



FACULTADE DE DEREITO

LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA A TRAVÉS DE *INFLUENCERS*

TFG presentado por Sara Tato Sánchez

Curso académico 2018/2019

Tutor: Prof. Dr. Ángel García Vidal

I.INTRODUCCIÓN	Pág. 5
II.LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA	Pág. 7
1. CONCEPTO	Pág. 7
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA	Pág. 8
3. RÉGIMEN JURÍDICO	Pág. 9
4. CARACTERÍSTICAS	Pág. 11
4.1. Propósito publicitario o comercial	Pág. 11
4.2. Apta para inducir a error al consumidor común en torno a su naturaleza o finalidad publicitaria y ausencia de elementos identificadores suficientes	Pág. 12
4.3. Susceptible de influir, modificar el comportamiento económico de los consumidores	Pág. 12
5. DIFERENCIAS ENTRE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y OTRAS FIGURAS	Pág. 13
5.1. La publicidad encubierta y la publicidad subliminal	Pág. 13
5.2. La publicidad encubierta y la publicidad indirecta	Pág. 13
6. LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y EL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO (<i>PRODUCT PLACEMENT</i>)	Pág. 14
7. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA	Pág. 16
III.LA PUBLICIDAD CON INFLUENCERS	Pág. 17
1. CONCEPTO DE <i>INFLUENCER</i>. EL MARKETING DE INFLUENCIA. TIPOS DE PUBLICACIONES	Pág. 17
1.1. Concepto de <i>influencer</i>. El marketing de influencia	Pág. 17
1.2. Tipos de publicaciones	Pág. 19
2. EVOLUCIÓN	Pág. 21

3. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE <i>INFLUENCERS</i> Y PUBLICIDAD NATIVA.....	Pág. 22
4. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE <i>INFLUENCERS</i> Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	Pág. 23
4.1. Características del contrato publicitario con <i>influencers</i>.....	Pág. 23
4.2. Presupuestos de la publicidad encubierta a través de <i>influencers</i>.....	Pág. 28
4.2.1. Finalidad publicitaria o comercial del mensaje.....	Pág. 29
4.2.2. Identificabilidad de la naturaleza publicitaria del mensaje.....	Pág. 30
4.2.3. Advertencia explícita sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.....	Pág. 31
5. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE <i>INFLUENCERS</i> Y PUBLICIDAD TESTIMONIAL.....	Pág. 35
6. PROBLEMÁTICA LEGAL SEGÚN EL TIPO DE PUBLICACIÓN.....	Pág. 36
7. LEGITIMACIÓN PASIVA.....	Pág. 41
IV.CONCLUSIONES.....	Pág. 42
V.BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 44

RESUMEN: en una sociedad en constante innovación, el mundo publicitario evoluciona de manera paralela. De esta manera, surgen constantemente nuevos tipos y medios publicitarios adaptados a la nueva realidad. Uno de ellos es la publicidad a través de *influencers*, profesionales de las redes sociales que, a través de sus perfiles en estas, dirigen campañas publicitarias a miles de usuarios. Sin embargo, lo que de primeras pudiera parecer una actividad lícita y un medio publicitario más, acaba fusionándose con la figura de la publicidad encubierta, derivando en el engaño de todos aquellos consumidores que reciben el mensaje del *influencer* y que confían en que dicho mensaje es la verdadera opinión personal y subjetiva del personaje en cuestión y no una campaña publicitaria pagada por una empresa.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la publicidad. Competencia desleal. Publicidad encubierta. *Influencers*.

LINTRODUCCIÓN

La publicidad, entendida en un sentido tradicional, puede ser directamente identificada con aquella que encontramos en medios impresos (periódicos y revistas), en el cine, en la radio y, principalmente, en la televisión. Sin embargo, esta realidad, este sistema tradicional, ha dado un giro radical con la vertiginosa evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Surge así lo que conocemos como publicidad digital, difundida y consumida en su mayoría a través de Internet ¹.

A esta evolución en la publicidad, le sigue también un cambio en el comportamiento de los consumidores ante la misma. Se puede decir que nos encontramos ante una ‘saturación’ de medios de comunicación, acumulándose a los medios tradicionales aquellos más novedosos, lo que conlleva, implícitamente, una saturación de publicidad que los consumidores perciben, y ahora cada vez más, de forma negativa. Supone esto, por tanto, una pérdida de impacto de los anuncios en el comportamiento económico de aquellos. Surge, de esta manera, un nuevo modelo publicitario cuyo objetivo es ‘captar la atención del usuario y que este perciba de manera más positiva el mensaje publicitario’².

Todo esto ha derivado en la necesidad, por parte de los anunciantes, de buscar nuevos medios de difusión de los anuncios, nuevas modalidades publicitarias, intentando que estos se integren dentro de otros contenidos de carácter diverso, para que el nivel de rechazo del consumidor ante estos mensajes sea menor³.

Esta necesidad de innovación ha conllevado la aparición de un nuevo tipo de publicidad: la publicidad encubierta, pudiendo ser definida como aquella ‘que surge precisamente cuando el público no es consciente de que una determinada manifestación

¹ ‘Publicidad Tradicional vs Publicidad Digital’, <https://www.seosve.com/publicidad-tradicional-vs-publicidad-digital/> (consultada por última vez el 17.03.2019).

² UNZUÉ ROSSI, J., ‘Publicidad nativa mediante *influencers*’, en TATO PLAZA, A. / COSTAS COMESAÑA, J. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / TORRES PÉREZ, F. J (dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, Comares, Granada, 2017, págs. 207 y ss. (205).

³ ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., ‘La publicidad encubierta’, *Anales de derecho: Colección Huarte San Juan*, nº5, 2004, págs. 263 y ss. (283).

constituye una actividad publicitaria'⁴. Sin embargo, este nuevo tipo de práctica, es de dudosa legalidad, algo que estudiaremos posteriormente en este trabajo.

Sin duda, uno de los medios en los que nos encontramos más manifestaciones de publicidad encubierta es Internet (siendo el uso de este cada vez mayor, estimándose que, en 2017, en nuestro país, cerca de 29 millones de personas son usuarios frecuentes)⁵. Si bien, el modo de uso de Internet ha ido variando a lo largo de los años, encontrándonos hoy en día con una práctica relativamente reciente y cada vez más extendida: la búsqueda de información sobre bienes y servicios (con intención de compra). Esto, unido al imparable desarrollo de las redes sociales (participando en ellas el 67,6% de los usuarios), ha supuesto, como ya adelantaba antes, una opción verdaderamente atractiva a la hora de introducir anuncios publicitarios por esta vía⁶.

Dentro de este marco de publicidad a través de Internet, es usual el empleo de personajes públicos (actores y actrices, cantantes, futbolistas y un largo etcétera) en los anuncios, para llegar de manera más efectiva a los consumidores. Pues bien, estos últimos tienden a idealizar a los personajes famosos, resultando más atractiva y posible la compra del producto que si este fuera promocionado por una persona anónima.

A este empleo de celebridades en la publicidad, se ha ido añadiendo, además, en los últimos años (y como consecuencia del ya mencionado auge de las redes sociales), la utilización de personas anónimas -o al menos anónimas fuera del mundo de Instagram, Youtube o Twitter- de gran popularidad en estas plataformas que gozan por ello de una gran capacidad para determinar e influir en el comportamiento económico de los consumidores. Son los llamados *influencers*⁷.

⁴ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., 'Estudios de derecho de la publicidad. Homenaje da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa', *Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago, 1989, págs. 183 y ss. (187).

⁵ Dato publicado en el Informe de la Sociedad Digital en España 2017 de Fundación Telefónica: <https://www.fundaciontelefonica.com/artes/cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/625/> (consultada por última vez el 31.03.2019).

⁶ OTERO COBOS, M^a. T., 'El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?', *Derecho mercantil y tecnología*, 2018, págs. 809 y ss. (810).

⁷ OTERO COBOS, M^a. T., 'El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?', cit. pág. 819.

Se canalizan así, a través de ellos, una ingente cantidad de campañas publicitarias que ‘bombardean’ a los usuarios de las redes sociales cada vez que entran en ellas. Sin embargo, en ocasiones, estos no perciben que se trata de un anuncio, de una campaña, sino que a veces el contenido y propósito publicitario está tan integrado en la publicación que el consumidor-usuario no es capaz de diferenciar si se trata de una verdadera opinión subjetiva del *influencer* o de un anuncio pagado por el titular de la marca en cuestión.

Nos encontramos así, ante la problemática, cada vez mayor, de la publicidad encubierta a través de los *influencers*. Precisamente este será el objeto del trabajo, haciendo previamente un análisis relativamente minucioso de la figura de la publicidad encubierta y poniendo posteriormente esta en relación con las campañas publicitarias realizadas por *influencers* a través de las distintas redes sociales.

II. LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

1. CONCEPTO

La publicidad encubierta es aquella que no es susceptible de ser identificada por el común de los consumidores. Esto es, los consumidores no son capaces de percibir la naturaleza publicitaria del mensaje, atentando, pues, contra el principio de autenticidad, que establece que ‘toda información comercial debe ser fácilmente reconocida como tal por el consumidor’⁸. Dicho esto, es necesario destacar que, pese a que en un primer momento esto pudiera parecer algo totalmente secundario y sin mayor relevancia, en verdad sí la tiene, puesto que el comportamiento económico de los consumidores se ve totalmente modificado al no advertir dicha naturaleza. Esto es así puesto que, al identificar el contenido como de mera naturaleza informativa, periodística, propia de las opiniones subjetivas, las personas le atribuyen un mayor ‘nivel de credibilidad y objetividad’⁹.

⁸ RODRÍGUEZ DÍAZ, C., ‘¿Publicidad o publicidad encubierta?’, 18.10.2016 <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/publicidad-o-publicidad-encubierta> (consultada por última vez el 17.03.2019).

⁹ TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’ en TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, págs. 130 y ss. (131).

La publicidad encubierta tiene distintas manifestaciones, presentándose de distintas maneras al consumidor. Por una parte, nos podemos encontrar ante un caso de publicidad encubierta por la forma del mensaje, por la presentación como expresión. Sin embargo, por otra parte, también puede manifestarse a través de la difusión del mensaje, de la propia inserción del mensaje¹⁰.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Como ya bien había adelantado en la *Introducción*, la saturación de medios de comunicación ha conllevado una paralela saturación de anuncios con su correspondiente pérdida de influencia en el consumidor.

Esto deriva, por tanto, en la necesidad por parte de las empresas de innovar a la hora de presentar sus anuncios al público.

Así, originariamente, se han ido introduciendo manifestaciones de publicidad encubierta en medios tradicionales como la televisión o los periódicos. Concretamente en televisión, es usual encontrarnos con bloques publicitarios entre programa y programa que, dada la saturación ya mencionada, reciben un impacto negativo por parte del espectador-consumidor, aprovechando estos momentos para hacer otras cosas o cambiar de canal. De esta manera, las empresas se han ido viendo impulsadas a innovar a la hora de introducir la publicidad en este medio, siendo una opción bastante común el insertarla integrada dentro de programas televisivos, de manera que el consumidor percibe el mensaje publicitario como fusionado dentro de otros de carácter meramente informativo y su nivel de rechazo es menor. Lo mismo ocurre en revistas y periódicos, habiendo ido ganando cada vez mayor importancia los conocidos como publirreportajes.

