

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS/LAS INFLUENCERS ANTE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

Conclusiones

- 1- En principio, el factor de atribución de la responsabilidad de los/las influencers con motivo de la publicidad ilícita es objetiva.*
- 2- La masividad en la llegada del mensaje a los potenciales consumidores y la inmediatez del vínculo son factores que potencian la responsabilidad de los/las influencers, quienes realizan (o son convocados/as) a efectuar la publicidad por ser generadores de confianza.*
- 3- Resulta necesaria una ley que regule la actividad de los/las influencers (generadores de confianza) que tenga especificidad en el tema pero a su vez -en orden a la evolución constante de la tecnología- cierta cintura para que no quede obsoleta ni bien sea sancionada.*
- 4- La ley debería establecer -a nuestro criterio- que el influencer, cuando realiza una recomendación a título oneroso (que esta característica no sólo incluye al dinero sino a cualquier tipo de contraprestación), señale tal situación en su publicación; estableciéndose sanciones en caso de incumplimiento tanto para el influencer como a la proveedora del producto en caso de tener conocimiento del actuar ilícito.*
- 5- Esta eventual ley podría incluir la prohibición al influencer el acceso a su red social, si es que comete un ilícito grave.*
- 6- Una eventual regulación debería hacer un balance entre el derecho a la información del potencial consumidor y la vorágine de las redes sociales, protegiendo a los consumidores de mensajes publicitarios encubiertos, engañosos o desleales.*

Autores: Ana Victoria Psaropoulos Savickas

José María Bielsa Ros

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS/LAS INFLUENCERS ANTE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

Introducción

Casualmente años atrás, el aquí homenajeado Atilio Alterini, escribió un artículo llamado la “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”¹, en homenaje a Trigo Represas. Corría el año 1994 y aún la terminología *influencer*, no existía; sin embargo el Dr. Alterini, ya imaginaba la posibilidad de la situación actual. De ninguna manera podremos aportar como lo hizo el ahora homenajeado, pero nos conformamos con instalar el debate en la sociedad jurídica.

En dicho artículo del Dr. Alterini, desafiaba a la responsabilidad civil, pregonando que podría ser responsable del hecho no sólo el titular y guardián del bien generador del daño, sino que extiende el concepto de responsabilidad tradicional hacia aquellos que han generado una “expectativa de confianza” en el producto.

Las redes sociales inciden sobre la confianza de los consumidores, sea a través de las publicaciones que realicen los propios proveedores, o mediante las efectuadas por terceros, a instancias de ellos².

Hoy por hoy, las redes sociales son utilizadas como nuevas vidrieras de venta, donde aquel que facilita el conocimiento sobre producto (y sus “capacidades”) es el denominado *influencer*: “una persona que, merced a sus características personales y su credibilidad, sobre uno o varios temas, ha logrado vincularse con una gran cantidad de personas, en una o varias plataformas digitales, con tal presencia que es capaz de generar una tendencia de consumo o seguimiento en todo o en parte de su red de contactos”³

Así, el potencial consumidor puede considerar que si a alguien (anticipándonos que haremos referencia -en esta oportunidad- a una persona humana y no IA⁴) se expone en una red social, posee 9.000.000 seguidores (*followers*) y le funciona determinado bien ¿cómo no le funcionaría a quien resulta ser un sencillo hogareño? Más, pudiendo creer que este “influenciador” tuvo la posibilidad de comparar el producto entre varios, porque -claro está- éste no arrojaría su reputación por la borda por algo que no funciona ¿O sí? Por algo en redes sociales, la gente sigue a la cuenta y seguramente sus consumos. ¿Qué es lo que las personas buscamos dentro de una red social? Lo podremos determinar en otro trabajo. No obstante, queda claro que la confianza que genera el *influencer*,

¹ ALTERINI, A.. “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza.En: Derecho de daños [II]. pp. 539-559.

² HERNÁNDEZ, C. “El derecho del consumidor y los entornos digitales” Publicado en: SJA 14/07/2021, 4 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1656/2021

³ CAPUCCI, S., "Los Influencers y su impacto en la publicidad comercial", RDCO 293, 05/12/2018. Cita online AR/DOC/3562/2018. Thomson Reuters.

⁴ Ver los casos de Lil Miquela, Kyra y Aitana López. Asimismo, sobre el tema ver SALORT, G. - MEDINA, C. “Inteligencia artificial, marketing y derecho. Influencers virtuales y neuromarketing” Publicado en: RDCO 305, 21. Cita: TR LALEY AR/DOC/3663/2020

parafraseando a Eric Clark⁵ (quien resulta citado -también- por el Dr. Alterini), es también es parte del producto.

