_2005_29_CE_pract_comerc_desleales.pdf En Alemania también se

El sistema de represión contra la competencia desleal, ampliado ahora como sistema de represión de “prácticas desleales” se basa en una técnica legislativa que combina una cláusula general flexible que permite incorporar diversos supuestos de ilícitos civiles sin tipificarlos, conjuntamente con el sistema de “listas negras” en los cuales se mencionan taxativamente las conductas. Es decir, que una conducta incluida en la lista negra cae sin duda bajo la sanción como ilícito concurrencial²⁸.

La actividad de los *influencers*, en la medida que ocultan la vinculación comercial con las marcas que avalan, puede caer bajo la cláusula general prevista en el art. 7 de la Directiva, que legisla las “omisiones engañosas”.²⁹

Algunos autores³⁰ dudan de que la Directiva pueda ser aplicada a los *influencers*, ya que ésta requiere que el sujeto destinatario de la norma sea “comerciante”. Otros señalan que en la medida que el *influencer* actúa a través de una delegación del titular de la

optó por modificar la Ley de Competencia Desleal en 2008. Al respecto en Pflücke se vierten críticas sobre el modo de implementación, op cit p. 7

28 Escribí hace muchos años uno de los primeros trabajos en nuestro país sobre “Competencia desleal” desde el derecho comercial, explicando la técnica legislativa y sobre todo marcando una clara diferenciación entre la “Competencia desleal” y la “Defensa de la competencia”. En aquel entonces la competencia desleal era un tema de derecho penal (delito de concurrencia desleal) y no se apreciaba la riqueza de las normas de competencia desleal en el derecho privado para regular las conductas en el mercado. Martínez Medrano: "La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado" Jurisprudencia Argentina Vol. JA 2002-I-1039 (2002) se puede descargar una copia aquí: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/20/>

29 El Art 7 de la Directiva establece: *Omisiones Engañosas: 1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.*

2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

3. Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta

esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para poner la información a disposición del consumidor por otros medios.

30 Riefa y Clausen, “Toward fairness....” Op cit..

marca (el anunciante) la actividad de *endorsement* siempre es comercial cuando recibe algo a cambio (dinero, productos gratis, descuentos, etc).³¹ La discusión se presenta sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE en el asunto C 391/12, la cual entendió que no era una conducta comercial la llevada a cabo por un editor de un periódico gratuito que editorializaba en favor de un producto, sin aclarar que se trataba de contenido pago.³² Mientras que para unos autores la situación del *influencer* se puede asimilar al Editor del periódico, para otros³³, su situación es diferente y cae bajo la descripción de la Directiva.

A su vez, en el Anexo I de la Directiva existe una lista negra que describe 31 conductas que se consideran prácticas desleales en todos los casos, de las cuales sólo nos interesan los puntos 11) y 22) que transcribimos a continuación, en cuanto pueden ser aplicables a la actividad de los *influencers*.

11) Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (publirreportajes).

22) Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un comerciante no actúa a los fines propios de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor.

Pflücke³⁴ entiende que estas dos conductas tipificadas pueden ser aplicadas a la actividad de los *influencers*. El autor alemán sostiene la ilicitud de la conducta del *influencer* que omite informar que un posteo es remunerado por un tercero (el anunciante) o el que genera falsamente la creencia que es un mero consumidor del producto.³⁵ Si la conducta no cae típicamente dentro de los supuestos de la lista negra 11) o 22), su conducta puede ser perseguida por ser una omisión engañosa por la

31 Ducato, “One Hashtag...” Op cit.

32 [Link a la sentencia en español: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DFDA7DB8BE84F852AD4F5844EC277211?text=&docid=143188&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9741341](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DFDA7DB8BE84F852AD4F5844EC277211?text=&docid=143188&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9741341)

33 Trzaskowski: “Identifying the Commercial Nature...” Op cit., p. 85

34 Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit.

35 Ibidem en pg 13.

cláusula general. Es coincidente la opinión de Trzaskowski³⁶ quien indica que es una omisión engañosa en los términos del art 7 (2) de la Directiva no identificar que el posteo tiene intencionalidad comercial, siempre que esa intencionalidad no resulte obvia del propio texto del posteo.

En el derecho español, Otero Lastres enseña que se “habrá que calificar un mensaje como publicitario cuando existan indicios claros y manifiestos del carácter publicitario del anuncio, como por ejemplo, la focalización del mensaje en un único producto en lugar de en varios; o la exaltación de la ventajas de un único producto sin hacer referencia a sus inconvenientes ni a los productos competidores; o la selección de alabanzas hacia el producto en cuestión en lugar de combinar valoraciones de todo tipo. Todos estos son indicios con los que puede defenderse el carácter publicitario del mensaje por encima de su dimensión puramente informativa”³⁷.

La forma de efectuar la aclaración está determinada por la extensión del mensaje de *endorsement* (art 7.3 Directiva).

En Alemania se resolvió que adicionar #ad (de *advertisement*/publicidad) en la descripción que acompaña las fotos o videos no era suficiente disclaimer. Debía indicarse claramente que era una publicidad³⁸. Eran fotos publicitarias cuyo aspecto no difería de otros posteos que no eran remunerados en una cuenta de Instagram, por ello el espíritu comercial del posteo remunerado no era obvio. Además el posteo contenía una cantidad de *emojis* que lo hacían más informal. En definitiva era engañoso su carácter publicitario. En otro caso se determinó que agregar @ o # delante de la marca publicada (@marca o #marca) en el posteo no era suficiente información.³⁹ Consistía en una foto con un link al sitio de la marca en Instagram. Del mismo modo no se consideró suficiente el hecho de “etiquetar” la marca del anunciante.⁴⁰

36 Trzaskowski: “Identifying the Commercial Nature...” Op cit p. 85

37 Otero Lastres, Discurso.... Op cit.

38 Tribunal Regional de Hannover, sentencia de fecha 8/3/2017, caso “Celle” cit por Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit.

39 Tribunal Regional de Hagen, sentencia de 13 de septiembre 2017, citado por Pflücke, F. “Making Influencers Honest: ... op cit..

40 Tribunal de Berlin 24.5.18, ibídem.

En Reino Unido, la Autoridad de aplicación en materia de publicidad (Advertising Standards Authority) consideró que colocar las etiquetas “gracias a @marcadefitness por los productos usados en este video” y “gracias a nuestros sponsors” no era una declaración suficiente que informara que se trataba de una publicidad.⁴¹ La ASA emitió una guía para ayudar a los *influencers* a clarificar el contenido publicitario de sus posteos.⁴² Por su parte, contrariamente a lo resuelto en Alemania, para la ASA colocar el término #ad es lo mínimo que se requiere al *influencer* para distinguir sus posteos comerciales. Esta recomendación se realizó luego de realizar una encuesta según la cual el consumidor británico advierte que el término #ad indica el contenido pago de un posteo.⁴³

En Suecia el Tribunal de Patentes y Marcas en el caso PMT 798-19 determinó que el diseño de la publicación del blog de un *influencer* no cumplía los requisitos de identificación que permitiera al consumidor advertir que se trataba de un aviso publicitario. Ello porque el diseño en la nota publicitaria no difería significativamente del diseño del contenido editorial en el blog. El título de la publicación del blog, "Un par no es suficiente", según el tribunal, no era suficiente en el sentido de que un consumidor promedio podría, con un breve vistazo, ser capaz de clasificar el contenido como marketing. El texto incluía una línea que decía que la publicación estaba "en colaboración con" la compañía de anteojos de sol. Sin embargo, el tribunal observó que el *influencer* había utilizado el mismo texto ("en colaboración con") en publicaciones que el tribunal consideró como contenido editorial, y el texto no diferenciaba entre colaboraciones remuneradas y no remuneradas, ya que simplemente informa que “hay una colaboración” o se utilizaba el #colaboración. Según el tribunal, es esencial que el consumidor promedio pueda comprender si el *influencer* está siendo compensado por la publicación o no para tomar decisiones de compra informadas. El texto que informa sobre la colaboración también fue significativamente más pequeño que el título y no fue diseñado para que el lector le preste atención. Las imágenes fueron, según el tribunal, la parte más destacada de la publicación del blog, eclipsando el texto. Además, las