Sin embargo, el ansia por difuminar los límites de lo que es el mensaje publicitario ha conllevado, en muchos casos, en la práctica, el calificar este como publicidad encubierta al no ser perceptible directamente como publicidad por parte del consumidor y al proporcionar, de esta manera, al medio de difusión, una ventaja indebida frente a sus competidores¹¹.

¹⁰ ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., 'La publicidad encubierta', cit. pág. 280.

¹¹ TOBÍO RIVAS, A. M^a, 'Competencia desleal y publicidad encubierta, recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea' en SERRANO CAÑAS, J. M. / CASADO NAVARRO, A. /

Este problema, como también adelantaba en la *Introducción*, se ha visto especialmente agravado con el auge de Internet, produciéndose en la actualidad manifestaciones de publicidad encubierta no tanto en un contexto informativo, sino ‘a través de distintos medios y técnicas de comunicación’¹².

3. RÉGIMEN JURÍDICO

La publicidad encubierta cuenta con un variado régimen jurídico de origen tanto nacional como de la Unión Europea.

Se parte así, en derecho español, de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991¹³ tras la reforma operada por la Ley 29/2009¹⁴, así como de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988¹⁵, haciendo necesaria mención también a la Ley 7/2010, de 32 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA)¹⁶.

En el ámbito europeo, nos encontramos importantes Directivas en la materia, entre las que destacamos la Directiva 2010/13/UE (DSCA)¹⁷, con su respectiva Propuesta de modificación.

Antes de nada, es necesario hacer una referencia al artículo 2 de la Ley General de Publicidad (en adelante LGP), en el cual se fija la definición de publicidad como ‘toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones’, interesándonos en el tema a tratar, el aspecto relativo a la promoción indirecta.

MIRANDA SERRANO, L. M^a (dir.) / COSTAS COMESAÑA, J. (dir.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 63 y ss. (64).

¹² TOBÍO RIVAS, A. M^a., ‘Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos...’, cit. pág. 64.

¹³ BOE núm. 10, de 11.01.1991.

¹⁴ BOE núm. 315, de 31.12.2009.

¹⁵ BOE núm. 274, de 15.11.1988.

¹⁶ BOE núm. 79, de 01.04.2010.

¹⁷ DOUE núm. 95, de 15.04.2010.

La publicidad engañosa es tipificada por la Ley de Competencia Desleal como una práctica comercial engañosa desde una doble perspectiva: como un acto de engaño y una omisión engañosa¹⁸.

En primer lugar, es considerada como un acto de engaño en virtud del artículo 5.1 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) el cual establece que: ‘se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico’ precisando en el apartado d) de este mismo artículo el aspecto que induce a error que nos interesa que es ‘los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato’.

En segundo lugar, podemos caracterizar la publicidad encubierta como una omisión engañosa en virtud del artículo 7.1 LCD que establece que ‘se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto’.

Por otra parte, el artículo 26 de esta misma ley tipifica de manera concreta un supuesto de publicidad encubierta en el que se considera desleal el introducir mensajes publicitarios dentro de un contexto informativo, ‘sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario’.

Por su parte, la Ley General de Publicidad establece en su artículo 9 la obligación de ‘deslindar’ los mensajes meramente informativos de aquellos que se emiten con intención publicitaria, teniendo los anunciantes que indicar de manera clara este carácter publicitario. Esta misma ley tipifica, a su vez, la publicidad encubierta como publicidad ilícita en su artículo 3 e).

¹⁸ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’, cit. pág. 131.

Ya dentro del ámbito de derecho de la Unión Europea, nos encontramos con varias Directivas que hacen referencia a la materia a tratar entre las que destacaremos la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual, en cuyo artículo 1.1 j) se define el concepto de ‘comunicación comercial audiovisual encubierta’, prohibiendo expresamente este tipo de publicidad en su artículo 9 en relación con el artículo 1, que impone la separación entre programación televisiva y publicidad.

Por último, es necesario hacer una mínima referencia a la transposición de esta Directiva en nuestro derecho a través de la Ley 7/2010, de 32 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que repite con un poco más de detalle lo establecido en la normativa europea.

4. CARACTERÍSTICAS

4.1. Propósito publicitario o comercial

La principal prueba de que un determinado mensaje es de carácter publicitario es que haya habido una contraprestación económica por parte del comerciante al medio difusor del anuncio¹⁹. De esta manera, probada la existencia de una contraprestación, queda probado también el propósito publicitario o comercial del mensaje.

Sin embargo, esta regla no funciona a la inversa. De esta manera, pese a encontrarnos con un mensaje que aparentemente el medio informativo ha difundido sin recibir ningún tipo de contraprestación a cambio, esto no es de por sí determinante para excluir el propósito publicitario o comercial de aquel. Al respecto haremos referencia posteriormente a la STJUE *Alter Channel*, que descarta que la contraprestación económica sea un elemento esencial para poder considerar un mensaje como publicidad y que analizaremos con más profundidad posteriormente.

En este sentido se pronunciaba también la doctrina pionera del tema a tratar. FERNÁNDEZ-NÓVOA hablaba de que el hecho de exigir una contraprestación para poder hablar de publicidad encubierta complicaría mucho la calificación de un mensaje como tal, puesto que, en la práctica, en ocasiones, resulta muy complejo determinar si ha habido una retribución o no. Es más, la empresa periodística pudo no haber percibido

¹⁹ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’, cit. pág. 134.

contraprestación económica alguna, habiendo actuado, por tanto, por ‘simpatía hacia la empresa beneficiaria, o incluso por mera antipatía hacia sus competidores’²⁰.

Por ello, ante la ausencia de esta contraprestación, habrá que atender a otros indicios, como el contenido o la localización del mensaje, para poder determinar si el mensaje es de carácter publicitario o meramente informativo²¹.

4.2. Apta para inducir a error al consumidor común en torno a su naturaleza o finalidad publicitaria y ausencia de elementos identificadores suficientes

En este caso nos encontramos con dos presupuestos acumulativos.

En primer lugar, nos encontramos con que el mensaje en si mismo, ya sea por su propia naturaleza, contenido o finalidad, es susceptible de inducir a error al consumidor medio sobre su naturaleza publicitaria, quien usualmente no la identificará, limitándose a considerar el mensaje como meramente informativo. No es necesario, en verdad, que se produzca un engaño efectivo, simplemente, que exista el riesgo de que este se produzca²².

Por otra parte, si efectivamente es posible que se produzca este error, es necesario que no se hayan introducido elementos que permitan identificar de manera clara que se trata de un contenido publicitario. Así, nos encontramos con que, aunque por el propio contenido y forma del mensaje, este pudiera parecer meramente informativo, si en él se contienen advertencias de su carácter publicitario, no nos encontraremos ante un supuesto de publicidad encubierta.

4.3. Susceptible de influir, modificar el comportamiento económico de los consumidores

Para poder encontrarnos ante un supuesto de publicidad ilícita por publicidad encubierta, es necesario que este mensaje, además de no ser identificable por los consumidores como publicidad como acabamos de mencionar, tenga la capacidad suficiente para poder influir en el comportamiento de los consumidores. Esto es, por mucho que un mensaje publicitario se vea camuflado en una apariencia meramente

²⁰ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., ‘Estudios de derecho de la publicidad. Homenaje...’, cit. págs. 183 y ss.

²¹ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’, cit. pág. 134.

²² TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’, cit. pág. 134.

informativa, si este no tiene el suficiente impacto como para llegar al destinatario-consumidor y modificar su comportamiento a la hora de consumir, no será considerado ilícito.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y OTRAS FIGURAS

5.1. La publicidad encubierta y la publicidad subliminal

La publicidad subliminal aparece definida en el artículo 4 LGP y es aquella que se difunde a través de imágenes, sonidos, vídeos, pasando totalmente desapercibida de la percepción consciente de la persona, incidiendo, pues, en ella a través de su subconsciente. Con otras palabras, y tal y como establece la ley, es ‘la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida’.

De esta manera, ya de la propia definición se extrae la principal diferencia, y la única que destacaremos, respecto a la publicidad encubierta, y es que esta última sí es percibida conscientemente por el consumidor, quien puede no identificar el contenido publicitario, pero sí el mensaje que se difunde.

5.2. La publicidad encubierta y la publicidad indirecta

La publicidad indirecta es aquella que promueve el consumo de determinados productos o servicios sin identificarlos de manera clara, pero utilizando signos distintivos que el consumidor común relaciona con aquellos²³.

Por ello, al igual que en la distinción anterior, de esto se extrae la principal divergencia con la publicidad encubierta, en la cual el producto o servicio sí aparece claramente identificado aunque el consumidor no perciba tal identificación como de contenido promocional o publicitario.

²³ OTERO COBOS, M^a. T., ‘El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?’, cit. pág. 823.

6. LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y EL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO (PRODUCT PLACEMENT)

Frente a los tradicionales *spots* publicitarios, como ya adelantábamos antes, se han ido introduciendo nuevas formas de publicidad en televisión para adaptarse a la demanda del consumidor. Ejemplos de estas innovaciones son las sobreimpresiones publicitarias (la repetición constante de una determinada marca o producto), las ‘cortinillas con *morphing*’ (cuando en el momento previo a un determinado programa televisivo nos encontramos con la imagen del logotipo de la cadena de televisión seguida de una marca de un determinado producto o servicio) o los ‘infocomerciales’²⁴. Estas nuevas modalidades son conocidas como *product placement* o emplazamiento de producto.

Para analizar el concepto de *product placement* partimos de la Directiva 2018/1808/UE²⁵ que nos lo define como: ‘toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa o en un vídeo generado por usuarios, a cambio de una remuneración o contraprestación similar’.

En otras palabras, el emplazamiento de producto se da cuando en programas, películas o series, se hace referencia a un producto o servicio, a su marca o sus elementos distintivos.

La principal normativa en materia de emplazamiento de producto es de origen comunitario, partiendo de la Directiva del Consejo, de 3 de octubre de 1989 (‘Primera Directiva de Televisión sin Fronteras’)²⁶ hasta la actual Directiva 2018/1808/UE. Consecuentemente, nos encontramos también con normativa nacional como resultado de la trasposición de las Directivas, que en España es la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA).

El emplazamiento de producto aparece recogido en el artículo 17 de la LGCA, el cual no tipifica esta figura como un supuesto de publicidad ilícita. Por ello, se entiende que en

²⁴ ARIAS MÁIZ, V., ‘Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011 (Caso ‘Alter Channel’)', *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 66, 2012, págs. 169 y ss. (171).

²⁵ DOUE núm. 303, de 28.11.2018.

²⁶ DOUE núm. L 298, de 17.10.1989.

nuestro ordenamiento el *product placement* está permitido pero con ciertas restricciones que aparecen en el mismo artículo.

Estos límites son, en primer lugar, en los casos en los que el programa de televisión se haya realizado bajo encargo del prestador del servicio o una de sus filiales, los consumidores deben de estar plenamente informados del emplazamiento de producto, mediante una advertencia al principio y al final del programa, así como cuando este se reanude tras una pausa por anuncios.

