

La publicidad de l@s influencers¹

Influencer marketing

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 12.04.2023 / Aceptado: 08.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8080

Resumen: Los estudios muestran que la publicidad encubierta es una práctica habitual llevada a cabo por l@s influencers. Esta conducta atenta contra l@s seguidores y contra l@s competidores/as del anunciante. En relación con l@s primer@s, porque no es clara acerca del carácter mercantil del mensaje del influencer y les puede hacer pensar que se encuentran ante una opinión personal de su líder. Respecto de l@s segund@s, porque, con ella, están haciendo que la marca compita de manera desleal con el resto de competidores en el mercado. Es importante, por tanto, identificar cuándo la publicidad que realizan l@s influencers es ilícita por ser encubierta. Son dos los elementos que deben concurrir para llegar a esta conclusión. En primer lugar, debe existir una finalidad comercial o mercantil, la cual, se puede comprobar por la existencia de una contraprestación. Y, en segundo lugar, este propósito promocional del influencer no aparece claro e inequívoco para el/la usuari@. En relación con esto último, el/la follower no puede deducir este carácter comercial ni del contenido del mensaje y de su ubicación y, por otro lado, el/la influencer no ha incorporado información necesaria para dar a conocer el mismo.

Palabras clave: publicidad encubierta, influencer, ley de competencia desleal, ley general de publicidad.

Abstract: Studies show that surreptitious advertising is a common practice carried out by influencers. This behaviour is an attack on the followers and on the advertiser's competitors. In relation to the former, because it is not clear about the commercial nature of the influencer's message and may make them think that they are dealing with a personal opinion of their leader. Regarding the latter, because, with it, they are making the brand compete unfairly with the rest of the competitors in the market. It is important, therefore, to identify when the advertising carried out by influencers is illegal because it is covert. There are two elements that must be present in order to reach this conclusion. Firstly, there must be a commercial purpose, which can be proven by the existence of a remuneration. And, secondly, this promotional purpose of the influencer does not appear clear and unequivocal to the user. In relation to the latter, the follower cannot deduce this commercial character either from the content of the message or from its location and, on the other hand, the influencer has not incorporated the necessary information to make it known.

Keywords: surreptitious advertising, influencer, unfair competition law, general advertising law.

Sumario: I. Introducción; II. Normativa española reguladora de la publicidad; 1. Ley 13/2022, General de Comunicación Audiovisual; 2. Ley 34/1988, General de Publicidad; 3. Ley 3/1991, de

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por MCI/AEI/10.13039/501100011033.

Competencia Desleal; 4. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico; 5. Autorregulación: Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad; III. Ámbito de aplicación de la normativa española; IV. Publicidad encubierta; 1. Carácter comercial, no claro y equívoco; A. Finalidad promocional o comercial; B. Elementos que transmiten el carácter comercial del mensaje; C. Información que aclare el carácter comercial; 2. Consumidor medio; V. Otros casos resueltos por el Jurado de AUTOCONTROL en el último año; VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Nos encontramos totalmente inmersos en la era digital, caracterizada por el dominio de las redes sociales en las que determinadas personas crean tendencia e influyen en el comportamiento de los demás. Sobre todo, de los más jóvenes, los nativos digitales, los que se comunican a través de Internet y condicionan su bienestar al número de “likes” que obtienen sus publicaciones en las redes. Tan es así, que esas personas han adquirido cierta categoría social, y también jurídica, y se les ha asignado una denominación que describe perfectamente el objetivo de su actuación; y ese nombre es “influencer”.

Influencer puede definirse como *“a content creator with a commercial intent, who builds trust and authenticity based relationships with their audience (mainly on social media platforms) and engages online with commercial actors through different business models for monetisation purposes”*¹.

El Código de conducta sobre el uso de los influencers en la publicidad, de AUTOCONTROL, del que hablaremos más adelante, l@s define como *“personas que se considera tienen un alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de tweets, videos y posts, como a través de mensajes en blogs u otros. En este grupo se vienen incluyendo los denominados “social media influencers”: “bloggers”, “Youtubers”, “Instagrammers” y “Facebookers”*².

2. Influencers hay much@s³. La inclusión en esta categoría depende del número de seguidores/as que tengan en las redes y, con ello, del impacto de sus publicaciones. Precisamente, porque influyen en el comportamiento de l@s demás y, como ya se ha mencionado, de l@s más jóvenes e influenciables, es necesario que sus acciones se rijan por un marco jurídico que proteja a l@s usuari@s y evite que puedan ser engañad@s.

3. Debido al éxito de l@s influencers entre la población y a la clara realidad de que se han convertido en creadores/as de tendencias -de moda, entre otras-, las marcas se han sentido atraídas hacia la idea de que ell@s, en sus vídeos, publiciten sus productos, sean sus prescriptores/as⁴. Son tres las razones por las que l@s anunciantes se fijan en l@s influencers como medio para publicitar sus productos⁵:

¹ F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 25.

² <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>

³ El país europeo con mayor proporción de influencers por población es Italia, seguido de España, Irlanda y Portugal (F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 29).

⁴ En el año 2021, el valor global del marketing realizado por l@s influencers fue de 13,8 billones de dólares, un 700% más que el que tuvieron en el año 2016 (F. MICHAELSEN/L. COLLINI/ et al., “The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, European Parliament, February 2022, p. 28).

⁵ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3.

Según J. MARTÍNEZ OTERO, las ventajas de la publicidad a través de influencer son las siguientes: *“ofrece públicos muy segmentados a quienes dirigir la campaña; aprovecha la capacidad de influencia del líder de opinión; atrae la atención del usuario de una manera más amable que la publicidad tradicional, al no resultar tan intrusiva; incrementa la credibilidad de los mensajes; permite vincular el producto con el estilo de vida del influencer; aumenta el recuerdo y el reconocimiento de la marca; fomenta empatía hacia la organización que vende el producto; incrementa la probabilidad de compra; evita el bloqueo de la publicidad por parte de programas específicos conocidos como ad-blockers; y se integra de forma natural dentro de los contenidos editoriales del influencer disimulando su naturaleza publicitaria, lo que reduce los mecanismos de rechazo o escepticismo de la audiencia. Una ventaja adicional de la publicidad a través de influencers es que contribuye a la generación*

la influencia del líder de opinión sobre sus seguidores/as, la consideración, positiva, para los followers de que los productos que promociona el/la influencer responden a sus propios valores y estilo de vida y, por último, que la publicidad que realiza el/la prescriptor/a no es tan agresiva como la tradicional⁶.

4. Así es, en relación con lo primero, los anunciantes son conscientes de que l@s influencers no llegan a toda la población, llegan sólo a sus seguidores, a ese grupo de personas que comparte gustos y visión de la vida⁷. Pero l@s followers, pese a no ser toda la población, son fieles, siguen los consejos del influencer y van a comprar en mayor medida los productos que muestre él/ella en las redes. Las marcas se han dado cuenta de esto y prefieren que la publicidad de sus artículos no llegue a tod@s, en general, y sí a ese sector concreto de la población con el que tienen garantizado un volumen mayor de compras.

5. En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, l@s followers van a adquirir los productos que consuma el/la influencer porque comparten su estilo de vida y desean seguir sus consejos para parecerse lo más posible a él/ella⁸.

6. Por último, el mensaje publicitario del líder de opinión no va a ser tan agresivo como lo son los que siguen el formato tradicional de la publicidad y, por ello, no va a generar rechazo en l@s destinatari@s⁹; o, al menos, no tanto como el que genera la publicidad más intrusiva. Cuanto más sutil sea la promoción de los productos más confianza generará en l@s usuari@s, y eso lo consiguen l@s influencers¹⁰. El canal de l@s influencers resulta más rentable para las marcas que el tradicional de la publicidad, es más eficaz, precisamente, entre otras razones, por esta, porque no responde a la forma agresiva y evidente de un anuncio publicitario¹¹.

de contenido espontáneo sobre la marca, debido a los comentarios e interacciones que sobre la campaña se producen en las redes sociales" (J. MARTÍNEZ OTERO, "Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 244).

⁶ Por parte de l@s influencers, con esta actividad promocional se convierten en profesionales del sector y los rendimientos obtenidos con ella tributarán, por tanto, como fruto de actividades económicas. De esta manera, "... *procede calificar como rendimientos de actividad económica —profesional— los obtenidos por los "influencers" en el desarrollo de su actividad independiente como creativos o marcadores de tendencias en redes sociales a través de internet*" (Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos V1417-20, de 14 de mayo de 2020).

