

Publicidad e influencers: sostenibilidad a través de la regulación

Christian Vidal Beros ⁽¹⁾

Resumen: El presente trabajo pretende realizar un recorrido por los diferentes temas de interés que importan el desarrollo de la publicidad, su marco normativo, las áreas del derecho involucradas en dicha regulación y cómo puede ser aplicable a la incipiente relevancia que han adquirido los influencers en la industria publicitaria. De igual forma, se plantean los mayores desafíos –y muchas veces conflictos–, que hoy se presentan a la publicidad contemporánea, principalmente aquella difundida por redes sociales, y las consecuencias de ella para la acción del Estado fiscalizador.

Palabras clave: Publicidad - Influencers - Regulación - Libre Competencia - Sostenibilidad.

[Resúmenes en inglés y portugués en la página 210]

⁽¹⁾ Licenciado en Derecho, Abogado de la P. Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Postgrado en Derecho Público Global de la Universidad de Castilla La Mancha. Alumno del Doctorado en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello y de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad Finis Terrae, ambas de Santiago de Chile. christian.vidal@lwyr.cl

1. Introducción

El año pasado, en esta misma instancia convocada por la Universidad de Palermo, analizamos el concepto de influencer y su nacimiento, tanto en el mundo digital de las redes sociales como en el de la publicidad, y cómo dio lugar a una serie de relaciones jurídicas reguladas, específicamente la competencia desleal y el derecho del consumo.

Hemos comprobado que la sociedad de la información en general, y las redes sociales en particular, han transformado no solamente la manera en cómo nos comunicamos, sino que igualmente nuestra forma de trabajar, de informarnos e incluso de comprar. En esa lógica, podemos señalar que las redes sociales se han transformado en el nuevo medio publicitario predilecto por la industria de la moda, y los influencers, los nuevos “vendedores digitales” de tendencias y consumo en general.

Asimismo, podemos señalar que, al Derecho, estos nuevos “nativos digitales y publicitarios” lo han tomado por sorpresa para efectos de regular una actividad que en la actualidad se encuentra bajo la lupa del Derecho marcario, impositivo, de la competencia desleal, del consumo y a nivel de Derechos Fundamentales. Lo anterior, tanto por los ordenamientos nacionales como por el Derecho comunitario, en el caso de Europa. Y lo que es igualmente significativo, no sólo por el *hard law*, sino que también de una manera muy importante, por la autorregulación proveniente del *soft law*.

Si bien podemos percibir la existencia de una conciencia por parte de los diversos ordenamientos jurídicos de esta nueva realidad, la autorregulación de la industria ha sido más rápida, eficiente y oportuna para hacer frente a los conflictos que se derivan de esta actividad.

En el presente trabajo trataremos de justificar esta necesaria regulación por parte del Derecho –independientemente si es *Hard Law* o *Soft Law*–, no solamente para cumplir con normas ordenadoras de una nueva realidad económica, sino que también para hacer de esta industria, una actividad sostenible.

2. Influencers y regulación publicitaria

Hace más de veinte años comencé estudiando la naturaleza jurídica del -entonces- incipiente derecho a la propia imagen, el mundo y la publicidad han cambiado mucho. Pero en algo el tiempo nos ha dado la razón: La imagen física –aquella retratada, pintada, fotografiada o grabada–, tiene hoy mucha más importancia y asimismo peligro de vulneración, que la reputación o “buen nombre”. Hace 20 años no existían las redes sociales, pero sí las revistas del “corazón” y la televisión como formas de reproducir –y por qué no–, de vulnerar el derecho a la propia imagen de cualquier mortal. Solamente un pequeño grupo de famosos –estrellas de Hollywood, deportistas y modelos–, se encontraban expuestos a un uso patrimonial no autorizado de su imagen.

Sin embargo, ya en la segunda década del siglo XXI, el espectro de celebrities ha aumentado y supera las categorías ya señaladas: YouTubers, Influencers, ItGirls, FashionBloggers y otros nacen al mundo en línea como personas muchas veces anónimas, pero que crean un mundo paralelo –virtual–, donde (con conocimiento o no), promocionan, venden, recomiendan, una serie de productos a través de diversas redes sociales.

Debido a dicha “irrupción” de los influencers en el mundo publicitario, es que hace un par de años hemos venido trabajando en identificar en primer lugar, la necesidad de regular jurídicamente la actividad del influencer. Tanto los artículos de la doctrina como la escasa jurisprudencia (judicial, arbitral o regulatoria) sobre la materia, se han enfocado primeramente en determinar la naturaleza jurídica no sólo de estos nuevos actores de la industria del marketing, sino que, además, la entidad normativa de los actos de comercio con consecuencias jurídicas que realizan.

Para algunos, el “modelo de negocio” de los influencers se sustenta en el arrendamiento de servicios por medio de los cuales estas personas “prestan” no solo su imagen, sino que también sus cuentas personales de redes sociales, para poder promocionar, vender, desta-

car las bondades de un producto, siendo un canal de publicidad más, del mismo. Como señalan algunos, al final del día, los influencers ponen a disposición del capital (consumo de bienes o servicios) su imagen a cambio de una retribución que puede ser en dinero o especies (canje).