En segundo lugar, este emplazamiento no puede incitar directamente a la compra del producto, ni tampoco realizar promociones concretas sobre este, así como comprometer la independencia del prestador de servicio de comunicación audiovisual.

Por último, el emplazamiento de producto deviene ilícito si se inserta en programación infantil.

Establecidos estos límites, cabe plantearse si es posible entender el *product placement* como una modalidad de publicidad encubierta.

La doctrina no se muestra uniforme con respecto a este tema. Pues bien, una parte de ella considera que la publicidad encubierta como tal, tan solo es ilícita en los casos en los que el emplazamiento de producto no está permitido y que ya hemos mencionado.

Para otra parte de la doctrina esto no es así. Mientras que el emplazamiento de producto requiere de una remuneración para ser considerado como tal, la publicidad encubierta puede darse sin este elemento. Comparten, sin embargo, ambas figuras, la necesidad de que concurra una intención publicitaria. De esta manera, si no concurre intención publicitaria, la inserción será lícita de todas las maneras porque no habrá ánimo de manipular el comportamiento del consumidor. Sin embargo, si en la inserción sí concurre intención promocional o publicitaria, esta será lícita solo en los casos de emplazamiento de producto calificados también como lícitos²⁷.

²⁷ ARIAS MÁIZ, V., 'Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia...', cit. págs. 186 y 187.

7. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

La autorregulación publicitaria es un sistema por el cual determinados sujetos de la industria publicitaria se comprometen al cumplimiento voluntario de determinadas normas establecidas en unos códigos de conducta, cuyo cumplimiento es valorado y sometido a control ante un órgano conocido como el Jurado de la Publicidad

Surge como resultado de la necesidad de una publicidad controlada, que aporte garantías de confianza y credibilidad al consumidor y que sea considerada como ‘veraz, legal, honesta y leal’, redundando en beneficio del mercado en general y de los consumidores y competidores en particular²⁸. Como resultado de esta necesidad se funda en mayo de 1977 Autocontrol de la Publicidad, S.A²⁹.

Autocontrol de la Publicidad cuenta con una serie de Códigos de conducta a los que se encuentran vinculados determinadas entidades. De esta manera, cabe plantearse qué sucede cuando se atenta contra las normas contenidas en estos. La respuesta nos la da la propia Ley de Competencia Desleal, que califica el incumplimiento de los Códigos de conducta como una práctica comercial engañosa siempre y cuando concurren dos requisitos: que la entidad mantenga un compromiso firme de cumplimiento de estas normas y dicho compromiso pueda ser verificado y que el ‘comerciante indique en una práctica comercial su vinculación al código’. A mayores, es necesario para que pueda ser considerada esta práctica como engañosa, que esta sea susceptible de ‘generar falsas expectativas’ en el consumidor³⁰.

Son numerosas las resoluciones que en esta materia ha dictado el Jurado de Autocontrol. Destacaremos simplemente algunas con motivo de ser las pioneras en el tema a tratar.

Así, la primera resolución que trata el tema de la publicidad encubierta, aunque sin tipificarla como tal, es la Resolución de la Sección Tercera del JAAP (Jurado de la asociación de Autocontrol de la Publicidad), en el asunto ‘Procter&Gamble España’. En este, se presenta una reclamación contra la marca de detergentes ‘Procter&Gamble’ con

²⁸ <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria-2/> (consultada por última vez el 22.03.2019).

²⁹ ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., ‘La publicidad encubierta’, cit. pág. 309.

³⁰ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’, cit. pág. 146.

motivo de un anuncio de uno de sus productos. El problema radica en que este es difícilmente identificable para el común de los consumidores como contenido comercial puesto que, pese a que aparece separado, no contiene ningún tipo de indicación de su naturaleza publicitaria, pudiendo llevar a un consumidor común a identificar su contenido como de naturaleza publicitaria. Frente a la alegación de Procter&Gamble de que se trataba de una forma totalmente lícita de publisreportaje, el JAAP considera el anuncio como publicidad encubierta³¹.

La misma valoración merecieron otros casos como el Asunto ‘Fujitsu’ (Resolución de la Sección Primera del JAAP de 26 de junio de 1998) y el Asunto ‘Unicaja’ (Resolución de la Sección Tercera del JAAP de 15 de febrero de 1999).

III.LA PUBLICIDAD CON INFLUENCERS

1.CONCEPTO DE INFLUENCER. EL MARKETING DE INFLUENCIA. TIPOS DE PUBLICACIONES

1.1. Concepto de influencer. El marketing de influencia.

Un *influencer* es una persona con perfil en una o varias redes sociales (principalmente Instagram y YouTube) y que, gracias a su éxito y contenido en ellas, goza de cierta credibilidad sobre un determinado tema (ya sea maquillaje, moda, deporte, viajes, etc.), pudiendo ‘llegar a convertirse en un prescriptor interesante para una marca’³². Se diferencia así, el *influencer*, de la figura del prescriptor, el cual es un famoso que realiza una campaña publicitaria (como por ejemplo, los famosos anuncios de Rafael Nadal con la aseguradora Mapfre), pero que no tiene por qué tener conocimiento sobre el tema del que habla, a diferencia del *influencer*, quien generalmente ya es conocido en las redes sociales por su vinculación a determinados ámbitos (ya sea moda, la nutrición, etc.).

Estas personas, que en un primer momento no son famosas, sino que su popularidad deriva de las redes sociales, como ya hemos dicho, se han convertido en una estrategia de marketing muy potente para las empresas. Son cada vez más las compañías que contactan con estas personas para realizar campañas publicitarias. Las marcas identifican al *influencer* que más les interesa según su perfil y tipo de seguidores, siendo especialmente

³¹ ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., ‘La publicidad encubierta’, cit. pág. 312.

³² ‘¿Qué es un *influencer*?’ <https://www.40defiebre.com/que-es/influencer> (consultada por última vez el 15.04.19).

valoradas cualidades como la habilidad de comunicarse eficazmente, la constancia en las publicaciones y una interacción activa con los consumidores (por ejemplo, contestando a los mensajes o comentarios que estos envían)³³.

Entramos ahora a ver por qué el marketing de influencia está ganando tanta popularidad entre las empresas. Pues bien, desde siempre, los consumidores nos hemos movido, a la hora de decantarnos por un u otro producto, por las referencias de personas cercanas a nosotros. Estas recomendaciones son mucho más eficaces que cualquier campaña publicitaria. Esto es porque consideramos que la persona que nos recomienda un determinado producto o servicio y a la cual tomamos como referencia, nos lo está recomendando desde la más absoluta imparcialidad y subjetividad, sin tener ningún tipo de interés económico en ello. Así, confiamos en que su opinión es sincera, dotándola pues, de mayor credibilidad.

Esta es la base del marketing de *influencers*. Las compañías contactan con personas con perfiles públicos en las redes sociales que se adapten a la imagen de empresa que ellos quieren dar (por su personalidad, estilo, interacción con los consumidores, audiencia sobre un determinado tema, etc.). Una vez contratados, los *influencers* se comprometen a introducir en sus publicaciones el producto de dicha marca (subiendo una foto del producto, introduciéndolo en un vídeo o simplemente haciendo una recomendación sobre él, entre otras formas).

Estas personas son cercanas al usuario-consumidor, siendo considerada su opinión como legítima y asimilada a cualquiera que nos pudiera dar cualquier amigo o familiar. Así, no consideramos el mensaje transmitido como un mensaje interesado como el que nos puede llegar a través de un anuncio publicitario tradicional, generando en nosotros un rechazo muchísimo menor y siendo más proclives, pues, a comprar el producto. Todo ello tiene como consecuencia la utilización, como ya hemos dicho, cada vez mayor, de las redes sociales para lanzar masivas campañas publicitarias a través de los *influencers*, algo que en ocasiones roza la ilegalidad por razones que posteriormente expondremos³⁴.

³³ GÓMEZ NIETO, B., 'El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa', *Methaodos. Revista de ciencias sociales.*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 149 y ss. (150).

³⁴ CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., DEL PINO ROMERO, C., 'La comunicación publicitaria con *influencers*', *Redmarka: revista académica de marketing aplicado*, núm. 14, 2015, págs. 21 y ss. (24).

1.2. Tipos de publicaciones

A la hora de cumplir con el contrato firmado con una empresa, los *influencers* suelen comprometerse a publicar el contenido en una forma determinada. Dada la infinidad de redes sociales y las diversas utilidades con las que cuenta cada una de ellas, las posibilidades con las que nos encontramos son numerosas. Por ello, y para poder visualizar de una manera más práctica lo explicado en el trabajo, en este epígrafe analizaremos de una manera breve las principales formas en las que los *influencers* suelen publicar el contenido publicitario.

En primer lugar, y dentro de Instagram, nos encontramos con dos principales tipos de publicaciones: las fotografías o vídeos fijos y las ‘stories’ o ‘historias’.

El primer tipo son publicaciones que se realizan con vocación de permanencia en el perfil del *influencer* por lo que generalmente conllevan una mayor carga de trabajo y de preparación por parte de estos.

El segundo tipo es el más utilizado por los *influencers* por su rapidez a la hora de llegar a los usuarios y por la forma en la que se muestra a estos, en una barra horizontal nada más entrar en la red social, pudiendo ya desde un primer momento ver quién ha publicado contenido nuevo.

Las ‘stories’ son vídeos cortos y fotografías que duran tan solo 24 horas en el perfil de la persona que los publica y generalmente engloban un contenido más visual y más cercano al usuario (por ejemplo, es común que el *influencer* se grabe a sí mismo hablando de tú a tú con su público, ya sea para promocionar un producto o para cualquier otra cosa). Permite así, al *influencer* y a la empresa que publicita el producto en concreto, llegar a un número mucho mayor de gente y de una manera mucho más directa.

Además, recientemente, la plataforma ha habilitado una nueva utilidad, Instagram TV, que consiste en que el usuario sube vídeos (ya de más extensión que en una publicación corriente), guardando similitud con la función que hasta ahora cumplía Youtube.

Paralelamente a Instagram TV, nos encontramos con los tradicionales vídeos de Youtube. Son infinitos los tipos de contenido que se pueden crear en cada vídeo. Por ello,

destacaré los tipos más comunes y en los que los problemas legales afloran con más frecuencia³⁵.

- ‘Unboxing’: son vídeos en los que el *influencer* se limita a enseñar sus recientes adquisiciones o productos que le han enviado, pudiendo ser estos de muy diversa índole, desde ropa y maquillaje a elementos de decoración, comida, etc.
- Vídeos de favoritos del mes: con una mecánica similar al ‘unboxing’, el *influencer* enseña los productos que más le han gustado en un determinado periodo de tiempo.
- ‘Hauls’: también versan sobre la misma dinámica, pero esta vez los productos son solo ropa o accesorios. El *influencer* se prueba dichas prendas y las enseña al usuario para orientarlo en sus próximas adquisiciones.
- ‘Vlogs’: video-diarios de un viaje que ha hecho el *influencer*. También son frecuentes los ‘vlogs’ en los que el *influencer* graba su día a día en una semana, por ejemplo.

Por último, nos encontramos con dos redes sociales de nueva creación, 21 Buttons y Peoople.