41 Decision de 7 de marzo de 2018. Pflücke, ibídem.

42 An Influencer's Guide to making clear that ads are ads. <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/3af39c72-76e1-4a59-b2b47e81a034cd1d.pdf>

43 Stewart, R. “ASA says #ad is ‘necessary as a minimum’ as it ups the ante on influencer disclosure”, publicado en The Drum el 5/9/2019. <https://www.thedrum.com/news/2019/09/05/asa-says-ad-necessary-minimum-it-ups-the-ante-influencer-disclosure>

imágenes se colocaron y diseñaron de tal manera que no estaba claro para los consumidores que las imágenes eran contenido de marketing. Las imágenes de los anteojos de sol se presentaron solas, entre las imágenes de la persona influyente que llevaba los anteojos, y se consideró difícil para los consumidores comprender que la publicación del blog incluía marketing. Al evaluar la publicación de Instagram, el tribunal emitió un juicio similar y también consideró que la publicación de Instagram no cumplía con los requisitos de identificación adecuada del contenido de marketing. El texto en la publicación le dio al consumidor promedio, al menos, alguna indicación de que la publicación era contenido de marketing, pero no se consideró lo suficientemente claro como para que un consumidor promedio entendiera por una breve mirada que el contenido era marketing. La referencia "colaboración" también se indicó en la publicación de Instagram, y de la misma manera que en la publicación del blog se consideró inadecuada por el tribunal, ya que no había posibilidad para el consumidor de evaluar si se había recompensado la publicación. El tribunal declaró que el *influencer* contribuyó significativamente al marketing, pero como el marketing se refería a los productos de la compañía de anteojos de sol y se realizó en interés de dicha compañía, al *influencer* sólo se le hizo responsable de contribuir al marketing desleal y no como el responsable principal. Al *influencer* se le prohibió, bajo pena de una multa, contribuir a la promoción de anteojos de sol de la misma manera que este caso en cuestión, o de manera similar.⁴⁴

5) La actuación de la FTC en los Estados Unidos. El caso Fyre. Demandas colectivas.⁴⁵

44 Caso reportado por Karin Soderberg y Kajsa Zenk en el sitio de la firma de abogados Bird&Bird. "Un comentario sobre la decisión del Tribunal de Patentes y Mercado de Suecia en el caso PMT 798-19." <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/sweden/swedish-case-law-influencers-have-to-properly-identify-marketing-content-but-only-if-it-is-marketing>

45 Bibliografía del capítulo: Bladow, Laura E, Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing, 59 Wm. & Mary L. Rev. 1123 (2018), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol59/iss3/8>; Khuong, Aimee, "Complying With the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements: What Companies Need to Know When Using Social-Media Platforms as Marketing and Advertising Spaces", 13 Hastings Bus. L.J. 129 (2016). Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol13/iss1/4

En los Estados Unidos la actividad de los *influencers* cae bajo la órbita de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission o FTC) que es un organismo creado en 1914 por la ley FTC (*FTC Act*) con el objetivo de proteger a los consumidores y promover la competencia. Es una agencia independiente que se dedica, entre otros menesteres, a la protección de los consumidores mediante la detención de las prácticas desleales, engañosas o fraudulentas en el mercado, realizando investigaciones y dictando normativa en dichos campos así como también en materia de publicidad engañosa. La FTC a su vez tiene legitimación activa en el campo judicial para perseguir incumplimientos en materia de lealtad comercial y defensa del consumidor.⁴⁶

El andamiaje legal para la actuación de la FTC en la regulación de la publicidad a través de los *influencers* está anclado en el art. 5º a) de la *FTC Act* que faculta a ese organismo a perseguir las conductas o prácticas comerciales engañosas (*deceptive*) o desleales (*unfair*) las que se consideran ilegales⁴⁷.

La FTC define las prácticas “engañosas” como una representación material, práctica u omisión que pueda inducir a error a un consumidor que actúe razonablemente, y que le cause un daño. Para demostrar que un acusado ha actuado con “engaño” en violación

Arunesh Mathur y ot. “Endorsements on Social Media: An Empirical Study of Affiliate Marketing Disclosures on YouTube and Pinterest” publicado en Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction November 2018 Article No.: 119 <https://doi.org/10.1145/3274388>
Goanta C., “Consumers on Fyre: Influencer Marketing and Recent Reactions of the United States Federal Trade Commission” Transatlantic Antitrust and IPR Developments Bimonthly Newsletter Issue No. 3/2017 (June 12, 2017)

Garson, Jack “How To Be An Influencer And Not Get Sued” publicado Mayo 7, 2019, Rvista Forbes: <https://www.forbes.com/sites/jackgarson/2019/05/07/how-to-be-an-influencer-and-not-get-sued/#70316820645a>

Higgins, Matt “Fyre Festival Aftermath: New Rules for Influencers?” publicado marzo 25, 2019 University of Cincinnati Law Review <https://uclawreview.org/2019/03/25/fyre-festival-aftermath-new-rules-for-influencers/>

Feinman, Leah W., Celebrity Endorsements in Non-Traditional Advertising: How the FTC Regulations Fail to Keep Up with the Kardashians, 22 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 97 (2011). disponible: <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol22/iss1/10>

Serwin, Andrew “The Federal Trade Commission and Privacy: Defining Enforcement and Encouraging the Adoption of Best Practices, 48 SAN DIEGO L. REV. 809 (2011).” Disponible en: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol48/iss3/4>

Deal, Timothy E. “Moving Beyond “Reasonable”: Clarifying the FTC’s Use of Its Unfairness Authority in Data Security Enforcement Actions”, 84 Fordham L. Rev. 2227 (2016).

Disponible: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol84/iss5/14>

Cross Lauren B., “Results Not Typical”: The Impact of the Federal Trade Commission's New Guidelines for Endorsements and Testimonials, 32 WITTIER L. REV. 121, 121–22 (2010).

46 Khuong, Aimee. “Complying With the Federal Trade.....” op cit, p 131.

47 Deal, op cit.

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 concreto⁴⁸.

Un acto o práctica es "desleal"⁴⁹ si genera o puede generar un daño sustancial al consumidor que no sea razonablemente evitable y que no se compense con beneficios compensatorios para los consumidores o para la competencia". 15 U.S.C. Segundo. 45 (n).

Para considerar si una práctica es desleal se han de tener en consideración tres elementos: a) si se causa un daño a los consumidores, b) si se viola una política pública antes establecida⁵⁰ y c) si la conducta es inescrupulosa o contraria a la ética.⁵¹ De los tres factores, el fundamental es que la práctica cause un daño a los consumidores, el cual debe ser a) sustancial⁵², b) no evitable razonablemente por los consumidores y c) que no se compense con otros beneficios a los consumidores o a la competencia generados por dicha práctica.⁵³

A partir de 1975 las facultades de la FTC fueron ampliadas y se habilitó al organismo a dictar guías o recomendaciones generales aplicables a determinada industria.⁵⁴ Así es que en los años '80 se redactaron las Guías para regular las relaciones entre los anunciantes y los *endorsers* (Advertisement Endorsement).

48 Caso FTC v. Verity Int'l, Ltd., 124 F. Supp. 2d 193, 200 (S.D.N.Y. 2000) citado por Deal, ib. p. 2233.

49 La Corte Suprema de los EEUU sostuvo que la definición de práctica desleal no podía ser un concepto rígido, debía ser elástica de modo de no restringir irrazonablemente la actuación de la FTC. US Sup Court FTC v. Sperry & Hutchinson Co (1931) https://en.wikipedia.org/wiki/FTC_v._Sperry_%26amp;_Hutchinson_Trading_Stamp_Co.

50 Se considera política pública por ejemplo una regla establecida por una norma (ley, decreto, resolución), por la jurisprudencia, por los usos comerciales o industriales (ej. Códigos de conducta de Cámaras empresariales) o por otros medios. Serwin, op cit p. 831.

51 Deal, op cit p. 2234. Por su parte Serwin señala que el requisito es redundante porque una conducta que es antiética puede típicamente producir daño al consumidor o violar una política pública. Op cit p. 832.

52 El daño sustancial es el económico o los daños o riesgos injustificados para la salud y la seguridad pero no se incluyen en el concepto el mero impacto emocional u otros aspectos subjetivos. Ver. Serwin, op cit.

53 Deal, Ibidem. También Serwin, op cit pg 829. Este último señala que si el daño a los consumidores se compensa con un beneficio para la sociedad la conducta podría no ser considerada desleal.