La variedad de formas jurídicas que pueden tomar dichos servicios ofrecidos por los influencers es variada, pero generalmente obedecerán a contratos de prestación de servicios, y en muy pocos casos, a relaciones laborales dentro del marco del estatuto laboral. Ya señalamos previamente que muchas veces la relación del influencer con la marca que promociona no está prevista por el Derecho. Nos encontramos muchas veces frente a contratos innominados y de características *sui generis*, completamente inéditos para la norma. Algunos considerarán que estamos en presencia de contratos de publicidad, otros asimilarán la función del influencer con la de un distribuidor, pero en ambos casos, el rol del personaje excede o no alcanza a satisfacer la naturaleza jurídica de dichos contratos.

Si bien el rol del influencer es promocionar comercialmente un bien o servicio, existen una serie de procesos que escapan al rol del personaje y que forman parte de la distribución, como la concesión mercantil, el suministro, o los acuerdos marco en los que existe un compromiso total por parte del distribuidor asumiendo a su cuenta y riesgo las gestiones y los resultados del negocio; todo lo cual excede de las responsabilidades de un influencer al promocionar una determinada marca o producto.

Si nos apegamos al sentido estricto de la ley, los influencers no podrían considerarse directamente como prestadores del servicio y distribuidores del bien. No obstante, lo anterior, y dependiendo del grado de penetración que tengan en el mercado,

(...) no todos los influencers se encuentran en esta situación de subordinación con respecto al capital: cuando alcanzan un determinado nivel de profesionalidad y fama, pueden convertirse ellos mismos en capitalistas. No es infrecuente que colaboren con grandes empresas, por ejemplo del sector cosmético, para lanzar sus propios champús o artículos de maquillaje. Cuando eso ocurre y no comercializan ellos mismos sus productos, se transforman en explotadores al mismo nivel que los demás (Isler Soto, 2022; El país, 2022).

3. Objetivos de la regulación

La regulación *per se* es simplemente intervencionismo normativo del Estado. Si el Estado decide a través de su órgano normativo, regular una determinada actividad, pues dicha intervención debe obedecer a circunstancias necesarias fundamentadas en el orden público, la transparencia e integridad de los mercados (y sus consecuencias económicas), medidas de discriminación positiva para ciertos grupos vulnerables, por ejemplo.

En el caso de la actividad de los influencers, existen una serie de razones por las cuales el Estado regulador ha comenzado –muy tímidamente por cierto–, a entender primero la actividad propiamente tal, y a establecer formas de supervisión y/o fiscalización a continuación.

En lo particular, consideramos que en la actualidad, el foco normativo hacia la actividad de los influencers debiera enfocarse en: 1) normas de protección para los consumidores; 2) regulación publicitaria; 3) normas de protección para la libre competencia, y 4) Aspectos tributarios.

1. Protección para los consumidores.

Contrariamente a lo que muchos pudieran suponer no son pocos los autores que consideran que la razón más importante para la regulación publicitaria no es la fiscalización a la industria propiamente tal, sino que el foco es la integridad del mercado y la defensa de los consumidores.

En el caso chileno, la Ley 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores, establece el derecho básico a una información veraz y oportuna (Art. 3 letra b de la ley). De lo anterior se derivan importantes características: I) el titular del Derecho goza de una titularidad amplia, toda vez que se debe satisfacer respecto de cualquier consumidor, haya contratado o no con el proveedor de quien se reclama una determinada conducta, y II) las garantías básicas de información y de seguridad constituyen principios que deben informar todas las instituciones, independientemente de quien promocione o publicite el producto o servicio.

Tal como lo hemos señalado, la publicidad y su regulación no son ajenas para el legislador de consumo. En la legislación chilena, la norma define a la publicidad como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio”¹. Por su parte, el *Soft Law* del Código chileno de Ética Publicitaria (CEP) del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) define a la publicidad como:

Toda forma de comunicación dirigida al público o a un segmento del mismo con el propósito de informar o influir en sus opiniones o conductas, a través de cualquier canal, plataforma o medio de comunicación, incluyendo promociones, patrocinios y placements, así como el marketing directo y basado en datos, y otras actividades o eventos realizados con fines comerciales y/o de competir con otras alternativas².

Dicho lo anterior, la doctrina ha establecido determinados principios comunes aplicables a la publicidad y a la información para los consumidores. En este sentido seguimos a Isler Soto, quien señala la exigencia de transparencia y la exigencia de comprobabilidad (2022). Sobre la primera, señala que:

El reconocimiento del derecho básico a una información veraz y oportuna instaura en el sistema de consumo un principio de transparencia, el cual debe inspirar los deberes de información que proceden en todo el iter de la relación de consumo, esto es, desde la fase previa a su configuración (rotulación, promoción, etc.) hasta su total agotamiento (garantías, alertas de seguridad, etc.).

Respecto a la exigencia de comprobabilidad, señala que “el Art. 33 inc. 1 LPDC exige que la información y publicidad consignada en productos, etiquetas, envases y empaques sea susceptible de comprobación, no pudiendo contener expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor” (Isler Soto, 2022).