21 Buttons es una aplicación en la que el usuario sube una foto suya con prendas de ropa (o solo de dichas prendas, sin aparecer él en la imagen) y las etiqueta, poniendo la referencia correspondiente de la marca en cuestión. Así, si nos gusta el producto, pinchamos en la etiqueta, la cual nos redirige a la página web en la que lo podemos comprar. Además, por cada compra realizada a través de la etiqueta del usuario, este recibirá una comisión.

Peoople, por su parte, sigue una dinámica similar, en la que el *influencer* recomienda productos clasificados por categorías, teniendo un enlace directo para su compra.

³⁵ TAMARA, T., ‘Los 10 vídeos más populares en Youtube’, 23.10.18, <https://mag-es.octoly.com/los-10-tipos-de-v%C3%ADdeos-m%C3%A1s-populares-en-youtube-460b69b098ae> (consultada por última vez el 21.06.19).

2. EVOLUCIÓN

La publicidad a través de *influencers* ha ido evolucionando a una velocidad vertiginosa. Por dar algunos datos, Instagram, red social por excelencia para el marketing de influencia, declaró a mediados de 2018 que había alcanzado los dos billones de usuarios frecuentes al mes, los cuales publican en total una media de 95 millones de publicaciones al día. No resulta complicado deducir que este auge en el uso de la red social, así como de otras, ha sido aprovechado por las empresas para lanzar cada vez más campañas publicitarias a través de *influencers*, estando valorada esta industria, en 2018, en 4,6 billones de dólares, y estimándose que para este 2019 este valor aumentará hasta los 6,5 billones³⁶.

Nos encontramos ante una estrategia de marketing que presenta numerosos beneficios frente a las campañas publicitarias tradicionales que hacen que la respuesta del consumidor sea más positiva, beneficios que están siendo cada vez más explotados por las marcas.

Pues bien, como ya hemos mencionado, las empresas escogen a los *influencers* con los que trabajar por su afinidad con la imagen que se quiere difundir de la marca y su producto. Esto nos lleva a que, indirectamente, el potencial consumidor ya va a estar segmentado por afinidades, puesto que este seguirá en las redes sociales a aquellos *influencers* con los que más se identifique. Por ello, cuando el producto sea mostrado a través del perfil del *influencer*, los consumidores a los que se va a dirigir van a estar ya predispuestos a recibir dicho mensaje, puesto que ya se encuentran previamente ‘separados’ por gustos³⁷.

Por otra parte, además, al contar los anunciantes con un menor control sobre el contenido del anuncio, se trata de una publicidad mucho más dinámica, divertida y participativa, en la cual, a raíz de la publicación de los *influencers*, los demás usuarios podrán intercambiar opiniones sobre su experiencia con el producto o servicio, resultando

³⁶ ‘The State of Influencer Marketing 2019: Benchmark Report (+Infographic)’, 28.05.19, <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-2019-benchmark-report/>

(consultada por última vez el 15.04.19).

³⁷ MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, F. J., ‘Principales cuestiones jurídicas de la publicidad con *influencers*’, *Autocontrol*, núm. 233, 2017, págs. 13 y ss. (13).

esto, de manera indirecta, en una mayor publicidad para la empresa (entendiéndose esta la que se deriva de los numerosos comentarios a las publicaciones de los *influencers* sobre personas que ya han probado el producto en cuestión)³⁸.

Todo esto resulta en que, en 2018, el 86% de las empresas dirigidas al marketing han utilizado a los *influencers* para sus campañas, de las cuales el 92% han considerado efectiva esta estrategia, planeando gran parte de ellas aumentar el presupuesto para ello³⁹.

3. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCERS Y PUBLICIDAD NATIVA

La publicidad realizada a través de *influencers* puede ser también calificada como publicidad nativa. Nos referimos al *native advertising* como aquella publicidad que se integra dentro de una página web o plataforma, respetando siempre el formato de las publicaciones editoriales que se dan en ella⁴⁰.

Se produce, así, un menor rechazo a su contenido por parte del consumidor. Resulta pues, una modalidad de publicidad especialmente interesante para las empresas, y más teniendo en cuenta el auge de sistemas para bloquear los anuncios en Internet (los conocidos como *ad blockers*).

Resulta al respecto muy ilustrativo una campaña publicitaria de Drumwit (agencia de viajes que oferta destinos sorpresa a distintas ciudades europeas) con numerosos *influencers*. En dicha campaña, los *influencers* suben un vídeo a Youtube (en formato ‘vlog’) mostrando su día a día en el viaje. Dichos vídeos siguen siempre la misma estructura, agradeciendo, en primer lugar, a Drumwit la experiencia, explicando en qué consiste la empresa e introduciendo un código de descuento por si el usuario desea contratar uno de estos viajes. Inmediatamente después se introduce el vídeo en el que podemos ver cómo ha sido la experiencia del viaje para la persona.

No resulta pues, para nada intrusivo en la navegación de la persona que está viendo vídeos de Youtube, produciendo un rechazo mínimo y probablemente recibiendo una

³⁸ MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, Fº. J., ‘Principales cuestiones jurídicas...’, cit. pág. 13.

³⁹ ‘The State of Influencer Marketing 2018’, <http://www.linqia.com/wp-content/uploads/2017/12/Linqia-The-State-of-Influencer-Marketing-2018.pdf> (consultada por última vez el 15.05.19).

⁴⁰ GÓMEZ NIETO, B., ‘El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital...’, cit. pág. 152.

imagen de la empresa mucho más positiva que la que pudiera resultar de cualquier anuncio tradicional.

Sin embargo, pese a lo atractivo que pueda resultar este formato, nos encontramos, como siempre, ante numerosos problemas legales a la hora de identificar el contenido publicitario, a los cuales nos referiremos, como ya hemos dicho, posteriormente.

4. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCERS Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Entramos ahora a analizar las características y el contenido del contrato publicitario con *influencers*, pasando luego a estudiar la problemática legal existente cuando media dicho contrato publicitario pero, a través del mensaje del *influencer*, no es identificable el trasfondo comercial del asunto.

4.1. Características del contrato publicitario con *influencers*

El contrato publicitario con *influencers* es un contrato atípico, puesto que no encontramos una regulación específica de sus características, contenido, forma, ejecución, etc. Por ello, aplicaremos analógicamente la normativa de otras figuras contractuales: el contrato de difusión publicitaria, el contrato de creación publicitaria, el contrato de patrocinio y el arrendamiento de obra.

Cabría, aun así, plantearse si podríamos englobarlo dentro de la categoría de los contratos de difusión publicitaria, figura regulada en los artículos 17 y ss. de la LGP. Partimos de la base de que este se entiende como un contrato en el que ‘un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario’ a cambio de una contraprestación. Esto es, se acuerda la emisión de la publicidad por parte de un medio de difusión, no la creación de esta⁴¹. Tomando pues, como base esta definición legal, en un principio, el contrato publicitario con *influencers* no tendría cabida dentro de este tipo contractual, en la medida en la que el *influencer* no es considerado como un medio de difusión publicitario equiparable a, por ejemplo, una cadena televisiva o radiofónica.

⁴¹ MUÑOZ DEIROS, E., ‘Contrato de difusión publicitaria: concepto y características’, 15.12.14, <https://evamunoz.es/contrato-difusion-publicitaria-concepto-caracteristicas/> (consultada por última vez en 18.05.19).

Sin embargo, si acudimos al artículo 8 LGP, se establece que un medio de difusión es una persona física o jurídica que se dedica de manera habitual a la difusión de publicidad. Extrapolando dicha definición al ámbito de nuestro estudio, podríamos considerar en determinados casos en los que el *influencer* realiza de manera asidua y habitual campañas publicitarias, que su perfil en Instagram, Youtube o la red social correspondiente, es un medio de difusión, pudiendo aplicar por analogía las normas de dicho contrato (arts. 17 y ss. LGP).

Tampoco cabría englobarlo, de primeras, dentro de la categoría de contratos de creación publicitaria (arts. 20 y ss. LGP), o al menos con carácter general. Esto es, entendiendo el contrato de creación publicitaria como aquel en el que una persona se obliga a ‘crear’ el anuncio, a diseñar el proyecto publicitario, vemos que esto no concuerda mucho con las numerosas campañas publicitarias llevadas a cabo por *influencers* en las que siempre se sigue un mismo patrón. Se puede percibir a simple vista que las publicaciones en distintos perfiles sobre el mismo *influencer* siguen la misma estructura: emplean los mismos hashtags, utilizan el mismo discurso para captar la atención del consumidor, las mismas frases y eslóganes, el entorno que rodea la imagen del producto suele ser similar, etc. De esta manera, el *influencer* está siguiendo pautas cerradas marcadas por la empresa, quien le dice cómo tendrá que ser el mensaje publicitario y qué contenido se ha de mostrar. Aun así, en ocasiones, ‘la decisión sobre el contenido de la publicación no es detallada’, de manera que se le deja total libertad al *influencer* a la hora de su creación, debiendo adoptar la empresa ‘una actitud permisiva y de confianza sobre la persona influyente’⁴². Así, en estos casos en los que el *influencer* tiene un amplio margen a la hora de crear el mensaje publicitario, también podrían aplicarse analógicamente las normas del contrato de creación publicitaria (arts. 20 y ss. LGP).

Podríamos, eso sí, englobarlo dentro de la categoría del contrato de patrocinio. Este como tal aparece recogido en el artículo 22 LGP, el cual establece que ‘el contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda

⁴² OTERO COBOS, M^a. T., ‘Contratos publicitarios en redes sociales. Cuestiones de actualidad’, en TATO PLAZA / COSTAS COMESAÑA / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO / TORRES PÉREZ (dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, Granada, págs. 129 y ss. (137) (en prensa).

económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador’.

Dada esta definición, resulta sencillo establecer la relación entre dicho contrato de patrocinio y el contrato publicitario con *influencers*. Sin embargo, en España, no se establece una equivalencia total, a diferencia de en Estados Unidos, donde la Comisión Federal de Comercio consideró como patrocinio cualquier mensaje publicitario respecto al cual cualquier consumidor pueda advertir que con cierta probabilidad existe una relación comercial entre quien difunde el mensaje y la marca anunciada⁴³.

En este caso, el patrocinador será el titular de la marca que desee darse a conocer entre los seguidores del *influencer*, siendo este último el patrocinado, sujeto a determinadas obligaciones establecidas en el contrato, así como con derecho de percibir una determinada contraprestación⁴⁴.

Sin embargo, no se cumple estrictamente la regla de que el patrocinador realice una ayuda económica a la actividad profesional del *influencer*, tal y como se establece en la definición legal, algo que sí podemos advertir en el caso de un equipo de fútbol, por ejemplo, donde la empresa, a cambio de, por ejemplo, aparecer en las camisetas de los jugadores, aportará grandes sumas de dinero al club para que pueda seguir adelante.