Para no señalar a nadie, a los fines de la ponencia generamos a nuestra *influencer* y la llamamos 'Paula Varas', una joven veinteañera que luego de terminar el secundario se dedicó a crear contenido en redes. Ella posee más de 100k seguidores, tiene el tilde de cuenta verificada, muestra su día a día, su cotidianidad, promociona productos, da consejos, realiza críticas y su contenido es 'reposteadó' por sus seguidores: "el poder de los contenidos generados por los *influencers*, aunado al medio, su velocidad de expansión y su ilimitado alcance, puede derivar siempre en una repotenciación y agravamiento del daño ocasionado"⁶.

Entonces, "en un extremo de la relación virtual está el *influencer* y del otro están los cientos, miles o millones de potenciales consumidores. La potencialidad lesiva de esta vía de contacto es inconmensurable y de allí su empleo creciente a nivel geométrico"⁷.

Por lo que -a nuestro entender- la masividad e inmediatez del vínculo resultan factores que potencian la responsabilidad de estos sujetos que conocen que en definitiva son "generadores de confianza".

En el citado artículo, el homenajeado Dr. Alterini, enseñaba jurisprudencia norteamericana de la década del 60 donde se responsabilizó a un vendedor de autos por los daños resultantes de la rotura de la dirección del mismo y ya hablaba de la "seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por éste respecto de la inocuidad del producto" y que "sustenta la atribución de responsabilidad que nos ocupa, parte de la base de que ese deber de reparar es la contrapartida de la apariencia creada por el producto, y la contrapartida de una necesaria seguridad... pero los consumidores entienden justificado que responda quien se presenta como el fabricante a los ojos del público".

¿Si Paula Varas lo utiliza y es exitosa? ¿Por qué yo no? Recordemos la década del ochenta, donde veíamos en las publicidades de cigarrillos, donde consumir tabaco era sinónimo de éxito, dinero y más.

El influencer en la relación de consumo

En definitiva, el *influencer* adquiere un rol fundamental (incluso, central) a la hora de la toma de decisión por parte del consumidor cuando adquiere un producto/servicio⁸. La interacción generada dentro de las redes sociales (incluso, la empatía, el reflejo, el reconocimiento del consumidor con ese *influencer* o la aspiración a ser como tal), sin duda, influye en la toma de decisión al momento de consumir. "Esta interferencia se ve

⁵ CLARK, E. "Los creadores de consumo: destapando la industria de la publicidad, cómo nos hacen comprar". Ed Sudamericana, 1937

⁶ VANINETTI, H. "Twitter. Contenidos que generan daño. El rol de los influencers. El impacto del twibel, los retuits y el "escrache" o linchamiento virtual". Publicado en: LA LEY 19/11/2019, 5 - LA LEY 2019-F, 162

⁷ SAUX, E. "Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato". Publicado en: EBOOK-TR 2021 TOBIAS, 49. Cita: TR LALEY AR/DOC/3472/2020

⁸ Un ejemplo podría ser el rol que tuvieron diversos influencers, que promocionaron y ofrecieron descuentos de entradas del festival musical Fyre en Bahamas que terminó siendo una estafa. Un documental puede ser visto en Netflix, donde se entrevista a las modelos influencers y se debate si tienen responsabilidad jurídica o moral.

agravada en las nuevas modalidades de consumo a través de medios digitales y de la publicidad digital, donde los consumidores no solo pierden capacidad de decisión a raíz de la velocidad de las ofertas y las contrataciones, sino también porque desconocen las características básicas de esas nuevas formas de contratar y publicar”⁹. Dejamos en claro, que el *influencer* no posee el carácter de vendedor, ya que de esa forma, se encontraría inmiscuido en la cadena del art. 40 de la LDC.

Corresponde señalar que esta situación ha sido considerada por las distintas empresas comerciales, incorporando -así- a diferentes *influencers* en sus campañas de marketing.

A los fines de resguardar a los consumidores, la OEA ha realizado una guía de buenas prácticas titulada “Recommendation for influencers on product and service safety” (Recomendaciones para influenciar en la seguridad de productos y servicios).

Aquella dispone tres grandes tópicos: recomendaciones antes de publicitar el producto, durante y después de publicitarlo.