Al respecto, y siguiendo el razonamiento de Isler Soto, cabe señalar que el resguardo de las expectativas que el consumidor –como destinatario final de la publicidad–, se hubiere formado respecto del producto, constituye uno de los fundamentos más importantes de la regulación de las prácticas de publicidad. De esta forma, se incorpora dentro de los ilícitos publicitarios, la difusión de mensajes que puedan crear un error o engaño en el consumidor, acerca de las cualidades, bondades, propiedades y/o características de la prestación³. Ahora bien, y como señala la citada autora Isler,

(...) tanto en los estatutos positivos que norman la relación de consumo, como en el campo de la autorregulación publicitaria, las mencionadas expectativas razonables, no sólo constituyen el fundamento de la protección del consumidor –y por tanto de una eventual sanción– sino que también su límite.

Por consiguiente, la conducta del anunciante devendrá en ilícita únicamente cuando el mensaje sea plausible para crear una confianza legítima en el consumidor, la cual finalmente no será satisfecha. A nivel autonormativo –*Sof Law*–, el Código de Ética Publicitaria de CONAR lo ha reconocido también, señalando que la publicidad no debe abusar de la confianza del público (artículo 3º)⁴, ni menoscabar su confianza en la publicidad (artículo 8º)⁵. La importancia que para el regulador del consumo en Chile ha adquirido el compromiso –real– de las empresas en adoptar en sus políticas internas las buenas prácticas normativas –y de paso hacer sustentable a la industria–, llevaron a normar la autorregulación interna por medio de modelos de cumplimiento en materia de consumo a nivel corporativo. En efecto, en su página web, el regulador chileno establece que “los planes de cumplimiento son instrumentos que establecen políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por una empresa para respetar la Ley del Consumidor, estableciendo medidas preventivas, correctivas y de detección de eventuales incumplimientos”⁶.

En efecto, con fecha 21 de septiembre de 2021, se publicó la Circular interpretativa sobre el alcance, contenido, procedimiento de aprobación y presentación de los planes de cumplimiento de los artículos 24 inciso cuarto letra c) y 54 P de la Ley 19.496. Sin entrar al detalle de norma interpretativa, importa puntualizar el objeto de la misma para efectos prácticos del *Soft Law* corporativo. Al respecto, establece que:

(...) si bien la implementación de planes de cumplimiento por parte de los proveedores no los exonera de la responsabilidad por eventuales incumplimientos de la normativa, contar con ellos, además de ser considerados como una buena práctica que este Servicio reconoce, valora y promueve, puede constituir una atenuante legal, siempre que se cumpla con los requisitos prescritos (...), es decir, que dicho plan de cumplimiento sea específico a las materias a que se refiere la infracción respectiva, haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento⁷.

Podemos señalar a modo de conclusión sobre la protección a los consumidores que otorga el Derecho chileno, el cual, integrado por la Ley 19.496 y dictámenes administrativos interpretativos del regulador sectorial, protegen tanto la información como las expectativas que el consumidor se hubiere formado respecto de las características del bien y su propia integridad, de acuerdo a las obligaciones de información y reglas que controlan la publicidad.

Señala Isler, que:

En este segundo aspecto, rigen también la autorregulación, tanto en su dimensión vinculante para las instituciones que se han adscrito a ellas, como en su calidad de Soft Law (2022). En todo caso, es posible defender la vigencia de principios informadores de las relaciones de consumo, entre los cuales se encuentran las exigencias de comprobabilidad y transparencia.

2. Regulación publicitaria.

Tal como lo mencionábamos previamente, el Estado regulador, fiscaliza determinadas actividades económicas por diversos motivos, siendo uno de ellos, supervisar la transparencia e integridad económicas, principalmente por las consecuencias en el mercado de determinadas áreas de producción. Si bien no es producto, en trabajos anteriores hemos abordado no solamente el “fenómeno” publicitario que significa la irrupción de los influencers en materia comercial, sino que previamente, el impacto económico de la imagen, como fuente de riqueza para algunas personas medianamente conocidas.

No debemos olvidar que desde comienzos del presente siglo, la doctrina comparada ha analizado no sólo la naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen, sino que además sus consecuencias económicas producto de la regulación o reconocimiento que pueda hacer el Estado. De Oliveira Festas señala que:

Con la difusión de la imagen surgió su aprovechamiento económico. La explotación económica de la imagen en la publicidad, el *merchandising*, en la moda, el deporte, los medios de comunicación social y en la comercialización de productos lúdicos culturales es hoy parte del mundo en el que vivimos (De Oliveira Festas, 2009, p. 17)⁸.

Fue de esta forma, el Common Law el primero en reconocer la variante publicitaria de los derechos ligados a la personalidad, como elementos ajenos a derechos ligados a la privacidad. Sin entrar a analizar el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de dicho reconocimiento, desde el caso Haelan Laboratories Inc., y los autores Grodin, Nimmer y Prosser⁹. A grandes rasgos, podemos señalar que los fundamentos político legislativos del reconocimiento de los Publicity Rights obedece a I) el Derecho a los frutos de su propio trabajo, por parte de todo aquel que participa en una obra comercializable; II) la eficiencia económica, traducida principalmente en a) eficiencia económica propiamente tal y b) incentivo a la inversión¹⁰; III) la dignidad humana y la autonomía personal; y IV) otros fundamentos, como justamente es proteger a la comunidad de prácticas comerciales o publicitarias que llevan a engaño o atentatorias a los derechos de los consumidores en general.