Además, la Ley de Comunicación Audiovisual impide que todo el mensaje gire en torno a la empresa cuyo producto se patrocina, estableciendo, pues, que no ‘puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos’ (art. 16.3). De esta manera, y estableciendo la equivalencia con un programa de televisión, se permite que, antes o después de un programa se informe que ha sido patrocinado por el titular de una marca determinada, pero no se permite que dicho programa gire en torno a dicho producto y empresa concretos. Trasladando esta idea a los *influencers*, estaríamos ante un contrato de patrocinio en caso de que la referencia al titular de la marca se realice de manera secundaria en la publicación (por ejemplo, un vídeo de Youtube que refleja la rutina diaria de una *influencer* en el que, al comienzo del vídeo, se establece que se realiza en

⁴³ NAVAJO, J., ‘Guía legal para *influencers*’, <https://delvy.es/guia-legal-influencers/> (consultada por última vez el 13.06.19).

⁴⁴ OTERO COBOS, M^a.T., ‘El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?’, cit. pág. 812.

colaboración con una determinada marca de cremas, apareciendo esta durante 20 segundos cuando la persona se lava la cara por la mañana). Por el contrario, si la persona se limita a colgar una foto en Instagram enseñando la crema, estaremos ante un mero *spot* publicitario y no ante un contrato de patrocinio.

En caso, pues, de considerar el caso concreto como un contrato de patrocinio, las normas reguladoras de este son las mismas que las del contrato de difusión publicitaria (art. 22 LGP).

Por último, al entender que la obligación característica del contrato es una obligación de resultado (publicar una determinada, foto, vídeo, acudir a un evento, etc.), cabría también, de manera analógica, aplicar las normas del contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 y ss. del Código Civil⁴⁵).

En la práctica, de esta manera, estos contratos publicitarios con *influencers* suelen englobar elementos de todas estas figuras estudiadas, combinando sus respectivas normativas. Partimos, pues, de la base de la atipicidad. Sin embargo, del común de estos contratos sí que podemos extraer determinadas notas características.

Por una parte, se trata de un contrato sinalagmático, surgiendo obligaciones tanto para la compañía como para el *influencer* (pues este deberá publicitar el producto o servicio en sus redes sociales y aquella deberá, en un principio, pagarle una remuneración). Nos encontramos pues, ante un negocio jurídico oneroso (cabiendo dos tipos de remuneración, una monetaria y otra en especie), siendo este uno de los puntos más controvertidos que analizaremos posteriormente puesto que en ocasiones no resulta tan sencillo identificar dicha contraprestación⁴⁶.

Por otro lado, es un contrato consensual, en el que concurren la voluntad de ambas partes, generalmente manifestada por escrito (pese a no ser esto un requisito esencial).

Cabe plantearse, además, si cabe el contrato publicitario tácito. Esto es, se dan numerosas ocasiones en las que las marcas envían productos a los *influencers* para que los prueben. Esto viene, normalmente, seguido de una publicación en, generalmente Instagram, en la que el *influencer* muestra el producto a sus seguidores, explicando para

⁴⁵ BOE núm. 206, de 25.07.1889.

⁴⁶ OTERO COBOS, M^a. T., 'El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?', cit. pág. 815.

qué sirve e indicando que en cuanto lo pruebe manifestará su opinión al respecto. Sin perjuicio de su licitud o ilicitud, que analizaremos posteriormente, ¿se trata esto de un contrato de publicidad? Lo más sensato parece ser analizar cada caso concreto: si la finalidad de la empresa no es altruista y esto se une a la voluntad del *influencer* de enseñar el producto en redes sociales con finalidad promocional, todo parece indicar que se trata de un contrato publicitario. También lo será cuando la marca envíe de forma masiva el producto a *influencers* de un determinado perfil⁴⁷.

Destaca también que la relación entre la empresa y el *influencer* es de carácter mercantil, y no laboral, algo que el *influencer* deberá revisar bien antes de firmar el contrato (dado que en ocasiones, pese a ser un contrato atípico, las agencias publicitarias cuentan con cláusulas estandarizadas para este tipo de contratos).

Es relevante el hecho de que figure en el contrato, también, la cesión de derechos de imagen del *influencer* al anunciante (ya no solo en referencia a la creación de contenido en los perfiles sociales del *influencer*, sino también a la utilización de su imagen en los perfiles de la empresa). En relación con esto, el contrato debería incluir también ‘una licencia de uso de las marcas del anunciante en favor del *influencer*’.

También debería establecerse en este contrato el contenido mínimo que deben tener las publicaciones del *influencer* en relación con el producto o servicio, así como cláusulas que le impidan emitir opiniones negativas sobre el producto en cuestión o incluso una cláusula de exclusividad en relación al sector al que pertenezca la empresa⁴⁸.

Otro aspecto relevante respecto al contenido del contrato que es la prohibición de garantizar un resultado u objetivo económico, prohibición establecida por el artículo 12 LGP, lo cual supondría una especial desventaja para el *influencer*, rompiendo el equilibrio de las partes en el contrato y dejando el efectivo cumplimiento del contrato en una situación de incertidumbre. Pese a ello, la obligación que asume el *influencer* suele ser

⁴⁷ OTERO COBOS, M^a. T., ‘El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?’, cit. pág. 815.

⁴⁸ MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, F^o. J., ‘Principales cuestiones jurídicas de la publicidad con *influencers*’, cit. pág. 14.

una obligación de resultado, dado que se obliga a subir una determinada publicación, acudir a un determinado evento de la marca, etc⁴⁹.

Sí resulta recomendable, por el contrario, un pacto de participación en beneficios, resultando fácilmente calculables estos a través del uso de códigos de descuento por parte del consumidor en los que figura el nombre del *influencer*, o la convocatoria de sorteos por parte de este (en colaboración con la marca) en su perfil social⁵⁰.

Dicha prohibición de garantizar un determinado resultado económico resulta especialmente gravosa para empresas y titulares de marcas, que en numerosas ocasiones se ven engañadas por falsos *influencers*, personas que compran seguidores en sus redes sociales y, por ello, a la hora de publicitar determinados productos, no tienen un público real al que dirigirse. Así, en 2018, las empresas hicieron inversiones de más de 35 millones de euros con *influencers*, no obteniendo, sin embargo, ningún retorno económico por más de la mitad de dicha inversión⁵¹.

4.2. Presupuestos de la publicidad encubierta a través de *influencers*

Anteriormente hemos analizado la figura de la publicidad encubierta y sus elementos. Pasaremos ahora a poner en relación estos presupuestos con el caso concreto de la publicidad encubierta a través de *influencers*. Nos centraremos, principalmente, a la hora de calificar un mensaje como publicidad encubierta, en tres elementos:

- La finalidad publicitaria o comercial del mensaje
- Que se trate de un mensaje susceptible de llevar a error al común de los consumidores sobre su naturaleza publicitaria

⁴⁹ OTERO COBOS, M^a. T., ‘Contratos publicitarios en redes sociales. Cuestiones de actualidad.’, cit. pág. 134 (en prensa).

⁵⁰ OTERO COBOS, M^a. T., ‘El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?’, cit. pág. 816.

⁵¹ TERRASA, R., ‘La gran farsa de los *influencers*: el lado oscuro del millonario negocio del postureo’, 6.06.19, *EL MUNDO*, <https://www.elmundo.es/papel/historias/2019/06/06/5cf7f56921efa0c2528b4671.html>, (consultada por última vez el 12.06.19).

-Falta de advertencia sobre su carácter comercial

4.2.1. Finalidad publicitaria o comercial del mensaje

La finalidad publicitaria del mensaje difundido por el *influencer* es clara cuando hay una contraprestación económica.

Sin embargo, nos encontramos con un evidente problema a la hora de determinar qué consideramos contraprestación y qué queda fuera de este concepto. Esto es así dado que en este tipo de contratos, en muchas ocasiones, los *influencers* no reciben un pago en metálico sino que la marca les ‘regala’ productos tales como maquillaje, ropa, elementos de decoración, etc., productos que en muchas ocasiones ni siquiera han salido aun al mercado. También es común la invitación a fiestas, eventos, viajes, entre otros.

La cuestión está en determinar si podemos considerar esto como una contraprestación en especie, confirmando pues, la naturaleza publicitaria del mensaje que difunda el *influencer* en relación a dichos productos o servicios.

Resulta evidente esta naturaleza publicitaria cuando la entrega gratuita del producto está condicionada a la difusión del mensaje en redes sociales, difusión que se solicita por la propia empresa. Esta difusión, sin embargo, no tiene por qué ser un mensaje directo del *influencer* en su perfil social, sino que puede consistir en llevar una prenda puesta o utilizar el producto⁵².

No está, por el contrario, tan claro, cuando esta solicitud por parte del anunciante no es probada. Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina, esto no significa que se tenga que descartar la naturaleza publicitaria del mensaje pues, a falta de prueba de la contraprestación directa, habrá que completar la entrega gratuita del producto con otros indicios que aporte el mensaje para poder probar dicha naturaleza.

Tales indicios pueden ser varios, tales como la utilización de un ‘tono excesivamente laudatorio’, exaltando tan solo las características positivas de un único producto o servicio, sin mencionar en absoluto las negativas, apelar directamente a su compra

⁵² ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., ‘Un análisis somero del fenómeno de los *influencers* desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal’, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 2018, págs. 133 y ss. (136).

dejando un link a la web en la que poder adquirirlo, o bien mencionando al perfil de la marca, desde donde se puede acceder fácilmente a la compra⁵³.

Por otra parte, la comparación de productos similares con el mostrado en el mensaje, la crítica a determinadas características de este, etc., son elementos que, unidos al no poder probar la contraprestación directa por el mensaje, nos lleva a pensar que no existe naturaleza comercial⁵⁴.

Tampoco entenderemos que existe finalidad publicitaria en el mensaje cuando el producto que se le entrega al *influencer* de manera gratuita tiene como objetivo simplemente que este lo pruebe para luego emitir su opinión, si así lo desea, sobre este en redes sociales⁵⁵.

Aun así, pese a lo expuesto, es necesario resaltar nuevamente que la contraprestación no es un elemento esencial para determinar si existe publicidad encubierta o no. Si bien el hecho de que medie una prestación económica determina el carácter publicitario de un mensaje, el hecho de que no medie esta no supone que dicho carácter se tenga que excluir, tal y como apuntó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 9 de junio de 2011 (caso ‘Alter Channel’)⁵⁶.

4.2.2. Identificabilidad de la naturaleza publicitaria del mensaje

A efectos de descartar que nos encontramos en un caso de publicidad encubierta, es necesario que la naturaleza comercial sea fácilmente identificable por los consumidores. Esto es especialmente relevante puesto que la actitud de estos respecto al mensaje será muy diferente siendo conscientes de dicha naturaleza. En caso de percibir claramente la finalidad publicitaria, podrán racionalizar el mensaje, siendo conscientes de que este persigue el propósito de persuadirlos de que consuman un determinado producto. Sin embargo, en caso de no identificar dicha naturaleza y pensar que se trata de una mera opinión o recomendación, su rechazo al contenido del mensaje resulta mucho menor,

⁵³ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (‘influencers’)', *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, págs. 49 y ss. (57).

⁵⁴ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 57.

⁵⁵ ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., ‘Un análisis somero del fenómeno de los *influencers* desde la perspectiva...’, cit. pág. 141.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2011:374.

resultando más sencillo convencerlos para la compra, como ya explicamos anteriormente⁵⁷.

Así lo establece el apartado I.5 del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad aprobado por Autocontrol y la Asociación Española de Anunciantes, que indica que la naturaleza publicitaria deberá ser claramente identificable para los consumidores⁵⁸.

