https://doi.org/10.24215/25916386e166

La publicidad encubierta efectuada por *influencers* en las redes sociales

POR **ELIANA MARIEL FERRERO**(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Relación de consumo y publicidad: significado y regulación normativa en el derecho argentino.- III. El deber de información como principio rector.- IV. Publicidad ilícita: concepto, características y subtipos en el Código Civil y Comercial argentino.- V. La publicidad efectuada por *influencers* en las redes sociales-. VI. Breve conclusión.- VII. Referencias bibliográficas.

Resumen: en la actualidad, resulta habitual que los usuarios de redes sociales se encuentren expuestos a mensajes publicitarios realizados como un "consejo de un/a amigo/a" por parte de los *influencers* de los que sean sus seguidores. En relación con ello, el objetivo central del presente trabajo consiste en desentrañar qué hay detrás de la actividad de los *influencers*. Se ha utilizado una metodología cualitativa y descriptiva, con base en la observación de conductas llevadas a cabo por personajes públicos en la red social Instagram en torno a la difusión de contenidos típicamente publicitarios sin especificar que son tales, a la vez que, se analizó la normativa argentina que resultaría aplicable, al advertir que aún no existen normas jurídicas específicas que regulen las conductas de los *influencers* en las redes sociales.

Palabras claves: sociedad de consumo - Internet - plataformas digitales - anunciantes - usuarios

The covert advertising carried out by influencers on social networks

Abstract: *at present, it is common for users of social networks to be exposed to advertising messages made as "advice from a friend" by the influencers whose followers they are. In relation to this, the central objective of this work is to unravel what is behind the activity of the influencers. A qualitative and descriptive methodology has been used, based on the observation of behaviors carried out by public figures in the*

(*) Abogada, Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam); Maestranda en Derecho Civil (UNLPam). Prof. de Fundamentos de Derecho Privado y Teoría del Acto Jurídico y de Derecho Procesal Civil y Comercial de la carrera de Abogacía, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, (UNLPam). Cumple funciones en la Oficina de Gestión Común- Fuero Civil del Poder Judicial de La Pampa.ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5889-9691

Instagram social network around the dissemination of typically advertising content without specifying that they are such, while analyzing the Argentine regulations that would be applicable, noting that there are still no specific legal regulations that regulate the behavior of influencers on social networks.

Keywords: *Consumer society - Internet - digital platforms - advertisers - users*

I. Introducción

La sociedad de consumo actual se caracteriza por la producción de bienes y servicios a gran escala: no solo de bienes materiales, sino que existe una masiva producción de contenidos audiovisuales, intelectuales, artísticos, culturales, entre otros; todo lo cual, compite para ser vendido en el mercado. A la vez, se promueve la necesidad de consumir a través de prácticas comerciales como las publicidades.

Tradicionalmente, se utilizó a la publicidad como un medio para promocionar los productos industriales, artesanales o culturales, con el exclusivo fin de asegurar su comercialización, esto es, ser adquirido por el último eslabón de la cadena: los consumidores.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías y el uso global de internet, las empresas, los fabricantes y hasta los artistas, promocionan sus productos en la web, ya que tiene evidentes ventajas: se llega a muchas personas, en poco tiempo y a bajo costo. Y, además, se logra persuadir directamente a los "posibles consumidores" en función del tipo de producto de que se trate.

En ese contexto, aparece la publicidad en las plataformas digitales, puntualmente a través de las redes sociales, y con ello, sus promotores: los *influencers*.

De la investigación efectuada, se concluye que los *influencers* se han convertido en "nuevos actores" en la relación de consumo, tal como se desarrollará más adelante.

Se trata de una temática de una innegable actualidad, ya que, cada día los usuarios están expuestos a mensajes publicitarios realizados como un "consejo de amigo" por parte de personajes públicos seguidos en redes sociales, puntualmente Instagram. Tal situación generó en la autora un singular interés en desentrañar qué hay detrás de esas conductas: ¿una contraprestación monetaria o quizás en especie o ambas para el *influencer*?; ¿es una actividad lícita o ilícita?; ¿existe una ley especial que regule su actividad?; ¿existen acciones para hacer cesar la publicidad ilícita?; en caso de daños ¿tienen responsabilidad civil?

Dichos interrogantes fueron el motor de la investigación realizada, para la cual se utilizó una metodología cualitativa y descriptiva, con base en la observación de conductas llevadas a cabo por personajes públicos en la red social Instagram en torno a la difusión de contenidos típicamente publicitarios sin especificar que son tales, a la vez que, se analizó la normativa argentina que resultaría aplicable, al advertir que aún no existen normas jurídicas específicas que regulen las conductas de los *influencers* en las redes sociales.

