

Responsabilidad de los influencers como generadores de publicidad comercial

por MARÍA PAULA ARIAS^(*) y VIRGINIA DAGOTTO^(**)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. REDES SOCIALES Y LA ACTUACIÓN DE DISTINTOS TIPOS DE INFLUENCERS. – 3. LA PUBLICIDAD COMERCIAL A TRAVÉS DE INFLUENCERS: DERECHO COMPARADO Y DERECHO PROYECTADO. – 4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INFLUENCERS POR SU PARTICIPACIÓN EN PUBLICIDADES ILÍCITAS. – 5. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

En los últimos tiempos las formas de comunicarse se han ido modificando y con el acaecimiento de la pandemia y el aislamiento que implicó, lo digital tomó aún mayor relevancia.

Hoy en día, no se duda de que estamos inmersos en la denominada “era digital”, que se expresa a través del espacio virtual que aporta Internet –caracterizado por la velocidad de las comunicaciones–, que ha transformado nuestro entorno social a partir de las cambiantes formas de interacción que presentan las “tecnologías de la información y la comunicación” (TIC)⁽¹⁾.

En esta línea, las TIC se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, incluso también al ejercicio de derechos. Por ello, el principio de acceso al consumo se proyecta en las relaciones de consumo en los entornos digitales desde dos puntos de vista. El primero referido al acceso a las TIC en sí mismas, y el segundo, referido al acceso de otros bienes y servicios a través de la TIC, es decir, su carácter instrumental⁽²⁾.

En la sociedad de consumo actual, el acceso a las nuevas formas de comunicación y el devenir de “lo inmediato” hace que las formas de publicidad comercial vayan mutando y adaptándose a las nuevas modalidades de co-

municación por lo que en esta era digital la publicidad digital toma mayor relevancia.

Ahora bien, en los últimos tiempos, han surgido en diversas partes del mundo los denominados “influencers” o influenciadores, que tienen sus perfiles y su vida cotidiana expuestos en redes sociales y que, incluso en algunos casos, no son personas humanas reales, sino generadas por la inteligencia artificial.

Como consecuencia de la injerencia que los influencers tienen en las decisiones de sus seguidores es que cada vez más cumplen un rol preponderante como técnica de marketing o de publicidad comercial elegida por los proveedores de bienes y servicios para su colocación en el mercado.

En este trabajo nos proponemos esbozar algunas líneas en relación a la responsabilidad de los influencers como generadores de publicidad comercial frente a los consumidores.

2. Redes sociales y la actuación de distintos tipos de influencers

Las redes sociales son una herramienta de comunicación que posibilita el intercambio de ideas e información a través de la web. Están fundamentadas en Internet y brindan a los usuarios la posibilidad de interactuar y compartir contenido como información personal, documentos, videos e imágenes. En este sentido, las redes son estructuras sociales compuestas de grupos de personas, las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como la amistad, parentesco, intereses comunes o conocimientos. En Internet, el término se utiliza para designar a los sitios que facilitan herramientas para crear vínculos con personas afines, y a partir de ello permiten compartir su perfil, incluyendo sus opiniones, con miles de personas de todo el mundo⁽³⁾.

A ello, debemos sumar el concepto de universalidad de Internet, que presupone los principios de apertura y accesibilidad, los cuales tienen en Argentina un desarrollo infraconstitucional, garantizado por la ley 27.078, que enfatiza sobre la función social que tienen las nuevas tecnologías, y por lógica derivación, respecto a las relaciones que se construyen en torno a ella. No debe olvidarse que el acceso a Internet actúa en la realidad social como condición para el ejercicio de pluralidad de derechos, como lo ha puesto de manifiesto la pandemia del Covid-19⁽⁴⁾.

La universalidad del acceso a internet a los fines del ejercicio de los derechos y la igualdad en el acceso a la información también conlleva riesgos. Y es que desde las redes y plataformas todos tienen acceso por igual a un sinnúmero de información, a la cual no todos están preparados para diferenciar y/o seleccionar. Así se habla en muchos casos de consumidores hipervulnerables en relación a lo digital⁽⁵⁾.