Al respecto, y en el momento económico en el cual nos encontramos, cobra sentido lo señalado por la profesora María José Martabit Sagredo, en su recientemente publicada obra sobre el Derecho de la Publicidad:

En el estado actual de la economía, la publicidad cumple un rol esencial, puesto que es mediante ella que *se dan a conocer colectivamente los productos o servicios que existen en una sociedad, para que estos sean aceptado o adquiridos por la mayoría de los consumidores*, pudiendo considerarla en la actualidad, como un gran negocio en sí misma (Marbarit, 2021, p. 23)¹¹.

De acuerdo a lo anterior, se hizo necesaria la intervención del Estado normativo para que –principalmente en protección de los derechos de los consumidores–, se regulara la relación y la forma por medio de la cual la publicidad se comunica. Luego, sin lugar a dudas, el interés normativo continuó con la protección a la libre competencia y los aspectos impositivos.

Pero ¿existen principios que regulen jurídicamente la actividad publicitaria? La profesora Martabit habla de “ideas inspiradoras y relevantes”, explicando en su reciente obra los siguientes principios: I) legalidad, II) veracidad, III) comprobabilidad, IV) integración publicitaria, V) disponibilidad y acceso a la información, VI) autenticidad, VII) respeto a la competencia, VIII) autosuficiencia del soporte publicitario, IX) protección de la creatividad y *goodwill*, y X) protección de niños y adolescentes, concluyendo que “cada una de estas ideas orientadoras se construye a partir de las distintas disposiciones armónicas, tanto de nuestra CPR como de la LPDC, y del rol integrador que ha ido desarrollando el CONAR (...)” (2021, p. 59).

Deteniéndonos solamente en el análisis de algunos de los principios mencionados, podemos señalar la importancia del principio de comprobabilidad, muy en la lógica del análisis que hace igualmente la profesora Isler Soto (2022). Al respecto, señala Martabit que nuestros tribunales han otorgado reconocimiento y vigencia a este principio, obligando a que una aseveración publicitaria sea cierta. Si bien dicha solución no deja en la indefensión al consumidor, libera de responsabilidad al influencer que promociona o publicita un producto que muchas veces a sabiendas, carece de las características propias que requiere el consumidor. Como señala Martabit Sagredo, (es) “(...) el artículo 33 de la LPC, el cual establece que toda la información contenida en la publicidad no debe contener expresiones que induzcan al consumidor a error o engaño (...)” (2021, p. 59).

Con relación a los influencers, la LGP española igualmente prevé que sean honestos en relación al producto que promocionan, por cuanto no genera el mismo efecto en el público, que se “recomienden” las bondades de un determinado producto de *motus proprio* por parte de una persona conocida en redes sociales, a que esa misma persona “recomiende” dicho producto a cambio de dinero o beneficios evaluables en dinero. Lo anterior lo recoge el artículo 9 de la LGP al señalar perentoriamente que “*los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios*”¹².

Para finalizar este punto, conviene igualmente señalar la regulación proveniente del *soft law*, principalmente la relativa a la autorregulación de la propia industria de la publicidad, de carácter no jurídico y sin fuerza vinculante. En el caso español, el debate se ha centrado

en el contenido que comparten en sus redes sociales los influencers y si ese contenido puede clasificarse como de carácter publicitario o no. Lo anterior no es menor, por cuanto podría considerarse una actividad publicitaria encubierta, situación prevista por la Guía Legal para Branded Content y Figuras Publicitarias afines de IAB Spain¹³.

3. Protección a la libre competencia.

La importancia de una regulación estricta y protectora, tanto de la competencia desleal como de los derechos de los consumidores, se relaciona con la protección que el sistema jurídico ofrece a las marcas. No debemos olvidar que los influencers promocionan marcas que están protegidas en su gran mayoría, lo que significa igualmente una protección a los consumidores y al mercado.

De ahí que el mal uso que haga un influencer ya sea de la marca, de sus atributos o promocionando productos que “parezcan” de una marca sin serlo, afectan no solamente a los consumidores, sino que también al ecosistema del mercado y de la competencia en general. Lo anterior, sin considerar que muchos de los influencers han desarrollado tal nivel de competitividad propia, que se han transformado en una marca propia¹⁴.

Como señala Carbajo Cascón a propósito de los sistemas de distribución selectiva, pero también aplicable a las promociones de los *influencers* en redes sociales, es importante evitar actos de comercio paralelo que afecten a la libre competencia como a los consumidores

(...) pues la reventa de productos de prestigio comercializados por terceros no integrados en la red y que no trasladan en sus establecimientos y actividad la sensación de lujo o prestigio esperada por el público, pueden acabar por destruir la imagen de la marca y sus productos, haciendo que pierdan atractivo entre el público (...) (2020, p. 136).

Si un *influencer* promociona artículos sin consentimiento de la marca, o artículos que – con o sin su conocimiento –, vulneran derechos exclusivos de una marca original, atenta con su conducta a las normas no sólo del Derecho marcario sino que a las normas de la libre competencia.

Volviendo al análisis de los principios jurídicos que informan la publicidad, expuesto por Martabit previamente, el principio de respeto a la competencia es fundamental para el buen funcionamiento del sistema económico y de la transparencia frente a los consumidores. En efecto, señala la citada autora chilena que:

Este principio va en línea con nuestra legislación especial que contiene normativa específica que promueve la sana competencia y sanciona la competencia desleal. No en vano la Ley 20.169 que regula la competencia desleal sanciona, dentro de sus figuras típicas, a la publicidad comparativa de bienes, servicios, actividades o establecimientos, cuando se funda en antecedentes que no son veraces ni demostrables.