Así entonces, en el presente trabajo se abordará, inicialmente el significado y regulación normativa en el derecho argentino de la relación de consumo y de la publicidad, así como del deber de información como principio rector; para luego describir a la publicidad ilícita y sus subtipos y finalmente, analizar la publicidad encubierta llevada a cabo por los *influencers* en las redes sociales.

II. Relación de consumo y publicidad: significado y regulación normativa en el derecho argentino

Con la reforma de la Constitución Nacional argentina (en adelante CN) de 1994 se incorporó en el artículo 42 (1) una norma específica sobre el derecho de consumidores y usuarios.

A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante CCiv. y Com.) en 2015, el ordenamiento jurídico argentino ha adoptado un sistema híbrido en la regulación del Derecho del Consumo, por cuanto ha recurrido a una codificación integrada parcial al incorporar algunas normas de consumo en el CCiv. y Com.y a la vez, mantener la vigencia de la ley especial: Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC).

En ese marco regulatorio, el artículo 1 LDC y el artículo 1092 del CCiv. y Com. desarrollan el concepto de consumidor en los siguientes términos: "Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o

(1) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

De su lectura, se puede extraer que el carácter distintivo viene dado cuando alguien adquiera o utilice los bienes o servicios "como *destinatario final*, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Y a la vez, existen sujetos que cumplidas las condiciones que prevé la norma —quien sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella—, son equiparados a un consumidor, ello a fin de ser tutelados bajo este régimen especial.

En cuanto al proveedor, el artículo de la LDC lo caracteriza como "la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios". Por su parte, el artículo 1093 CCiv. y Com. al definir el contrato de consumo, refiere al proveedor como "una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada".

Luego, en torno al concepto de relación de consumo, el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 24.240 preceptúa: "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario". En idéntico sentido, el artículo 1092 primer párrafo del CCiv. y Com. dispone: "relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor".

De tales normas surge que, el CCiv. y Com. adopta un criterio amplio en torno a qué se entiende por relación de consumo a fin de brindar la adecuada protección al consumidor, en todas las fases de su contratación. De hecho, el contrato es solo una especie dentro del género "relación de consumo".

En consecuencia, la publicidad forma parte de la relación de consumo, en tanto es posible ubicarla en la etapa previa como un medio que busca persuadir al consumidor para que adquiera un determinado bien o servicio.

La publicidad ha sido definida en la Directiva del Consejo de Europa (84/450/CEE) como "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones".

Al respecto, célebres juristas argentinos han señalado que "constituye publicidad todo medio de información destinado a permitir a un cliente potencial formarse una opinión sobre los resultados que pueden ser esperados del bien o del servicio que le es propuesto, así como sobre las características de los bienes o servicios ofertados" (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, p. 502).

Y, en torno a los formatos en que se puede llevar a cabo la publicidad, han afirmado que "se extiende al mensaje escrito en la prensa, oral en la radio o aun visual en la televisión. Puede resultar igualmente de información contenida en los documentos comerciales o inscripciones sobre el embalaje de un producto" (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, p. 502). A tal enumeración, puede agregarse el formato que será objeto de análisis en los próximos apartados del presente trabajo, esto es, la publicidad realizada en plataformas digitales y más puntualmente, a través de las redes sociales como Instagram.

La regulación normativa de la publicidad en el régimen jurídico argentino se basa en normas variadas y dispersas, tales como leyes, decretos, resoluciones y disposiciones.

La LDC en el capítulo III referido a "Condiciones de la oferta y venta" se ocupa en su artículo 8 de precisar los efectos de la publicidad: "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". Esta disposición, se encuentra incluida con idéntico contenido en el artículo 1103 del CCiv. y Com. Siguiendo a Lorenzetti (2014), esto significa que:

> Para el Derecho del Consumidor, resulta ser "tan contrato" una cláusula redactada en un instrumento como un comercial de televisión. El consumidor podrá exigir todo lo que se haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato relativo a la adquisición de los bienes o servicios no aparece recogido, generando el incumplimiento, en su caso, responsabilidad contractual. (p. 267)

Es por ello que, si el proveedor agregare una cláusula contractual que desconociera el contenido de la publicidad se trataría de una cláusula ilícita.

Asimismo, la LDC contiene otras normas que obligan a respetar lo ofrecido, por ejemplo, en el artículo 11 al regular la comercialización de cosas muebles no consumibles otorga garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, "cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento".

Luego, el artículo 19 de la LDC, referido a la prestación de servicios, establece que "quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos".

En definitiva, el contenido de la publicidad forma parte del contrato con el consumidor y si ello no se respetara, esto es, si la publicidad expusiere virtudes del producto que son inexistentes, parciales o falsas, se trataría de una publicidad ilícita.