54 Khuong, Aimee. "Complying With the Federal Trade....." op cit P 132

A los fines de su actuación, la FTC definió al “*endorsement*” como un mensaje publicitario emitido por una persona distinta al titular de los productos promocionados, el cual los consumidores puedan creer, refleja la opinión, creencia, hallazgo o experiencia del endosante.⁵⁵ Los *endorsements* (avales) son una herramienta importante para anunciantes y pueden ser persuasivos para los consumidores.⁵⁶

El *endorsement* debe reflejar la opinión honesta del endosante y no se puede utilizar a estos últimos para hacer manifestaciones que estuvieran prohibidas al anunciante.⁵⁷

Si bien no existen sanciones penales o civiles por el incumplimiento de las guías, dicha infracción hace presumir que el anunciante ha incurrido en una práctica desleal o engañosa en los términos del art. 5º de la Ley y se le puede abrir una investigación por la FTC.

En materia de publicidad testimonial, las Guías establecen que el anunciante (y el endosante) deben informar claramente si existe entre ellos una conexión material que pueda afectar la percepción que los consumidores tienen sobre el mensaje publicitario.⁵⁸

La conexión material se definió como la que puede afectar materialmente el peso y la credibilidad del endoso publicitario por el destinatario del mismo (el consumidor).

Las Guías sobre *Endorsement* fueron modificadas en octubre de 2009 para adecuarlas a la publicidad efectuada con las nuevas tecnologías, en particular a través de Internet y redes sociales, incluyendo blogs y tuits. La regla de la información al consumidor sobre la conexión material entre el *endorser* y el anunciante se mantuvo sin cambios. Mediante esta Guía la FTC clarificó que si un anunciante solicita un *endorsement* a un tercero (ej. Una figura pública o celebridad o un *influencer*), dicho endoso está sujeto a la Guía y por lo tanto, debe denunciarse la conexión material entre el *influencer* y el anunciante. Esta conexión material abarca la recepción de dinero, pero incluso la entrega de muestras o productos gratis, descuentos, etc.⁵⁹

55 Feinman, op cit Señala este autor que para celebridades, el mero uso de un producto en público (tv, redes sociales) implica la existencia de un *endorsement*.

56 Khuong, op cit p. 132

57 Feinman, ibídem.

58 Ibidem p. 133.

59 Cross, op cit.

El primer caso concreto en que la FTC actuó en materia de publicidad en redes sociales es el caso “Cole Haan” de marzo 2014. La empresa es un fabricante de calzado y fue notificado por FTC del inicio de una investigación por violación al art. 5 FTC Act. La compañía realizó un concurso entre sus seguidores requiriendo publicar fotos en Pinterest de productos con el #Wanderingsole (una marca comercial). Quien tuviera el posteo más creativo ganaría U\$S 1.000 en productos. La FTC consideró que dichos posteos eran *endorsement* porque los seguidores que los colocaban estaban incentivados por el premio del concurso. Más adelante la propia FTC decidió retirar su reclamo considerando el poco éxito que había tenido el concurso y a que la conducta no era una clara infracción, ya que no había una evidente conexión material entre los concursantes y la compañía.⁶⁰

También en 2014 la FTC inició investigaciones contra SONY debido a que la compañía había pedido a sus empleados que endorsaran en redes sociales la PlayStation Vita, y omitieron denunciar la conexión material entre éstos y la compañía, lo que resultó en una violación de la Guía de Endorsement. La compañía se comprometió a cesar la conducta y elevar un reporte de sus futuros *endorsements* durante 5 años.⁶¹ La Compañía Nordstrom entregó a *influencers* en Twiter una tarjeta de regalo de U\$S 50 por emitir opiniones favorables sobre una tienda de próxima apertura. La compañía para evitar proceso judicial acordó modificar su política publicitaria en materia de *endorsement* para cumplir con la Guía de la FTC.⁶²

Otro caso fue iniciado en abril de 2015 contra la empresa Lord & Taylor una tienda de lujo (department store) que había reclutado cincuenta bloggers populares en el ambiente de la moda y el diseño, a los cuales se les entregó un vestido de la colección 2015 y se les pagó por publicar una foto de ellos usando el vestido en sus cuentas de Instagram con el el hashtag "#DesignLab". La campaña fue un éxito entre los fanáticos de la moda y el vestido se agotó inmediatamente. Sin embargo, ninguno de los bloggers reveló que habían recibido pagos de Lord & Taylor para publicar las fotos. Según la FTC, los bloggers debían revelar a sus seguidores que había una conexión material entre ellos y Lord & Taylor porque les pagaron sus publicaciones de Instagram. En un tardío intento por cumplir con las pautas de la FTC, algunas de las publicaciones de Instagram fueron

60 Khuong, Aimee op cit, pg 137

61 Ibidem p. 146.

62 Ibidem p. 146.

editadas agregando el hashtag "#ad".⁶³ En 2016 la compañía infractora llegó a un acuerdo con la FTC.⁶⁴ La compañía reconoció la infracción y acató la orden de la FTC de no reiterar la conducta y develar claramente toda publicidad efectuada por *influencers* en Redes Sociales en forma clara y comprensible para el consumidor.⁶⁵

En 2017 ocurrió un verdadero escándalo en redes sociales y en la prensa de los EEUU a raíz del malogrado Festival FYRE, por el cual a través de cuentas de famosos *influencers* se publicitaba un lujoso festival en Bahamas, el que no se realizó y demostró ser un gran timo para los compradores de entradas del mismo. El caso incluso dio lugar a dos películas emitidas por Netflix⁶⁶ y Amazon en 2019.⁶⁷

Debido al estado público que tomó la situación y a que, la mayor parte de la difusión publicitaria del evento se realizó a través de *influencers* que habían publicado posteos engañosos en Instagram, es que la FTC, el 19 de abril de 2017, comenzó una campaña de concientización/inducción mediante el envío de más de noventa cartas a los influencers con más trascendencia.⁶⁸

La cuestión no quedó allí. Debido a que a causa del Festival Fyre se produjeron daños concretos a los consumidores, se iniciaron no menos de ocho demandas colectivas, de las cuales la que nos interesa en este trabajo es la que se inició contra los *influencers*. El caso se llama Chynery c/ Fyre Media⁶⁹. Los demandados fueron los organizadores del evento y una serie indiscriminada de *influencers* (Denominados en la demanda Does 1 al 100). En la demanda se alega que los organizadores pagaron a más de 400 *influencers* para avalar y promocionar el festival en sus cuentas de redes sociales. Los *influencers*

63 Khuong, op cit p. 137.

64 <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/lord-taylor-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers-through> (nota de prensa de la FTC en inglés).

65 Acuerdo completo (inglés).
<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160315lordandtaylorder.pdf>

66 Fyre: la fiesta exclusiva que nunca sucedió. <https://www.netflix.com/title/81035279>

67 Una reseña bastante exhaustiva en inglés en Wikipedia https://en.wikipedia.org/wiki/Fyre_Festival. La noticia en la BBC en español: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39755133>

68 Goanta, "Consumer on Fyre..." Op cit p 36. Reporte de prensa de la FTC: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> Texto de la carta modelo (inglés): https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose-relationship/influencer_template.pdf

69 Ver la demanda (en inglés) en el siguiente link: <https://www.truthinadvertising.org/wp-content/uploads/2018/10/Chinery-v-Fyre-complaint.pdf>

publicaron en Instagram, Twiter, Facebook , entre otras, con el hashtag #FyreFestival. El demandante argumentó que los *influencers* habían violado la Guía de la FTC al hacerse pasar por “invitados de lujo” al Festival y por haber ocultado la conexión material (su remuneración) con los organizadores. La demanda fue presentada en un tribunal estatal de California y se argumentó la violación de la Ley de Competencia Desleal de ese Estado que prohíbe la publicidad falsa, desleal o engañosa. La demanda fue luego retirada del Juzgado, habiendo dado la explicación sus abogados de que la reiniciarían en un Tribunal Federal, sobre lo que no tenemos conocimiento hasta la fecha.

A partir del caso Fyre, la FTC ha sido más activa y abrió en su página un formulario de “Preguntas y respuestas” para ir actualizando sus normas a medida que la tecnología va avanzando.