En relación con la conversión de los influencers en profesionales del sector, *vid.*, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, "¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?", *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 1 y 8; J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, "Problemáticas jurídicas de influencers y modelos" en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020. Según la doctrina, l@s influencers pueden ser considerados como un medio de publicidad en el marco del artículo 8 de la Ley general de publicidad (A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, "Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram", *La Ley Mercantil*, nº 63, 2019, p. 6). Este precepto indica que "*Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten*".

⁷ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, "La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación", *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, pp. 3-4.

⁸ *Vid.*, en este sentido, E. GONZÁLEZ PONS, "Prácticas comerciales desleales e influencers: un nuevo reto para el derecho de la competencia desleal", en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F.J. TORRES PÉREZ (dirs.), *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, Granada, 2019, p. 53.

⁹ A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, "La comunicación publicitaria con influencers", *Redmarka*, núm. 14, 2015, p. 37.

¹⁰ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, "La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación", *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 9.

Vid., en este sentido, C. C. CARPENTER, "Don't believe everything you read on Twitter -The Federal Trade Commission's Regulation of celebrity endorsements on social media", *Entertainment Law*, Spring 2012, p. 5; E. P. GOODMAN, "Peer promotion and false advertising law", *South Carolina Law Review*, vol. 58, nº 4, 2007, p. 705.

Según el *Estudio anual de redes sociales del año 2018*, del *Internet Advertising Bureau* en España, 7 de cada 10 usuarios siguen a algún influencer y lo consideran creíble y poco publicitario (p. 55).

¹¹ *Vid.*, en este sentido, A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, "El marketing de influencia. Un caso práctico", en I. ZACIPA-INFANTE/V. TUR-VIÑES/J. SEGARRA-SAAVEDRA, *Tendencias publicitarias en Iberoamérica. Diálogo de saberes y experiencias*, Universidad de Alicante, 2016, p. 50.

El formato utilizado por ell@s, intercalando la publicidad de manera natural con historias de su vida privada, hace más imperceptible para el/la destinatari@ el carácter comercial del mensaje¹². Este tipo de publicidad se conoce como *branded content* o publicidad nativa¹³. Precisamente, esa naturalidad con la que se integra el mensaje publicitario dentro del contenido editorial del influencer es lo que puede suscitar dudas en l@s usuari@s acerca de si la información que emite el/la influencer es comercial o es opinión personal.

7. Siguiendo con lo anterior, si se trata de un mensaje publicitario, debe quedar claro en el mismo que tiene carácter comercial para que el/la destinatari@ lo conozca y lo reciba con las debidas cautelas, sabiendo que el/la influencer, normalmente, cobrará una remuneración por promocionar el producto o servicio en cuestión. Si nos encontramos en el segundo supuesto, si no tiene propósito promocional, el/la follower puede estar tranquil@ en relación a que la opinión emitida por el/la influencer en el mensaje es objetiva, personal y real.

8. Esto es lo que vamos a analizar en este trabajo, cómo podemos distinguir si la publicidad que generan l@s influencers en las redes es lícita o es encubierta. Con este objetivo, lo primero que debemos conocer es la normativa que regula la publicidad y prohíbe la que es encubierta por ser engañosa.

II. Normativa española reguladora de la publicidad

1. Ley 13/2022, General de Comunicación Audiovisual

9. Recientemente se ha publicado la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, en cuyo Título V se recogen una serie de reglas que deben observar los prestadores de servicios de intercambio de vídeos en plataforma¹⁴. Sin embargo, los “vloggers”, “influencers” o “prescriptores de opinión” no son estos prestadores de servicios, serían los usuarios de la plataforma (Exposición de Motivos). Por lo anterior, no parece que las prescripciones de la Ley sean de aplicación a la actividad de los influencers¹⁵. No obstante lo cual, creemos interesante explicar algunos extremos de la norma.

10. El objeto de la Ley es “regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como establecer determinadas normas aplicables a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. 2. Igualmente se establecen las normas básicas para la prestación del servicio de comunicación audiovisual autonómico y local, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales en sus respectivos ámbitos” (art. 1).

¹² G. ALFANO/S. LOPOLO, “Propuestas para un influencer marketing transparente en el marco reglamentario comunitario”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 50, 2019.

¹³ Sobre el concepto de publicidad nativa, *vid.*, J. UNZÚE ROSSI, «Publicidad nativa mediante influencers», en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F.J. TORRES PÉREZ (Dir.) *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, Comares, Granada, 2017, pp. 203-225; M. T. BENDITO CAÑIZARES, “La autenticación de publicidad y anunciantes en la publicidad nativa y, en particular, en la publicidad de influencers”, *Revista Aranzadi*, nº 8, 2020; S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 379.

¹⁴ La publicidad nativa es aquella que *se inserta como parte de un contenido editorial* (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 3). Para que se diferencie de la publicidad encubierta debe *diferenciarse lo suficiente del medio en el que se integra como para que el espectador o destinatario sea consciente de que se encuentra ante contenido publicitario* (S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 379-380).

¹⁴ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹⁵ En el marco del Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual, *vid.*, M. F. MARTÍN MORAL, “La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual”, en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F. J. TORRES PÉREZ/ S. LOUREDO CASADO (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Comares, Granada, 2022, p. 196.

A los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma se les imponen determinadas obligaciones relacionadas con la publicidad, además de las que puedan tener en virtud de, entre otras, la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información, a la que aludiremos más adelante (art. 42)¹⁶.

11. El artículo 122.3 de la Ley prohíbe la publicidad encubierta, definiéndola como aquella que, “*mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación*. Por su parte, en el apartado cuarto de este precepto, también prohíbe la publicidad subliminal, entendiéndose por tal, aquella 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*”. El artículo 91 prescribe que los prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma deberán respetar, entre otras, las prohibiciones mencionadas¹⁷. También deben hacerlo los usuarios de especial relevancia -de estos servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma-, cuando *comercialicen, vendan u organicen las comunicaciones que acompañen o se inserten en sus contenidos audiovisuales* (art. 94). A estos efectos, se consideran usuarios de especial relevancia a aquellos que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, que cumplan una serie de requisitos de forma cumulativa. Estos requisitos son los siguientes: “*a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio. c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él. d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales. e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3*” (art. 94.2). Teniendo en cuenta estas exigencias, podemos concluir que l@s influencers no son *usuarios de especial relevancia* en el marco de esta Ley.

2. Ley 34/1988, General de Publicidad

12. La Ley 34/1988, general de publicidad, califica como publicidad ilícita, entre otras, la publicidad subliminal y la engañosa (art. 3)¹⁸. Y define la primera como aquella 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* (art. 4)¹⁹.

13. El artículo 9 de esta norma recoge el principio general de identificación, según el cual, “*Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función in-*

¹⁶ Las sanciones por incumplimiento de la Ley se encuentran en el artículo 160 y son multas económicas. *Vid.*, en relación con el Anteproyecto de la Ley, M. F. MARTÍN MORAL, “La actividad de los influencers y su encaje en el Anteproyecto de Ley general de comunicación audiovisual”, en A. TATO PLAZA/J. COSTAS COMESAÑA/P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/F. J. TORRES PÉREZ/ S. LOUREDO CASADO (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Comares, Granada, 2022, pp. 185-200.

¹⁷ El artículo 91.3 establece que “*Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma informarán claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por usuarios contengan comunicaciones comerciales audiovisuales, siempre que los usuarios que suban vídeos hayan declarado que, a su entender, o hasta donde cabe razonablemente esperar que llega su entendimiento, dichos vídeos contienen comunicaciones comerciales audiovisuales, o siempre que el prestador tenga conocimiento de ese hecho*”.

¹⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹⁹ La publicidad ilícita que realizan l@s influencers puede ser calificada de subliminal. Sin embargo, según la doctrina, no están bien delimitados los contornos de la misma y el legislador y la jurisprudencia han desarrollado en mayor medida la publicidad encubierta, dentro de la cual, se puede encuadrar mejor este comportamiento desleal de l@s influencers (J. SIXTO-GARCÍA/A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, “Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, nº 4, 2020, p. 1612).

formativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”²⁰.

14. Esta misma norma remite, con carácter general, a la Ley de competencia desleal para conocer las acciones que se puede adoptar frente a estos comportamientos de publicidad ilícita (art. 6).

3. Ley 3/1991, de Competencia Desleal

15. La Ley 3/1991, de competencia desleal, considera desleal la publicidad ilícita a la que alude la Ley general de publicidad (art. 18). Las acciones que se pueden iniciar frente a estas conductas son las recogidas en el artículo 32, esto es, la declarativa de deslealtad, la de cesación de la conducta y prohibición de reproducirla en el futuro, la acción de remoción de los efectos producidos, la de rectificación de las informaciones engañosas, la acción de responsabilidad civil y la de enriquecimiento injusto cuando haya infracción de un derecho de exclusiva.