III. El deber de información como principio rector

El deber de información es uno de los pilares fundamentales del derecho del consumidor. Precisamente por ello, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso o fraudulento se configura uno de los subtipos de publicidad ilícita: la publicidad engañosa. Por su importancia, el deber de información se encuentra consagrado en distintas normativas, que iremos revisando en los siguientes párrafos.

A nivel internacional, entre los principios generales de las Directrices para la Protección del Consumidor de Naciones Unidas se enuncia: "El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual" (conf. artículo 5 inc. e). Y luego, entre los Principios para unas buenas prácticas comerciales, se exhorta a las empresas a "facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas (…)" (conf. artículo 11 inc. c).

A nivel nacional, la CN en su artículo 42 dispone: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (…) a una información adecuada y veraz (…)".

Por su parte, el CCiv. y Com. en su artículo 1100 primera parte prescribe: "El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato". La LDC en su artículo 4 contiene una disposición semejante.

En efecto, siguiendo a Tévez (2019):

> La diferencia estructural de poder que existe entre consumidores y proveedores obedece a la desigualdad de la información con la que cuentan. Es claro que el consumidor no tiene el mismo nivel de infor-

> mación que posee el proveedor respecto del objeto del negocio que los vincula. (p. 251)

De allí que, las normas tuitivas del consumidor exigen que se le brinde una información "adecuada y veraz" y en "forma cierta, clara y detallada", en relación con las "características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización".

Esto le permitirá al consumidor elegir libremente si adquiere o no el bien o servicio que le ofrecen, luego de haber formado su propio juicio de valor acerca de las características del producto o servicio.

Además, la información se debe brindar en forma gratuita y con la claridad necesaria que permita su comprensión (conf. artículo 1100 segunda parte del CCiv. y Com. y artículo 4 segunda parte de la LDC). Para ello, deberá tomarse en cuenta las posibilidades de comprensión del consumidor que participa en la relación de consumo y, a su vez, la información deberá ser acorde al tipo de contrato de que se trate.

En la actualidad, se encuentra en trámite parlamentario un anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante Anteproyecto LDC) que ingresó al Senado de la Nación Argentina en fecha 12 de junio de 2019, en el que se regula la obligación de informar con un alcance más amplio que la ley vigente.

Además, en el Anteproyecto LDC:

> Se jerarquiza de manera notable el deber de información, y se lo expande, pues no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre el proveedor y el consumidor. Por ello, en primer término, se garantiza el acceso a la información por parte de los consumidores, siendo los obligados a transmitirla el Estado y los particulares (cada uno de ellos, en su propia situación jurídica y con diversos alcances). En segundo lugar, se regula la "obligación general de informar" a cargo del proveedor. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Ministerio de la Producción y Trabajo, 2019, p. 901)

Asimismo, como novedad el Anteproyecto LDC incluye un artículo que regula el contenido mínimo del deber de información a cargo de los proveedores (conf. artículo 14) y un artículo que prescribe que la sobreinformación tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar (conf. artículo 15).

Por último, en lo que aquí interesa, el Anteproyecto LDC se ocupa de la responsabilidad que genera el incumplimiento del deber de informar, configurando un supuesto de responsabilidad objetiva (conf. artículo 16).

IV. Publicidad ilícita: concepto, características y subtipos en el Código Civil y Comercial argentino

Tal como se explicó al inicio del presente trabajo, resulta habitual que, en una sociedad de mercado, se utilice la publicidad para promocionar productos industriales, artesanales, artísticos o culturales con el objetivo de que sean adquiridos por los consumidores. En esos términos la actividad publicitaria es totalmente lícita.

Sin embargo, existen prácticas tales como exagerar las virtudes de un producto, mencionar bondades inexistentes, inducir a error sobre cualidades esenciales del producto o servicio, entre tantas otras, que pueden teñir de ilicitud a la publicidad.

En efecto, el CCiv. y Com. recepta tres tipos de publicidad ilícita en el artículo 1101:

Publicidad engañosa: prohíbe toda publicidad que "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" (inc. a). Sobre la publicidad engañosa se ha explicado que "constituye una deformación de la publicidad comercial que presenta el producto a vender o el servicio a prestar y que tiene por objeto obtener la adhesión de la clientela mediante un mensaje inexacto o tramposo" (Gullelmotti, 2020).

Luego, en cuanto a los elementos sobre los que debe recaer el error para que la torne ilícita, tal como indica el CCiv. y Com., debe tratarse de elementos esenciales del producto o servicio. Y quizás, sea el Decreto 274/2019 sobre Lealtad Comercial el que da pautas sobre cuáles serían esos elementos cuando entre los actos de competencia desleal menciona los actos de engaño consistentes en "inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios" (artículo 10 inc. a).