En septiembre de 2017 la FTC emprendió la primera acción directa contra *influencers*.⁷⁰ En esa ocasión la denuncia fue presentada contra los raperos Trevor “TmarTn” Martin y Thomas “Syndicate” Cassell. Los denunciados son *influencers* muy seguidos en el mundo de las apuestas online que recibieron una demanda administrativa⁷¹ por endosar engañosamente el servicio de juegos de azar en línea CSGO Lotto (Counter-Strike: Global Offensive), omitiendo revelar que eran propietarios de la compañía que lo comercializaba. Según la FTC, presuntamente, también les pagaron miles de dólares a otros influyentes reconocidos para promocionar el sitio web del juego en YouTube, Twitch, Twitter y Facebook, sin exigirles que revelaran en sus posteos en los medios sociales que habían recibido un pago. La orden de consentimiento de la FTC estableció que Martin y Cassell debían revelar de manera clara y destacada cualquier conexión material con un endosante o entre un endosante y cualquier producto o servicio promocionado.

70 Nota de prensa FTC en español: <https://www.ftc.gov/es/noticias/2017/09/los-propietarios-de-csgo-lotto-resuelven-la-primera-demanda-jamas-entablada-contra>

71 La Comisión presenta una demanda administrativa cuando existe una “razón para creer” que la ley ha sido o está siendo violada, y cuando considera que el procedimiento es de interés público. Cuando se expide una orden por consentimiento de carácter final, posee fuerza de ley con respecto a las futuras acciones. Cada infracción a una de estas órdenes puede ser sancionada con una multa administrativa de hasta \$40,654 dólares.

La última información que poseemos es que el organismo continúa su política de concientización mediante la emisión de circulares dirigidas a los *influencers*. La última fue emitida en noviembre de 2019 y lleva el nombre de Recomendación 101.⁷²

Otro organismo estadounidense que ha aplicado multas en materia de publicidad ilegal a *influencers* en redes sociales es la Comisión de Valores de EEUU (SEC en su sigla en inglés). En noviembre de 2018 se dio a conocer que había multado al archifamoso boxeador Floyd “Money” Mayweather y al rapero Dj Khaled por haber omitido informar que habían sido remunerados para publicitar en Twiter e Instagram la emisión inicial de bitcoins de la empresa Centra Tech. La SEC había advertido previamente que la emisión de bitcoins se consideraría como emisión de títulos valores, y que por lo tanto, caía bajo su regulación. Luego de ser demandados por el regulador, “Money” Mayweather acordó el pago de 600 mil dólares entre devolución del dinero cobrado por el anuncio, multas y daños. El rapero pagó 150.000 dólares por los mismos conceptos.⁷³

En el reporte de prensa de la SEC se lee: *“Los inversores deben ser escépticos con respecto a los consejos de inversión publicados en las plataformas de redes sociales, y no deben tomar decisiones basadas en el respaldo de celebridades”, dijo el codirector de la División de Aplicación Steven Peikin. “Los influenciadores de las redes sociales a menudo son promotores pagados, no profesionales de la inversión, y los valores que venden, independientemente de si se emiten utilizando certificados tradicionales o en la cadena de bloques (block chain), podrían ser fraudes”.*

6) PANORAMA INTERNACIONAL DE LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN EN MATERIA DE PUBLICIDAD DIGITAL.

a) REINO UNIDO.

72 Nota de prensa en español: <https://www.ftc.gov/es/consejos/para-empresarios/divulgaciones-101-para-influenciadores-de-los-medios-sociales> Contenido de la recomendación (pdf inglés): https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1001a-influencer-guide-508_1.pdf

73 Reporte de la Comisión de Valores de EEUU: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-268>

En el Reino Unido la publicidad a través de *endorsement* es controlada por la A.S.A. (Advertising Standards Authority / Autoridad sobre Estandarización de la Publicidad)⁷⁴ y por la C.M.A. (Competition and Markets Authority / Autoridad de la Competencia y el Mercado)⁷⁵.

En septiembre de 2018, ambos organismos, conjuntamente con CAP (la Cámara de Anunciantes de Publicidad) emitieron una Guía denominada: “*Influencers’ guide to making clear that ads are ads*” (Guía para *influencers* para dejar claro que una publicidad es una publicidad).⁷⁶

La Guía establece que los anunciantes por medios digitales, deben cumplir con el Código de autorregulación publicitaria británico⁷⁷. Esta publicidad digital incluye la efectuada por cualquier medio digital incluyendo redes sociales y cualquier otra forma de interactuar en internet.

Solo mencionaré las normas del Código que tienen relación con la publicidad a través de *influencers*.

La regla 2.1 del Código establece que toda comunicación comercial debe estar identificada como tal.

La regla 2.3 indica que las comunicaciones comerciales no deben falsamente indicar en forma expresa o implícita que el emisor (anunciante o *influencer*) actúa como un consumidor, ocultando que lo hace en función de su negocio, arte o profesión. Las comunicaciones de marketing deben claramente indicar su intención comercial si ello no resulta obvio del propio contexto en que son emitidas.

La regla 2.4 indica que los emisores o anunciantes deben dejar claro que los anuncios “advertorial” o “infomerciales” (ej. publirreportajes o consejos publicitarios) son comunicaciones comerciales, por ejemplo encabezándolos como “anuncio publicitario”.

74 <https://www.asa.org.uk>

75 <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

76 Texto completo en inglés: <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf>

77 <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes/non-broadcast-code.html>

Otras reglas del Código, no relacionadas directamente a los *influencers*, abordan la publicidad engañosa, desleal, reglas sobre sorteos o concursos, publicidad de productos específicos (para niños, medicamentos, alcohol, productos financieros, juego, etc).

En la introducción de la Guía se resume la conducta que es esperable de un *influencer*:

Cuando una marca paga a un influencer por efectuar un posteo que promueva o avale su marca, productos o servicios, dicho posteo queda sujeto a las leyes de protección al consumidor. Se entiende por pago cualquier forma de entrega de dinero, otorgamiento de una comisión, entrega de productos o servicios gratuitos (ya sean solicitados por el influencer o entregados espontáneamente por la marca), o cualquier otro incentivo.

Esto significa que cuando usted reciba un pago de una marca, debe informarlo en cualquier posteo relevante (ej. cuando usted se refiere o informa las características de la marca, sus productos o servicios en cualquier forma o cuando el contenido es controlado por la marca). Debe actuar del mismo modo cuando usted esta posteando promocionando productos de terceros ('affiliate marketing'). Usted también debe aclarar cuando está posteando sobre sus propios productos o servicios (ej. productos que usted ha creado o que comercializa o algún evento que usted está organizando o cualquier sorteo que usted esté organizando).

Obviamente que si usted recibe una cantidad de dinero para crear o postear algún contenido, esto cuenta como "pago". Pero esta no es la única forma de arreglo que hay que declarar. Si usted tiene alguna suerte de relación comercial con la marca, como ser su "embajador" o recibe gratuitamente productos, regalos, servicios, viajes, estadías en hoteles, etc. Esto también califica como "pagos". No hay nada de malo en recibir dinero por crear contenido, pero usted debe ser sincero acerca de ello con su audiencia.

En agosto de 2018 la CMA inició un procedimiento de oficio contra una serie de *influencers* británicos que no informaban claramente su relación material con las marcas que promocionaban.⁷⁸ A consecuencia de los requerimientos, el 23 de enero de 2019, 16 personas influyentes se han comprometido a mejorar las divulgaciones en sus

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

publicaciones en las redes sociales para dejar en claro cuándo se les ha pagado o incentivado para respaldar un producto o servicio.⁷⁹

b) FRANCIA

En la República, el organismo regulador de la publicidad es la Autoridad Reguladora de Publicidad Profesional (ARPP⁸⁰).

El 28 de junio de 2017 se adoptaron las reglas que rigen la relación entre las marcas y los *influencers*. Estas reglas, que forman parte del “Código de comunicación publicitaria digital”⁸¹ se basan en dos reglas:

Regla 1, Transparencia: cualquier colaboración comercial debe ser visible para el público de manera explícita e instantánea. Hablamos de colaboración o compromisos recíprocos cuando se trata de: un regalo, un viaje, una invitación o un pago a cambio de contenido. En todos estos casos, esta colaboración debe ser visible para el público. ARPP señala que no todos están familiarizados con los hashtags #sp #sponso #collab o términos en inglés como #ad o #productpreview. Se deben preferir términos claros como "en asociación con ..." o "patrocinado por ...".