Las redes sociales líderes en el mundo suelen estar disponibles en varios idiomas y permiten a sus usuarios interconectarse ágilmente, a través de computadoras personales, tablets, smartphones, independientemente de las fronteras geográficas, políticas o económicas.

En este marco de las de redes sociales ha aparecido la figura del “influencer”. Se trata, como se dijo, de una persona que tiene una presencia destacada en las redes sociales, con un número considerable de seguidores, y que expresa públicamente su preferencia o su adhesión al consumo de determinados bienes o servicios⁽⁶⁾. Dicho poder en materia de comunicación de los influencers como creadores de preferencias y opiniones de los consumidores y

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Responsabilidad del fabricante y el distribuidor por daños causados por productos de tecnología a consecuencia del cambio del milenio. Relación con la resolución 173/99 SICM*, por GONZALO ZORRILLA, ED, 185-1259; *Los buscadores en Internet. La protección de los derechos personalísimos. Utilización de la medida cautelar innovativa: adecuada pero... ¿suficiente?*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 222-335; *El derecho al olvido en Internet (un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contribuye a la preservación de la imagen en los entornos virtuales)*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 258-918; *Ficciones (Ciertos entuertos producto del impacto de la tecnología sobre el proceso escrito)*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 258-1069; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *El derecho ante la inteligencia artificial y la robótica*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 276-493; *Responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0. Conclusiones básicas en torno al riesgo y peligrosidad de las actividades informáticas Normativa emergente del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina digital 4.0*, por CARLOS A. FOSSACECA (h.) y EMILIANO LAMANNA GUINAZÚ, ED, 285; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *La responsabilidad civil del influencer en las relaciones de consumo*, por TAMARA LAMBER, ED, 296-958. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de los Contratos (Cátedra A) de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Magíster en Derecho Privado graduada en la Facultad de Derecho de la U.N.R., Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, Presidenta de la Asociación Civil para la Protección y Educación del Consumidor (APRECO), Investigadora categoría 3 en el marco del Programa de Incentivos a Docentes Investigadores, Abogada en el ejercicio de la profesión independiente.

(**) Abogada en el ejercicio de la profesión independiente, Mediadora, Profesora JTP de Derecho del Consumidor (Cátedra A) de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Coordinadora de la Diplomatura de Estudios Avanzados en Entrenamiento Teórico y Práctico en Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la U.N.L. y U.N.R., Vocal del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(1) HERNÁNDEZ, Carlos A., “El derecho del consumidor y los entornos digitales” - TR LALEY AR/DOC/1656/2021.

(2) ARIAS, María Paula, “Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional”, SJA 24/02/2023, 8 - TR LALEY AR/DOC/244/2023.

(3) MÜLLER, Germán E., “La responsabilidad de las redes sociales en Internet”, citado por LEIVA, Claudio F. en “La prevención de daños en las redes sociales”, en “Daños en los Entornos Digitales”, dirigido por Galdós Jorge M., pág. 317.

(4) HERNÁNDEZ, Carlos A. “El derecho del consumidor...”, *op. cit.*

(5) Para ampliar el tema ver SAHIAN José H., “Protección del Consumidor en los entornos Digitales. Hipervulnerabilidad del Consumidor Digital”, en “Daños en los Entornos Digitales”, dirigido por Galdós Jorge M., págs. 118 y 119, y ARIAS, María Paula, “Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional”, SJA 24/02/2023, 8 - TR LALEY AR/DOC/244/2023.

(6) MAZZINGHI, Jorge A. M., “Responsabilidad civil del influencer frente al consumidor”, TR LALEY AR/DOC/1865/2022.

usuarios no ha pasado desapercibido para los proveedores y los publicistas quienes comenzaron a hacer uso de esta nueva herramienta de marketing para tornar más eficiente la colocación en el mercado de bienes y servicios.

La voz “influencer” es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales. Como alternativa en español, se recomienda el uso de “influyente”. También serían alternativas válidas *influidor* e *influnciador*⁽⁷⁾.