El mentado decreto también prohíbe la publicidad engañosa, a la que describe como "la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios" (artículo 11).

En torno a sus implicancias prácticas, la publicidad engañosa lesiona el derecho a la información de los consumidores, en tanto, no cumple con los recaudos constitucionales y legales que exigen que sea adecuada, veraz, cierta, clara, detallada y comprensible. Y, además, se opone a tres principios fundamentales del derecho del consumo como son el equilibrio, veracidad y confianza en la apariencia creada.

Un subtipo de la publicidad engañosa es la que se conoce como *publicidad encubierta*, aquella que "se configura cuando los anuncios se construyen de manera tal que el público no sea consciente de que lo que percibe es una publicidad; generalmente estos anuncios adoptan la apariencia de una entrevista o de una noticia de información general" (Marhaba y Barocelli, 2020, p. 11). Por medio de ella, se ha dicho que:

> Se busca que alguien se refiera a las virtudes o los atributos de una marca o de sus productos o servicios bajo la apariencia de hacerlo de manera imparcial y objetiva y, por lo tanto, de forma más creíble por los consumidores. En efecto, el destinatario percibe el anuncio como información confiable por parte de un tercero, antes que como un anuncio publicitario, de forma tal que es mejor persuadido por aquella o se le da un valor superior al que tendría si conociese su propósito publicitario. (Tato Plaza, 2019, p. 52)

Además, "la publicidad encubierta permite esquivar la saturación publicitaria que padece el usuario en los distintos soportes publicitarios, ya que los mensajes informativos o recreativos generalmente revisten más interés que los de índole publicitaria" (Castelló Martínez y Del Pino Romero, 2015, pp. 21-50).

Es frecuente que, los *influencers* realicen publicidad encubierta en sus redes sociales, logrando un mayor impacto en sus seguidores, de los productos que promocionan. Este tema se abordará en el siguiente apartado.

Publicidad comparativa: se prohíbe toda publicidad que "efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor" (inc. b).

Sobre este tipo de publicidad, explica Lorenzetti (2014) que "la ilicitud radica en no apoyarse en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado" (p. 261).

El Dec. 274/2019 regula la publicidad comparativa como aquella que "aluda explícita o implícitamente a un competidor, o a su marca, o a los productos o servicios ofrecidos por él" (artículo 15). Y a continuación establece una serie de condiciones que de cumplirse en su totalidad será una publicidad permitida, a saber: a) No inducir a error, engaño o confusión, entre el anunciante y un competidor, o entre los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor; b) Comparar bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad, y que dicha comparación se realice en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; c) Su finalidad sea la de informar las ventajas de los bienes o servicios publicitados; d) No desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor; e) No obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor o de las denominaciones de origen de bienes de algún competidor; f) No presentar un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; g) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación solo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

Si no se cumplen tales condiciones, la publicidad será considerada un acto de competencia desleal y se tornara ilícita.

Publicidad abusiva: Se prohíbe toda publicidad que "sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad" (inc. c).

Las publicidades abusivas son "aquellas que se basan e insisten en emociones, motivaciones y sugerencias directas, apelan al vértigo y a la discriminación, a los miedos, creencias, generan o exacerban ansiedades, directamente o través de mecanismos subliminares" (Marhaba y Barocelli, 2020, p. 9).

La discriminación a la que refiere la norma podría vincularse a razones de raza, género, inclinación sexual, condición social, creencias religiosas o políticas, etc.

El Dec. 274/2019 reputa como acto de competencia desleal a los actos discriminatorios (artículo 10 inc. l).

En este caso, se lesiona el derecho al trato digno y equitativo del consumidor consagrado en el artículo 42 CN, el artículo 8 bis de la LDC, los artículos 1097 y 1098 del CCiv. y Com., y en general, los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

Lo expuesto precedentemente, servirá como base teórica y normativa a los fines de analizar el tema central: la licitud o ilicitud de la publicidad llevada a cabo por los *influencers* en las redes sociales.

V. La publicidad efectuada por *influencers* en las redes sociales

La explosión de las redes sociales como un medio en el que se generan y difunden diversidad de contenidos; se crean comunidades de seguidores de determinados artistas; se permite la interacción "virtual" entre personas conocidas o desconocidas entre sí; han atraído a un público masivo que se informa, entretiene y consume lo que se expone a través de ellas.

Por tal razón, desde hace un tiempo, las empresas han añadido a sus formas tradicionales de publicidad en radio, televisión y medios gráficos, la publicidad realizada en redes sociales. Puntualmente, observaremos el caso de Instagram.