La colaboración debe revelarse instantáneamente sin la acción específica del usuario (por ejemplo, no deben tener que hacer clic en una foto o en los comentarios para comprender que es una colaboración). Finalmente, si el contenido se puede compartir, entonces la información sobre la naturaleza comercial también debe ser compartible.

Regla 2, Lealtad: el ARPP enfatiza el hecho de que ser honesto y sincero con su comunidad solo puede fortalecer los lazos que los influyentes forjan con su comunidad.

Finalmente, el ARPP recuerda que todas las reglas que son aplicables a la publicidad tradicional son aplicables a la actuación de *influencers*. En particular si, además de ordenar contenido o un servicio, el anunciante tiene "control de anulación" y si el contenido del *influencer* está sujeto a validación. Como resultado, la publicidad en

79 Un resumen de los compromisos adoptados se puede ver en el siguiente link: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c474d4840f0b6172bad845e/summary_of_under_takings_for_celeb_endorsements.pdf

80 <https://www.arpp.org/the-arpp/>

81 <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2017/12/ARPP-code.pdf>

Instagram y el marketing de *influencers* en general también están sujetos a las sanciones incurridas por publicidad falsa o engañosa. Como recordatorio, un anuncio es falso, en particular si su naturaleza publicitaria es ambigua o ininteligible.

c) ITALIA:

En Italia, la autoridad de aplicación es la AGCM (Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado)⁸²

La AGCM ha señalado que la prohibición de publicidad encubierta tiene un alcance general y resulta aplicable a los casos de comunicaciones comerciales a través de redes sociales. De ahí que si el *influencer* deja que sus seguidores crean que está actuando espontánea y desinteresadamente, cuando en realidad está promocionando una marca en forma rentada, dicha conducta infringe las reglas del Código de Protección a los Consumidores, art. 22 que trata sobre las omisiones engañosas y que representa la trasposición al ordenamiento interno italiano de la Directiva de 2005 que hemos estudiado.⁸³

Para el Códice italiano la omisión engañosa es la que oculta la información relevante que el consumidor promedio necesita para tomar una decisión de consumo e induce al mismo a adoptar una decisión que de otro modo no habría tomado.

La AGCM, al igual que sus colegas de otros países, en 2018 envió cartas persuasivas a los *influencers*⁸⁴ con más seguidores, recordando las reglas a las que debían atenerse los *endorsement* y en particular poniendo énfasis en la colocación de hashtags para advertir a los consumidores el contenido publicitario, tales como #pubblicità, #sponsorizzato, #advertising, #inserzioneapagamento o, en caso de la provisión gratuita de productos: #prodottofornitoda.⁸⁵

82 <https://www.agcm.it/>

83 <http://www.codicedelconsumo.it/parte-ii-artt-4-32/>

84 Informe de prensa de la AGCM: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/PS11270>

85 Casos reportados por Ducato, Rossana. “One hashtag to Rule Them All?,... op cit..”

Este tipo de cartas se llaman de “persuasión moral” y son herramientas administrativas que pueden ser utilizadas por el organismo administrativo regulador de una actividad, que son enviadas a los comerciantes para remover los aspectos potencialmente dañosos de determinadas prácticas comerciales. Es, esencialmente, un instrumento para prevenir y reducir posteriores procedimientos administrativos sancionatorios.⁸⁶

d) AUSTRALIA⁸⁷

En Australia, la publicidad a través de *influencers*, está regulada en el Código de Ética de la Asociación Australiana de Anunciantes Nacionales ("Código").

La Sección 2.7 del Código establece que “ La comunicación publicitaria o de marketing debe ser claramente distinguible como tal para el público relevante”

La Junta Disciplinaria de la Asociación ha dado una idea de qué nivel de divulgación se espera bajo el Código después de una resolución que involucró una publicación de Instagram de Kat Risteska (@katristeska), una actriz de cine y *influencer* con más de 14,000 seguidores, que promovía la loción autobronceadora Eco Tan.

Se afirmó que Risteska no distinguió la publicación como una comunicación publicitaria o de marketing al usar #ad o similar. La publicación mostraba a Risteska sosteniendo un producto Eco Tan con un subtítulo que estaba promocionando el producto, sus características y cómo estaba "enganchada" al producto. En lugar de pagarle a Risteska para publicar el producto, Eco Tan le envió muestras gratuitas con una solicitud para que escribiera una crítica honesta para sus seguidores de Instagram.

Finalmente, la Junta adoptó un enfoque realista y desestimó la queja, encontrando que, si bien la publicación era de hecho un anuncio y se ajustaba al Código, no violaba la Sección 2.7.

La Junta determinó que enviar muestras gratuitas a una persona equivalía a una transacción comercial y, como tal, podría considerarse una forma de pago. Además, se sostuvo que el hecho de que Eco Tan solicitó una revisión de su producto y luego volvió

⁸⁶ Guido Alpa and Antonio Catricalà, *Diritto dei consumatori* (Il Mulino 2016), 217-218, cit por Ducato, *ibídem*.

⁸⁷ Casos reportados en el siguiente artículo: <https://www.dvmlaw.com/legally-use-social-influencers-marketing/>

a publicar el material de Risteska en su propia cuenta de redes sociales estableció el "control razonable" de la empresa sobre la publicación para que se considere una comunicación publicitaria.

Sin embargo la Junta consideró que la publicación se distinguía claramente como una comunicación publicitaria o de marketing porque se leía como un "comunicado de prensa" y porque el uso de '#ecotan' y '@ecotan' dejaba en claro para los seguidores de Risteska y otros usuarios de Instagram, que la publicación promocionaba un producto, incluso en ausencia de #ad o #spon.

He visionado la cuenta Instagram de Risteka y el 20 de abril de 2020 efectuó un posteo publicitario de un productomarca Natural Life, en el que claramente advierte en el recuadro de texto que acompaña la imagen, en negrita y bien destacado: Colaboración pagada con naturallifeaustralia.

La decisión en el caso Risteka podría cambiar si se aplicara el Código de buenas practicas sancionado el 1 de julio de 2020.

En esa fecha la AIMCO (Consejo Australiano de Marketing de Influencers) publicó un "Código" de buenas prácticas para el marketing de *influencers*.⁸⁸ Se trata de un código de autorregulación específico para la publicidad a través de *influencers* que recoge como primer regla el "Disclosure", es decir la divulgación de que los posteos son remunerados.

Sobre la forma de informar el contenido publicitario se establece que el # que mínimamente se requiere es • #Ad; o #Sponsored

A su vez se recomienda, cuando el contenido publicitario del anuncio en sí no es claro, que se use adicionalmente los siguientes: • #brandname, #campaign • #Ambassador, • #Collab o • #PaidPartner

e) NUEVA ZELANDA:

88 https://www.auditedmedia.org.au/site/assets/media/AIMCO-docs/AIMCO_Code_of_Practice_July-1-2020.pdf

En Nueva Zelanda el organismo regulador es la A.S.A. (Advertising Standards Authority / Autoridad sobre Estandarización de la Publicidad)⁸⁹

La ASA emitió unas Guías de actuación para *Influencers* que se encuentran actualizadas a Febrero de 2019.⁹⁰ Se trata de una guía para ayudar a los intervinientes en este tipo de publicidad a dar cumplimiento con el Código de la Publicidad de este país.⁹¹

La guía establece la obligación de informar al consumidor sobre el carácter publicitario de los posteos remunerados en sentido amplio.

Cuando el carácter publicitario no es obvio se exige la colocación de palabras resaltadas o en un recuadro como “Advertisement”, ‘Advertisement Feature’, ‘Advertorial’ ‘Promotional Feature’, ‘Paid for Ad’, ‘Ad Link’. También se admite etiquetas publicitarias o abreviadas como #Ad, # patrocinado o #Promocionado.

7) La situación en Argentina. Aplicación de normas vigentes.⁹²

En Argentina no existe una Ley General de Publicidad, por el contrario convergen varias normas que afectan la actividad publicitaria. Ninguna de ellas regula expresamente la actuación de *influencers* en redes sociales.