16. Del mismo modo, el artículo 7, relativo a las omisiones engañosas, indica que será ilícita la práctica cuando no se da a conocer el propósito comercial de la misma, salvo que resulte evidente por el contexto. La publicidad encubierta que pueden realizar l@s influencers podría incardinarse más específicamente en este precepto²¹.

También, el artículo 5, relativo a los actos de engaño, considera ilícita la presentación de la información que pueda inducir a error en l@s destinatari@s y hacerles pensar que no están ante un mensaje comercial.

Por lo tanto, tenemos que el mismo comportamiento puede ser encuadrado en los dos preceptos mencionados. En efecto, en la publicidad encubierta, por un lado, existe un acto de engaño en la forma de presentación del mensaje (art. 5) y una omisión de información sobre el propósito promocional del mismo (art. 7)²².

17. Por otro lado, el artículo 26 es el que más específicamente se refiere a estas conductas de l@s influencers, siempre que se trate de práctica comercial con consumidores o usuarios. En su apartado 1 se indica que serán desleales, por engañosas, las conductas que “*Incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario*”. Este tipo de publicidad se denomina redaccional²³. Con ella se pretende transmitir una apariencia de objetividad en el mensaje, generando seguridad a l@s destinatari@s, que confiarán en que lo que reciben no es publicidad sino información²⁴.

Este artículo 26 tiene una relación de especialidad respecto de los preceptos 5 y 7. De esta forma, si, por ejemplo, no concurre en el comportamiento el requisito de la contraprestación pagada por el anunciante al influencer, la conducta podrá seguir siendo desleal por engañosa en el marco de los artículos 5 y 7²⁵.

²⁰ Vid., entre otras, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 2.

²¹ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 6.

²² A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 132.

²³ Vid., J. M. HERNÁNDEZ-RICO BARTOLOMÉ, “Publicidad ilícita (II)”, en AA.VV., *Derecho de la publicidad*, 2015, pp. 111-126.

²⁴ E. BERNARD MONTFERRER, “Aproximación a la publicidad redaccional: inadecuación al principio de actuación de los códigos deontológicos de la profesión periodística», en A. CASERO RIPOLLÉS (coord.), *Redefiniendo los vínculos entre periodismo y democracia en la era digital. XIX Congreso Internacional Sociedad Española de Periodística : Actas de las comunicaciones presentadas en el Congreso*, Sociedad Española de Periodística, Castellón, 2015, p. 887.

²⁵ A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 133.

4. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico

18. Podemos mencionar, también, en este apartado de normativa aplicable, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información²⁶. Esta norma establece que *las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables* como tales (art. 20.1).

Las sanciones recogidas en la norma son de naturaleza administrativa y son multas económicas que se gradúan en función a la gravedad de la conducta (art. 39)²⁷.

5. Autorregulación: Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad

19. Por último, debemos destacar los códigos de autorregulación que existen en el sector. Códigos que, si bien no tienen el efecto vinculante que poseen las normas, los operadores los tienen en cuenta a la hora de actuar en el mercado y de calificar las conductas. En este campo contamos con el Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad, elaborado por la Asociación Española de Anunciantes (aea) y por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y de obligado cumplimiento para tod@s l@s miembros a ambas asociaciones y para tod@ aquel/la que quiera adherirse al mismo²⁸. Este Código entró en vigor el 1 de enero de 2021.

20. En este documento se define el contenido publicitario como aquel en el que concurren los tres siguientes requisitos: 1) que esté dirigido a la promoción de productos o servicios; 2) que haya una remuneración, monetaria o en especie, por parte del anunciante²⁹; 3) que el anunciante ejerza un control editorial sobre el contenido. Especifica el Código que no habrá contenido publicitario cuando el/la influencer no tengan relación con el anunciante y actúen por iniciativa propia.

²⁶ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 julio 2002.

²⁷ *Vid.*, en este sentido, J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “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*, nº 83, 2018, p. 143.

²⁸ <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>.

Según consta en la página web de AUTOCONTROL, “En este momento, **alrededor de 600 miembros directos y 4.000 indirectos** están vinculados aproximadamente con el **70% de la inversión publicitaria en nuestro país**” (<https://www.autocontrol.es>).

El grado de cumplimiento de los Dictámenes realizados por el Jurado de AUTOCONTROL -Jurado que aplica estos Códigos de conducta-, es muy elevado. Aunque no sean vinculantes para los no asociados ni adheridos, son acatados de manera voluntaria por ellos en la mayoría de los casos. Lo anterior se debe a la alta consideración que la labor de AUTOCONTROL tiene entre los operadores jurídicos, “tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; los Considerandos 32, 40, 49 y 51 y los artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación y la corrección introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su Capítulo V), y por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (véase su Preámbulo -apartado IV- y sus artículos 6, 7, 12, 14, 15, 89, 91, 94, 97, 98, 99, 105, 108 y 153). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos” (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022).

Vid., en relación con este Código, entre otros, F.J. GARCÍA PÉREZ, “El nuevo Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad: una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 967, 2020.

²⁹ La remuneración en especie, normalmente, se realizará con la entrega gratuita de bienes o servicios (J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246). *Vid.*, en relación con la posibilidad de pago no dinerario, J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “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*, nº 83, 2018, p. 141.

III. Ámbito de aplicación de la normativa española

21. Conocida la normativa española que regula estos supuestos de publicidad encubierta, habrá que saber cuándo va a ser aplicada la misma. En efecto, nuestro supuesto de hecho se ubica en las redes sociales y, con ello, en una dimensión transfronteriza. Así es, la publicidad que realizan l@s influencers puede verse en todo el planeta, l@s seguidores/as pueden encontrarse en todos los países del mundo³⁰. Nos situamos, por tanto, ante supuestos de hecho internacionales por la vinculación que tienen con más de un Estado³¹.

En este contexto de relaciones privadas internacionales debemos preguntarnos en qué casos l@s influencers deberán respetar esta normativa española en materia de publicidad.

22. Las normas que se encargan de regular específicamente las actuaciones transnacionales sí indican en qué casos internacionales van a ser aplicadas. Este es el supuesto de la Ley 13/2022 -Ley general de comunicación audiovisual- y de la Ley 34/2002 -Ley de servicios de la sociedad de la información-.

La primera indica que, en el caso de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas, se aplicará la Ley en los supuestos en los que el operador se encuentre establecido en España de conformidad con la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información (art. 3)³². Esta Ley de servicios de la sociedad de la información, a su vez, establece que un prestador de servicios se encuentra establecido en España cuando “*su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección*” (art. 2.1)³³.

23. El resto de normas mencionadas no especifican nada en relación con su ámbito de aplicación. En estos casos, el criterio para conocer cuándo se tendrán en cuenta es el del mercado afectado.

³⁰ J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

³¹ *Vid.*, por tod@s, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional Privado: Concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 127-135.

³² La norma recoge supuestos específicos cuando el prestador del servicio es una persona jurídica con matriz y filiales. Así, según este mismo precepto 3, “4. *El prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma que no esté establecido en un Estado miembro se considerará establecido en España a efectos de la presente ley cuando dicho prestador:* a) *Tenga una empresa matriz o una empresa filial establecida en España, o b) forme parte de un grupo y otra empresa de ese grupo esté establecida en España. A estos efectos se entenderá por:* 1.º) «Sociedad matriz»: *Una sociedad que controla una o varias empresas filiales.* 2.º) «Empresa filial»: *Una empresa controlada por una sociedad matriz, incluidas las empresas filiales de una empresa matriz de mayor jerarquía.* 3.º) «Grupo»: *Una empresa matriz, todas sus empresas filiales y todas las demás empresas que tengan vínculos organizativos, económicos y jurídicos con ellas.* 5. *A efectos de la aplicación del apartado anterior, cuando la empresa matriz, la empresa filial o las demás empresas del grupo estén establecidas en distintos Estados miembros, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si está establecida en España su empresa matriz o, en su defecto, si lo está su empresa filial o, en su defecto, si lo está la otra empresa del grupo.* 6. *A efectos de la aplicación del apartado 5, cuando existan varias empresas filiales y cada una de ellas esté establecida en un Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si la filial establecida en España inició su actividad en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España. Cuando existan varias empresas que formen parte del grupo y cada una de ellas esté establecida en un Estado miembro diferente, se considerará que el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma está establecido en España si una de dichas empresas inició su actividad en España en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de España”.*

³³ En los siguientes apartados del artículo 2 se contemplan supuestos aclaratorios del primero. De esta manera, “2. *Asimismo, esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España. Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.* 3. *A los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. La utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador”.*

De esta forma, si el mercado afectado es el español, los operadores deberán respetar estas normas de regulación del mismo³⁴.

