



XXXV JORNADAS ACADÉMICAS DE LA COMISIÓN DE ABOGACÍA

JOVEN DEL COLPROBA

Comisión: Derecho Civil y Comercial

Ponencia:

Responsabilidad de influencers: *¿Just Do It* o Influir con compromiso?

Autoras: Nazar, Keila y Capozucchi, Navia
T°IV F°148 y T°III F° 545

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús (C.A.A.L.)

Teléfonos: (011) 1523488186- (011) 1535991131

Correo electrónico: keilanazar@gmail.com - ncapezucchi@capezucchiasoc.com.ar

Responsabilidad de influencers: ¿Just Do It o Influir con compromiso?

Abogadas Keila Nazar¹ y Navia Capozucchi². Colegio de Abogados Avellaneda- Lanús

Sumario: I. Introducción – II.1 Influencers y redes sociales. – II.2. Normativa aplicable - II.3. Derecho comparado - III. Conclusión. Propuesta.

I. Introducción

Nos encontramos en un tiempo en el cual el notable cambio de paradigma en las últimas décadas y agudizado en los últimos años refleja nuevas maneras de comunicar, como consecuencia directa de la globalización, los avances tecnológicos y cambios de comportamiento y costumbres sociales, entre otros factores.

Así. como abogados al igual que cada operador y defensor de la justicia, debemos tener presente que todo uso o creación que conlleve la afectación de un bien jurídico debe estar lo suficientemente analizado y regulado, en tutela de los bienes o derechos a proteger. Una de estas nuevas formas de comunicación que son utilizadas cotidianamente por la mayoría de la población a nivel mundial son las *redes sociales*. En el presente trabajo analizaremos en especial esta figura, así como su relación con uno de sus actores principales: *los influencers*. ¿Será tan sencillo ser *influencer*, es un “*Just Do It*” o implica una responsabilidad y consecuencias mayores? Interrogantes necesarios para dar apertura al presente artículo.

¹ Abogada distinguida con Medalla de Oro. Martillera y Corredora Pública. Docente en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Gerente de Capital Humano en sanatorio de CABA. Maestrando en Dirección de Empresas (MBA- UADE)

² Abogada (UBA). Maestrando en Derecho Laboral y Relaciones Internacionales (UNTREF). Abogada independiente.

II.1 Influencers y redes sociales

En primer lugar debemos definir lo que se entiende por “Influencer”, denominándose como una persona cuya performance en distintas redes sociales atraen a una determinada cantidad de seguidores (audiencia), influyendo en las decisiones de estos respecto a la compra de un producto o servicio.

También encontramos otras definiciones como por ejemplo *“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 marcas para mostrar los productos o servicios en sus redes sociales. Muchas de estas colaboraciones tienen compensaciones monetarias.” [1]* o *“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”[2]*

Por su parte, para el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONARP, se define influencer como aquel que crea contenido relevante para su grupo de seguidores, influyendo en ellos indudablemente dado el alto grado de involucramiento, fidelización y compromiso (conocido en Marketing como engagement) que genera.

Una consideración importante, es que cuanto mayor sea la audiencia mayor interés tendrán las marcas para realizar publicidad de sus productos o servicios a cambio de una rentabilidad para el influencer, es decir, lo que al principio era solo una pantalla para mostrar únicamente aspectos diarios de la vida, se convirtió actualmente en fuente de trabajo para estos últimos.

El modo de publicitar los productos o servicios que utilizan los influencers resulta un tanto distinto a aquel utilizado en los medios tradicionales, toda vez que en muchos casos realizan una publicación en donde se ve al influencer utilizando dicho producto o servicio en su vida cotidiana, sin especificar que se trata de un espacio publicitario. Ello conlleva una mayor llegada al público /audiencia y una mayor credibilidad pero también puede configurar un engaño toda vez que no se informa que se trata de una publicidad y no de simple información.