89 <https://www.asa.co.nz/codes/code-guidance-notes/guidance-note-identification-advertisements/>

90 <http://www.asa.co.nz/wp-content/uploads/2019/10/Guidance-Note-on-Identification-of-Advertisements.pdf>

91 <https://www.asa.co.nz/codes/codes/advertising-standards-code/>

92 *Bibliografía consultada para este capítulo: Capucci, Sebastián A., “Los influencers y su impacto en la publicidad comercial”, RDCO 293, 787, AR/DOC/3562/2018; Vaninetti, Hugo A., “Twitter. Contenidos que generandaño. El rol de los influencers. El impacto del twibel, los retuits y el ‘escrache’ o linchamiento virtual”, LA LEY 19/11/2019, 5, AR/DOC/3460/2019;*

Suplemento especial Diario La Ley “Influencers y el Mercado Multinivel” publicado el 13/7/2020, artículos García Austt y Rodriguez Gonzalo “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso NuSkin” pg.4, Marhaba D. y Barocelli S. “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, p 10. Albanese, Ana Carolina. “Legal Marketing y Nu Skin”, Diario La Ley 13/7/20 pg2. Gullemotti, Gerardo M. *Información y publicidad. El caso “Nu skin”, mismo suplemento, pg. 8.*

Rizzo Jurado, Francisco: “La publicidad de medicamentos y el nuevo Régimen de Lealtad Comercial”, publicado en Chamatropulos, Demetrio A. (editor) *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019 1a ed.* - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019. pg 330.

Martinez Medrano: "La competencia desleal en la Argentina Una aproximación a la competencia desleal desde el derecho privado" *Jurisprudencia Argentina Vol. JA 2002-I-1039 (2002)* se puede descargar una copia aquí: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/20/>

Analizaremos la normativa vigente con la finalidad de encontrar herramientas generales para la regulación. El objetivo es llegar a una solución que proteja a los consumidores de mensajes publicitarios encubiertos, engañosos o desleales. Del mismo modo se induzca u obligue a *influencers* y anunciantes a revelar el contenido publicitario de los mensajes cuando existe entre estos una relación material o especial, ya sea por el pago de una suma de dinero o por el otorgamiento de cualquier beneficio al *influencer* en contraprestación del posteo de productos o servicios que se identifiquen con el anunciante o sus marcas.

Las normas que afectan la actividad publicitaria y su relación con la protección de los consumidores son la Ley 24.240 de Defensa de Usuarios y Consumidores⁹³; el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante citado CCyCN)⁹⁴, en particular los artículos 1100 a 1103; el Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial y competencia desleal⁹⁵ y la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual⁹⁶. A su vez también son dignas de destacar el Código de Autorregulación publicitaria de CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria).⁹⁷ Con excepción del CCyCN, cada una de las normas tiene su propia autoridad de aplicación. La actual Subsecretaria de la Defensa de las y los Consumidores es la Autoridad de Aplicación a nivel Nacional de la Ley 24.240 y su poder de policía convive con las Autoridades de Aplicación de cada una de las jurisdicciones provinciales. Algunas provincias han delegado la autoridad de aplicación en municipios, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires a través del sistema de las OMIC (Oficina Municipal de Información al Consumidor). La autoridad de aplicación de la norma de Lealtad Comercial es la Secretaria de Comercio Interior de la Nación (art. 25). La Autoridad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante LSCA) es el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) (según Decreto de Necesidad y Urgencia DNU 267/2015).⁹⁸

La Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) regula el derecho de acceso a la información del consumidor en el art. 4º y los alcances de la publicidad que se tienen

93 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=638>

94 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

95 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422>

96 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=158649>

97 <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>

98 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=257461>

por incorporados al contrato de consumo (art. 8º). García Austt y Rodríguez, a su vez, proponen un interesante punto de vista mediante la aplicación solidaria de responsabilidad entre el *influencer* y el anunciante en los términos del art. 40 LDC⁹⁹.

El DNU de Lealtad Comercial (en adelante DLC) a nuestro entender es la norma con rango legislativo que más se adapta a la regulación de los *influencers*, sobre todo porque contiene una cláusula general a modo de las establecidas en la Ley norteamericana (art 5 FTC Act) y en la Directiva Europea.

DLC: ARTÍCULO 9º.- Cláusula general. Constituye un acto de competencia desleal toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

La cláusula general al legislar sobre omisión desleal permite incorporar a esta figura genérica, las omisiones de declarar el contenido publicitario de un posteo. Desde el momento que la omisión resulta susceptible de engañar al consumidor está afectando el proceso competitivo. El sistema del DLC establece que la cláusula general da lugar a acciones judiciales, pero para que la Autoridad de Aplicación pueda aplicar sanciones, la conducta debe caer bajo la tipificación del artículo 10 de la norma. Entre los incisos de la misma que podríamos considerar aplicables a los *influencers* tenemos:

Art.10) a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

⁹⁹ Los autores, con cita de un trabajo de Federico Alvarez Larrondo consideran que el *influencer* sería responsable por el “defecto en la provisión del servicio” de publicidad conjuntamente con el anunciante en los términos del art. 40 de la LDC. Lo interesante de este enfoque es que caracteriza al posteo en redes sociales como un “servicio de publicidad” independientemente del producto publicitado y si el daño proviene de dicho servicio la responsabilidad sería solidaria entre el *influencer* que generó el servicio y el anunciante encubierto que coloca su marca en el mismo. García Austt y Rodríguez, op cit nota 1. Trabajo citado: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades”, RCyS 2010-II, 44.

b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde.

El artículo 11 DLC regula la publicidad engañosa: *Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.*

Para analizar si es aplicable el artículo 11 DLC debemos analizar el texto de la norma. La conducta tipificada es la realización de “cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda”. El posteo en redes sociales cae bajo esta definición. El posteo debe ser efectuado con inexactitudes u ocultamientos. Aquí también tenemos que omitir la conexión material entre el *influencer* y el anunciante, que es el ocultamiento señalado en la norma. El posteo debe inducir a error, engaño o confusión. Tenemos entonces la confusión del consumidor que objetivamente no puede advertir el tenor publicitario del posteo.

Nuestra duda se suscita en la parte final del artículo, puesto que el engaño del consumidor debe recaer sobre determinadas características de bienes muebles, inmuebles y servicios. En el caso de la publicidad no declarada por los *influencers* el engaño recae sobre el carácter publicitario del mensaje, pero no se engaña sobre las características de los productos publicitados, es más, en la mayoría de las veces solo se los exhibe en una foto o video. Podríamos entender que el engaño sobre la característica publicitaria del posteo del *influencer* recae sobre las “condiciones de comercialización” del producto o servicio.

Similar reticencia nos presentan los tipos del art. 10), en particular los mencionados en los apartados a) y b), ya que el engaño que requiere la norma recae o bien sobre características de los productos o bien sobre el origen empresarial.

En la tipología de la publicidad prohibida se encuentra la engañosa, la desleal, la abusiva y la encubierta.

Esta última, la publicidad encubierta, es la que caracteriza la conducta del *influencer* que oculta el sentido publicitario de su mensaje.

Ha sido definido como aquella que, por su forma de presentación, induce o puede inducir a error a los destinatarios al encubrir la naturaleza publicitaria del mensaje. En esta modalidad de publicidad engañosa, el elemento constitutivo del engaño no se encuentra en el mensaje –que puede ser veraz– sino en la forma de comunicarlo. En la publicidad encubierta los destinatarios no perciben el carácter publicitario o comercial del mensaje y, por ejemplo, pueden confundirlo con una información periodística o con un programa de entretenimiento.¹⁰⁰

Para el profesor Lema Devesa¹⁰¹, la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa. En la ley de competencia desleal española para tipificar la publicidad engañosa, el engaño puede recaer sobre “la naturaleza de la operación comercial o el contrato”(art. 5). Entiende la doctrina de ese país que la publicidad encubierta es engañosa sobre la “naturaleza de la operación comercial”. En nuestro caso hemos dicho que la publicidad puede ser engañosa sobre las “condiciones de comercialización” de los productos y servicios. De todos modos, el DLC argentino es poco claro, omisión imperdonable si se observa que fue dictado en 2019, cuando la publicidad encubierta ya se encontraba legislada en varios ordenamientos de derecho comparado.¹⁰²

100 Vilajoana Alejandre, Sandra “Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional”, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, diciembre 2015 pg. 206

https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y

101 Lema Devesa C. “Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid: Marcial Pons, cit en Vilajoana Alexandre, *ibidem*.