El análisis de cómo la publicidad pudiera afectar a la libre competencia, va más allá de considerarla un vehículo de posibles prácticas colusorias o atentatorias a la libre compe-

tencia. Incluso puede poner en jaque al propio Estado regulador cuando éste carece de interés –incumpliendo muchas veces el propio mandato fiscalizador que posee–, deja de fiscalizar conductas que pudieran afectar el libre mercado, especialmente por redes sociales o aplicaciones escasamente reguladas.

Variados son los ejemplos –y que dan para análisis propios y extensos–, en donde es perfectamente distinguible una eventual vulneración a las normas de control que cualquier tipo de publicidad pudiera tener y que los influencers por ejemplo, escapan al mismo. Casos como los de industrias reguladas, como la farmacéutica, la alimentaria, la entretención de casinos y juego online, muchas veces prohibidas por determinadas legislaciones, pero que la propia autoridad regulatoria no sanciona a quienes logran “sortear” los estándares a los que el resto de la industria de publicidad “tradicional” está sometida (Martabit, 2021, pp. 70-71).

4. Aspectos tributarios.

Hemos señalado previamente que la labor del influencer es “viralizar” a una marca determinada en redes sociales, hacerla exponencial y rápidamente conocida a través de su difusión. Por dicha labor, la marca retribuirá con pagos por sus servicios, ya sea en dinero o en especies avaluables en dinero. Este último punto no deja de ser importante, por cuanto la remuneración al influencer, aun cuando sea por efecto de “canjes” o en bienes “no metálicos”, no deja de ser tributable frente a la autoridad fiscal correspondiente.

Por ejemplo, en el caso español, debemos volver a preguntarnos bajo qué régimen contractual del influencer nos encontramos, es decir, si se encuentra contratado de acuerdo al Estatuto de los Trabajadores o si lo une una relación contractual mercantil con la empresa dueña de la marca. En el primer caso,

(...) sus retribuciones se califican generalmente como rendimientos del trabajo, tal y como ocurre con los denominados representantes de comercio que están sujetos a una relación laboral especial del Real Decreto 1438/1985 (...). Si existe ordenación por cuenta propia, se califica como actividad económica, aunque exista una relación laboral especial (Díaz Corral y Del Moral, 2018, p. 733).

En ese sentido, y tal y como señala Díez,

Estas obligaciones, y en función de la modalidad contractual adoptada (...) el tipo de retribución obtenida por ello, estarán recogidas en el IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), sujetas a IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido) y, en su caso, sometidas al IAE (Impuesto de Actividades Económicas). En el caso –infrecuente– de que el influencer haya constituido una empresa para el desarrollo de su actividad, y a través de ella facture a la marca, habrá de liquidar el correspondiente IS (Impuesto de Sociedades) (Díez, 2018).

El detalle de formas de monetarización de la actividad del influencer es vital para determinar la forma de tributación. Autores como López Alban señalan que “(...) *lo primero que habrá que considerar es cómo identificar y ubicar al influencer*; así como también, entender

los modelos de negocios que ejecuta y, concretamente, la forma en que monetiza sus actividades” (2015, p. 353).

Identificar y ubicar al influencer es lo esencial, por cuanto como ya se ha señalado, muchos influencers reciben pagos que no son en dinero, sino que en especies. Frente a lo anterior, se deben consignar como retribuciones en especie en el IRPF del titular de la cuenta, monetarizándose de acuerdo a valor de mercado. Correlativamente, “(...) surge la obligación de las marcas comerciales de realizar retenciones e ingresos a cuenta sobre el valor de mercado de los regalos entregados a los influencers (15%- 7% actualmente)” (García Vásquez, 2019).

No obstante, lo anterior, al encontrarnos frente a una actividad que escapa de los parámetros convencionales de la contratación entre particulares, muchas veces hace que cueste poder encasillar el tipo de tributación aplicable. Debido a ello, deberá analizarse caso a caso, según las normas tributarias de cada país, y al criterio que el fiscalizador tenga, si existe una contraprestación que suponga un beneficio para el “rostro” que promociona.

Si bien como hemos señalado, tanto el Estado regulador como sus instituciones fiscalizadoras han tratado de tomar la iniciativa en relación a la situación de influencers y su tributación por actividades publicitarias, los tribunales de justicia igualmente han resuelto cuestiones importantes sobre fiscalidad publicitaria. A modo de ejemplo, después de años de disputas judiciales el Tribunal Económico Administrativo Central de España se pronunció en relación al régimen fiscal de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen del artículo 92 de la Ley sobre impuesto a la renta de las personas físicas (LIRPF). Se trata de una importante resolución de unificación de doctrina de fecha 23 de noviembre de 2021, en la cual se plantea si siendo improcedente la imputación en la base imponible del impuesto a la renta de las personas físicas (IRPF) del contribuyente del apartado primero del artículo 92 de la LIRPF, cabe o no la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas a la operación de cesión de derechos de imagen entre el contribuyente y la entidad cesionaria.