24. En este punto debemos distinguir entre el contrato que formalicen el anunciante y el/la influencer para la promoción de los productos del primero por parte del segundo y, por otro, el mercado en el que se va a ejecutar dicho negocio jurídico.

Efectivamente, el contrato puede quedar sujeto a la ley que las partes elijan en virtud del artículo 3 Reglamento Roma I -RRI-, aplicable en todos los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca³⁵. Pero, si la actividad publicitaria se lleva a cabo en el mercado español, deberá respetar las normas españolas que rigen esta materia, independientemente de lo que prescriba el Derecho rector del contrato a estos efectos.

La Ley general de publicidad y la Ley de competencia desleal son normas de policía que deben ser respetadas cuando el mercado de ejecución del contrato publicitario sea España³⁶. En este caso, debemos distinguir dos planos de actuación. Por un lado, la actuación, que podríamos llamar pública, por la que se reclama la vulneración de estas normas reguladoras de la publicidad llevada a cabo por influencers o anunciantes que ofrecen mensajes promocionales en España (art. 8 CC)³⁷. Por otro lado, la actuación privada, iniciada por una de las partes contratantes, por el incumplimiento o nulidad del contrato. En este caso, para saber si la demanda puede tener éxito, habrá que aplicar el Derecho elegido por las partes (art. 3 RRI) o, en su defecto, el ordenamiento rector del contrato según los puntos de conexión subsidiarios del Reglamento Roma I (art. 4 RRI), si el órgano jurisdiccional competente es europeo -excepto, si es danés-. Ese ordenamiento aplicable podría considerar válido el contrato, sin embargo, el tribunal podrá tener en cuenta otras normas para llegar a esta conclusión o a la contraria. Así, en virtud del artículo 9 del Reglamento, la autoridad competente deberá aplicar las leyes de policía del foro y, por otro lado, podrá dar efecto a las leyes de policía del Estado de ejecución de las obligaciones en la medida en que hagan ilegal la ejecución del contrato. Por tanto, si el juez competente se encuentra en España, deberá aplicar las normas españolas mencionadas como leyes de policía del foro. En otro caso, si el juez competente forma parte del Poder Judicial de otro Estado UE -salvo Dinamarca-, podrá dar efecto a estas normas como leyes de policía del país de ejecución del contrato cuando se ha pactado que la publicidad se realice en España³⁸.

IV. Publicidad encubierta

25. Antes de comenzar calificando de ilícita la publicidad que pueden realizar l@s influencers, debemos saber qué se entiende por publicidad. Según el artículo 2 de la Ley general de publicidad, ésta es *“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”*.

³⁴ Esta afirmación se deduce del art. 2.1 Ley de competencia desleal.

³⁵ Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 de julio de 2008.

³⁶ En relación a las normas de policía, *vid.*, por tod@s, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 3078-3117.

³⁷ Si bien el artículo 8 del Código Civil indica que *“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”*, se ha de entender que, no se aplican a todos los que se hallen en territorio español, sino a todos los comportamientos que se verifiquen en territorio nacional (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 514).

³⁸ *Vid.*, en relación a la existencia de un contrato entre la marca y la influencer puesto de manifiesto en el asunto para concluir que era válido por respetar las normas de publicidad, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022, Fundamentos Deontológicos 6 y 7.

26. Como vemos, el elemento característico de la publicidad es que conlleva el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que debe desarrollar el/la anunciante. El objetivo de la publicidad, por otro lado, es claro, la persona física o jurídica, pública o privada, tiene como finalidad promover la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

27. Precisamente, este elemento del carácter comercial es el que destacan todas las normas mencionadas para distinguir la publicidad lícita de la ilícita. No su existencia misma, que concurre en los dos tipos de publicidad, sino el hecho de que se manifieste claramente frente al destinatario. Así es, el/la usuari@ debe ser consciente de que se encuentra ante un mensaje publicitario, por eso, si el propio contenido y su ubicación no son claros al respecto, el anunciante deberá incorporar al mismo determinada información para que el/la destinatari@ no tenga dudas de que, efectivamente, se trata de un contenido comercial o publicitario. Recordando el artículo 9 de la Ley general de publicidad, el anunciante debe *desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios*.

28. En la publicidad encubierta, siendo publicidad, los destinatarios no perciben que se trate de un mensaje comercial. El contexto en el que actúan l@s influencers es propicio para que haya este tipo de publicidad ilícita. En efecto, estas personas utilizan las redes sociales para subir vídeos personales, de su vida diaria. La ubicación -red social propia- y el contenido del mensaje -información personal- no son aptos para que l@s destinatari@s sepan claramente que están ante un contenido publicitario. Destinatari@s que, por otra parte, son seguidores/as del influencer, confían en él y seguirán los consejos que ofrezca en sus vídeos.

29. En un estudio de 750 publicaciones, el 75,46% tenía contenido publicitario y, sólo en el 6,52% de los casos, la influencer indicaba que se trataba de mensajes promocionales; y lo hizo con el hashtag “#ad”³⁹. En otro, en el que se analizaron 758 publicaciones (*post*) desde el 1 de octubre de 2020 al 30 de marzo de 2021, se comprobó que el 83,9% de los contenidos no identificaban el carácter publicitario de los mismos⁴⁰. El porcentaje sube al 95% en otro estudio realizado⁴¹. Estos datos muestran la asiduidad con la que se recurre a la publicidad encubierta en las redes sociales⁴². Se podría decir, por tanto, que se trata de una actividad habitual de l@s influencers.

1. Carácter comercial, no claro y equívoco

30. Como acaba de mencionarse, la publicidad conlleva el ejercicio de una actividad comercial, mediante la cual, se busca conseguir que l@s destinatari@s de la misma compren o soliciten los productos o servicios publicitados.

Como el objetivo de la publicidad es influir en l@s ciudadan@s, el carácter comercial de la misma debe percibirse de forma clara e inequívoca por ellos, esto es, l@s destinatari@s deben saber que están recibiendo un mensaje publicitario (art. 9 Ley general de publicidad, arts. 5, 7 y 26 de la Ley de competencia desleal y art. 20 de la Ley de servicios en la sociedad de la información). Por esta razón, en sentido contrario, se considera ilícita la publicidad que no se identifica como tal por l@s ciudadan@s, la publicidad encubierta⁴³.

³⁹ J. SIXTO-GARCÍA/A. ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, “Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, vol. 26, nº 4, 2020, p. 1618.

⁴⁰ M. RAMOS GUTIÉRREZ/E. FERNÁNDEZ-BLANCO, “La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de influencers para la generación Z. ¿Cumplirán los/as influencers el nuevo Código de conducta de AUTOCONTROL?”, *Revista Prisma Social*, nº 34, p. 81.

⁴¹ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, p. 8.

⁴² *Vid.*, en este sentido, J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

⁴³ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 5.

31. La publicidad encubierta es un tipo de publicidad engañosa⁴⁴. En ella, el/la influencer promociona el producto o servicio en cuestión sin parecer, a los ojos de l@s destinatari@s, que están ante un mensaje publicitario y, con ello, dotando al contenido de mayor credibilidad y confianza.

Reproduciendo de nuevo el concepto de la Ley general de comunicación audiovisual, publicidad encubierta es aquella que, “*mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación* (art. 122.3).

32. Son tres los requisitos que deben concurrir en el mensaje para calificarlo de publicidad encubierta⁴⁵. Por un lado, debe tener finalidad promocional o comercial. En segundo lugar, no debe ser cla-

⁴⁴ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, “La publicidad encubierta a través de los influencers: la urgencia de una regulación”, *Revista de Derecho de la Competencia y a Distribución*, nº 29, julio 2021, p. 6; A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3.

La publicidad encubierta es publicidad engañosa por la forma, porque engaña en relación con el carácter comercial que tiene y aparenta ser mera información o contenido editorial (A. CASTELLÓ MARTÍNEZ, “La comunicación publicitaria con influencers”, *Redmarka*, núm. 14, 2015, p. 41).

⁴⁵ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 3; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 133-135; Dictamen de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 3.

La doctrina incluye un cuarto requisito para calificar la práctica de publicidad encubierta, cual es, que sea apto para influir en el comportamiento económico de los consumidores, ya que, esta exigencia es necesaria para que cualquier acción u omisión sea ilícita en el marco de la Ley de competencia desleal (A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 135; A.M. TOBÍO RIVAS, “Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en L.M. MIRANDA SERRANO/J. COSTA COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 70).