Para identificar a un influencer se pueden tener en cuenta determinados parámetros, como el alcance (cantidad de seguidores), la relevancia (influencia en los temas de interés que proponen) y la resonancia (el impacto que tienen sus mensajes, que puede ser cuantificado en las interacciones de sus seguidores). En cuanto a la cantidad de “seguidores”, encontramos: a) Nano Influencer: menos de 10.000 seguidores; b) Micro Influencer: entre 10.000 y 100.000 seguidores; c) Influencer: entre 100.000 y 500.000 seguidores; d) Celebrities: con más de 500.000 de seguidores.

También se denomina microcelebridades a titulares de cuentas que, sin ser famosos y sin enormes cifras de seguidores, cuentan con los suficientes como para hacerlas atractivas a las marcas con productos relacionados con sus contenidos habituales⁽⁸⁾.

Por lo general, se especializan en temas específicos (deportes, gastronomía, humor, moda, música, etc.), gozando de credibilidad dentro de su ámbito de acción y utilizando su propio tono creativo y comunicacional para definir los mensajes que comparten en sus propias cuentas y/o perfiles de redes sociales.

Estos influencers pueden ser *humanos* o, asimismo, *virtuales*, esto es, personas no humanas sino personajes creados específicamente para ser influencers, pero sin representación en el mundo real, generadas por inteligencia artificial, a quienes sus creadores dotan de una personalidad completa y de miles de datos e información.

3. La publicidad comercial a través de influencers: derecho comparado y derecho proyectado

La publicidad es un elemento indispensable en la economía actual para la colocación masiva de productos y servicios. A pesar de su dinámica y de las variaciones que ha evidenciado a lo largo de los años, es un desafío permanente del derecho regularla de modo tal que no impacte negativamente en quienes las emiten y, fundamentalmente, en sus destinatarios que, en nuestro caso de estudio, son los consumidores finales de bienes y servicios⁽⁹⁾.

Los métodos de publicidad comercial mutan con celeridad junto con las prácticas comerciales y, en los últimos tiempos, toma relevancia con el nuevo desafío de las redes sociales.

Así, el rol del influencer en relación al marketing y a la publicidad comercial resulta multiforme ya que puede implicar la promoción de marcas o productos de diferentes empresas con las que llega a un acuerdo, el aporte de experiencia y/o comentarios sobre productos o servicio a promocionar, la creación de contenido audiovisual de calidad para determinadas empresas o productos, la difusión en sus redes sociales de los beneficios o mensajes clave acordados con la empresa contratante, la promoción de campañas y eventos, la constitución en imagen o representación de marcas o productos, la construcción de nuevas relaciones entre el público y la marca, la creación de nuevos productos o servicios afines a sus seguidores, la producción de contenido dentro de un contexto o intención comercial, la cobertura de un evento como invitado o como parte activa de ello, la gestión de crisis reputacionales, etc.

La realidad es que estos personajes influyentes son una nueva herramienta del marketing, el cual encontró en internet una forma de publicitar y persuadir a los potenciales consumidores con un costo mucho menor en comparación con la publicidad tradicional realizada por medios electrónicos y analógicos⁽¹⁰⁾.

(7) <https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer>.

(8) CABRERA CARO, Leticia: “Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales” IUS ET SCIENTIA, 2021, Vol. 7 - N° 2 - ISSN-2444-8478 - <https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia> <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>, Editorial Universidad de Sevilla, 2021, CC BY-NC-ND 4.0. <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.02>, pág. 7-28.

(9) CHAMATROPULOS, Demetrio A., La publicidad prohibida y sus subtipos en el Código Civil y Comercial. TR LALEY AR/DOC/4236/2015.

(10) MARHABA, Débora y BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, TR LALEY AR/DOC/1926/2020.