102 Coincide con nuestra apreciación Rizzo Jurado quien manifiesta que la publicidad encubierta no fue legislada por el Decreto 279/19. Señala el autor que por el contrario, la publicidad encubierta se encuentra expresamente prohibida en el campo de los medicamentos de venta libre. Así la Disposición 4980/2005 del ANMAT (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109568/texact.htm>). Esta norma dispone que la publicidad de medicamentos no deberá ser encubierta, engañosa, indirecta, subliminal o desleal. El Glosario de la norma la define: *PUBLICIDAD ENCUBIERTA: Es aquella que consiste en ocultar el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio, de manera tal que el público tome la información como objetiva e imparcial cuando en realidad se trata de publicidad comercial.* El autor indicado señala: *Como podemos apreciar, la conjunción de estas definiciones genera una*

En síntesis, el DLC no regula en forma clara la publicidad encubierta, cuestión que debería ser abordada en una futura reforma.

El Código Civil y Comercial de la Nación tampoco regula la publicidad encubierta. En su artículo 1102 se prohíbe toda publicidad que:

- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;
- b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;
- c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Véase que el inciso a) es más restrictivo aún que el DLC sobre el objeto del error, ya que las indicaciones falsas éste deben recaer sobre elementos esenciales del producto o servicio, con lo cual deja fuera de cobertura la situación en la cual el engaño recae sobre la naturaleza publicitaria del anuncio (publicidad encubierta). El inciso b) legisla sobre publicidad comparativa engañosa y el inciso c) sobre publicidad abusiva. Podríamos encontrar alguna marginal aplicación de la última parte del inciso: *que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad*.

Esa parte de la norma podría ser aplicable a los posteos, que al ser engañosos en cuanto a su origen publicitario, podrían inducir al consumidor a consumir un producto o

coincidencia conceptual con la idea de publicidad engañosa plasmada en el DNU 274 y la res. 248/2019, tendiendo —claramente en ambos casos— a la protección de consumidores. Tal tutela toma especial relevancia en el ámbito de la industria farmacéutica toda vez que la salud pública es el bien jurídico que está en juego y el cual se busca garantizar.: Rizzo Jurado, Francisco: op cit pg 330.

servicio de modo que exista un riesgo para su salud o seguridad. De todos modos para la generalidad de los casos no entendemos aplicable dicho inciso¹⁰³.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA)¹⁰⁴ por su parte contiene algunas disposiciones relativas a la publicidad en su artículo 81, en particular su inciso k) el cual establece normas sobre los programas de televenta, el inciso ñ) que prevé la separación de la tanda publicitaria de la emisión televisiva y el inciso p) que menciona los infomerciales.

El artículo 81 inciso k) de la LSCA es reglamentado por la Resolución 499/2010 del AFSCA (anterior denominación del Organismo Regulador de la ley)¹⁰⁵. La norma reglamentaria define al “infomercial” (en inglés “advertorial”), pero exclusivamente en el ámbito de los medios de comunicación: Artículo 1 inciso b) *Infomercial: es una forma de comunicación comercial que adopta el formato de programa o microprograma de al menos QUINCE (15) minutos de duración, que presenta las características, aplicaciones y utilidades de uno o varios productos, bienes, marcas y/o servicios. Incluye la modalidad de "publirreportaje", que bajo la apariencia de géneros periodísticos como la entrevista o la crónica, promocionan productos, bienes, marcas y/o servicios.*

103 Coincide con nuestra apreciación Capucci quien señala: “El incumplimiento de esta recomendación – identificar el mensaje como publicitario por el influencer - podría implicar, en esfuerzo interpretativo, una violación al derecho del consumidor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1101 inc. del CCCN en tanto refiere a las “indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir en error al consumidor” en tanto el consumidor no conoce el carácter promocional de los contenidos que percibe. El esfuerzo interpretativo estaría dado porque el contenido difundido por el influencer puede ser absolutamente cierto, expuesto con claridad y objetivo y el problema de la publicidad efectuada por influencers no surge por el contenido (indicaciones) sino por su presentación donde no siempre puede conocerse el carácter promocional de la comunicación que efectúan, por lo cual podemos afirmar que esta disposición legal no abarca en forma completa las vicisitudes que genera la actividad del influencer” . En una nota a pie de página afirma categóricamente:” Los incisos 2 y 3 del artículo 1101 no guardan punto de contacto relevante con el problema de la identificación del mensaje publicitario.” Capucci, Sebastián A., “Los influencers y su impacto en la publicidad comercial , op citada punto 3.2.

104 Capucci sostiene que esta norma no es aplicable a las Redes Sociales puesto que limita su actuación a los servicios de comunicación audiovisual y la definición no engloba a aquella tecnología. Capucci, Sebastián A., “Los influencers y su impacto en la publicidad comercial , op citada.

105 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/177546/norma.htm>

A los fines de evitar la publicidad encubierta, el artículo 2° de la Resolución dispone:
ARTICULO 2° — Se deberá exhibir en la parte superior de la pantalla un sobreimpreso claramente legible que indique que se trata de un "Programa de Televenta" o de un "Programa Infomercial", durante toda su duración.

En el ámbito de la autorregulación publicitaria, en nuestro país se encuentra vigente el Código de Autorregulación publicitaria de la CONARP¹⁰⁶ que establece reglas aplicables al universo *influencer*.

En primer lugar debemos evaluar cual es el alcance jurídico de un código de autorregulación publicitaria. No existe en el DLC una norma similar a la de la Directiva de Practicas Desleales de la Unión Europea de 2005 que considera engañosa la conducta del comerciante que, bajo ciertos requisitos, incumple lo establecido en los Códigos Profesionales de Conducta (art. 6.2.b).

En nuestro Derecho los códigos de conducta podrían ser entendidos como reglas de usos y costumbres profesionales y su violación podría ser aprehendida bajo el art. 10 bis del Convenio de París sobre la competencia desleal (ratificado por Ley 17.011) que dispone: 2) *Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial.*

Esta cláusula general debería integrarse en la legislación argentina con el Decreto de Lealtad Comercial. Por ello la violación a un código de autorregulación publicitaria podría ser considerada violación a los usos honestos en materia comercial en el ámbito de actuación publicitaria.¹⁰⁷

El artículo 39.1) se titula: 1. Correo electrónico, Internet, telefonía celular y otros medios alternativos. En su primer párrafo dispone que *“Cuando un correo electrónico*

¹⁰⁶ <http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>

¹⁰⁷ *Sobre el art. 10 bis del Convenio de Paris, ver Martinez Medrano, “La Competencia Desleal en Argentina...” op cit, donde afirmamos: El estándar que brinda la norma, "usos honestos en materia industrial o comercial", debe ser rellenado en cada caso concreto, pero representa un paradigma del comerciante honesto, similar al buen padre de familia del Derecho Civil o al "buen hombre de negocios" del art. 59 de la ley 19550 de Sociedades para juzgar la conducta de los administradores societarios. El estándar de usos comerciales honestos es asimismo el que establece la ley de protección de secretos comerciales 24766 (LA 1996-C-3378), ejemplificando que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza y la instigación a la infracción por parte de terceros.*

tiene un fin publicitario, el nombre del asunto y el contexto deben ponerlo de manifiesto. Los nombres de los encabezados no deben ser engañosos y la naturaleza comercial de la comunicación debe ser explícita.”

Esta norma prohíbe la publicidad encubierta a través de emails, con lo cual no es precisamente el supuesto de posteos en redes sociales, pero podría ser aplicado por analogía, considerando que se trata de un código de conductas profesionales y no una norma penal.

En materia de Foros y Redes sociales el artículo 39.2 dispone: *“Los términos y condiciones de medios electrónicos particulares, en cuanto a reglas y estándares de conducta comercial, deberán ser respetados. Las comunicaciones publicitarias en foros y redes sociales son apropiadas sólo cuando los integrantes de los mismos han manifestado su previa conformidad a recibir mensajes de tales características”.*

Nos detenemos en la primera parte de la norma que implica la aplicación de los estándares de conducta comercial también cuando se publicita en redes sociales.