Hay que diferenciar la publicidad encubierta de la publicidad testimonial. Esta última es aquella que realiza un tercero -influencer, en nuestro caso- emitiendo opinión sobre los productos del anunciante. La principal distinción entre ambas es que, en la testimonial, el tercero interviene en el anuncio que difunde la marca, dando su opinión sobre el producto. En este caso, por la ubicación del contenido, el consumidor lo percibe como procedente del anunciante. En cambio, en el supuesto de la publicidad encubierta, el mensaje es difundido por el propio influencer, en sus redes sociales, creando, con ello, confusión en el destinatario acerca del carácter comercial del mismo (A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 8).

Vid., en relación con la regulación existente al respecto en Estados Unidos, Federal Trade Commission, 16 CFR Part 255 *Guides concerning the use of endorsements and testimonial in advertising* (<https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-B/part-255>). En este sentido, C. C. CARPENTER, “Don’t believe everything you read on twitter -the Federal Trade Commission’s regulation of celebrity endorsements on social media”, *Entertainment Law*, Spring 2012, pp. 1-16; R. TUSHNET, “Attention must be paid: commercial speech, user-generated ads, and the challenge of regulation”, *Buffalo Law Review*, vol. 58, nº 4, 2010, pp. 721-793; E. P. GOODMAN, “Peer promotion and false advertising law”, *South Carolina Law Review*, vol. 58, nº 4, 2007, pp. 683-707; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, nº 88, 2021, pp. 4-6; J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020. *Vid.*, también, el caso Lord & Taylor, de promoción de la colección de ropa Design Lab 2015 por parte de 50 influencers contratadas por la marca (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/lord-taylor-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers-through>).

También habría que distinguir la publicidad encubierta del emplazamiento del producto. Este último está definido en el artículo 129 de la Ley general de comunicación audiovisual como “*toda forma de comunicación comercial audiovisual que incluya, muestre o se refiera 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*”. El apartado 3 del precepto exige que el emplazamiento del producto cumpla los siguientes requisitos: “*a) No influir en el contenido editorial ni en la organización del horario de programación ni en la del catálogo de una manera que afecte a la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. b) No incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni incluir referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios. c) No conceder una prominencia indebida a los productos de que se trate. d) Identificar que se trata de un emplazamiento de producto al principio, al inicio de cada reanudación posterior a una interrupción y al final del programa cuando dichos programas hayan sido producidos o encargados por el prestador del servicio de comunicación audiovisual o por una de sus filiales*”. Como vemos, una de las principales diferencias entre la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto es que, con este, no se incita directamente a la compra o arrendamiento, a diferencia de lo que ocurre con la actividad promocional de la publicidad encubierta. En el emplazamiento de producto hay una simple presencia del producto y en la publicidad encubierta hay una promoción del mismo. Tal como

ramente identificable este carácter mercantil del contenido por parte de l@s destinatari@s del mismo. Y, por último, no debe haber ninguna indicación en el mensaje que aclare la naturaleza comercial del mismo.

A. Finalidad promocional o comercial

33. El ejercicio de una actividad comercial que implica la publicidad, supone que la promoción del producto o servicio se realice, normalmente, a cambio de una remuneración por parte del anunciante. Por ello, un elemento importante para saber si se trata de publicidad es si ha habido contraprestación para el/la influencer. Si la ha habido, ésta será prueba del carácter comercial del mensaje⁴⁶.

34. En este sentido, por ejemplo, en la Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de fecha 7 de octubre de 2022, el influencer pudo probar que no tenía relación profesional con el anunciante y el Jurado rechazó la reclamación por publicidad encubierta contra él⁴⁷. La forma de probarlo fue aportando los recibos de compra de las botellas de un determinado vino -de la bodega de Abadía Retuerta, S.A.-, que era el producto que se veía en segundo plano en un vídeo que el influencer colgó en Instagram mientras cocinaba. La reclamación tenía por objeto la publicidad encubierta que realizaba el líder de opinión del vino en cuestión.

En otro asunto, de 20 de enero de 2023, el Jurado desestima la reclamación porque la marca indica que no hay ninguna relación contractual entre ella y la influencer y porque aquella aporta como prueba las muestras de productos que envió a ésta y la nota en la que no había ninguna solicitud de promoción de los mismos⁴⁸.

35. El Código de conducta de uso de los influencers en la publicidad estipula que habrá contenido publicitario cuando haya un pago u otra contraprestación por parte del anunciante hacia el líder de opinión (norma 3). Al igual que establece el artículo 26 de la Ley de competencia desleal, ya transcrito en otro apartado. Sin embargo, los artículos 5 y 7 de esta última norma no exigen que deba haber una contraprestación por la actividad promocional del influencer.

El Jurado de AUTOCONTROL sigue la práctica consistente en que, cuando no puede probarse la existencia de una contraprestación, analiza la ubicación y el contenido del mensaje para poder encontrar indicios que confirmen el carácter comercial del mensaje. Por lo tanto, aún cuando no haya contraprestación podría calificarse la conducta de publicidad encubierta. En la Resolución comentada de 20 de enero de 2023, se descartó la existencia de relación comercial entre el anunciante y la influencer y, a pesar de ello, a pesar de comprobar que no había habido remuneración, se investigó el contenido del mensaje para comprobar que, al hablar la líder de opinión de productos de otras marcas, además de la del anunciante, no podía calificarse el mensaje de comercial⁴⁹.

recoge la SAN de 11 de noviembre de 2010, refiriéndose a la SAN de 23 de marzo de 2009, “*La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación (“asentamiento” o “emplazamiento”) del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “asentamiento” la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética*” (SAN de 11 de noviembre de 2010, ECLI:AN:ES:2010:5064; SAN de 23 de marzo de 2009, ECLI:ES:AN:2009:1685). En el emplazamiento del producto, la mera presentación del artículo en el mensaje es la publicidad, se trata, por tanto, de publicidad indirecta y no directa (A. ASENSI MERÁS, “La licitud de la publicidad a través de influencers o líderes de opinión en redes sociales”, *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, vol. 39, 2018-2019, p. 331). Algunos autores, en cambio, lo consideran publicidad encubierta (A. TATO PLAZA, “Product placement y publicidad encubierta”, *ADI*, 22, 2001, pp. 586-587; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 137).

⁴⁶ A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134.

⁴⁷ Número de asunto: 157/R/Septiembre 2022

⁴⁸ Resolución de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. *Vid.*, en este sentido de rechazar el carácter comercial del mensaje cuando no ha mediado solicitud del anunciante acerca de la promoción del artículo, A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 4.

⁴⁹ Resolución de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022.

36. En la anterior Ley general de comunicación audiovisual, la Ley 7/2010, el artículo 2.32 definía la publicidad encubierta como “*La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio*”⁵⁰. La parte final del concepto asocia el carácter intencional del propósito publicitario, en particular, con la contraprestación recibida por el productor de mercancías o el prestador de servicios. Dicho con otras palabras, la naturaleza comercial del mensaje no dependía de la remuneración que pudiera recibir el/la influencer, el contenido podría ser publicitario y que no hubiera una contraprestación por ello. Así lo pone de manifiesto, entre otras, una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 2018⁵¹. Según esta resolución, “*Con ello queda de manifiesto que para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad*” (FD Tercero). También, la STJUE, de 9 de junio de 2011, en el caso *Alter Chanel*, se pronuncia en el mismo sentido teniendo en cuenta la Directiva 89/552, cuya transposición fue la Ley 25/1994, antecesora de esta norma 7/2010 y con el mismo contenido en este punto⁵². El Tribunal europeo afirma que “*si bien es cierto que la existencia de una remuneración o de un pago similar constituye un criterio que permite determinar el propósito publicitario de un organismo de radiodifusión televisiva, no obstante, del tenor literal del artículo 1, letra d), de la Directiva 89/552 y de la estructura general y la finalidad de ésta se desprende que no se puede excluir tal propósito a falta de tal remuneración o pago similar*” (apartado 34).

En la actual Ley general de comunicación audiovisual desaparece la referencia a la remuneración como presunción de la intencionalidad del propósito publicitario, permaneciendo prácticamente igual todo lo demás. En este contexto, bajo la aplicación de esta Ley, por tanto, al igual que en el marco de las anteriores, no se hace referencia alguna a la necesidad de que haya remuneración para entender que hay publicidad encubierta. Sin embargo, será lo habitual que la haya⁵³.

37. Por todo lo anterior, puede haber publicidad encubierta sin que haya mediado contraprestación por ella⁵⁴. Y, por otro lado, si ha habido remuneración al influencer, no sería necesario analizar ningún otro elemento para confirmar el carácter comercial del mensaje. Una vez acreditada la naturaleza publicitaria del contenido sí que habrá que estudiar si el/la destinatari@ ha podido percibir clara e inequívocamente que el mensaje tenía esa intención promocional. Y, para ello, habrá que tener en cuenta la ubicación y el contenido y la información que aparezca en el mensaje referida a esta intención.