En nuestro país no hay norma específica del Congreso Nacional que regule la actividad de los influencers. Tenemos sí normas dispersas que regulan la publicidad comercial que pueden resultar aplicables. Así, el Código Civil y Comercial en los arts. 1101 a 1103 regula algunos aspectos trascendentes sobre la publicidad comercial dirigida a consumidores. También el art. 8 de la Ley 24.240 con sus modificaciones. El DNU 274/2019 sobre Lealtad comercial regula la publicidad en los arts. 11 a 15, y en cuanto a la publicidad engañosa, el art. 9 de la Ley 22.802. Es relevante la regulación de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual que en su art. 81 regula la publicidad abusiva, subliminal y encubierta. Luego existen normas que se ocupan de sectores especiales de la actividad publicitaria, como las destinadas a la promoción y comercialización de bebidas alcohólicas (Ley 24.788), cigarrillos (Ley 26.687), enseñanza privada (Ley 24.806), alimentos (Disposición ANMAT 7730/2011), y medicamentos (Disposición ANMAT 2845/11), entre muchas otras.

En otro orden, debe tenerse presente que en Argentina existe el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, implementado por el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) en donde se instituyen los cánones y nociones referentes a la publicidad digital. Es así como, en junio de 2020, el CONARP publicó el documento “Influencers: Guía para la comunicación con fines comerciales”⁽¹¹⁾, que especifica recomendaciones y obligaciones que deben cumplir los influencers y las empresas que acuerdan los servicios de dichas personas para realizar actividades publicitarias. Continuando con ese camino, en agosto de 2022 el citado Consejo elaboró la guía denominada “Comunicación para fines comerciales: recomendaciones para influencers”, y entre las recomendaciones, se pueden contabilizar: a) el deber de conseguir asesoramiento previo del propietario de la marca en cuanto a la categoría del servicio o producto ofrecido, el régimen legal adecuado y las buenas prácticas que deben cumplir; b) el deber de actuar con transparencia y honestidad; c) el deber de declarar cualquier pago o compensación aceptada en contraprestación de publicitar productos o servicios determinados, como también si se diera el caso de conflictos de intereses; d) el deber de contener el hashtag “contenido patrocinado” o análogo cuando sea el caso pertinente; e) el deber de verificar el cumplimiento de las normas sobre comercio justo y tener conocimiento de la legislación sobre publicidad comparativa.

Por otro lado, existen también proyectos de ley a los fines de regular la actividad de los influencers. En el año 2020 se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación el expediente 1358/20, con el objeto de establecer un régimen legal para la actividad de personas que poseen cierta exposición en redes sociales y promueven marcas.

Este año, un nuevo Proyecto (Expediente: S-1034/2024), del cual destacamos la ampliación del ámbito de aplicación incluyendo no solo a los denominados influencers – personas humanas reales –, sino también a toda creación de imágenes de personas realizada por inteligencia artificial, en las redes sociales realizando servicios de publicidad digital, con domicilio legal o residencia habitual en el país.

En el derecho comparado podemos encontrar regulaciones en torno a comunicaciones y servicios digitales. En la Unión Europea existen diversas Directivas en torno a prácticas comerciales, comercio electrónico y recientemente el acuerdo de Ley de Servicios Digitales y Ley de Mercados Digitales⁽¹²⁾.

En base a ellas, encontramos regulaciones específicas en relación a los influencers. Así en Francia, la Ley 451/2023 tiende a regular la influencia comercial y combatir los po-

(11) Guía para la comunicación con fines comerciales (junio de 2020), CONARP, Recuperado de <http://www.conarp.org.ar>.

(12) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11/5/2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) (Texto pertinente a efectos del EEE).