Es deber de la marca definir los lineamientos generales y el asesoramiento normativo al influencer que va a promocionar su producto o servicio toda vez que tanto la marca como el influencer son responsables por el mensaje que transmitan y la forma de hacerlo, teniendo especial consideración cuando en la audiencia se encuentran menores de edad, que nunca se podrá saber a ciencia cierta debido al alcance y llegada infinita que tienen las redes sociales.

Las redes sociales permiten una amplia comunicación ya sea mediante reels, blogs, imágenes, historias, entre otros. Dentro de las nuevas tecnologías, son las que se encuentran en mayor auge en cuanto a su uso.. Entre sus tantas definiciones podemos resumir las redes sociales como los *“lugares en Internet donde las personas publican y comparten todo tipo de información, personal y profesional, con terceras personas, conocidos y absolutos desconocidos”*. [3] Conforme la RAE, una red social es un *“servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo.”* [4]

Resulta fundamental que, cuando la promoción de un producto o servicio sea producto de una relación comercial, ello se refleje en la comunicación que efectúa el influencer a efectos de no inducir al consumidor a un error en ello o a un desconocimiento del carácter publicitario.

II.2. Normativa aplicable

Previo a abordar la responsabilidad in casu, haremos una descripción mayor de la figura jurídica debido a su relevancia. Responsabilidad proviene del latín *respondere* y significa “dar cada uno cuenta de sus actos” (B. Alsina). En esta oportunidad nos centraremos en la responsabilidad civil, siendo el deber de responder económicamente frente a otro por el daño que injustamente se le ha ocasionado (Forccielli, Benucci, Salvi). [5] Pudiendo este daño ser originado por una relación contractual previa entre las partes o por una causa extracontractual (hecho ilícito). Consideramos que en caso de los influencers se encuadran en ámbito de la responsabilidad en principio civil, así como en el ámbito contractual. Si bien con el CCyCN las órbitas de la responsabilidad fueron unificadas es importante su distinción para realizar un análisis más preciso. Existe un principio o deber genérico de no dañar a otros (*alterum non laedere*), y la obligación de prevenir el daño, consagrado en detalle en el art. 1710 del CCyCN y concordantes. Art. 1710: “*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*”

Es menester aclarar que en Argentina no existe una regulación específica para la actividad de los influencers. Por lo tanto, además de los principios generales del Derecho, debemos tomar

las normas que pueden afectar su actividad. A continuación mencionaremos algunas normas esenciales, relacionadas con la publicidad y con el derecho de los consumidores y usuarios.

El objetivo principal es evitar el engaño al usuario o consumidor cuando el influencer promociona algún producto o servicio en sus redes sociales.

En Argentina contamos como otras normativas aplicables con la Ley 24.240 de Protección al Consumidor ; Arts. 1100 a 1103 del CCCN; Dto. 274/2019 Sobre Lealtad Comercial y Competencia Desleal; La ley 26.522 de Comunicación Audiovisual. Además, el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONRAP.

En cuanto a la defensa de consumidores y usuarios, el CCyCN dispone que está prohibida toda publicidad que: *Art. 1101: “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”.*

La Ley de Defensa de la Competencia establece los alcances de la publicidad y el deber de informar (Art. 4 y 6); mientras que el Decreto de Lealtad comercial posee una cláusula general (similar a la legislación europea), donde menciona en forma general la utilización de medios indebidos como acto desleal. Su texto profesa: *“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”.* (Art. 9)

Al establecer una regla general, permite fundamentar en cada caso cuál es el acto que afecta o engaña al consumidor, sin tipificar solo algunos que, con el avance de la nueva tecnología,

seguramente, dejaría afuera nuevas plataformas, medios de comunicación y formas de hacerlo, debiendo realizar una interpretación armónica, integral y amplia de la norma.

En este orden de ideas y en relación a los influencers podemos citar los siguientes artículos de la última normativa señalada, a saber:

“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.