La identificación del propósito comercial puede venir determinada ya a primera vista por las propias características del mensaje en relación a su ubicación, contexto y contenido. Por ejemplo, cuando el mensaje se difunde en un espacio propiamente publicitario, el consumidor medio identificará, desde un primer momento y de manera clara, su naturaleza, sucediendo lo mismo cuando en el propio mensaje se hacen apelaciones directas a la compra del producto o servicio. En caso de que esto no sea así, será necesaria una advertencia explícita del carácter publicitario⁵⁹.

4.2.3. Advertencia explícita sobre la naturaleza publicitaria del mensaje

En caso de que no se pueda identificar la naturaleza publicitaria del mensaje de manera evidente, clara y a simple vista, el *influencer* habrá de hacer una advertencia explícita acerca de ese carácter promocional o comercial.

En un primer momento pudiera parecer esto una labor sencilla. Sin embargo, la indicación ha de cumplir una serie de requisitos para que el mensaje no supere los límites de la legalidad. Estos requisitos están en relación con el tenor literal de la indicación así como de su ubicación⁶⁰.

⁵⁷ CAPUCCI, A. S., ‘Los *influencers* y su impacto en la publicidad comercial’, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 293, 2018, págs. 787 y ss. (793).

⁵⁸ Borrador de Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad, inédito, archivo de autora.

⁵⁹ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. págs. 57 y 58.

⁶⁰ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 58.

Al respecto menciona SEBASTIÁN A. CAPUCCI⁶¹ que la advertencia podría hacerse en la propia publicación o bien en el perfil del mismo *influencer*. Sin embargo, apunta también él que esta segunda forma de indicación en el propio perfil no es adecuada puesto que en las sucesivas réplicas (por los reenvíos que hacen los usuarios) de la fotografía o *post* no se apreciará dicha advertencia al carácter publicitario, algo que analizaremos posteriormente.

Del mismo modo se pronuncia el Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, entendiendo que esta indicación relativa al contenido publicitario o promocional debe mantenerse en los sucesivos reenvíos de la publicación entre los usuarios y por el propio *influencer* (cuando este vuelve a compartir la misma fotografía, vídeo o *post* en otra red social)⁶².

Esta indicación no tiene por qué hacer referencia a la relación existente entre el *influencer* y la marca, simplemente se considera suficiente que muestre que el propósito del mensaje es comercial, y no meramente de opinión⁶³.

Así, se recomiendan expresiones como ‘publicidad’, ‘publi’, ‘en colaboración con’ o ‘patrocinado por’, así como ‘embajador de (marca)’, ‘gracias a (marca)’, ‘regalo de (marca) o ‘viaje patrocinado’⁶⁴. Se entiende que estas indicaciones, para un usuario-consumidor medio, permiten hacerle ver que el contenido de la publicación ha sido pagado por una empresa y, con lo cual, no se trata de una mera opinión subjetiva o recomendación de quien la sube a la red social.

Sin embargo, en el propio Código de Conducta se desaconseja utilizar otro tipo de expresiones que no dejan tan claro el propósito publicitario (o al menos no será identificable para un consumidor medio): ‘información’, ‘legal’, ‘colab’, ‘sponso’ o ‘sp’⁶⁵. También se tratará de evitar que el usuario tenga que realizar alguna acción, como clicar, para poder conocer el carácter publicitario.

⁶¹ CAPUCCI, A. S., ‘Los *influencers* y su impacto en la publicidad comercial’, cit. pág. 795.

⁶² Borrador de Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad, inédito, archivo de autora.

⁶³ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 60.

⁶⁴ Borrador de Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad, inédito, archivo de autora.

⁶⁵ Borrador de Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en publicidad, inédito, archivo de autora.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Federal Trade Commission, entendiendo que no se exigen palabras específicas a la hora de realizar la advertencia, sino que lo verdaderamente importante es que la comunicación sea efectiva, con independencia de la jerga legal utilizada⁶⁶.

Estas indicaciones, las cuales parecen acordes con las exigencias legales antes explicadas, se contradicen con la propia normativa de Instagram. En el apartado de Políticas de Uso, Instagram establece que, para indicar que un determinado contenido es objeto de una relación comercial entre una empresa y el usuario, con mencionar el perfil de aquella (ya sea en el pie de foto o etiquetándola en esta misma) es suficiente para que un usuario medio comprenda la relación existente.

Diferente es la política que sigue Twitter estableciendo que dichas indicaciones sobre el contenido publicitario se harán acorde con la propia normativa de cada país⁶⁷.

Aun así, frente a la duda, los *influencers* deberán realizar las indicaciones conforme a lo que establezca la legislación vigente en nuestro país, con independencia de la propia Política de Uso de Instagram o de cualquier otra red social.

Esta ‘incertidumbre’ respecto a la advertencia explícita, sin embargo, parece que ha sido relativamente aclarada por el Código de Conducta antes mencionado, elaborado por la Asociación Española de Anunciantes (AEA) y Autocontrol, el cual vinculará a todos los asociados y a los *influencers* y demás empresas que se adhieran al mismo⁶⁸.

Resulta también especialmente relevante, la ubicación de la advertencia explícita. Pues bien, de nada sirve una indicación acerca del contenido publicitario de una fotografía o vídeo, entre otros, si el usuario-consumidor no la advierte desde un primer momento. Así,

⁶⁶ BOERMAN, C. S., HELBERGER, N., VAN NOORT, G., HOOFNAGLE, J. C., ‘Sponsored Blog Content. What do the Regulations Say? And what do Bloggers Say?’, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4730> (consultada por última vez el 23.05.19).

⁶⁷ SIERRA, I., ‘BOE e *influencers*: esto es lo que dice la ley sobre la publicidad en Instagram’, 20.07.18, <https://www.thewatmag.com/instagram/boe-e-influencers-esto-que-dice-ley-publicidad-instagram> (consultada por última vez el 3.05.19).

⁶⁸ ‘La publicidad con *influencers* está por fin regulada expresamente a través de un Código de Conducta’, 1.02.19, <https://www.trendencias.com/redes-sociales/publicidad-influencers-esta-fin-regulada-expresamente-a-traves-codigo-conducta> (consultada por última vez el 4.05.19).

además de estar incluida en la propia publicación, como adelantábamos antes, también debe de tratarse de una advertencia inmediata.

Pese a la casuística de la situación (por la gran variedad de redes sociales existentes y de contenido a publicar en ellas), podemos establecer una serie de reglas al respecto. Por ejemplo, del carácter inmediato de la advertencia se deriva que el usuario debe identificarla, como decíamos, desde el primer momento en el que accede a la publicación. Para ello, el *influencer* habrá de encargarse de que, en función de la forma de dicha publicación, la palabra ‘publi’, ‘ad’, o cualquier otro tipo de indicación del carácter promocional, sea perfectamente visible para los consumidores tan pronto acceden al contenido. Por ejemplo, en YouTube, quizás el caso más complejo a analizar, la advertencia deberá figurar al comienzo del vídeo o bien en el propio título, no en la caja de descripción (la cual figura debajo del título y para acceder al contenido de la cual el usuario tiene que clicar) ni al final del vídeo⁶⁹.

Por otra parte, y como ya decíamos antes, la advertencia deberá figurar siempre que se reenvíe de un usuario a otro, además de no poder quedar ‘diluida’ en medio de otro tipo de indicaciones⁷⁰.

Esto es especialmente relevante, puesto que puede darse una advertencia explícita pero, por su ubicación, no tener el impacto que de ella se espera. Por ejemplo, la credibilidad del *influencer* aumenta cuando la advertencia se hace en su propio perfil (por ejemplo, en su biografía, señalando que algunos de sus contenidos pueden estar patrocinados) y no en la propia publicación. Es como si el usuario-consumidor no tuviera del todo presente que el contenido que lee o visualiza puede tener carácter comercial. Sucede lo mismo con los vídeos de Youtube cuando la referencia del *influencer* al contrato que lo vincula con la marca se realiza al final del vídeo y no al principio⁷¹.

Son, por ello, numerosos los conflictos que se han producido en esta materia, ya no solo a nivel nacional sino, también, internacional. Resulta destacable un supuesto

⁶⁹ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. págs. 62 y 63.

⁷⁰ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 65.

⁷¹ BOERMAN, C. S., HELBERGER, N., VAN NOORT, G., HOOFNAGLE, J. C., ‘Sponsored Blog Content. What do the Regulations Say? And what do Bloggers Say?’, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4730> (consultada por última vez el 23.05.19).

estadounidense, en el que la Federal Trade Commission (FTC) ‘inició un procedimiento sancionador contra dos *youtubers* al considerar que la promoción encubierta de servicios de juego en sus vídeos constituía un caso de publicidad engañosa’. Envió también numerosas cartas de aviso (más de noventa) a otros usuarios de redes sociales que tampoco indicaban que el contenido de sus publicaciones estaba siendo pagado por marcas⁷².

Pese a ello, aún queda mucho por hacer y regular para que se trate de una práctica totalmente transparente y basada en el principio de autenticidad.

5. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCERS Y PUBLICIDAD TESTIMONIAL

Una vez analizadas las características y el contenido del contrato publicitario con *influencers*, es perceptible a simple vista que este guarda especial relación con la publicidad testimonial. Como publicidad testimonial se entiende aquella en la que el anuncio toma como base la opinión de una persona (generalmente de un famoso, deportista o persona reconocida socialmente) sobre el producto a promocionar. Esto es, el propio ‘testimonio’ de la persona es el anuncio, debiendo aquel expresarse con total naturalidad, realismo y cotidianeidad para que resulte más verídico a ojos del consumidor⁷³.

Partiendo de esta definición, resulta muy fácil identificar la similitud que antes mencionábamos. Como llevamos resaltando a lo largo de todo este trabajo, el ‘punto fuerte’ de la publicidad a través de *influencers* es que estos son personas que gozan de gran credibilidad sobre un cierto tema entre sus seguidores de las redes sociales, con lo que los anuncios se suelen basar, pura y simplemente, en la ‘opinión’ del *influencer* sobre un determinado producto.

Sin embargo, esta modalidad de publicidad testimonial es especialmente peligrosa (a efectos de rozar la ilegalidad) cuando se realiza con *influencers*. Pues bien,

⁷² ‘¿Incumplen la ley tus *influencers* favoritos?’, 21.09.18, <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/influencers-ley/> (consultada por última vez el 4.05.19).

⁷³ ‘Publicidad testimonial. Definición. Ejemplos’, 01.10.13, <http://entenderdemarketing.blogspot.com/2013/10/publicidad-testimonial-definicion.html> (consultada por última vez el 19.05.19).

tradicionalmente este tipo de publicidad la veíamos en televisión o en revistas, en espacios propiamente destinados a los anuncios, siendo perfectamente identificable para el consumidor que la opinión del famoso de turno no es estrictamente su opinión personal, sino que hay intereses económicos detrás de ella (restándole, pues, veracidad)⁷⁴.

Por el contrario, esta facilidad para identificar que el testimonio de la persona no es del todo real se complica en la publicidad con *influencers*, al ver constantemente en sus perfiles sociales opiniones sobre productos y servicios, algunas de ellas sinceras y otras tantas en las que hay intereses económicos entre el *influencer* y una empresa de por medio⁷⁵.