En el caso, el contribuyente, un deportista destacado, además de las cantidades directamente percibidas del club de fútbol bajo el cual mantenía contrato vigente, obtuvo indirectamente, a través de una sociedad vinculada al 99%, determinadas cantidades por la cesión del derecho a la explotación de sus derechos de imagen que declaró como rendimientos del capital mobiliario.

La inspección consideró la operación de cesión de derechos de imagen entre el obligado tributario y su entidad vinculada como una operación vinculada realizada entre una sociedad y su socio y administrador (artículo 16.2.a) y b) del texto refundido de la ley de impuesto a las sociedades –TRLIS–), y procedió en su liquidación a regularizar las prestaciones derivadas de la misma, valorándolas por su valor normal de mercado.

El contribuyente alegó que cumpliéndose los requisitos del artículo 92 de la LIRPF no debía procederse a la inclusión en la base imponible del titular de la imagen de las rentas obtenidas por la entidad vinculada por la explotación de sus derechos de imagen. El TEAC da la razón al contribuyente y concluyendo que no procedía la imputación de las rentas satisfechas por cesión de derechos de imagen en la base imponible del IRPF, sino la tributación de las mismas en sede de la entidad cesionaria de los derechos¹⁵.

En el caso de la legislación tributaria chilena, inició el pasado año 2019 a través del Servicio de Impuestos Internos, el estudio y análisis de cuentas de influencers que tengan más de 100.000 seguidores, a efectos que estas personas declaren en la operación renta, los ingresos que por concepto de publicidad reciben de parte de las marcas que promocionan¹⁶. Lo anterior, justamente por la evolución que han experimentado los gastos en materia de publicidad de las grandes marcas en Chile y el resto del mundo.

4. Conflictos jurídicos actuales. ¿Influencers cuestionados?

Si queremos contestar la pregunta planteada de manera directa, es un sí rotundo. ¿Las razones? Variadas. Tal como señala Martabit,

Al año 2019 existen más de 4.130 millones de usuarios de internet a nivel mundial, y la tendencia es de un alza sostenida (...). Así, tanto el comercio electrónico o e-commerce y la publicidad online se han transformado en las principales vías para comercializar y publicitar bienes y servicios (2021, pp. 203-204).

Más que cuestionados, quizás podríamos no ser tan drásticos y decir “desafiados”. La publicidad nativa digital, tal como la venimos conociendo desde el nacimiento de la internet y la masificación de la publicidad vía influencers tiene una serie de deudas o desafíos (como se quiera analizar, ya sea viendo el “vaso medio lleno o medio vacío”) para hacer de esta actividad algo sustentable.

La publicidad online propiamente tal –en el caso chileno–, requiere urgentemente mayor regulación y operatividad práctica en aspectos relacionados como publicidad en redes sociales y rol de los influencers. Por otro lado, el marketing directo y Spam, para lograr un cumplimiento efectivo de prohibición total de envío no solamente de correos electrónicos no deseados, sino que de cualquier tipo de publicidad dirigida sin el consentimiento primario del destinatario¹⁷.

En el caso español, podemos señalar que la mayor alerta dice relación con el cumplimiento de normas tributarias. Al efecto, la Agencia tributaria ha señalado que mantiene un control periódico sobre los creadores de contenido digital, situando el foco en contribuyentes denominados “deslocalizados”, es decir, que se domicilian fuera de España con el objeto de disminuir su carga tributaria (La confidencial digital, 2021).

Otro punto ya señalado previamente, dice relación con la regulación tremendamente restrictiva de la legislación española para los casinos y el juego online. Respecto a los influencers, la norma prohibió incluso la publicidad de juegos y apuestas por parte de estos embajadores:

Una más de las limitaciones en la publicidad online de juegos de azar y casas de apuestas es sobre las personas elegidas, ya que a pesar de que se emitan en la franja horaria permitida “no podrán aparecer personas o personajes de relevancia o notoriedad”, esto quiere decir que deberán excluirse a celebrities,

youtubers, o futbolistas por ejemplo, y tampoco podrán emitir falsos testimonios. En lo relacionado a los bonos de captación, quedarán prohibidos y “solo podrán dirigirse a clientes registrados y verificados” (Marketing, 2019).

Sin duda una norma tremendamente cuestionada y que ciertamente restringe el derecho de celebrities e influencers a desarrollar una actividad económica lícita, pudiendo haberse restringido solamente el horario a difundir, tal y como se estipuló en relación a la publicidad del juego en general.

A nivel global, podemos igualmente señalar como un conflicto pendiente, la falta muchas veces de controles para realizar una mayor protección a los menores dentro de los espacios de publicidad de aplicaciones y contenidos de influencers. A nivel de acciones colectivas, BEUC (BEUC, s.f.), una asociación de consumidores europeos inició una investigación propia revela cómo TikTok supuestamente ha vulnerado derechos de los consumidores, desprotegiendo a los usuarios menores de edad que utilizan su app, específicamente en la publicidad y contenidos a los que muchos niños y niñas se exponen cuando utilizan la popular red social¹⁸.

Ciertamente, los influencers se encuentran desafiados por el Estado fiscalizador. Importa igualmente que el mismo Estado que los fiscaliza, establezca reglas claras para que los primeros –en el legítimo ejercicio de una actividad económica–, puedan tener claros los espacios en donde poder moverse.