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”.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Lealtad Comercial también limita la publicidad engañosa, expresando dicha normativa: *“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”.*

Por último, la Ley de Comunicación Audiovisual se refiere a la publicidad en su art. 81 que en su parte pertinente expresa: (...) *“ Emisión de publicidad. Los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones:... h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad... k) Los programas dedicados*

exclusivamente a la promoción o venta de productos sólo se podrán emitir en las señales de servicios de comunicación audiovisual expresamente autorizadas para tal fin por la autoridad de aplicación y de acuerdo a la reglamentación correspondiente... l) Los anuncios, avisos y mensajes publicitarios promocionando tratamientos estéticos y/o actividades vinculadas al ejercicio profesional en el área de la salud, deberán contar con la autorización de la autoridad competente para ser difundidos y estar en un todo de acuerdo con las restricciones legales que afectasen a esos productos o servicios... m) La publicidad de juegos de azar deberá contar con la previa autorización de la autoridad competente... ñ) Cada tanda publicitaria televisiva se deberá iniciar y concluir con el signo identificador del canal o señal, a fin de distinguirla del resto de la programación...

En relación al Código de Ética y Autorregulación Publicitaria de CONARP, este responde a una recomendación basada en los usos y costumbres, siendo lo más cercano y pormenorizado sobre el ámbito de internet y redes sociales. Lo interesante in casu es que posee un acápite dedicado a los medios digitales (Arts. 39 y 40). El art. 39 en su inciso 2, 3 y 4 expresa en orden a los foros y redes sociales que “... 2. *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.* 3. *Segmentación de audiencias Dado el alcance global de las redes electrónicas, y la variedad y diversidad de posibles públicos:* • los responsables de la comunicación publicitaria deben ser consistentes con los principios de responsabilidad social y deben tomarse los cuidados necesarios para no causar posibles ofensas. • las comunicaciones publicitarias de productos que sean inconvenientes para menores deben estar claramente identificadas como tales en el asunto del mensaje. 4. *Marketing viral* • 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 (...)”

Esta normativa se dirige con mayor cercanía al funcionamiento de las redes sociales y la globalización tecnológica, estableciendo los mencionados lineamientos para la publicidad en estos medios.

II.3. Derecho comparado

En cuanto a la regulación de la actividad de los influencers en Europa, la misma es regulada por la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005³. Dicha normativa protege contra las prácticas desleales hacia los consumidores. El sistema allí utilizado consiste en una técnica legislativa que combina una cláusula general flexible (no taxativa) donde se podrán insertar distintos supuestos que den origen a un daño civil. en conjunto con el sistema de “listas negras” en los cuales se mencionan taxativamente las conductas. En este contexto, cuando los influencers en el marco de su actividad ocultan su relación comercial con la marca del producto que ofrecen/

³ 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.

comercializan/ publicitan, incurren en la cláusula flexible mencionada (Art. 7 De la Directiva) como una “omisión engañosa”⁴.

A su vez, en la “lista negra” se mencionan 31 conductas que son consideradas prácticas desleales *per se*, de las cuales, al tema que nos ocupa, nos referiremos a la 11) y 22), cuyo texto menciona: “ 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*”.

Es decir, que una conducta engañosa por parte de los influencers, en el derecho europeo, configura un daño/ilícito, por ambas vías en lo que respecta a la directiva mencionada.

Lo cierto es que al ser una actividad muy novedosa, genera adhesiones y desencuentros al momento de definir la responsabilidad del influencer y el alcance de sus actos.

Algunos proponen que para ser considerado como publicitario, el mensaje debe ser claro y manifiesto como por ejemplo, focalizando el mensaje en un único producto en lugar de varios;

⁴ 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.

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 el caso de Alemania, su legislación establece que no basta solo con incluir un hashtag de la marca sino que además debe indicarse claramente que se trata de una publicidad. Por otro lado, en Reino Unido, la autoridad de aplicación consideró que colocar las etiquetas “gracias a @marcadefitness por los productos usados en este video” y “gracias a nuestros sponsors” no era suficiente y elaboró una guía para ayudar a los influencers a clarificar el contenido publicitario de sus posteos. A diferencia de lo resuelto en Alemania, para Reino Unido colocar el término #ad, es lo mínimo que se requiere al influencer para distinguir sus posteos comerciales.