El artículo 39.4) trata sobre “Marketing viral” y dispone: • *La publicidad deberá evitar toda práctica desleal y denigratoria que atente contra el buen nombre y la reputación de personas, entidades y marcas, exhortando a la opinión pública a no dar crédito a ningún tipo de versiones calumniosas escudadas en el anonimato, ni a hacerse eco de las mismas facilitando su difusión. Los profesionales de la comunicación deberán encuadrar los contenidos de sus mensajes dentro de los parámetros del marketing y la publicidad responsables, dado que, ante la imposibilidad de aplicar en ellos ningún criterio de segmentación, los mismos llegan a menores y a personas que, por su grado de madurez, educación y nivel cultural, pueden adolecer de una capacidad de discernimiento suficiente para su correcta interpretación, lo que puede derivar en efectos y consecuencias no deseables. Asimismo se ratifica el respeto hacia las normas legales vigentes, la protección al menor, y las buenas costumbres, como se detalla previamente.*

El artículo 40º establece: *.- Los principios y normas contenidos en el presente Código son aplicables a todos los mensajes de índole comercial, cualquiera sea el medio que se utilice para su difusión, ya sean de productos o servicios, e institucionales, producidos*

en el país o en el exterior y emitidos en forma de publicidad tradicional o no tradicional.

El artículo 41º distribuye responsabilidades:

.- La responsabilidad acerca de su observancia recae en:

- a) El anunciante y la agencia de publicidad que han creado y colocan el mensaje.*
- b) El medio de comunicación social que lo difunde.*
- c) Cualquier persona que haya tomado parte en su planeamiento, creación o publicación.*

En el inciso c) podemos encuadrar al *influencer* que puede tomar parte en la creación del posteo o solo en su difusión, si es que se lo entrega el responsable de la marca.

El Código de Autorregulación publicitaria tiene un sistema de resolución de controversias, cuyo estudio excede el marco de este trabajo.

8) PROYECTO DE LEY PARA REGULAR LA ACTIVIDAD DE INFLUENCERS.

De acuerdo con las experiencias recogidas en Derecho Comparado hemos visto que en ninguno de los ordenamientos relevados se ha dictado una Ley que regule expresamente la actividad del *influencer*. La regulación pasa por la utilización de instrumentos modernos y adecuados contra las Prácticas Desleales en el Comercio, caso de Europa, o a través de una norma antigua pero que ha tenido mucha aplicación judicial y administrativa como la FTC Act en los Estados Unidos. En lo concerniente a la temática específica analizada, vimos que se han dictado normas administrativas o códigos que aclaran algunos puntos de la legislación general (EEUU, Reino Unido, Nueva Zelanda), así como en otros casos, la cuestión ha sido ordenada a través de la autorregulación publicitaria (Australia).

Barocelli, ha publicado en coautoría un reciente trabajo de doctrina en el cual pondera el dictado de códigos de buenas prácticas para *influencers* y resalta el modelo del Reino

Unido que aquí hemos estudiado.¹⁰⁸ Entendemos que junto con la correulación¹⁰⁹ es un camino a seguir.

En nuestro país, es loable la iniciativa adoptada por la Senadora Cristina López Valverde (San Juan), quien elaboró y presentó el día 30/6/2020 un proyecto de Ley para regular la actividad de los *influencers* (Expte 1358/20 del Senado de la Nación). Es interesante el intento de la Legisladora de poner el tema en la Agenda de discusión pública.

En cuanto al instrumento escogido para regular la actividad, nuestra opinión personal es que la regulación de la actividad de los *influencers*, así como todo lo que se relacione con Internet, nuevas tecnologías, redes sociales, etc., debe tener un mecanismo ágil y flexible de regulación, a través de decisiones administrativas o de instrumentos de correulación, para que los cambios normativos puedan acompañar el desarrollo tecnológico; dejando al ámbito legislativo elaborar normas generales que permitan luego adaptar las regulaciones a las situaciones particulares. Por ejemplo, el dictado de una Ley General de Publicidad que incorpore distintos tipos de publicidad ilícita como la encubierta, o la modernización de las normas sobre Prácticas o Competencia Desleal, que han sido mejoradas a través de un DNU de 2019, pero que hemos visto no acompañan el desarrollo legislativo vigentes en otras latitudes.

108 Marhaba y Barocelli, op cit punto V.: *Lo que busca esta iniciativa es que exista mayor claridad e información por parte de los influencers, o sea, alentar medidas que deben poder adoptar y lograr una homogeneidad para que todos los anuncios comerciales se consigne o en términos de redes sociales “se etiqueten” de la misma manera. De este modo, el consumidor o seguidor del influencer podrá distinguir entre publicidad pagada y opinión personal, lo cual constituye un eje central para la decisión consciente e informada de las personas.*

109 La correulación publicitaria implica la adopción de normas elaboradas conjuntamente entre las Cámaras Profesionales y las autoridades administrativas. En la Unión Europea se promueve como un sustituto o paso más avanzado de la “autorregulación”. Ver por todos: Lema Devesa, C. (2018). Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España. *Methados.Revista De Ciencias Sociales*, 6(1). <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.225>: *Con independencia de la eficacia de los sistemas de autorregulación, debe advertirse que el futuro -en este ámbito-es la correulación publicitaria. Los sistemas de autorregulación evolucionan hacia sistemas de correulación. Estos últimos surgen cuando el sistema de autocontrol de publicidad y las autoridades administrativas trabajan conjuntamente, y de manera complementaria. Esto es: cuando existe una estrecha colaboración entre el Estado y los empresarios publicitarios, bien para la creación de Códigos de Conducta, bien para que la Administración estatal represente la última instancia, en la resolución de controversias de los sistemas de autorregulación.* Cit, Página 12.

El Proyecto de Ley ¹¹⁰ contiene 14 artículos en los cuales se define al *influencer*, y a la publicidad digital se la determina como un servicio (art 4º). El art. 5º establece las diferentes prácticas de comunicación de la publicidad digital, enumeración ejemplificativa: Unboxings (desempaquetado de productos en video), sorteos, fotos, videos y una norma residual: toda otra forma de anuncio o promoción en redes sociales siempre que exista contraprestación entre el influenciador y el anunciante. El art. 7º establece los requisitos del posteo. Se requiere el hashtag #Publicacionpaga (si hay contraprestación) y se debe mencionar quién es el anunciante que pagó el posteo. También hay normas específicas para posteos de productos para niños, niñas y adolescentes, debiendo asimismo la publicidad por *influencers* cumplir con el resto de normas publicitarias, tanto generales como específicas según el producto (art. 11). Se establece un régimen de sanciones y se determina que el Poder Ejecutivo establecerá la Autoridad de Aplicación de la Norma.

Con las reservas que hemos apuntado, acerca de la regulación de un tema tan específico a través de una Ley, nuestra opinión sobre el proyecto es positiva ya que recoge y traslada al texto los distintos institutos y antecedentes que hemos venido relevando en las distintas jurisdicciones.

9) Conclusiones:

El *influencer* por lo general es una persona que incursiona en redes sociales de manera activa y cuyo primer objetivo es darse a conocer y generar una red de seguidores. Durante este lapso, poco le importa conocer las reglamentaciones vigentes en materia de publicidad o comercialización de productos. A partir de su fama o reconocimiento, descubre la posibilidad de monetizar las redes sociales y adquirir una nueva fuente de ganancias económicas. En algunos casos, secundaria a su actividad, y en otras su principal ingreso. Es un universo muy heterogéneo donde conviven *influencers amateurs* con otros que han generado verdaderas empresas publicitarias alrededor de su figura pública.

Entendemos que una regulación no puede intentar “matar” un fenómeno que tiene alcance mundial, pero a su vez, debe encauzar la actividad para transparentarla, de

110 Remitimos a la lectura en la página <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL>

modo tal que los seguidores puedan advertir cuando los consejos de los *influencers* son remunerados por las marcas promocionadas.

La regulación debería hacer un balance entre el derecho a la información del eventual consumidor y la velocidad y sintaxis utilizada en las redes sociales. Por ello, entendemos que en nuestro país urge tomar medidas que encaucen la actividad y a la vez observar un comportamiento activo del organismo administrativo competente para redactar guías que eduquen al *influencer*, así como enviar mensajes electrónicos o cartas a los más representativos para generar una conciencia social en su entorno.

© 2022 Gabriel Martínez Medrano