⁵⁰ Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, BOE núm. 79, de 1 abril 2010.

⁵¹ ECLI:ES:TS:2018:3770.

⁵² STJUE de 9 de junio de 2011, *Alter Chanel*, C-52/10, ECLI:EU:C:2011:374.

Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, BOE núm. 166, de 13 julio 1994.

Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L332, de 18 diciembre 2007.

La STS de 31 de octubre de 2018, antes mencionada, también alude a esta Ley, como transposición de la Directiva 89/552, para confirmar que, en su marco, también la contraprestación sólo era una presunción de la intencionalidad del carácter publicitario del mensaje pero no calificaba la conducta misma como publicidad encubierta (FD Tercero).

⁵³ A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, “Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram”, *La Ley Mercantil*, nº 63, 2019, p. 3; A.M. TOBÍO RIVAS, “Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en L.M. MIRANDA SERRANO/J. COSTA COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 78.

⁵⁴ Es difícil encontrar supuestos en los que el/la influencer promocione productos de una marca y no reciba remuneración alguna, ni dineraria ni en especie. Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso en el que no exista ese pago hasta que el/la prescriptor/a alcance determinado número de followers o de ventas (en relación con la vinculación de la retribución al número de ventas, *vid.*, S. BATANÁS RODRÍGUEZ, “Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers”, en R. PEREA ORTEGA (coord.), *Estudios de derecho digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 386). En este supuesto, la actividad promocional la realizaría a cambio de nada y, sólo cuando consiguiese ese número de followers o de ventas -y si l@s consigue-, el influencer empezaría a recibir una contraprestación por la publicidad que hiciera a partir de ese momento.

B. Elementos que transmiten el carácter comercial del mensaje

38. La existencia de una relación contractual entre anunciante e influencer se podrá investigar y conocer, a posteriori, cuando se inicie un procedimiento o una reclamación por vulneración de las normas de publicidad. Sin embargo, el carácter comercial de mensaje debe aparecer claro e inequívoco para el/la destinatari@ del mismo, a priori, desde el momento en que lo visualiza⁵⁵.

En este sentido, lo que realmente va a ayudar al follower a saber que se encuentra ante un mensaje publicitario son otros elementos relacionados con la ubicación y el contenido de la información⁵⁶. Si estos factores permiten deducir, por sí solos, el carácter comercial del mensaje, la publicidad será lícita. Si no es así, el/la influencer deberá añadir información suficiente para dar a conocer al destinatario esta naturaleza promocional. Y, en este caso, si no lo hace, la publicidad será calificada de ilícita por ser encubierta.

39. Las Resoluciones y Dictámenes del Jurado de AUTOCONTROL así lo establecen, recogen estos elementos como indicios en este sentido⁵⁷. Así, por ejemplo, si el contenido se encuentra en las redes sociales del influencer, ese contexto no es adecuado para que el/la destinatari@ del mismo sepa claramente que se trata de un mensaje comercial. A diferencia de lo que ocurriría si el mensaje estuviera en la página web del anunciante⁵⁸.

En cuanto al contenido, estas Resoluciones indican que los mensajes que ofrecen l@s influencers, insertándolos en el relato de episodios de su vida personal, no son claros para que el/la destinatari@ de los mismos sea consciente de que se encuentra ante la promoción de un producto y no ante una opinión personal del líder de opinión⁵⁹.

Así, en la Resolución de 15 de septiembre de 2022 se recogen estos elementos de estudio de manera muy clara⁶⁰. Merece la pena reproducir lo dicho por el Jurado en la misma: “*Por un lado, como*

⁵⁵ Vid., en este sentido, J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 314, 2019, p. 246.

⁵⁶ Algunos autores mencionan el origen y el contenido del mensaje como indicios para conocer el carácter publicitario del mismo (A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 4; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134). En relación con lo primero, si el anunciante es quien ha proporcionado el mensaje al influencer para su difusión, por ejemplo. Respecto del contenido, si el/la influencer sólo muestra el producto de esa marca y el mensaje no es mínimamente crítico con él (Véase, en este sentido, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. En ella, el Jurado, en defecto de prueba de contraprestación económica, considera que el hecho de que la influencer haga referencia, no sólo a los productos del anunciante -LVMH-, sino, también, a productos de otras marcas, es un elemento que lleva a la conclusión de que el mensaje no tiene carácter publicitario).

Respecto del contenido, pueden mencionarse otros indicios como *la insistencia en la marca; la forma de presentación de la misma; la invitación directa o indirecta a adquirir un determinado producto; o la presencia o ausencia de jurídicos negativos que contrapesen los positivos* o el hecho de que, en un corto periodo de tiempo, otr@s influencers también ofrezcan mensajes del mismo tipo sobre el mismo producto (J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 314, 2019, p. 246).

Véase, en este sentido, Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022. En ella, el Jurado, en defecto de prueba de contraprestación económica, considera que el hecho de que la influencer haga referencia, no sólo a los productos del anunciante -LVMH-, sino, también, a productos de otras marcas, es un elemento que lleva a la conclusión de que el mensaje no tiene carácter publicitario.

⁵⁷ Entre otr@s, Dictamen de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022, Fundamento Deontológico 6; Resolución de 16 de diciembre de 2022, número de asunto 204/R/ Noviembre 2022, Fundamento Deontológico 4; Resolución de 28 de octubre de 2022, Número de asunto: 176/R/Octubre 2022, Fundamento Deontológico 5; Resolución de 15 de septiembre de 2022, número de asunto: 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 4.

⁵⁸ En relación a la ubicación, si el mensaje se encuentra en la página web del anunciante o en sus redes sociales se puede deducir sin ninguna duda que se trata de publicidad (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022).

⁵⁹ En cuanto al contenido del mensaje, por ejemplo, si se trata de un *post* en el que, como en otras ocasiones anteriores, el/la influencer habla de su vida personal y, entre medias, *cuela* referencias a una marca, no queda claro e inequívoco que el mensaje sea publicitario (Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 222/R/ Diciembre 2022). Vid., también, en este sentido, Resolución de 24 de febrero de 2023, número de asunto 35/R/ Febrero 2023; Dictamen de 24 de febrero de 2023, número de asunto 19/R/ Febrero 2023.

⁶⁰ Número de asunto: 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 4.

ha podido comprobar este Jurado, no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web de Bimbo o redes sociales de esta empresa). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de Patricia Conde, junto con otras imágenes personales de su vida y actividad cotidiana. En consecuencia, su ubicación no permite apreciar a simple vista que se trata de publicidad. Antes bien, su ubicación lleva a pensar que se trata de una opinión o experiencia más que la presentadora difunde en su red social con el fin de compartirla con sus seguidores. Por otro lado, el contenido, una vez que el destinatario accede a la publicación, no resulta tampoco claro en cuanto a su carácter publicitario. Al contrario, en la medida en que la presentadora realiza estas menciones en su red social de Instagram, alterna opiniones, sensaciones y reflexiones personales con las ventajas que los productos Bimbo Sin Gluten que aparecen en las imágenes tienen para los celíacos, así como hashtags con la marca de los mismos, tratando de integrar las menciones publicitarias como parte natural del contenido editorial de sus publicaciones. A modo de ejemplo, la reclamada, se dirige a los destinatarios para compartir la siguiente reflexión: “Todos los celíacos sabemos lo difícil que es encontrar un pan sin gluten [sic.] tierno y rico. Si no habéis probado el pan de molde sin gluten de Bimbo® no sé a q [sic.] estáis esperando! Yo utilizo en el desayuno, para mis snacks, mis meriendas y para hacerme unos sándwiches ricos ricos como éste”; también recomienda una receta mediante la mención: “Aquí os dejo los ingredientes: Pan de Molde Bimbo® tostado. Mayonesa o salsa tártara. Rúcula. Aguacate en rodajas. Salmón ahumado. Cebolla morada. Semillas de sésamo”; y termina con las alusiones a “@Bimboesp”, “#disfrutasingluten” y “#sándwichsingluten”. De esta manera, resulta evidente que las menciones a la marca promocionada se entremezclan en este caso con reflexiones personales sobre la dificultad que tienen las personas que sufren de celiaquía para encontrar pan de molde sin gluten, y con otros contenidos como la recomendación de una receta. De este modo, la naturaleza publicitaria de aquellas menciones no es fácilmente perceptible ni identificable por un consumidor medio, que puede pensar que se trata de una opinión más de las que la influencer publica en su cuenta. En consecuencia, dado que en el caso que nos ocupa la naturaleza publicitaria de la publicación realizada por Patricia Conde no puede ser identificada por el público destinatario a primera vista de forma clara e inequívoca, resulta necesaria, tal y como obliga la norma 5 del Código de influencers, la inserción de una advertencia expresa y adecuada que informe del propósito promocional”.