En la fase previa, confiere ciertas sugerencias a tener en cuenta, como ser solicitarle al proveedor o distribuidor que proporcione toda la información relacionada con los términos del uso del producto o servicio que se va a anunciar, verificar en los portales nacionales e internacionales si el producto es objeto de campañas preventivas o de retiro; verificar si el producto requiere certificaciones, permisos, registros, sellos o cualquier otra forma de autenticación emitida por las autoridades del país, entre otras.

Efectúa -además- un llamado de atención a la conciencia de los *influencers* sugiriendo una reflexión previa sobre el impacto y alcance que la publicidad y/o recomendación que pudiera realizar sobre ciertos bienes y servicios pudiera realizar sobre la salud y seguridad de los consumidores.

Incita a que durante la publicidad del producto y/o servicio proporcionen información completa, clara, veraz, oportuna y accesible a los consumidores, sobre todo, respecto a las posibles precauciones, restricciones, edad de uso, etc. Así también, recomienda que el *influencer* sea transparente sobre la relación que aquél posea con la marca o empresa.

Asimismo, recomienda que se consigne en las fotos/videos o en los posteos que se trata de una publicidad, logrando distinguir entre los productos que son “recomendaciones personales” formadas por la propia experiencia del usuario de los que forman parte de una estrategia de marketing.

También, hace hincapié en limitar el uso de frases y/o afirmaciones que impliquen una sobrevaloración del producto que implique una mejor calidad del bien, si no hay información respaldatoria a su respecto, entre otras recomendaciones.

Por último, indica que luego de haber efectuado la publicidad, el *influencer* debe mantenerse informado sobre los problemas de seguridad que pueden estar asociados al producto que ha publicitado. Además, en caso de tomar conocimiento por parte del fabricante y/o autoridades pertinente de algún problema de seguridad de algún producto anunciado, le recomienda que aproveche su lugar de exposición para informarle a los consumidores.

⁹ CNCom, Sala B, “Balbi, María Lucía c/AlMundo.com SRL”, 05/11/2021.

Incluso a la inversa, de tomar conocimiento de un defecto del producto o servicio gracias a su audiencia debe notificarle de aquel al fabricante o proveedor, para que tome las medidas adecuadas.

Por último, indica que no elimine ni restrinja los comentarios o consultas públicas de las redes sociales, en tanto que aquellos pueden ser útiles para los potenciales consumidores.

Europa no ha sido ajena a este debate, respecto la calificación de la actividad del *influencer*: a) como comerciantes: que “se definen como cualquier persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su oficio, negocio o profesión y cualquier persona que actúe en el nombre de o en representación de un comerciante. Por ejemplo, tal calificación no se mantendría en el caso de consumidores que proporcionen información sobre su experiencia con productos o servicios, a menos que actúen "en nombre o por cuenta de un comerciante". b) Por el contrario, en los casos en que exista un acuerdo claro entre el comerciante y el *influencer*, según el cual el *influencer* debe promocionar los productos del comerciante, se percibiría que el *influencer* actúa en nombre del comerciante. c) Sin embargo, cuando el *influencer* actúa en su propio nombre como autónomo, esta calificación no es tan sencilla ya que la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales exige que las prácticas comerciales de empresa a consumidor estén directamente conectadas con la promoción, venta o suministro de un producto a los consumidores.”¹⁰

En Francia, se dictó el 9 de junio de 2023, la ley 2023-451 destinada a regular la influencia comercial y combatir los excesos de los *influencers* en las redes sociales. El art. 7 define “*la actividad del agente influenciador, que consiste en representar, a título oneroso, a personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de influencia comercial por medios electrónicos definida en el artículo 1 con personas físicas o jurídicas y, en su caso, sus representantes, con el fin de promocionar, a título oneroso, bienes, servicios o cualquier causa.*”

En el párrafo siguiente señala que “*las personas que ejerzan la actividad definida en el párrafo precedente deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la defensa de los intereses de las personas a las que representan, evitar situaciones de conflicto de intereses y garantizar la conformidad de su actividad con esta ley.*”

En esta ley, la onerosidad es un elemento típico para ser considerado *influencer*. También se destaca, que las multas no sólo son para el usuario que realiza la publicación indebida (arts. 5 y 13) sino también para la empresa que es promocionada por dicho *influencer* en forma solidaria (art. 8). Existen también penas de prisión para el *influencer* (art. 4).