Además de esta problemática relativa a la identificación de la naturaleza publicitaria (la cual ya hemos analizado anteriormente), el calificar la publicidad con *influencers* como publicidad testimonial tiene determinadas consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la normativa propia de este tipo publicitario.

Se prohíbe, por ejemplo, el uso de la publicidad testimonial para la promoción de determinados productos con finalidad sanitaria, así como el uso de la opinión de determinados profesionales en la publicidad de determinados productos (como es el caso de la prohibición de realizar anuncios que tengan como objeto el testimonio de profesionales de la salud sobre productos alimentarios)⁷⁶.

Además, al considerar estos contratos como publicidad testimonial, la recomendación sobre productos o servicios que haga el *influencer* ha de ser veraz, correspondiendo al anunciante la carga de la prueba de dicha veracidad⁷⁷.

6. PROBLEMÁTICA LEGAL SEGÚN EL TIPO DE PUBLICACIÓN

Como ya hemos explicado anteriormente en este trabajo, el usuario de Instagram puede realizar sus publicaciones de tres formas: fotografías tradicionales, ‘stories’ o ‘Instagram TV’.

⁷⁴ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 67.

⁷⁵ CAPUCCI, A. S., ‘Los *influencers* y su impacto en la publicidad comercial’, cit. pág. 797.

⁷⁶ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 69.

⁷⁷ MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, Fº.J., ‘Principales cuestiones jurídicas...’, cit. pág. 14.

En el primer tipo de publicaciones, las fotografías tradicionales, la propia aplicación permite al *influencer* indicar que el contenido en concreto tiene un carácter promocional (como bien se puede observar en la parte superior de la primera fotografía), de manera que este ya no se tendrá que preocupar de la manera en la que redacta el pie de foto para advertir de dicho carácter⁷⁸.

Sin embargo, no siempre los *influencers* utilizan esta indicación habilitada por Instagram, de manera que, en ocasiones, el texto que acompaña a la fotografía resulta un tanto ambiguo, resultando complejo para el usuario identificar si se trata o no de publicidad, pudiendo incurrir, por ello, en un supuesto de publicidad encubierta. Ejemplo de ello es la segunda fotografía que se inserta, en la que se hace referencia a una marca de ropa diciendo ‘El look de Marta también es de @sophieandlu’, contenido probablemente pagado por el titular de dicha marca, por lo que la *influencer* en cuestión, de ser así, debería haber hecho referencia a la empresa de otra manera (utilizando expresiones como ‘en colaboración con’, ‘ad’, ‘publi’, etc.)⁷⁹.



Sin embargo, es en las historias (‘stories’) de Instagram, donde más problemas legales se plantean a la hora de promocionar un producto. Esto es, mientras que en las fotografías y vídeos ordinarios que se suben a la plataforma, el propio Instagram permite introducir

⁷⁸ Fotografía extraída del perfil de Instagram de Teresa Sanz (@teresa_sanz).

⁷⁹ Fotografía extraída del perfil de Instagram de María Pombo (@mariapombo).

una advertencia de que el contenido es de naturaleza publicitaria, en los ‘stories’ es común ver a *influencers* hablando sobre un producto, sin ningún tipo de indicación que no sea la referencia al perfil del titular de la marca, siendo por ello mucho más complejo, para el usuario, advertir si se trata de una mera recomendación o no.



Ejemplo de ello es la fotografía insertada (extraída de un vídeo subido a ‘stories’), en la que la *influencer* Lucía Pombo enseña cómo regala a sus amigas unos pintalabios durante una cena, insertando el nombre de la marca del pintalabios en cuestión así como un hipervínculo para su compra. Resulta complejo, y más teniendo en cuenta las palabras utilizadas por ella en el vídeo, que no hacen referencia a ningún tipo de colaboración con la empresa, saber si dicho contenido ha sido pagado o no, y más teniendo en cuenta en el contexto en el que se produce la situación, aparentemente cotidiano y natural⁸⁰.

También es frecuente encontrarnos con problemas legales en los tradicionales vídeos de Youtube. Dada la extensa tipología de vídeos, destacaré los problemas legales que afloran con más frecuencia en los tipos más comunes⁸¹.

⁸⁰ Fotografía extraída del perfil de Instagram de Lucía Pombo (@luciapombo).

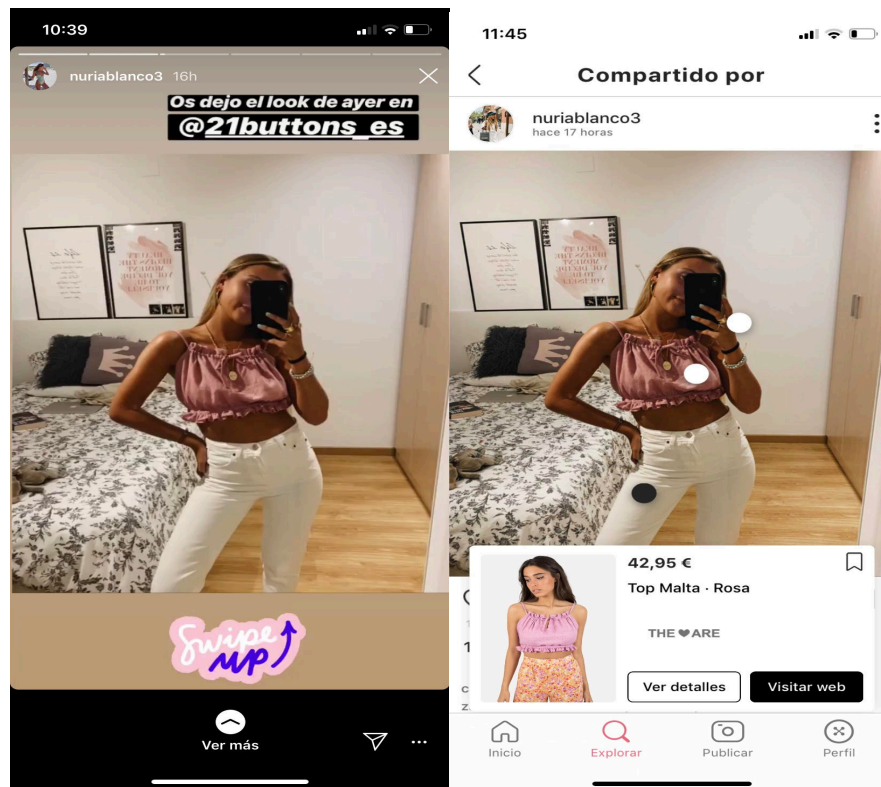
⁸¹ TAMARA, T., ‘Los 10 vídeos más populares en Youtube’, 23.10.18, <https://mag-es.octoly.com/los-10-tipos-de-v%C3%ADdeos-m%C3%A1s-populares-en-youtube-460b69b098ae> (consultada por última vez el 21.06.19).

- ‘Unboxing’: sin duda, este tipo de contenido en el que el *influencer* se limita a enseñar productos de nueva adquisición, supone un campo abierto a la publicidad encubierta, dado que raramente se hace referencia en ellos a si cada uno de los productos que se enseñan han sido comprados por la propia persona o si, por el contrario, se los ha proporcionado una empresa con la que tiene un contrato publicitario.
- Vídeos de favoritos del mes: dado que se suele dejar un link para su compra, nuevamente surgen los problemas legales que nos planteábamos con el tipo de vídeo anterior.
- ‘Hauls’: aunque la problemática relativa a la publicidad encubierta es similar, en estos casos a veces el vídeo entero versa sobre tan solo una marca de ropa (enseñando prendas solo de esta), en cuyo caso generalmente sí se hace referencia en el título del vídeo a que el contenido ha sido pagado por aquella.
- ‘Vlogs’: aquí, la problemática reside en que muchas veces, los viajes son colaboraciones que la persona hace, ya sea con una cadena hotelera, con un buscador de alojamiento, aerolínea, agencia de viajes, etc., y en escasas ocasiones se hace referencia a que parte del vídeo versa sobre la promoción de dicha empresa y, por ello, hay intereses lucrativos detrás. Suelen ser vídeos muy largos, por lo que, generalmente, la parte del vídeo en la que se hace promoción de una empresa determinada suele ser corta. Aun así, el *influencer* ha de hacer referencia a dicho contenido publicitario ya sea en el título del vídeo o al comienzo de este.

También, como explicamos anteriormente, son frecuentes los ‘vlogs’ en los que el *influencer* graba su día a día en una semana, por ejemplo. Así, nuevamente, aunque sean vídeos extensos, una pequeña parte de este puede ser promoción de un restaurante, una crema, un gimnasio, etc., debiendo siempre hacer referencia al trasfondo comercial para no incurrir en problemas legales.

En relación con 21 Buttons y Peopple, la problemática resulta un poco más compleja. Generalmente, dichas aplicaciones colaboran con los *influencers* para que promocionen la utilización de dichas redes sociales en Instagram. Así, el *influencer*, en vez de decir directamente por Instagram de dónde es, por ejemplo, su camiseta, colgará un enlace que nos redirigirá a su perfil de 21 Buttons donde la tiene etiquetada.

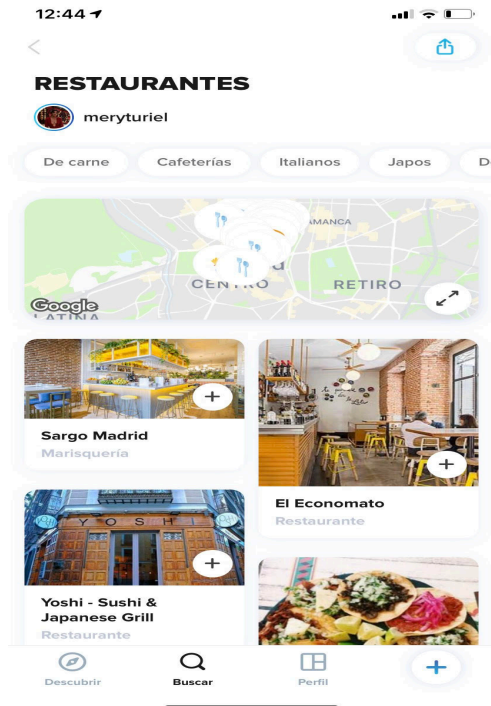
Además de que raramente los *influencers* hacen referencia a que están colaborando con 21 Buttons y con Peopple, este negocio puede encerrar también una problemática respecto a la relación existente entre la empresa que oferta el producto y el *influencer*, dado que, al tratarse de una mera etiqueta, no sabemos si dicho contenido ha sido pagado por aquella o no.



Por ejemplo, en este caso insertado, la *influencer* sube a ‘stories’ la fotografía de cómo iba vestida, indicando que la referencia a las empresas a las que compró las prendas la hará en su perfil de 21 Buttons, dejando un hipervínculo a dicho perfil desde el propio ‘stories’. Si acudimos a dicho perfil, pinchando en cada prenda, podremos ver de dónde es. Detrás de este contenido, aparentemente meramente prescriptivo o informativo, podríamos encontrarnos con dos contratos publicitarios, tanto con 21 Buttons como con cada una de los titulares de las marcas de ropa⁸². En estos casos pueden darse ilegalidades mayores que en la publicidad realizada directa y únicamente a través de Instagram, puesto que en el perfil de 21 Buttons simplemente vemos una etiqueta a la prenda de ropa, siendo menores las posibilidades para el *influencer* de indicar que una empresa le ha pagado por crear dicho contenido.