40. Elementos que transmiten el carácter comercial del contenido del influencer pueden ser la forma de presentación del producto, entre otros⁶¹. En este sentido, por ejemplo, una foto de estudio de una influencer en la que aparece sonriendo y mostrando, en primer plano, un champú con su brazo extendido puede considerarse claramente un mensaje publicitario⁶². Otros pueden ser, por ejemplo, que el/la influencer sólo hable de un concreto producto y no alegue ningún aspecto negativo del mismo⁶³. O, también, la insistencia en la marca o la invitación directa o indirecta a adquirir un determinado producto⁶⁴. Por el contrario, la comparación objetiva de productos de diferentes marcas es un indicio en contra del carácter comercial del contenido⁶⁵.

⁶¹ J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 247.

⁶² Ejemplo obtenido de J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 247.

⁶³ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 4; A. TATO PLAZA/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS, “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 134. En relación con no mencionar ningún aspecto negativo del producto, *vid.*, también, J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246.

⁶⁴ J. MARTÍNEZ OTERO, “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314, 2019, p. 246.

⁶⁵ J. C. ERDOZAÍN LÓPEZ, “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*, nº 83, 2018, p. 139

41. Resumiendo lo recogido en este apartado, en la Resolución, ya comentada, de 20 de enero de 2023, el Jurado aclara que *“para la determinación del carácter publicitario de una publicación, la existencia de una contraprestación económica entre la empresa anunciante y el influencer responsable de la publicación es un indicio suficiente para determinar el carácter publicitario de la acción. En caso contrario, y ante la ausencia de prueba que acredite la existencia de contraprestación económica, también se puede llegar a esta conclusión analizando las circunstancias específicas del mensaje difundido – tales como el contenido publicado o la ubicación del mensaje – para determinar si el mismo carece de justificación editorial y persigue, por tanto, un fin única y exclusivamente publicitario”* (Fundamento Deontológico 5)⁶⁶.

Desde la perspectiva del destinatario, estos elementos relacionados con la ubicación del mensaje y su contenido es lo que puede transmitir claramente, o no, la naturaleza comercial del mensaje. En el caso de que estos factores no permitan hacer saber claramente al follower que se encuentra ante un mensaje promocional -como ocurrirá en la mayoría de las ocasiones- el/la influencer deberá incorporar al contenido información para aclarar la naturaleza publicitaria del mensaje⁶⁷.

C. Información que aclare el carácter comercial

42. En los supuestos en los que la ubicación y el contenido del mensaje no indiquen claramente que se trata de la promoción de un producto o servicio, el/la influencer debe introducir la información necesaria en el contenido para que su carácter promocional quede claro e inequívoco.

43. La norma 5 del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad ayuda al operador a saber cómo informar al destinatario del carácter comercial de su mensaje. Según esta norma *“a. A tal fin se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “patrocinado por”, o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate (por ejemplo, “Embajador de [marca]”, “Gracias a [marca]”, “Regalo de [marca]”, “Viaje patrocinado”, etc.). b. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo “información”, “legal” o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”). c. La indicación relativa a la naturaleza publicitaria de la mención o contenido debe mantenerse o añadirse cuando el influencer comparte o “repostea” el contenido sujeto a este Código en otras redes, plataformas o páginas web”*⁶⁸.

Algunas redes sociales, como Instagram, ofrecen herramientas a los usuarios para poder calificar una publicación como *contenido promocionado*⁶⁹.

44. En el caso resuelto por el Jurado de AUTOCONTROL, con fecha 13 de enero de 2023, se alude expresamente a esta norma 5 para concluir que la influencer en cuestión no utiliza ninguna de estas prescripciones para hacer saber el carácter promocional de su mensaje⁷⁰. En este supuesto, de una líder de opinión que proponía una receta con jamón de una determinada marca, el anunciante contestó a la reclamación aportando el contrato con la influencer en el que se decía que ella debía dejar claro en el

⁶⁶ Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 20 de enero de 2023, número de asunto 243/R/ Diciembre 2022.

⁶⁷ Algunos anunciantes consideran que el grado de madurez de las redes sociales permite a los usuarios distinguir cuándo están ante un mensaje publicitario sin necesidad de aportar información al respecto (L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?”, *La Ley Unión Europea*, n° 88, 2021, p. 8).

⁶⁸ En relación con la necesidad de que el destinatario pinche en un link para llegar a la información acerca del carácter publicitario del mensaje, *vid.*, A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, p. 7.

⁶⁹ J. MUÑOZ RODRÍGUEZ/N. GONZÁLEZ, “Problemáticas jurídicas de influencers y modelos” en E. ORTEGA BURGOS (coord.), *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; A. SERRANO ACITORES/L. GARCÍA MARTÍN, “Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram”, *La Ley Mercantil*, n° 63, 2019, p. 8).

⁷⁰ Resolución de 13 de enero de 2023, número de asunto 224/R/ Diciembre 2022

mensaje que se trataba de contenido publicitario. Por lo anterior, el anunciante quedó exento de responsabilidad en el asunto; no así, la influencer⁷¹.

45. No es relevante sólo que haya información acerca del carácter promocional del mensaje, es importante, también, que esta aclaración se encuentre en un lugar apto para que el/la usuari@ la vea desde el principio y sepa, por tanto, desde el primer momento que se encuentra ante un contenido comercial⁷².

De esta manera, por ejemplo, en el caso contra la actriz e influencer María Castro, se consideró que el contenido que subió a Instagram, en el que se aludía a Coca Cola, no quedaba claro e inequívoco que se tratara de un mensaje publicitario⁷³. En este asunto, la influencer alegó que se había olvidado de incorporar “#publi”, para que quedara nítido el carácter publicitario del mensaje y lo añadió después de presentada la reclamación. El hashtag “#publi”, que introdujo en el mensaje, aparece al final del contenido. Esta ubicación, hizo concluir al Jurado que, además de que el/la destinatari@ no sabe desde el principio que se trata de un mensaje publicitario, la posición de esta información al final puede suponer que tampoco lo sepa después, por pasar desapercibido para él/ella.

46. Igualmente, si la información acerca del carácter publicitario aparece diluida junto con otros mensajes, etiquetas o hashtags, también puede pasar inadvertido para el/la destinatari@ y podría no considerarse adecuada para este propósito de informar acerca del contenido comercial del mensaje⁷⁴.

47. Como ya se ha mencionado antes, la ubicación y la inmediatez de esta información es fundamental para concluir que se trata, o no, de publicidad encubierta. Así, en la Resolución del Jurado de AUTOCONTROL, de 22 de julio de 2022, se consideró que *“la ubicación de la advertencia no permite al público destinatario identificar de forma clara, inmediata e inequívoca la naturaleza publicitaria del post. En efecto, el hashtag contenido en la publicidad reclamada no se incluye de manera inmediata, junto al título de la publicación o al inicio de los mensajes, de manera que el destinatario conozca desde el primer momento que se trata de un contenido publicitario, sino que aparece en último lugar, debiendo el destinatario hacer clic en “ver más” para acceder al mismo, con un elevado riesgo de que pase fácilmente desapercibido. Así, en función del dispositivo a través del cual el usuario acceda a la red social, la advertencia puede no resultar legible, como es el caso de acceder a través de un teléfono móvil, como el particular reclamante. En ese caso, para poder leer el resto del texto descriptivo deberá producirse una conducta activa por su parte (pinchando en el enlace “ver más”) en contra de lo recomendado por el Código. En este punto, cabe recordar que el Código de influencers va más allá a la hora de recomendar una ubicación de la identificación del contenido publicitario, aconsejando, para el supuesto particular de Instagram, “incluir la palabra o etiqueta identificativa en el título encima de la foto o al inicio del texto que se muestra. Si únicamente se ve una imagen, la propia imagen debe incluir la palabra o etiqueta identificativa al inicio del mensaje. También puede utilizarse la etiqueta identificativa de la publicidad establecida por la propia plataforma (“Paid partnership tag”)”⁷⁵.*

En otro caso, en el que también había que pinchar en un enlace para ir a la información “#publi”, el Jurado indica que se infringe la norma 5 del Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad al no resultar una indicación o advertencia *inmediata*⁷⁶. La norma 5 del Código establece que *“En aquellos casos en los que dicha naturaleza publicitaria no sea clara y manifiesta a la vista de la propia mención o contenido, se deberá incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos”*.