Hay numerosas restricciones a la libre publicación (art. 4); en cuanto a la propia publicación, al objeto promocionando y al sujeto *influencer*. Respecto el primero, la ley indica que debe explícitamente mencionar que es una "publicidad" o "colaboración comercial". Esta mención debe ser clara, legible e identificable en la imagen o el vídeo, en todos los formatos, durante toda la promoción. Se prohíbe la difamación (no podrá alegar o imputar públicamente hechos precisos y determinados que atenten contra el honor o la reputación de una persona) y la denigración (no puede criticar violentamente una marca, ya que ello equivaldría a una denigración ilícita de la que podría ser

¹⁰ “El impacto de los influencers en la publicidad y la protección de los consumidores en el Mercado Único Europeo” Informe fue elaborado a pedido de la Comisión de Mercado Interno y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo. Publicado en: SupAbCorp 2022 (abril), 6. Cita: TR LALEY AR/DOC/1163/2022

considerado responsable). Podríamos aventurar que, de alguna manera, define lo que es un *hater*.

En cuanto a los productos prohibidos encontramos, lo referido a directa o indirecta de los procedimientos, procesos, técnicas y métodos estéticos; procedimientos, protocolos o prescripciones terapéuticas, nicotínicos que puedan ser consumidos y compuestos, incluso parcialmente, de nicotina, ciertas promociones con animales, servicios, consejos o pronósticos deportivos, apuestas y juegos de azar definidos.

Asimismo, hay límites para ser *influencer*, ya que hay incompatibilidades para trabajadores (por el pluriempleo, por ej.) o para funcionarios públicos. Para ello, el propio sitio oficial de la administración francesa, llenando un cuestionario indica si el sujeto puede ejercer otra actividad (incluso a tiempo parcial), en nuestro caso como *influencer*. Si se es menor de 16 años, se requiere autorización del gobierno y se retiene el 90% de las sumas obtenidas, hasta que se adquiera la mayoría de edad. Entre los 16 y 18 años se requiere autorización de los padres si no se está emancipado.

En caso de ser utilizada una imagen virtual generada por inteligencia artificial, debe señalarse en la publicación que tiene dicha característica y no se trata de una persona humana. Y para este caso, o bien para el caso de un *influencer anónimo*, se pone en cabeza tanto de la red social, como los prestadores de internet, el colaborar para identificar a la persona humana o jurídica detrás de la cuenta *influencer*.

Una cuestión que si bien no resulta objeto de esta ponencia cabe destacar: los *influencers* en Francia tributan, incluso se aclara que sea cual fuese el estatus del *influencer*, las cantidades o "regalos" que le hagan los anunciantes deben declararse desde el primer euro.

Finalmente el Ministerio de Economía, de las Finanzas, y de la Soberanía Industrial y Digital, creó dos documentos relativos al tema: "La guía de buena conducta de los influencers" y "Acompañar a los influencers, proteger a los consumidores", donde, sobre la base de la ley, en forma sencilla la indizan y responden las preguntas que serían más comunes; y en la segunda, recapitulan el objetivo de la ley y los trabajos realizados previos a la sanción de la ley.

En España -por su parte- en la ley de Comunicación Audiovisual¹¹, prevé a los "usuarios de especial relevancia" que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, a los que se considerará prestadores de servicio de comunicación audiovisual.

Mientras tanto, en Chile, el Servicio Nacional del Consumidor dictó la Resolución 534/2022. Allí refiere a una "circular interpretativa sobre publicidad nativa e influencers", definiendo a los *influencers* como "*sujetos publicitarios que forman parte de la práctica publicitaria denominada publicidad nativa, y tal como ocurre con ésta, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no los define, pero sí los comprende, resultando necesario recurrir a otras fuentes*¹² para su conceptualización". En cuanto a la responsabilidad, la Resolución remite al art. 33 del Código Chileno de Ética Publicitaria que señala que "*los contenidos generados por los usuarios de redes sociales serán considerados como comunicación publicitaria y serán responsabilidad del*

¹¹ Para mayor información sobre la ley española, ver BAUMANN, M. "El trabajo influencer en el derecho comparado - Una aproximación al Digital Law" Cita Rubinzal Online: RC D 60/2024

¹² Recurre a la Circular Interpretativa sobre publicidad y prácticas comerciales del mismo organismo, al Código Chileno de Ética Publicitaria, a la Alianza Europea de Estándares Publicitarios, a la Asociación Española de Anunciantes y al Consejo de Autorregulación Publicitaria de Argentina.

avisador cuando éste haya solicitado a terceros la creación de dichos contenidos; o cuando un tercero haya proporcionado al avisador, de forma no solicitada, material que el avisador posteriormente haya adoptado e incorporado dentro de su propia comunicación publicitaria. No serán responsabilidad del avisador las publicaciones hechas por terceras personas cuando el avisador no tenga un grado razonable de control sobre la plataforma en que se publican, o no tenga participación ni relación alguna en la generación y difusión de sus contenidos".