Directiva N° 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8/6/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Unión Europea. REGLAMENTO (UE) 2022/2065 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19/10/22 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

sibles abusos. Los influencers están obligados a especificar que su publicación es en colaboración de marca y/o que se trata de promociones pagadas. Asimismo, tiende al respeto a la dignidad humana: no puede ofender la sensibilidad de la audiencia, no puede basarse en las características físicas, religiosas, etc., y no debe promover la violencia. Prohíbe expresamente la promoción de ciertos tipos de productos como cirugía estética, medicina estética, servicios financieros, o de juegos entre otros, previendo el bloqueo de sus cuentas, en caso de incumplimiento. En Austria se requiere que el influencer indique clara y comprensiblemente que se trata de una publicidad. En Bélgica, las propias marcas tienen que verificar que los influencers mencionen claramente que se trata de una publicidad. Por su parte, los influencers que ganan dinero por comunicaciones comerciales son considerados proveedores de servicios mediáticos⁽¹³⁾. En España, el Código de conducta sobre el uso de “influencers” en la publicidad, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial entró en vigor en enero de 2021. En Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio dictó Directivas para influencers, incluyendo la transparencia de los mensajes publicitarios y cuyo incumplimiento puede incluir multas, acciones legales y órdenes de cese y desistimiento.

De todas estas iniciativas y regulaciones del derecho comparado se desprende la real preocupación en la transparencia de las publicidades y el gran aumento del uso de este tipo de influenciadores como práctica de comercialización de marketing.

4. Responsabilidad civil de los influencers por su participación en publicidades ilícitas

Como hemos puesto de manifiesto, los influencers constituyen un canal de difusión de ideas dirigidas a su red de contactos pudiendo generar tendencias e influir en las personas expuestas a su contenido. Por ello, resulta esencial determinar si dichas ideas que se transmiten constituyen meras opiniones o, por el contrario, subyace en las mismas un fin promocional.

En este último caso, para que la publicidad del bien o servicio no sea encubierta y respete el principio de identificación publicitaria, es necesario que reúna dos recaudos. En primer lugar, se debe revelar la vinculación que tiene el influencer con el anunciante que haya encargado la difusión o, al menos, las circunstancias de hecho que hagan presumirla. En segundo término, se debe advertir que el contenido difundido es una publicidad comercial con términos claros y que no aporten dudas respecto de su carácter –en inglés se coloca la abreviatura “ad” (advertising)–. Dicha advertencia debe ser de fácil acceso visual y sonoro.

Por el contrario, será publicidad oculta o encubierta o clandestina aquella en la cual el público consumidor no tiene consciencia de su contenido publicitario. Este tipo de publicidad se da cuando se promociona un producto o un servicio sin que sea reconocible el mensaje publicitario como tal. Debe tenerse presente que esta técnica o método no es un subtipo de publicidad engañosa, sino que por medio de ella se busca que terceros (en apariencia imparciales) hablen de las características y bondades de un producto y servicio para convencer de esta manera al público consumidor, o que se esconda u oculte el carácter publicitario de la información comunicada por cualquier otra vía. Si bien se produce un engaño en su destinatario, ese engaño se produce sobre el continente y no sobre el contenido. Al público se lo engaña en cuanto al modo de presentar la comunicación publicitaria, a pesar de que la misma sea veraz ya que no se induce a error en relación a los bienes y servicios ofrecidos en la publicidad⁽¹⁴⁾.

Este tipo de publicidad al ser difundida por una fuente en apariencia imparcial y objetiva, de lo cual resulta una mayor credibilidad del mensaje transmitido, provoca una disminución en su destinatario en su atención y defensas contra la fuerza persuasiva del contenido que le es comunicado, privándole de la posibilidad de analizar lo manifestado en el anuncio, dado que esa tarea ya fue efectuada por el tercero que la comunica⁽¹⁵⁾.

En estos casos, la publicidad comercial transmitida por el influencer de un modo furtivo deviene en ilícita por

violentar el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial ya que oculta su carácter y el inc. ñ) del art. 81 de la Ley de Medios Audiovisuales que exige que la publicidad sea distinguida del resto de la programación.

En otro orden, los influencers pueden utilizar como elemento para brindar soporte fáctico a sus posteos, su propia experiencia personal respecto de determinado bien o servicio. Se trata de la denominada publicidad testimonial. Cuando se utiliza este tipo de publicidad no tradicional, el influencer debe efectivamente haber tenido una experiencia real con el bien o el servicio porque, de lo contrario, se tratará de una publicidad ilícita por engañosa que vulneraría flagrantemente el art. 1101, inc. a), del CCyC y el principio de veracidad publicitaria.