⁸² Fotografías extraídas de los perfiles de Instagram y 21 Buttons de Nuria Blanco (@nuriablanca3).

Lo mismo ocurre con el contenido subido a la aplicación Peopple, donde los productos recomendados se clasifican por categorías y donde las referencias a si se trata de una mera prescripción o, por el contrario, es contenido publicitario, son prácticamente nulas, dado que prácticamente se desvirtuaría la finalidad de la aplicación si la mayor parte de los productos ‘recomendados’ fueran en verdad colaboraciones con empresas.



En el ejemplo insertado, vemos como la *influencer* titular del perfil de Peopple, Mery Turiel, sugiere a sus seguidores, dentro de la carpeta ‘Restaurantes’, numerosos locales gastronómicos de Madrid, sin indicar si estos le han pagado para aparecer en sus ‘recomendaciones’⁸³.

7. LEGITIMACIÓN PASIVA

Desde el momento en que nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta y, por ello, de publicidad ilícita, cabrá interponer las acciones correspondientes reguladas en el artículo 32 LCD (por remisión del artículo 6 LGP).

Sin embargo, al encontrarnos ante dos sujetos, el *influencer* y la empresa anunciante, cabe plantearse contra quién habrá que dirigir dicha acción, si contra el primero, contra el segundo o contra ambos.

⁸³ Fotografía extraída del perfil de Peopple de Mery Turiel (@meryturiel).

La respuesta nos la proporciona la propia Ley de Competencia Desleal en su artículo 34, cuyo apartado segundo establece que si la infracción ha sido cometida por trabajadores o colaboradores en el ejercicio de sus funciones, la demanda deberá dirigirse contra el principal. Entendiendo en nuestro caso concreto que el *influencer* es un colaborador de la marca, la legitimación pasiva corresponderá a esta última⁸⁴.

Sin embargo, dado que generalmente en el contrato se establecerán determinadas cláusulas que marquen la actuación del *influencer*, si este se sale de aquellas, resultará conveniente ‘que el contrato permita al anunciante repercutir al *influencer* cualquier responsabilidad derivada de un contenido generado en contra de las disposiciones del contrato’⁸⁵. Así, si el *influencer* actúa en contra de las instrucciones dadas por la empresa, la legitimación pasiva corresponderá a aquel.

IV.CONCLUSIONES

A la luz de lo visto en este trabajo, podemos extraer varias conclusiones.

Primera. Las acciones de las empresas han de ir paralelas al desarrollo de las nuevas tecnologías. El aspecto publicitario no puede, desde luego, quedarse al margen. Es un hecho que las personas consumen cada vez menos medios de comunicación tradicionales y cada vez más Internet, así como que las reacciones negativas a los espacios típicamente publicitarios son también cada vez mayores. Por ello, las compañías habrán de adaptarse a ello, siendo el fenómeno de los *influencers* una buena opción para canalizar mensajes publicitarios de forma menos intrusiva que los anuncios tradicionales.

Segunda. Pese a que, como hemos dicho, realizar publicidad a través de *influencers* puede ser una buena inversión, las empresas han de ser especialmente cautelosas a la hora de seleccionar a las personas con las que colaborar, al ser cada vez mayor el número de ‘falsos *influencers*’ o personas con un alto número de seguidores falsos y que harán que la inversión realizada por la compañía resulte en vano al no percibir los resultados económicos esperados tras la publicidad realizada.

⁸⁴ TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión...’, cit. pág. 71.

⁸⁵ MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, Fº. J., ‘Principales cuestiones jurídicas...’, cit. pág. 14.

Tercera. La publicidad a través de *influencers* es una realidad muy reciente, lo que hace que la normativa no esté todavía adaptada a ella. Por ello, este tipo de contratos publicitarios favorecen los casos de publicidad encubierta, la cual, en ámbitos más tradicionales, estaba más controlada.

Cuarta. Se darán dichos supuestos de publicidad encubierta cuando el mensaje difundido por el *influencer* tenga una finalidad publicitaria o comercial y, en caso de no ser identificable por parte del consumidor dicha finalidad o naturaleza, no realice una advertencia explícita al respecto.

Quinta. Esto es utilizado por las compañías para recibir ingresos de una manera más rápida y mayor, al utilizar a los *influencers* para recomendar, de manera supuestamente desinteresada, sus productos, lo que hace que el consumidor genere un rechazo mucho menor y sea más propenso a llegar a adquirir dicho producto.

Sexta. Por ello, es necesario una adaptación normativa urgente, así como para adaptarlo a los principios que siempre deben regir la publicidad, también para evitar que sigamos viendo día a día casos en los que los usuarios-consumidores nos vemos engañados en las redes sociales y las empresas sigan utilizando este sector para generar más ingresos a costa de dichos engaños realizados al margen de la ley.

Séptima. Constantemente vemos que hechos que se realizan vía Internet resultan impunes por el mero hecho de que son más complejos de controlar e identificar. Por ello, paralelamente a dicha adaptación en el marco normativo, es necesario un mayor control sobre esta publicidad, para evitar que la publicidad encubierta a través de los *influencers* se convierta en una práctica normal y sin ningún tipo de represión ni consecuencia.

IV.BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos

ARIAS MÁIZ, V., ‘Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011 (Caso ‘Alter Channel’), *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 66, 2012, págs. 169 y ss.

BOERMAN, C. S., HELBERGER, N., VAN NOORT, G., HOOFNAGLE, J. C., ‘Sponsored Blog Content. What do the Regulations Say? And what do Bloggers Say?’, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4730> (consultada por última vez el 23.05.19).

CAPUCCI, A. S., ‘Los *influencers* y su impacto en la publicidad comercial’, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 293, 2018, págs. 787 y ss.

CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., DEL PINO ROMERO, C., ‘La comunicación publicitaria con *influencers*’, *Redmarka: revista académica de marketing aplicado*, núm. 14, 2015, págs. 21 y ss.

ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., ‘La publicidad encubierta’, *Anales de derecho: Colección Huarte San Juan*, nº5, 2004, págs. 263 y ss.

ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., ‘Un análisis somero del fenómeno de los *influencers* desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal’, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 2018, págs. 133 y ss.

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., ‘Estudios de derecho de la publicidad. Homenaje da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa’, *Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago, 1989, págs. 183 y ss.

GÓMEZ NIETO, B., ‘El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa’, *Methaodos. Revista de ciencias sociales.*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 149 y ss.

MONTEAGUDO MONEDERO, M., GARCÍA, Fº. J., ‘Principales cuestiones jurídicas de la publicidad con *influencers*’, *Autocontrol*, núm. 233, 2017, págs. 13 y ss.

MUÑOZ DEIROS, E., ‘Contrato de difusión publicitaria: concepto y características’, 15.12.14, <https://evamunoz.es/contrato-difusion-publicitaria-concepto-caracteristicas/> (consultada por última vez en 18.05.19).

NAVAJO, J., ‘Guía legal para *influencers*’, <https://delvy.es/guia-legal-influencers/> (consultada por última vez el 13.06.19).

OTERO COBOS, Mª. T., ‘Contratos publicitarios en redes sociales. Cuestiones de actualidad’, en TATO PLAZA, A. / COSTAS COMESAÑA, J. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / TORRES PÉREZ, F. J. (dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, Granada, págs. 129 y ss. (en prensa).

OTERO COBOS, Mª. T., ‘El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿publicidad encubierta?, *Derecho mercantil y tecnología*, 2018, págs. 809 y ss.

RODRÍGUEZ DÍAZ, C., ‘¿Publicidad o publicidad encubierta?’, 18.10.2016 <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/publicidad-o-publicidad-encubierta> (consultada por última vez el 17.03.2019).

SIERRA, I., ‘BOE e *influencers*: esto es lo que dice la ley sobre la publicidad en Instagram’, 20.07.18, <https://www.thewatmag.com/instagram/boe-e-influencers-esto-que-dice-ley-publicidad-instagram> (consultada por última vez el 3.05.19).

TAMARA, T., ‘Los 10 vídeos más populares en Youtube’, 23.10.18, <https://mag-es.octoly.com/los-10-tipos-de-v%C3%ADdeos-m%C3%A1s-populares-en-youtube-460b69b098ae> (consultada por última vez el 21.06.19).

TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., ‘Actos de engaño y omisiones engañosas’ en TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, págs. 130 y ss.

TATO PLAZA, A., ‘Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (‘influencers’), *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, págs. 49 y ss.

TERRASA, R., ‘La gran farsa de los *influencers*: el lado oscuro del millonario negocio del postureo’, 6.06.19, *EL MUNDO*, <https://www.elmundo.es/papel/historias/2019/06/06/5cf7f56921efa0c2528b4671.html>, (consultada por última vez el 12.06.19).

TOBÍO RIVAS, A. M^a, ‘Competencia desleal y publicidad encubierta, recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea’ en SERRANO CAÑAS, J. M. / CASADO NAVARRO, A. / MIRANDA SERRANO, L. M^a (dir.) / COSTAS COMESAÑA, J. (dir.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 63 y ss.

UNZUÉ ROSSI, J., ‘Publicidad nativa mediante *influencers*’, en TATO PLAZA, A. / COSTAS COMESAÑA, J. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / TORRES PÉREZ, F. J (dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, Comares, Granada, 2017, págs. 207 y ss.

Sitios web

Autocontrol: <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria-2/> (consultada por última vez el 22.03.2019).

‘¿Incumplen la ley tus *influencers* favoritos?’, 21.09.18, <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/influencers-ley/> (consultada por última vez el 4.05.19).

Informe de la Sociedad Digital en España 2017 de Fundación Telefónica: https://www.fundaciontelefonica.com/artes_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/625/ (consultada por última vez el 31.03.2019).

‘La publicidad con *influencers* está por fin regulada expresamente a través de un Código de Conducta’, 01.02.19, <https://www.tendencias.com/redes-sociales/publicidad-influencers-esta-fin-regulada-expresamente-a-traves-codigo-conducta> (consultada por última vez el 4.05.19).

‘Publicidad testimonial. Definición. Ejemplos’, 01.10.13, <http://entenderdemarketing.blogspot.com/2013/10/publicidad-testimonial-definicion.html> (consultada por última vez el 19.05.19).

‘Publicidad Tradicional vs Publicidad Digital’ <https://www.seosve.com/publicidad-tradicional-vs-publicidad-digital/> (consultada por última vez el 17.03.2019).

‘¿Qué es un *influencer*?’, <https://www.40defiebre.com/que-es/influencer> (consultada por última vez el 15.04.19).

‘The State of Influencer Marketing 2018’, <http://www.linqia.com/wp-content/uploads/2017/12/Linqia-The-State-of-Influencer-Marketing-2018.pdf>
(consultada por última vez el 15.05.19).

‘The State of Influencer Marketing 2019: Benchmark Report (+Infographic)’, 28.05.19,
<https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-2019-benchmark-report/>