La situación en Argentina

Si bien la Argentina, no posee una regulación específica para otorgarle un marco jurídico a los/las *influencers*, no obstante, el Consejo de Autorregulación Publicitaria - CONARP- ha emitido dos documentos. Por un lado “Influencers: Guía para la comunicación con fines comerciales” y “Comunicación para fines comerciales: recomendaciones para influencers”.

El proyecto de ley argentino¹³ (que perdiera estado parlamentario) denominado “Régimen Legal para influenciadores o *influencers* en servicios publicitarios digitales y en redes de telecomunicaciones por vía electrónica”, determinaba como influenciadores o *influencers* “*a todas las personas que, poseen un número importante de seguidores o suscriptores y son sujetos verificados por la red social, y a través de su cuenta utilizan su alto grado de exposición, su imagen reconocida en las redes sociales y su capacidad de convencimiento para promocionar un determinado objeto, producto o servicio con el objeto de influir en las decisiones de consumo de sus seguidores y de este modo obtener algún rédito económico en su beneficio*”.

Acaso ¿podríamos entender que se refiere a cualquier persona, sea humana o jurídica? ¿Debería variar el encuadre jurídico de aquel usuario de una red social que logra influir en un consumidor en la adquisición de determinado producto/servicio dependiendo de la cantidad de seguidores? ¿Qué número simboliza “número importante de seguidores o suscriptores”? ¿Cuál es el parámetro del concepto “alto grado de exposición”? Por otra parte, en la definición de rédito económico se subsume únicamente las sumas de dinero, o acaso, la entrega “gratis” del producto, los denominados “canjes” o contraprestaciones que no sean sumas dinerarias ¿entran en el concepto resguardado por la normativa?

Quizás, muchas inquietudes hubieran sido subsanadas en el debate parlamentario que nunca floreció, aunque algunas respuestas podemos inferirlas del Código Civil y Comercial de la Nación

Por ejemplo, el art. 957 CCyC señala que “*los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra*”. No hace falta que exista dinero de por medio para que exista onerosidad; por lo que una “instagram stories (historias de instagram)” a través del usuario de Paula Varas promocionando una batidora que le envió la empresa, sin dudas es oneroso a pesar que no haya existido un pago en pesos.

¹³Al respecto ver: NAZAR ANCHORENA, M. “La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley”. Publicado en LA LEY 16/09/2020, 1

Con mucho atino y una gran dosis de actualidad, el Dr. Alterini refiere a una responsabilidad objetiva de garantía, cuando el generador de confianza (que aquí denominaremos el influenciador) aprovechándose de su posición enjuga al consumidor en las fortalezas del producto/bien/servicio y luego, en su adquisición. “*Mediante la confianza los actos requieren un esfuerzo menor generando un ahorro de excedente de actividad que queda en cierto modo disponible para nuevos y superiores esfuerzos.*”¹⁴

Coincidimos, como refiere la ley francesa, que el *influencer* debe publicar cosas ciertas y verificables, para no ser sujeto pasible de responsabilidad. No podría promocionar así, como ha sucedido en Argentina: “hace como yo, Paula Varas, que invertí en la moneda virtual ‘GaruCoin’ y me compré este lujoso automóvil”. Es aquí donde resaltamos el papel estelar de estos personajes, quienes aprovechando su difusión y el alcance de su mensaje, aseguran un resultado (y por lo tanto, el consumo del consumidor). Incluso, quizás, la empresa por sí sola no hubiera llegado al resultado pretendido sin dicha colaboración. Tengamos en cuenta que en muchos supuestos, el *influencer* tiene muchos más seguidores (posee más reconocimiento) que la empresa promocionada. Por ello, creemos que si no es verificable lo que dice en su publicación, es responsable por la confianza generada en el consumidor. Explica Kemelmajer, que la publicidad es el principal medio de información precontractual y por ello, las normas de protección al consumidor tutelan jurídicamente las expectativas económicamente razonables generadas por la publicidad. El fundamento de la actual protección no reside en el contrato promovido y celebrado sino en la confianza negocial y obligacional generada por medio de las declaraciones publicitarias¹⁵.