En esta línea, en el caso del kit facial de Nu Skin, observamos una innumerable cantidad de famosos que promocionan las falsas bondades y los beneficios de aquel producto, configurando un supuesto típico de publicidad engañosa e, incluso, abusiva si el bien fuese perjudicial para la seguridad o salud del consumidor. Por ello, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación le impuso una multa de 2,5 millones de dólares en enero de 2021 a la empresa por difundir publicidad “engañosa o confusa”, ya que prometía que sus productos garantizan una “juventud duradera”. La promoción se hizo a través de su página web, Facebook y mediante la utilización de influencers, lo cual, se entendió, vulnera la obligación de brindar atención y dar trato digno y equitativo a los consumidores. Asimismo, se consideró que la publicidad de la empresa generaba un falso concepto de que quienes no cumplían con dichos patrones podían tener complicaciones de salud y distintas afecciones⁽¹⁶⁾. También, en el 2021 sancionó a las firmas Laboratorio Elea Phoenix S.A. por infracción en su publicidad del Producto Agarol Pür y a Framingham Pharma y Formulab, por los productos **Satial** y **Vientre Plano**, respectivamente. Entre otros fundamentos, se expresa que “la publicidad contiene afirmaciones que sugieren una inocuidad en la utilización del producto ya que da a entender que el factor determinante para su consumo es, simplemente, la recomendación de una amiga”.

En casos como los relatados cabe preguntarse qué tipo de responsabilidad –si es que la hay–, podría achacarse a los influencers que con su imagen y afirmaciones fueron parte de una campaña publicitaria que ocasionó daños a personas individualmente o en forma masiva y puso en riesgo la salud y la seguridad de sus destinatarios.

En este sentido, al momento de atribuirle responsabilidad a estos sujetos contratados para participar en la difusión de la publicidad se deben analizar con cuidado las diversas circunstancias del caso. Así, se debe tener presente qué tipo de intervención tiene en la publicidad, si efectúa afirmaciones y recomendaciones o si solo se lo observa utilizando el producto o servicio que se trate –supuestos de product placement–. De este modo, resulta pertinente traer a colación la distinción entre la publicidad testimonial y aquella en la que el influencer solo presta su imagen, sin brindar texto ni gesto alguno.

Dentro de la primera, se suele diferenciar entre la publicidad testimonial explícita donde el influencer da su opinión sobre el producto y efectúa precisiones sobre sus características o condiciones de comercialización y la testimonial implícita en donde la figura realiza algún gesto aprobatorio que demuestra su recomendación, por ejemplo, pulgar en alto.

Dentro de la segunda, es decir, la técnica de product placement, la publicidad asocia un producto simplemente a una imagen sin parlamento ni manifestación gestual de ningún tipo. En estos casos resulta más dificultoso –aunque no imposible–, responsabilizar a un influencer por publicidad engañosa.

Cuando la publicidad es testimonial *expresa* será más fácil demostrar la discordancia entre lo prometido y las características reales del producto o servicio. Sin embargo, esto no significa afirmar que cuando la persona famosa simplemente presta su imagen para que lo promocionado sea asociado con ella, carezca de toda responsabilidad. Cualquiera sea el supuesto, la publicidad ha generado confianza en su destinatario y esta debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico. En este sentido, implica un aval mayor del producto o servicio por parte del oferente publi-

(13) <https://www.europe-consommateurs.eu/en/shopping-internet/influencers.html>.

(14) CAPUCCI, Sebastián, *Publicidad comercial*, Nova Tesis, Rosario, 2009, pág. 176 y ss.

(15) CAPUCCI, S., *op. cit.*, pág. 184.

(16) ALBANESE, Ana Carolina, *Legal marketing y “Nu Skin”*, TR LALEY AR/DOC/2342/2020; https://www.clarin.com/sociedad/gobierno-multo-nu-skin-empresa-cosmetica-promocionaron-famosas-redes-sociales_0_XCK7jvq_5.html.

citario cuando su imagen o recomendación⁽¹⁷⁾ se encuentra en el envoltorio del producto mismo. Es decir, constituye un plus que aumenta la responsabilidad que ya tenía por la sola participación en la publicidad comercial⁽¹⁸⁾.