El carácter intrusivo y molesto de cierta publicidad —por ejemplo, cuando al abrir una página web o reproducir un video se despliega primero el anuncio publicitario—, hizo que muchos usuarios utilicen programas que las bloquean o bien, lejos de atraerlos a comprar el producto, les genera el efecto contrario, impulsando su rechazo.

De allí que, se comenzó a desarrollar una nueva forma de publicidad a través de personajes conocidos e influyentes en determinadas áreas como: modelos, deportistas, cantantes, actores y aquellos como los *youtubers* que deben su fama exclusivamente a su popularidad en la red social, lo que se manifiesta en el número de seguidores que detentan. A esa nueva forma de publicidad se la conoce como "marketing de influencia" y a sus promotores como *influencers*.

La Fundéu RAE define al *influencer* como:

> Una persona con conocimiento, prestigio y presencia en ámbitos en los que sus opiniones pueden influir en el comportamiento de muchas personas. Y remite al concepto de *Instagramer*, al que caracteriza como un "usuario de la red social Instagram que es captado por marcas comerciales para promocionar productos y servicios a su comunidad de seguidores.

Es justamente, la modalidad de la publicidad llevada a cabo por los *instagramers* la que ha generado los interrogantes disparadores del presente trabajo.

En efecto, la red social Instagram ha adquirido una gran popularidad en los últimos tiempos. Tal es así que, muchas celebridades comparten en sus

historias (2) fotos y videos en los que exponen su vida cotidiana con millones de seguidores. Esa interacción diaria es quizás lo que los "acerca" a sus seguidores y los convierte en personas que influyen en comportamientos de otros.

En otras palabras, podría decirse que los *Instagramers* marcan tendencias de consumo en sus seguidores y lo logran de un modo natural y espontáneo.

Por eso, Nazar Anchorena (2020) ha sostenido que

> Muchas compañías recurren a estas personas para promocionar sus productos, no porque sean expertos en estrategias de marketing, sino porque son de alguna manera "expertos" en la creación de contenidos, dicen cosas que son interesantes para alguien (...) y porque a través de su cercanía e influencia administran o gestionan sus audiencias con eficacia. Humanizan las marcas (...) y lo hacen de manera tal que en cuestión de segundos una historia subida en una red social promocionando un producto puede significar un éxito rotundo en las ventas, o que un nuevo producto sea conocido en el mercado. (p. 3)

De hecho, las empresas seleccionan los personajes que servirán para incidir en la colocación en el mercado de un producto que acaban de lanzar. Dicha selección no es al azar, sino de acuerdo con el público que buscan atraer. Así, por ejemplo, es común ver a modelos o conductoras de televisión promocionando marcas de ropa o de cosmética; en tanto es posible ver a futbolistas o tenistas patrocinados por marcas deportivas como Adidas o Nike.

Con frecuencia, tales personajes recomiendan un producto como si se tratara de un consejo de un amigo, es decir, realizan una publicación resaltando las virtudes de un producto, entremezclado entre historias en las que muestran a sus hijos, perros o la actividad física que realizaron, sin indicar que han sido contratados por la marca. He aquí un caso específico de publicidad encubierta.

En relación con ello, siguiendo a Martínez Otero (2019) se afirma que "no será infrecuente que el consumidor medio encuentre dificultades a la hora de discernir cuándo una publicación del *influencer* obedece a la colaboración con una marca, y cuándo es el resultado de una opinión desinteresada y estrictamente personal" (p. 245).

A partir de lo expuesto, se intentará dar respuesta a los interrogantes planteados.

(2) Contenido que permanece en el perfil del usuario durante 24 horas y luego desaparece.

V.1. Detrás de la actividad de los *instagramers*: ¿hay una contraprestación monetaria o quizás en especie o ambas?

En opinión de la autora, la gran mayoría de las publicaciones —por no decir todas— de los *instagramers* en las que resaltan las virtudes de un producto responden a una contraprestación sea en dinero o en especie.

La contraprestación en especie consiste en la entrega o prestación de un bien o servicio en favor del *instagramer*.

En efecto, es común que al inicio del videíto digan "miren lo que me enviaron los chicos de La Estrella productos de belleza femenina (...)", haciendo alusión a que recibieron la muestra para que se los promocione y quizás también se les efectuó un pago en dinero.