Recordemos -entonces- el concepto de publicidad ilícita, definiéndola como aquella que atenta contra los principios básicos del sistema de valores imperante, fomenta la discriminación social y religiosa, infringe el principio de igualdad social, económica y cultural de los sexos, explota la desconfianza, la incredulidad o la falta de experiencia del consumidor, apela a sentimientos de miedo, etc.¹⁶

Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1101 expresa que “*está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*”

Entonces, resultan incluídas dentro del colectivo de la publicidad ilícita y por lo tanto, responden los *influencers* -en los términos de esta ponencia- ante la publicidad engañosa (ya sea por acción u omisión del influenciador), la publicidad subliminal o encubierta, la publicidad abusiva, publicidad desleal, publicidad prohibida o condicionada (ya sea fármacos, tabaco, etc.) y publicidad comparativa. “La publicidad es engañosa, más allá de la intención del emisor, cuando es objetivamente idónea para

¹⁴ WEINGARTEN, C. “El principio de confianza en el Código Civil y Comercial”, 1º ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 3.4.

¹⁵ KEMELMAJER, A. “Publicidad y consumidores”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°5, Consumidores, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 142.

¹⁶ Ob. Cit.

producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado (error), e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él”¹⁷.

La publicación en redes sociales -además- puede darse en forma de esponsorización o mecenazgo. Esta tiende, en definitiva, a mejorar la imagen social de una empresa a fin de maximizar sus beneficios, en el caso que nos ocupa sería a través de un *influencer*, porque no toda esponsorización se da a través de creadores de contenido ni redes sociales... Visto desde la empresa comercial, el interés del acto no está vinculado al bien que se proporciona al patrocinado, sino en la mejora o mantenimiento de una imagen social de la empresa que interesa a esta para posibilitar o aumentar su desarrollo¹⁸. Se señala¹⁹ que la empresa o el profesional que publicita sus productos o servicios y la empresa publicitaria que crea el anuncio están unidos por un mismo interés y obtienen beneficios. Al banco no le importa principalmente el uso que le de Paula a una tarjeta de crédito que le proporcionó, sino la confianza que genera en los consumidores que Paula haya elegido tal banco.

Lamber²⁰ destaca que en el consumo digital, el consumidor tiene cada vez menos relación con el proveedor y, por consiguiente, confía en lo que se dice desde la publicidad, aún más cuando quien da la recomendación es un *influencer* que genera en el público confianza y afinidad.

Continúa la autora, indicando que la confianza, como factor de atribución, implica una relación de seguridad frente a lo desconocido, importando que el consumidor sustente la aceptación de un producto generada por el *influencer* a partir de su imagen y credibilidad.

Añadimos, que -a nuestro criterio- hacer referencia a una “relación de seguridad” no modifica el factor de atribución objetivo con motivo de la garantía que adherimos. En tanto que el consumidor confía en el producto/servicio en las condiciones presentadas por el *influencer* y por ello, tendrá las cualidades descritas. No conoce al proveedor, pero tiene empatía con quien le muestra y enaltece el producto/servicio (el *influencer*).

Así, podemos preguntarnos el rol que juegan las exacerbaciones efectuadas por el *influencer* respecto de un producto o servicio. En tanto que, la frutilla al postre -en este sentido- es la regulación en el Código Civil y Comercial mediante el art. 1103, que indica que “*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.*”. Términos que se encuentran -incluso- en el art. 8 de la ley 24.240.

Entonces, aquí referenciamos en pos de la confianza generada por el *influencer*, quien tuvo un rol activo en la contratación y el factor de atribución objetivo de garantía que pregonamos, entendemos que la responsabilidad por la publicidad ilícita es del *influencer* generador de contenido. Insistimos que este tiene un rol activo en la interacción, a diferencia de un actor que interpreta un personaje en una publicidad, que simplemente puede aparecer cocinando y si hay alguna promesa realizada en la

¹⁷ PICASSO, S. - VÁZQUEZ FERREYRA, R. ‘Ley de Defensa del Consumidor’, Tomo 1, p. 107. Ed. La Ley, Buenos Aires., 2009.

¹⁸ ALEGRÍA, H. “Esponsorización o mecenazgo”. En Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1992, págs. 1 a 49.

¹⁹ LOVECE, G., en Weingarten, Celia y Ghersi, Carlos, “Manual de los derechos de usuarios y consumidores”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 82.