Existe alguna postura más extrema que entiende que en el caso de los famosos, estos son responsables aun cuando no promocionen efectivamente el producto, no detallen ninguna virtud del producto, o solo presten su imagen al bien o servicio, ya que su sola aparición le está transmitiendo a sus seguidores que esa es su elección. Y si esa es su elección, es porque la figura de quien la masa entiende que tiene acceso a todos los bienes y placeres de la vida de consumo, ha concluido que ese es el mejor producto por sobre todos los demás. De acuerdo a esta tesis como la media carece de todos estos criterios de selección, simplifica su posición aceptando que la celebridad elija por ella⁽¹⁹⁾.

Así, cuando un famoso promociona una marca solo porque ello le deja un buen caché, muchas veces no toma conciencia de la real influencia que tienen sus palabras o su sola imagen en la masa que lo sigue, y de allí, su impacto en el mercado. Por eso, su responsabilidad y deber de obrar con mayor cuidado y previsión se consolida. Y cuando esa confianza es defraudada porque el bien o servicio no es de buena calidad, o no es el mejor del mercado, o es defectuoso, o es más caro que otro de igual calidad, el famoso/influencer tiene responsabilidad por esa confianza suscitada. Es que generar confianza y lucrar con ello no puede resultar gratuito. Si la confianza que inspira la figura hace que el consumidor acceda al bien o servicio dañoso, resulta incontrovertible que él también debe responder ante el tercero por la expectativa generada. Lo mismo ocurre si lo dañoso es la publicidad en sí misma por ser subliminal, abusiva o sorpresiva, la persona famosa o el profesional interviniente deben responder si no obraron con la debida diligencia⁽²⁰⁾.

Para una opinión, al vincular su imagen o nombre a un bien o servicio, la celebridad asume ante el consumidor la posición de “garante”⁽²¹⁾. Es que como se ha señalado⁽²²⁾ este tipo de publicidades desencadena “un comportamiento en el consumidor a nivel consciente e inconsciente, generando una respuesta inmediata debido al concepto preexistente que se tiene de aquella persona o grupo que está testimoniando a favor del producto, agregándole valores como admiración, éxito, riqueza, belleza, juventud, alegría, internacionalidad, tradición, notoriedad, etc.”.

Esta postura tiene cierto asidero en nuestro derecho nacional ya que el art. 1581 del CCyC emplazado en las disposiciones generales del contrato de fianza establece que “*Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones*”. Como se advierte, la norma está ubicada en la regulación de un contrato de garantía, y si bien entiende a la eventual responsabilidad como subjetiva, no la excluye.

En este orden de ideas, se ha sostenido por prestigiosa doctrina que la confianza puede servir como criterio de atribución de responsabilidad de todos quienes participan de la relación de consumo, de la cual no está ajeno el influencer, según las circunstancias⁽²³⁾.

“La confianza es un mecanismo de reducción de la complejidad social, porque la existencia de variables tan abstractas, distantes, y complicadas, solo pueden ser tratadas con base en la confianza [...] Y aunque generalmente se hace referencia a la confianza-seguridad en el cumpli-

miento de las transacciones para el inversor, el concepto debe ser entendido en toda su magnitud: también el consumidor tiene derecho a que se cumplan los contratos conforme la expectativa-confianza creada”⁽²⁴⁾.

A mayor abundamiento, podría sostenerse que el influencer debe responder ante el consumidor como titular de una actividad riesgosa. Porque el art. 1757 del CCyC estipula que toda persona debe indemnizar el daño que resulta de “las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”.

La actuación en las redes sociales no es en sí misma peligrosa, pero es tan grande e ingobernable la repercusión de los juicios y de las valoraciones que se vierten en ese ámbito, que la actividad del influencer podría considerarse riesgosa según las circunstancias de su realización.