5. Conclusiones

En el caso de la publicidad digital, influencers y redes sociales, las conclusiones siempre apuntan a desafíos, a temas nuevos, a un área en constante cambio, mucho más rápido de lo que quisiéramos los vinculados al Derecho.

Quizás los desafíos que seamos capaces de plantear en este trabajo, el próximo año se hayan resuelto, o quizás incrementado. No lo sabemos. Áreas como el derecho penal, civil o de familia, pueden ser objeto de procesos más largos y analíticos. Lamentablemente no es el caso de las redes sociales, el derecho digital y las nuevas tecnologías.

Siguiendo a Martabit, la autora plantea seis desafíos que surgen del análisis del derecho digital: I) Internet y las plataformas digitales o Marketplace, II) el product placement o emplazamiento de productos, III) publicidad e infancia, IV) publicidad y Photoshop, V) Publicidad y mujer, y VII) publicidad verde o sustentable.

En lo personal, me permitiría agregar al apartado sobre publicidad y mujer, la relación y tratamiento que haga la publicidad de cualquier otro colectivo denominado “vulnerable” ya sea por obedecer a una minoría étnica, social, sexual u otra. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, considero relevante el tratamiento que tanto la doctrina como la jurisprudencia puedan realizar sobre la libertad de expresión y el constante –y aparente– conflicto con el abuso del derecho o comúnmente denominado discurso de odio.

Notas

1. Artículo 1 número 4 de la Ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>
2. Código de Ética Publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria, disponible en <https://www.conar.cl/codigo-etica/>
3. Establece el artículo 33 de la Ley 19.496, que “La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor. Expresiones tales como “garantizado” y “garantía”, sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas”, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>.
4. El artículo tercero señala en su inciso primero que “La publicidad no debe abusar de la confianza del público ni explotar su falta de cultura, conocimiento o experiencia”.
5. El artículo octavo por su parte señala que “La publicidad debe ser honesta y veraz. Ningún aviso o manifestación publicitaria debe menoscabar la confianza del público en la publicidad, para lo cual, se deberá considerar como mínimo el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, especialmente la relativa a la Protección de los Derechos de los Consumidores. Las características, cualidades y beneficios objetivos atribuidos a los productos y servicios anunciados deberán estar sustentados en pruebas suficientes e idóneas”.
6. Información detallada en <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62999.html#:~:text=Los%20planes%20de%20cumplimiento%20son,de%20detecci%C3%B3n%20de%20eventuales%20incumplimientos.>
7. Circular interpretativa sobre el alcance, contenido, procedimiento de aprobación y presentación de los planes de cumplimiento del Servicio Nacional del Consumidor de Chile, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-63380_archivo_01.pdf
8. La traducción es nuestra.
9. El desarrollo y análisis del caso, expuesto por los tres autores señalados, lo detalla Oliveira Festas en la obra previamente citada, páginas 175 y siguientes.
10. En este sentido, es justamente Prosser uno de los más importantes exponentes de la escuela del análisis económico del Derecho. Oliveira Festas señala que según el autor francés existen razones económicas –y no solamente jurídicas–, para atribuir a la persona cuyo retrato ha sido utilizado para fines publicitarios, un derecho de propiedad sobre la misma.
11. La profesora Martabit cita a su vez The Regulation of Advertising, página 23.
12. Artículo 9 de la LGP, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-26156-consolidado.pdf>
13. En su sitio web, IAB Spain se define como “(...) *la mayor asociación mundial de comunicación, publicidad y marketing digital. Presente en 47 países, en España arrancó su actividad en el año 2001 y desde entonces trabaja para trasladar el mensaje de la industria digital a todo el mercado*”, citado de <https://iabspain.es/quienes-somos-iab-spain#iab-spain-misin>. Igualmente tiene un área legal, cuyos objetivos se pueden encontrar en <https://iabspain.es/legal#guas-legales>.
14. En estos aspectos, seguimos el desarrollo planteado por Montoya.

15. Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2021 del Tribunal Económico Administrativo Central, recurso Rol 00-03515-2021, disponible en <https://serviciostelematicosextr.hacienda.gob.es/TEAC/DYCTEA/criterio.aspx?id=00/03515/2021/00/0/1&q=s%3d1%26rn%3d%26ra%3d%26fd%...>
16. Nota de referencia disponible en el siguiente enlace: <https://www.conar.cl/sii-pone-su-foco-en-influencers-con-mas-de-100-mil-seguidores/>
17. Tal y como señala martabit y otros, si bien desde el año 2013 el SERNAC habilitó una herramienta en su sitio web de “No Molestar”, aplicando de esa manera el imperativo del artículo 28 B de la Ley 19.496, fue recién el 13 de febrero de 2020 que fue publicado en el Diario Oficial el Reglamento que regula el sistema No Molestar o Antispam y que busca dejar establecidos claramente los derechos de los consumidores al realizar la operación en el sitio de SERNAC. Información disponible en <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-properlyvalue-62998.html#:~:text=Herramienta%20dispuesta%20por%20el%20SERNAC,Correos%20electr%C3%B3nicos>.
18. https://www.businessinsider.es/consumidores-europeos-denuncian-tiktok-estas-son-razones-812207?utm_source=LinkedIn&utm_medium=referral&utm_campaign=Botones_sociales