²⁰ LAMBER, T. “La responsabilidad civil del influencer en las relaciones de consumo”. El Derecho - Diario, Tomo 296. Fecha: 18-04-2022. Cita Digital: ED-II-DCCCXXXVI-65.

publicidad, suelen existir asteriscos con ciertas aclaraciones, especialmente en el marketing de pilas alcalinas o de champús.

En el país, los casos más conocidos son los de Generación Zoe, Vayo Coin y Nu Skin²¹; donde *influencers* que cobraron para promocionar (sin culpa) estafas en esquema de Ponzi y “máquinas” para no envejecer, que por supuesto no cumplen dicho cometido.

Ahora bien, entendemos que existe, por su parte, responsabilidad del proveedor, en relación al influencer y su publicación, en el supuesto en el que el influencer -de manera errada y/o falaz- promociona el producto/servicio y el proveedor habiendo tomando conocimiento, no realiza acción alguna.

En una eventual ley -incluso- podría incluirse la prohibición al *influencer* el acceso a su red social, si es que comete un ilícito grave, como por ejemplo ciertos desafíos que pongan en riesgo la salud, incite a cometer delitos o pregonen un trato discriminatorio y/o vejatorio²²; en el mismo sentido que opera la libertad de expresión y censura previa.

La buena fe es otro principio rector que podrían quebrantar los *influencers* y debe ser tenido en cuenta. El art. 961 del CCyC expresa que “*los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”, nos permitimos agregar como contrapartida a la buena fe, al art 271 del citado cuerpo, que estipula que “*es acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación*”.

Palabras finales

Si nuestra *influencer* Paula Varas, que la siguen millones de personas, tuvo éxito con la batidora e hizo un merengue italiano espectacular sin ser chef, no hay duda que nosotros, contratantes cuidadosos y previsores, tendremos el mismo éxito, y el contrato no sólo obliga a la entrega de la batidora, sino que funcione como lo pregona la *influencer*. Y si Paula Varas, ni siquiera la probó y contó a sus seguidores lo maravillada que estaba con el merengue que “hizo”, nos encontramos ante una omisión dolosa. ¿Alguien compraría una batidora que no cumple su función? Reiteramos -a su vez- el art. 1101 del CCyC ya citado. Este artículo “ha querido transparentar los mensajes que son brindados en función de la existencia de una contraprestación dineraria, de manera tal que los

²¹ Al respecto ver GARCÍA AUSTT, D. - RODRÍGUEZ, G. “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso "Nu Skin"”, publicado en: LA LEY 13/07/2020, 4 - LA LEY 2020-D, 418 y ALBANESE, A. “Legal marketing y "Nu Skin"”, publicado en: LA LEY 13/07/2020, 2.

²² Al respecto, en España se prohibió el acceso por 5 años a YouTube, a un influencer que denigró a un indigente en un video que viralizó. Ver, GALLEGOS ARRIBAS, D. “La pena de prohibición de acceso a la red social YouTube en tanto lugar de comisión del delito. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 547/2022, del 2 de junio”. Publicado en: RDF 2022-VI, 282. Cita: TR LALEY AR/DOC/3078/2022

consumidores, cuando menos, sepan que están siendo expuestos a una forma de marketing y que las opiniones de los intervinientes no son genuinas.”²³

Por el contrario, si la opinión de la *influencer* está condicionada, ya sea por que el anunciante controla o verifica el contenido del anuncio o por que el *influencer* recibe algún beneficio por su intervención en el mismo, si no lo declara, estamos en presencia de publicidad encubierta. En los Estados Unidos existe publicidad encubierta si se demuestra la existencia de una “conexión material” entre el anunciante y el *influencer*. Esta conexión material es una relación ya sea de control o de percepción de algún tipo de beneficio por parte del *influencer*. Y debe ser declarada para clarificar el carácter publicitario del mensaje²⁴.

Señala Cruz Matteri²⁵ que el actuar de los *influencers*, sin transparentar el acto publicitario, viola la confianza del consumidor, pues está siendo expuesto a un acto de publicidad, sin que él en realidad sea consciente del mismo.

De allí, creemos que la eventual responsabilidad que podría llegar a caberles a quienes realizaron la publicidad y se constituyeron en promotores del producto, por cuestiones de confianza (art. 1067 del CCyC) y garantía (art. 11 de la ley 24.240).

Krieger²⁶ señala que, salvo en los supuestos en que lo promocionado sea manifiestamente nocivo para los consumidores, en cuyo caso deberán abstenerse de realizar la publicidad, el *influencer* no puede conocer si el producto o servicio tiene potencialidad dañosa, de modo que no parecería ser adecuado imponer una responsabilidad que no se derive de un factor subjetivo.