Asimismo, debe tenerse en cuenta como criterio atributivo de responsabilidad el riesgo/provecho, ya que los influencers reciben importantes sumas de dinero, por ello, frente al provecho obtenido deberán asumir los riesgos de su actividad y ante un evento dañoso soportarlo. Es decir, el influencer percibe de ordinario una remuneración por la labor que desarrolla en beneficio de la marca que representa o promociona. Aunque esta remuneración sea solo puntual o consista en un canje de promoción por productos, es innegable que obtiene un provecho de la actividad que despliega en las redes⁽²⁵⁾.

Cabe así recordar el segundo párrafo del art. 1758 del CCyC, el cual es particularmente claro al establecer que “En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

5. Conclusión

Los datos económicos muestran que la industria de los influencers en las redes sociales ha crecido significativamente en los últimos años. La relación entre influencers y consumidores se caracteriza por la percepción de cercanía, autenticidad y confianza. Tanto la relación influencer-seguidor como la relación influencer-marca afectan las actitudes de los consumidores hacia las marcas. El marketing de influencers tiene un impacto en la toma de decisiones de compra de los consumidores⁽²⁶⁾. Por su parte, el influencer obtiene beneficios de las promociones que realiza.

Las publicidades generadas por influencers serán lícitas si se encuentran identificadas como tales, y su contenido resulta veraz respetando los principios de identificación y veracidad publicitaria.

Si el influencer lleva adelante publicidades ilícitas, deberá responder frente al consumidor destinatario de la misma si se reúnen los cuatro presupuestos de responsabilidad civil. El fundamento de su responsabilidad está dado por la confianza que transmite el propio influencer frente a sus seguidores.

A nivel nacional no existe normativa específica que regule la actividad del influencer. Sin embargo, con las normas que regulan la publicidad comercial en general como así también las normas sobre responsabilidad civil que emanan tanto del CCyC como del estatuto consumeril en sintonía constitucional, se puede dar una respuesta adecuada a las problemáticas que se generen.

Sin perjuicio de lo expuesto y siguiendo el camino que están gestando muchos países, podemos considerar que una regulación general de la actividad de los influencers es una buena iniciativa que se ajusta a los requerimientos actuales para evitar abusos, transparentar las publicidades y otorgar mayor seguridad jurídica.

VOCES: RESPONSABILIDAD CIVIL - TECNOLOGÍA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - INFORMÁTICA - DERECHO DE PROPIEDAD - EMPRESAS - TELECOMUNICACIONES - DAÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - PERSONA - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO COMPARADO - COMERCIO E INDUSTRIA - INFLUENCER - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - INTERNET - PUBLICIDAD - OBLIGACIONES - CONTRATOS - ECONOMÍA

(17) Es frecuente que entidades presten su nombre para avalar un producto o servicio, por ejemplo, la leyenda que expresa que su utilización la recomienda la sociedad de pediatría.

(18) ARIAS, María Paula, “Impacto de la Publicidad Comercial en el consentimiento contractual”, Tesis presentada en la Maestría de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2012, Rosario, inédita, pág. 292.

(19) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades”, RCyS2010-II, pág. 44.

(20) ÁLVAREZ LARRONDO, *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 44, quien afirma que la responsabilidad de las personas famosas que intervienen en la publicidad es de carácter objetivo en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240 reformado por la ley 24.999.

(21) GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini, “A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam”, 2da. ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 161.

(22) CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia, “Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor”, São Paulo, Cultura Paulista, 1996, pág. 222.

(23) HERNÁNDEZ, Carlos A. “El derecho del consumidor...” op cit.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, LA LEY, 2000-D, 1155.

(25) MAZZINGHI, J., op. cit.

(26) Informe elaborado a pedido de la Comisión de Mercado Interno y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (“IMCO”) sobre el “El impacto de los influencers en la publicidad y la protección de los consumidores en el Mercado Único Europeo”, SupAbCorp 2022 (abril), 6, TR LALEY AR/DOC/1163/2022.