⁷¹ Dictamen del Jurado de AUTOCONTROL, de 13 de enero de 2023, número de asunto 225/R/ Diciembre 2022.

⁷² A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 7.

⁷³ Resolución de 16 de diciembre de 2022, número de asunto 204/R/ Noviembre 2022.

⁷⁴ A. TATO PLAZA, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311, 2019, p. 7.

⁷⁵ Número de asunto: 107/R/ Julio 2022, Fundamento Deontológico 4.

⁷⁶ Resolución de 15 de septiembre de 2022, número de asunto 132/R/ Agosto 2022, Fundamento Deontológico 5.

2. Consumidor medio

48. Que el objetivo promocional sea claro y, por tanto, apreciable por el/la destinatari@, implica identificar a este follower medio, que se tomará como referencia para conocer si, efectivamente, el mensaje es transparente o no al respecto.

En este sentido, se alude al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁷⁷.

49. El Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad define más concretamente al consumidor medio en este contexto de las redes sociales. Según este texto, “*en ausencia de un perfil objetivamente definido, se entenderá como perfil medio del consumidor habituado a seguir a un “influencer”, a aquel consumidor activo y conocedor de las nuevas tecnologías de la información, normalmente atento e informado, con capacidad suficiente para el acceso y comprensión de los medios digitales y la autonomía de buscar, discriminar y adaptar los contenidos de la red en su proceso de navegación en función de sus gustos o intereses*” (norma 6).

V. Otros casos resueltos por el jurado de autocontrol en el último año

50. En un asunto, de fecha 28 de octubre de 2022, una influencer, en la red social Instagram, se muestra cerca de la cámara con un serum Biotherm de L’Oréal y con los hashtag “#Embajadora” y “#Biotherm”⁷⁸. En este caso, el Jurado afirma el carácter publicitario del contenido audiovisual y se desestima la consideración de encubierta de la publicidad al aparecer los hashtags mencionados, los cuales, no pueden hacer pensar al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que se trata de un mensaje objetivo y no comercial. Sin embargo, sí considera que hay publicidad encubierta porque en el *story* no se hace referencia alguna al carácter publicitario del contenido.

Dice el Jurado, en relación con el *story*, que “*comparte aquí la opinión del reclamante en cuanto a que nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta, toda vez que la naturaleza publicitaria del mensaje no resulta por sí sola clara y manifiesta por circunstancias tales como el contenido o la ubicación del mensaje ni se incluye ningún elemento que permita identificar dicho contenido como publicitario*” (Fundamento Deontológico 5).

51. En otro asunto, de fecha 16 de marzo de 2023, se reclama que la influencer Marta Simón ha realizado publicidad encubierta de Cera Cleanser de la marca Biotherm de L’Oreal⁷⁹. Tanto la influencer como la marca alegan que no existe relación contractual entre ellas y que la primera no ha recibido ninguna remuneración por la segunda. También indican que la líder de opinión forma parte de una plataforma de probadoras, que pone en contacto de manera indirecta a los anunciantes con los consumidores, en la que opina acerca de determinados productos que utiliza y que previamente ha seleccionado en función a sus gustos. Con todo ello, el Jurado descarta el carácter comercial del mensaje.

52. En la mayoría de los casos mencionados a lo largo del trabajo, el Jurado de AUTOCONTROL indica que “*se incurre en un supuesto de publicidad encubierta incompatible con la norma citada*”

⁷⁷ Resolución de 28 de octubre de 2022, número de asunto 176/R/ Octubre 2022, Fundamento Deontológico 4. *Vid.*, también, entre otras, STS 433/2013, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3869, en relación la infracción de una marca; STJCE de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369; STJCE de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8; STJUE de 24 de octubre de 2002, *Gottfried Linhart*, C-99/01, ECLI:EU:C:2002:618.

Vid., también, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 17, 2004, pp. 47-81; M. SÁNCHEZ RUIZ, “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en E. LÁZARO SÁNCHEZ (coord.), *Derecho de la publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 166-167.

⁷⁸ Número de asunto: 176/R/Octubre 2022

⁷⁹ Número de asunto 55/R/Marzo 2023.

[art. 9 de la Ley general de publicidad] *cuando concurren los dos siguientes presupuestos. Primero, el mensaje difundido ha de tener una finalidad publicitaria. Segundo, ésta ha de permanecer oculta, de suerte que el mensaje se presente ante los ojos de los consumidores como un mensaje de naturaleza diferente, induciéndoles así a error sobre el valor y la naturaleza de la información proporcionada*".

53. Como vemos, lo que determina que la publicidad sea lícita es que el carácter comercial de la misma sea percibido por el/la destinatari@ de manera clara e inequívoca. En este sentido, hay mensajes que, por su contenido o ubicación, se aprecian de manera clara como publicitarios y no es necesario especificar que lo son. Sin embargo, hay otros, como la mayoría de los de l@s influencers, que, por su contenido, eminentemente personal, y por su ubicación, en redes sociales propias del profesional, no indican claramente que se trata de mensajes publicitarios y pueden confundir al destinatario haciéndole pensar que está ante un mensaje objetivo y personal del creador de tendencias. En estos casos, es necesario que se añada información para dejar claro el carácter comercial del contenido. Información como la que recoge la norma 5 del Código sobre el uso de influencers en la publicidad, palabras o expresiones como “*publicidad*”, “*publi*”, “*en colaboración con*”, “*patrocinado por*”, “*embajador de*”, “*gracias a*”, “*regalo de*”, “*viaje patrocinado*”, etc.

Con estas prescripciones, el follower medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sabrá que se encuentra ante un contenido publicitario y actuará en consecuencia.

VI. Conclusiones

54. La publicidad encubierta es ilícita por ser engañosa. Con ella, el carácter comercial del mensaje no se percibe clara e inequívocamente por parte del destinatario del mismo. La ubicación y el contenido son elementos que, por sí solos, podrían transmitir la naturaleza promocional del mensaje pero que, en el caso de l@s influencers, pueden generar dudas al respecto. La ubicación en la página web del anunciante, por ejemplo, y el contenido claramente publicitario del mensaje, son indicios suficientes para considerar que el contenido es promocional. En sentido contrario, la ubicación en la red social del influencer y el contenido consistente en compartir historias de la vida privada del prescriptor, no son indicios en este sentido. Por esta razón, en la mayoría de los supuestos de actividad promocional del influencer, y con el objetivo de que esta sea percibida clara e inequívocamente por l@s destinatari@s, el mensaje debe tener información acerca de este propósito promocional. Habrá casos, no obstante, en menor número, eso sí, en los que, por el contenido, sea evidente que el influencer está publicitando un producto pero, en la mayoría de los supuestos, la promoción del artículo pasará prácticamente inadvertida para el/la destinatari@, porque precisamente esta sutileza es la que genera confianza en el/la follower y aumenta las ventas.

55. Cuando se inicia un procedimiento por infracción de las normas de publicidad y se alega que el/la influencer ha realizado publicidad encubierta, lo primero que se ha de determinar es si el mensaje tiene carácter comercial. Este carácter mercantil puede determinarse con la prueba de la existencia de una remuneración recibida por el/la influencer por parte del anunciante. En defecto de esta prueba, se podrá sostener que el mensaje tiene este propósito publicitario cuando pueda deducirse clara e inequívocamente de la ubicación y el contenido del mensaje.

Una vez comprobada la naturaleza mercantil del mensaje, se deberá determinar si ésta ha podido ser conocida por el/la destinatari@ del mismo desde el primer momento. Si, como decíamos, la ubicación y el contenido indican por sí solos este carácter, la publicidad será lícita y no encubierta. Si no es así, en el mensaje el/la influencer ha debido incorporar información acerca de este carácter mercantil para que su actividad promocional se considere lícita y no encubierta. Información como el hashtag “*#publi*”, entre otros.

56. La publicidad encubierta de l@s influencers afecta al consumidor y a los competidores, afecta al mercado en general. En relación con el primero, esta actividad de l@s creadores de tendencias

es un engaño para l@s seguidor@s, quienes, pensando que se encuentran ante una opinión personal de aquell@s, comprarán el producto en mayor medida al creerse ante un artículo que realmente consume su líder. Respecto de los competidores, la publicidad encubierta es competencia desleal para con el resto de operadores que están compitiendo en el mercado con el anunciante.

Por aquel y por estos, es necesario cumplir con las normas y no incurrir en estas prácticas que dañan a l@s ciudadan@s. L@s influencers deben pensar en sus seguidores, en no engañarles, porque, si bien, gracias a ell@s han llegado a ser líderes de opinión y creadores de tendencias, también, gracias a ell@s, pueden dejar de serlo en cualquier momento.