Pregonando un factor de atribución subjetivo, Mazzinghi²⁷ considera que aquella es la eventual responsabilidad que pueda llegar a caberle al *influencer* frente al consumidor. Sin embargo, puede fundarse en un factor objetivo de atribución en casos particularmente extremos, como si el *influencer* se explayara sobre la existencia de virtudes que no son tales o la identificación podría ser tan grande y notoria que, en los hechos y en la percepción de los consumidores, sería como si la cosa o el servicio promocionado por el *influencer* llevara su sello y su marca.

Factor subjetivo que no acompañamos en orden a que si el *influencer* puede colocarse -gracias a su persuasión- en la esfera de “influenciador” de un producto o servicio, mínimamente tiene que no sólo notificar a la audiencia que eso está haciendo, sino interiorizarse del bien que pretende introducir en la sociedad.

Quaglia²⁸ señala que, en una interpretación integradora de los art. 274 y 275 del Código Civil y Comercial, en conjunto con el art. 40 de la ley 24.240 puede considerarse admisible que el autor del dolo sea un tercero al contrato que se celebra (en el caso -por

²³ KRIEGER, W. “Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, "publinotas" y responsabilidad”. El Derecho - Diario, Tomo 296. Cita Digital: ED-II-CMI-710

²⁴ MARTÍNEZ MEDRANO, G. “La regulación (o falta de ella) de la figura de los ‘influencers’ en el derecho argentino y comparado” en Revista de Derecho y Tecnología - El avance de las nuevas tecnologías en el Derecho”, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2023, p. 189.. Cita: 452/2023.

²⁵ CRUZ MATTERI, J. “Influencers y relación de consumo: Su responsabilidad en el Derecho del Consumidor” Publicado en: RDCO 313, 21. Cita: TR LALEY AR/DOC/1072/2022

²⁶ KRIEGER, W.. Ob. cit.

²⁷ MAZZINGHI, J. “Responsabilidad civil del influencer frente al consumidor” Publicado en: LA LEY 09/06/2022, 1 - LA LEY2022-C, 519.

²⁸ QUAGLIA, M. “Realidades de la industria 4.0: vulnerabilidad y publicidad” Publicado en: LA LEY 22/10/2021, 1 - RCCyC 2021 (diciembre), 21

ejemplo- una agencia de publicidad, el hospedador de una página web, un *influencer*, etc.) y que la responsabilidad que se suscite pese sobre toda la cadena de comercialización de dicho bien o servicio en forma objetiva y solidaria.

Ottati Paz²⁹, señala que en base a los arts. 1757 y 1758 ordenamiento sustantivo 40 del consumeril, que establecen la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio de toda la cadena de producción y distribución, la responsabilidad es objetiva por distintas razones: porque en el caso de la empresa anunciante la publicidad conforma la producción, y en el caso de empresas publicitarias e *influencers*, la responsabilidad surge como consecuencia de la introducción en el mercado de un producto viciado y potencialmente nocivo: el anuncio publicitario.

Podemos concluir que al referirnos a la responsabilidad de los *influencers*, no hay una teoría en cuanto a la atribución de la responsabilidad, sino que existe un bagaje variopinto dependiendo el hecho generador del daño. Nos encontramos dentro de un universo heterogéneo -también- incluso en la definición del *influencer*.

Pero en el caso objeto específico de la ponencia, refiriendo en particular a las consecuencias generadas por la realización de publicidad ilícita, entendemos que la responsabilidad del *influencer* resulta ser un factor de atribución objetivo, ya que la publicidad (incluso, bajo la vara del *soft law* descrito en esta ponencia, los parámetros de la ley consumeril y el ordenamiento sustantivo nacional) debe ser transparente, libre de todo ardid y cuando la recomendación dada por el *influencer* está siendo pagada en dinero o especie por la empresa, esto debe ser explicitado por el *influencer*.

Una eventual regulación debería hacer un balance entre el derecho a la información del potencial consumidor y la vorágine de las redes sociales, protegiendo a los consumidores de mensajes publicitarios encubiertos, engañosos o desleales.

²⁹ OTTATI PAZ, J. “El Impacto de las Redes en las Decisiones de las personas. La confianza generada por los influenciadores de internet. En Weingarten, Celia, “La Disrupción digital y sus impactos en el ser humano”. 2023, Rubinzal Culzoni, p. 129.