Al respecto, sostiene Gómez Nieto (2018) que

> *Youtubers*, *instagramers*, blogueros, comentaristas en Facebook o Twitter con muchos seguidores, mencionan y usan en muchos casos a marcas y productos por encargo de las marcas a cambio de una contraprestación económica, aunque en ningún momento desvelan que su prescripción no es un mero consejo basado en sus gustos y preferencias, sino que tiene detrás un interés económico. (pp. 149-156)

En definitiva, cada *instagramer* negociará su precio o condiciones, seguramente en función de su popularidad y nivel de impacto en su público.

Sin lugar a dudas, hacer que el anuncio publicitario pase como un consejo o sugerencia personal, es otra de las estrategias de marketing de las empresas, por ello se analizará a continuación hasta qué punto es lícito.

V.2. ¿Es una actividad lícita o ilícita?; ¿existe una ley especial que regule su actividad?

En el régimen jurídico argentino, no existe una ley especial sobre publicidad, y mucho menos, una que regule la actividad de los *influencers* en las redes sociales.

Tal como se expuso anteriormente, en términos generales, la publicidad debe respetar los parámetros establecidos por la CN, el CCiv. y Com., la LDC y el Dec. 274/2019. Ello sin perjuicio de que, para alguna actividad se fijen otros requisitos en leyes especiales, como ocurre con la ley 26.522 para la publicidad realizada a través de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Vale decir que, en el Anteproyecto LDC, hasta el momento —dado que aún se encuentra en trámite legislativo, donde podrían proponerse reformas al texto original—, nada dice acerca de la actividad de los *influencers*. Pese a ello, es posible destacar que contiene una sección que se ocupa de las "prácticas abusivas" entre las cuales menciona la siguiente: "Desplegar una conducta engañosa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta las características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una contratación que no hubiera realizado o que hubiera efectuado en mejores condiciones (conf. artículo 22 inc. 7 Anteproyecto LDC)".

A continuación, se prevén las responsabilidades y sanciones derivadas de la realización de prácticas abusivas, entre las que se menciona la tutela preventiva y resarcitoria en contra del proveedor, más la posibilidad de aplicar una sanción punitiva. La responsabilidad será solidaria y no excluye la aplicación de otras sanciones administrativas (conf. artículo 27 Anteproyecto LDC).

También el Anteproyecto LDC incorpora una protección antecontractual de los consumidores, quienes tendrán derecho a la protección de sus intereses económicos, a la seguridad, al trato equitativo y digno, y a la información. Los proveedores serán responsables frente al consumidor por la violación de estos derechos y los daños que generen (conf. artículo 40 Anteproyecto LDC); en tal caso el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas (conf. artículo 41 Anteproyecto LDC).

En lo que aquí interesa, regula puntualmente el "valor contractual de la publicidad" en los siguientes términos: "Las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad, son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado. La regla anterior no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor. La contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato, se resolverá en el sentido más favorable al consumidor (conf. artículo 44 Anteproyecto LDC)".

Es decir que, no queda margen a duda de que la publicidad integra el contrato de consumo y su contenido resulta obligatorio para el proveedor.

Y por fin, regula a la publicidad abusiva de modo concordante y complementario a lo establecido en el CCiv. y Com. al preceptuar: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1101 inciso c) del Código Civil y Comercial, se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales (conf. artículo 45 Anteproyecto LDC)".

En consecuencia, si bien el Anteproyecto LDC no se ocupa puntualmente de la actividad de los *influencers*, en el caso de que llevaren a cabo una publicidad abusiva, les resultará aplicable la normativa antes descripta, ello si la misma logra ser promulgada y entrare en vigencia. En tal sentido, considera la autora que dicho Anteproyecto resulta un gran avance en relación con la LDC actualmente vigente y resulta coherente con lo reglado por el CCiv. y Com.

Por otro lado, en fecha 30 de junio de 2020, ingresó en el Senado de la Nación Argentina un Anteproyecto de ley que tiene por objeto regular la actividad de los *influencers* en cuanto realizan servicios publicitarios digitales; sus derechos y obligaciones y el régimen sancionador aplicable. En lo que aquí interesa, el anteproyecto considera como publicidad digital a las prácticas de comunicación realizadas por el influenciador que consistan en: "a) Unboxings: La misma consiste en que los influenciadores compartan en redes sociales el proceso de desempaquetar y/o revelar productos, servicios y/o experiencias que ofrezcan la marca/anunciante. b) Sorteos o *giveaways*: Consiste en que los influenciadores realicen sorteos entre sus seguidores que involucre los productos, servicios o marcas de anunciantes. c) Fotos: Consiste en mostrar con relevancia, describir o etiquetar una marca en fotos subidas a las redes sociales por los influenciadores. d) Videos: Consiste en que influenciadores suban a las redes sociales imágenes en video dentro de los cuales se exalte la presencia de una marca o se la etiquete. e) Toda otra forma de anuncio o promoción viabilizada a través de redes sociales que en el futuro pueda crearse, siempre que para su ejecución exista una contraprestación entre el influenciador y el anunciante (conf. artículo 5º)".