Siguiendo con los ejemplos internacionales, en Estados Unidos los Influencers y su actividad se encuentra regulado por la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission o FTC), organismo creado en 1914 por la ley FTC (FTC Act) con el objetivo de proteger a los consumidores y promover la competencia. Puntualmente, esta actividad se encuentra regulada por 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 ilegales.

En un precedente, la justicia de EEUU [7] ha establecido 3 elementos para determinar si es de aplicación la normativa referida: (1) hubo una representación material, una práctica o una omisión; (2) que pueda inducir a error a los consumidores en forma probable y 3) que los consumidores actuaban razonablemente según las circunstancias del caso en concreto.

Además, se establece que para entender que una práctica es considerada 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 establecida; y c) si la conducta es inescrupulosa o contraria a la ética. De los tres factores, el fundamental es que la práctica cause un daño a los consumidores, el cual

debe ser a) sustancial; 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.

Al igual que en Reino Unido, la FTC ha creado guías de buenas prácticas para esta actividad que, si bien no son de cumplimiento obligatorio, su incumplimiento genera una presunción de que se ha incurrido en una práctica desleal.

A modo de ejemplo, 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.

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". 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. 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.

En septiembre de 2017 la FTC emprendió la primera acción directa contra influencers. 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 administrativa 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. La FTC estableció que debían revelar de manera clara y destacada cualquier conexión material con un endosante o entre un endosante y cualquier producto o servicio promocionado.

III. Conclusión. Propuesta

En el presente trabajo, hemos abordado en profundidad la figura del influencer y sus responsabilidades por lo que estamos en condiciones de responder al interrogante principal: *¿Es sólo hacerlo y convertirse en influencer sin consecuencias ni responsabilidad?* Estamos en condiciones de afirmar lo contrario, considerando que debido a la importancia del rol cada vez más activo que tienen, su regulación, limitación y concientización a ellos mismos sobre el alcance de sus actos debe ser un tema prioritario de agenda, a los fines de cumplir con nuestra máxima, que es la de proteger siempre a los más vulnerables.

“Si quieres ser exitoso, primero debes aprender a ser responsable”. Stephen Covey

Propuesta:

La obligatoriedad de realizar una capacitación integral, en cuanto a responsabilidades, normativas aplicables y consecuencias de ser *influencer*, haciendo énfasis en el requisito de conocer la guía de buenas prácticas y realizar la capacitación integral propuesta para practicar esta actividad. Deberán asimismo acreditar el conocimiento de la misma antes de participar de una publicidad.

Esta idea de propuesta a su vez se nutre del Derecho Comparado, siendo que como analizamos, en países como Reino Unido y Estados Unidos existen también guías de buenas prácticas para ayudar a los influencers a clarificar el contenido publicitario de sus posteos. A diferencia de estos casos, proponemos que sea de carácter obligatorio el estudio de su contenido, una capacitación integral, acreditable y previa a participar de una publicidad.

Fuentes y Referencias bibliográficas-

- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 24.240 de Protección al Consumidor
- Ley 27.442 de Defensa de la Competencia
- Ley 26.522 de Comunicación Audiovisual.
- Dto. 274/2019 Sobre Lealtad Comercial y Competencia Desleal;
- Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONRAP.

[1] San Miguel, Patricia. Influencer Marketing. Editorial LID, Madrid, 2020.

[2] 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),

[3] Celaya, J. “La Empresa en la WEB 2.0”. Editorial Grupo Planeta, España, 2008.

[4] Diccionario panhispánico del español jurídico, Real Academia Española. 2023.

[5] Calvo Costa, C. “Derecho de las obligaciones- Derecho de Daños”. Editorial Hammurabi. Argentina. 2016.

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