Referencias bibliográficas

- BEUC (s.f.) <https://www.beuc.eu/>
- Carbajo Cascón, F. (2020). La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el diseño de autor)”, en *Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación N°106*, Facultad de Diseño y Comunicación de la Universidad de Palermo, Susy Inés Bello Knoll, (Coord), Buenos Aires.
- CONAR (s.f.) <https://www.conar.cl/sii-pone-su-foco-en-influencers-con-mas-de-100-mil-seguidores/>
- De Oliveira Festas, D. (2009). *Do conteúdo patrimonial do direito á imagen. Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*. Coimbra, Portugal, Coimbra Editora.
- Díaz Corral, M. y Del Moral Fernández, U. (2018). Fiscalidad en el mundo de la moda, en *Fashion Law (Derecho de la Moda)*, Enrique Ortega Burgos, Director. Madrid, Thompson Reuters Aranzadi.
- Díez, F. (2018). “El régimen jurídico de los Influencers”, publicado con fecha 15 de mayo de 2018, en la cuenta <https://www.linkedin.com/pulse/aspectos-legales-tener-en-cuenta-las-colaboraciones-con-fernando-d%C3%A9z/>
- El Confidencial Digital (2021). <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/hacienda-vigila-youtubers-comprobar-residen-tiempo-suficiente-extranjero-como-triputar-fuera/20210122170828207353.html>
- El País (2022). https://elpais.com/ideas/2022-01-16/influencers-explotados-o-explotadores.html?event_log=oklogin

- García Vásquez, D. (2019). Todo lo que deben saber sobre la tributación de los influencers, nota publicada el 18 de julio de 2019, disponible en el Blog <https://www.dgfvfiscal.es/todo-lo-que-deben-saber-sobre-la-tributacion-de-los-influencers/>
- Isler Soto, E. (2022). Información y publicidad sobre productos cosméticos desde el Derecho de Consumo chileno en *Derecho de la Moda II*, Rodríguez Donoso, J. y Vidal Beros, C. (Coord.) Valencia, España, Tirant Lo Blanch y Universidad Mayor.
- López Albán, G. (2015). Tributación de Influencers, publicado en InBook “*Derecho y Nuevas Tecnologías: el Impacto de una Nueva Era*”, Jhoel Chipana Catalán, Coordinador, Editorial jurídica Themis, 2015, página 353, disponible en https://www.researchgate.net/publication/335442285_Tributacion_de_influencers
- Marketing (s.f.) <https://marketing4ecommerce.net/adios-publicidad-online-de-juegos-de-azar/>
- Martabit Sagredo, M. J. et alt. (2021). *El Derecho de la Publicidad en Chile*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Martabit Sagredo, M. J. (2019). Publicidad engañosa y su impacto en la industria de la moda, en *Derecho de la Moda*, Rodríguez Donoso, J. y Vidal Beros, C. (Coord.). Madrid, España, Tirant Lo Blanch y Universidad Mayor.
- Montoya, A. (2019). Moda e Influencers: ¿Puede la industria vivir sin María Pombo o Chiara Ferragni?, publicado con fecha 05 de diciembre de 2019, en el blog <https://enriqueortegaburgos.com/la-industria-de-la-moda-puede-vivir-sin-maria-pombo-y-otros-influencers/>
- Ortega Burgos, E. <https://enriqueortegaburgos.com/marcas-influencers-herramienta-publicidad/>

Normas

- Constitución española, en el sitio del BOE: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.
- Constitución Política de la República de Chile, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- Código de Ética Publicitaria del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria, disponible en <https://www.conar.cl/codigo-etica/>
- Real Decreto 1435/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, citado por el BOE en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17303#:~:text=Real%20Decreto%201435%2F1985%2C%20de,los%20artistas%20en%20espect%20A1culos%20p%20C3%20BAblicos.>
- Ley 34/1988 de 1 de agosto, General de Publicidad, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-26156-consolidado.pdf>
- LEY N°19.496, 1997, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>.

<https://iabspain.es/quienes-somos-iab-spain#iab-spain-misin>.

<https://www.conar.cl/sii-pone-su-foco-en-influencers-con-mas-de-100-mil-seguidores/>

Abstract: The present work intends to make a tour of the different topics of interest that matter in the development of advertising, its regulatory framework, the areas of law involved in said regulation and how it can be applied to the incipient relevance that influencers have acquired in advertising. the advertising industry. In the same way, the greatest challenges are posed –and often conflicts–, which are presented today to contemporary advertising, mainly that spread through social networks, and the consequences of it for the action of the controlling State.

Keywords: Advertising - Influencers - Regulation - Free Competition - Sustainability.

Resumo: O presente trabalho pretende fazer um tour pelos diferentes temas de interesse que importam no desenvolvimento da publicidade, seu marco regulatório, as áreas do direito envolvidas no referido regulamento e como ele pode ser aplicado à incipiente relevância que os influenciadores adquiriram em publicidade. a indústria da publicidade. Da mesma forma, colocam-se os maiores desafios –e muitas vezes conflitos–, que se apresentam hoje à publicidade contemporânea, principalmente a veiculada pelas redes sociais, e as consequências disso para a ação do Estado fiscalizador.

Palavras chave: Publicidade - Influenciadores - Livre de regulamentação - Concorrência - Sustentabilidade

[Las traducciones de los abstracts fueron supervisadas por el autor de cada artículo]