Seguidamente, exige entre los requisitos de toda publicidad digital realizada por *influencers* en las redes sociales: "a) Si obtiene algún redito económico por esa publicación, debe comunicar de manera clara y visible que se trata de una publicidad digital y debe incluir una etiqueta que especifique esa situación con la siguiente leyenda: #PublicacionPaga b) Mencionar claramente la persona física o jurídica anunciante o beneficiario de la publicidad digital. c) Identificar de manera clara todas las comunicaciones publicitarias digitales de productos que sean inconvenientes para niños, niñas y adolescentes (conf. artículo 7º)".

También les impone la obligación de "especificar con claridad en los contratos la naturaleza publicitaria del contenido que publican" (conf. artículo 8 inc. a) y para el caso de que se trate de una actividad remunerada con un monto en dinero, los *influencers* "deberán estar inscriptos en la AFIP como trabajador autónomo en condición de monotributista o de responsables inscriptos (conf. artículo 9)".

Por último, se establecen como sanciones: "a) Apercibimiento. b) Retiro del anuncio de la red social o cualquier otro medio digital de que se trate, pudiendo para ello la Autoridad de Aplicación requerirlo judicialmente. c) Rectificación de

las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. d) Multas por un valor equivalente a entre 10 y 1000 salarios mínimos vital y móvil (conf. artículo 12)".

A criterio de la autora, el contenido de dicho anteproyecto es muy acotado y requiere ser perfeccionado en el debate parlamentario. Sin perjuicio de ello, resulta plausible que se comience a debatir la regulación normativa de la actividad de unos personajes que tienen y tendrán cada vez mayor incidencia en las decisiones de consumo de un amplio sector de la sociedad (los usuarios de redes sociales).

Finalmente, en respuesta al interrogante disparador de este acápite se afirmará a modo de opinión que, la publicidad llevada a cabo por los *Instagramers* es un caso de publicidad encubierta, es decir, un subtipo de la publicidad engañosa, y, por lo tanto, prohibida en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, si indicaran en sus publicaciones que están siendo "patrocinados" por una marca o son sus anunciantes publicitarios, la situación cambiaría rotundamente, tornándose lícita.

V.3. ¿Existen acciones para hacer cesar la publicidad ilícita?

El CCiv. y Com. reconoce acciones judiciales en favor de los consumidores afectados o de quienes se encuentren legalmente legitimados —*ej.:* asociaciones de defensa de consumidores—, tanto para hacer cesar la publicidad ilícita (en carácter preventivo) como para que se publiquen anuncios rectificatorios y, en su caso, la sentencia condenatoria (conf. artículo 1102).

Por su parte, la LDC también reconoce a los consumidores o usuarios la posibilidad de iniciar acciones judiciales "cuando sus intereses resulten afectados o amenazados". La legitimación activa "corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal" (conf. artículo 52).

En tanto, el decreto 274/2019 le otorga al afectado las siguientes acciones: 1) Acción de cese del acto, o de prohibición del mismo; 2) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia; 3) Medidas cautelares. Asimismo, prevé que "podrán ser ejercitadas por los afectados sin necesidad de instar previamente el procedimiento administrativo" (conf. artículo 61).

También la autoridad de aplicación podrá actuar de oficio o a pedido de parte —a través de denuncia por cualquier persona humana o jurídica, pública o privada— y aplicar sanciones a quienes incurran en actos de competencia desleal.

Puede aplicarle apercibimiento, multa, clausura del establecimiento, etc. (conf. artículos 30 a 60 dec. 274/2019).

Vale decir que, para denunciar este tipo de publicidad "no es necesario que se produzca un daño ni que el consumidor haya adquirido el producto. Esto se funda en la función preventiva de la responsabilidad civil" (Marhaba y Barocelli, 2020, p. 11), la cual se encuentra receptada en el CCiv. y Com.

V.4. En caso de daños ¿tienen responsabilidad civil?

A criterio de la autora, si algún consumidor demandara y acreditara el daño que le ha ocasionado un producto publicitado por *influencers*, el cual no cumplió con las virtudes que se le asignaban, entonces, además de la empresa fabricante, deberían tener que responder. Se aclara que, aún no existe jurisprudencia en tal sentido.

En tal caso, resultaría aplicable el régimen general de la responsabilidad civil del CCiv. y Com. y el especial que surge de la LDC.

En particular, el artículo 40 LDC dispone "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio". Por supuesto que, dado que la LDC se sancionó en el año 1993 y ese artículo se reformó en 1998, no enumera a los *influencers*. Sin embargo, si se acreditara el grado de incidencia que tuvo la publicidad del *influencers* en la adquisición del producto por parte del consumidor, deberían responder de modo solidario, y podrán liberarse total o parcialmente si demuestran que la causa del daño le ha sido ajena.

Por último, una peculiaridad de la LDC es que recepta el daño punitivo en su artículo 52 bis, en función del cual "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

VI. Breve conclusión

De lo expuesto, se concluye que, la actividad publicitaria encubierta que despliegan los *influencers* en sus propias cuentas de redes sociales los convierte en nuevos actores en las relaciones de consumo, en tanto promueven comportamientos de consumo de manera casi permanente y reciben una contraprestación por hacerlo.

Dicha actividad la despliegan en connivencia con la empresa fabricante del producto o servicio que publicitan, de tal modo que, de ocasionarse daños en los consumidores por haber afirmado virtudes inexistentes, ambos deberían responder de modo solidario.

Sin perjuicio de ello, existe un modo para que los *influencers* puedan eximirse de responsabilidad y consiste en dar a conocer que están contratados por la marca para promocionar su producto o servicio. Es decir, indicar que se trata de un anuncio publicitario.

Cierto es que, el vacío legal existente en Argentina —como en la mayoría de los países— genera el espacio propicio para que se desplieguen conductas que pueden tildarse de ilícitas. Por lo que, cada día se torna más necesario regular muchas de las actividades que se despliegan a través de internet, entre ellas estas nuevas formas de hacer publicidad a través de *influencers*.

Mientras tanto, jueces y juezas deberán elaborar soluciones justas a partir de una interpretación coherente y sistemática de todas las normas imperantes en el ordenamiento jurídico argentino.

Por último, sería fundamental que los *influencers* cumplan con la normativa general vigente a fin de evitar que a través de prácticas ilegítimas perjudiquen a sus competidores o que se genere una cruel batalla para captar clientes que, indefectiblemente, tendrá como rehenes a los consumidores.

VII. Referencias

Castelló Martínez, A. y Del Pino Romero, C. (2015). La comunicación publicitaria con influencers. *Redmarka UIMA*, Universidad de A. Coruña, (1, [14], Año VIII, pp. 21-50). https://doi.org/10.17979/redma.2015.01.014.4880

Fundación del Español Urgente – Real Academia Española (Fundéu RAE). *Primer Glosario de Comunicación Estratégica en español.* https://fundeu.es/wp-content/uploads/2018/02/Glosario-de-Comunicaci%C3%B3n-Estrat%C3%A9gica-Fund%C3%A9u.pdf [Fecha de consulta: 18/03/2021].

Gómez Nieto, B. (2018). El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. *Methaodos Revista de ciencias sociales*, (6, [1]: pp. 149-156). http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212

Gullelmotti, G. (2020). *Información y publicidad. El caso "Nuskin".* Thomson Reuters-La Ley; cita online: AR/DOC/2087/2020.

Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015*). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* Infojus (tomo III).

Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* Rubinzal-Culzoni Editores (tomo VI).

Marhaba, D. y Barocelli, S. (2020). *Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores.* Thomson Reuters-La Ley, cita online: AR/DOC/1926/2020.

Martínez Otero, J. (2019). Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de Internet. *Revista de Derecho Mercantil* (Nº 314, pp. 223-264). https://www.academia.edu/41966096/Nuevas_formas_de_publicidad_encubierta_en_las_plataformas_digitales_de_Internet

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Ministerio de la Producción y Trabajo (2019). *Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC. Thomson Reuters-La Ley, 901, cita online: AR/DOC/677/2019

Nazar Anchorena, M. (2020). La publicidad y el marketing digital a través de *influencers*: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley. *Diario La Ley*. Thomson Reuters-La Ley, cita online: AR/DOC/2675/2020.

Tato Plaza, A. (2019). Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*). *Revista de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters-La Ley, nro. 311.

Tévez, A. (2019). *El deber de información en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC. Thomson Reuters-La Ley, cita on line: AR/DOC/610/2019

Normativa consultada

Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.

Directiva del Consejo de Europa 84/450/CEE.

Constitución de la Nación Argentina.

Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/10/2014.

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/09/1993.

Decreto 274/2019 sobre Lealtad Comercial, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/04/2019.

Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, ingresó al Senado de la Nación Argentina en fecha 12 de junio de 2019.

Anteproyecto Régimen Legal para Influenciadores o *Influencers*, ingresó al Senado de la Nación Argentina en fecha 30 de junio de 2020.

Fecha de recepción: 30-03-2023 Fecha de aceptación: 27-10-2023