



TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Grupo semipresencial

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Curso académico: 2021-2022

EL FENÓMENO DE LOS *INFLUENCERS* DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DE LEY APLICABLE)

Autor/a: Francisco José Guzmán Páez

Tutor/a: Prof. Dr. Alfonso Ortega Giménez

Área: Derecho internacional privado

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.	3
II. EL FENÓMENO <i>INFLUENCER</i>	5
2.1. El nacimiento del prescriptor digital.	5
2.2. Concepto de <i>influencer</i>	6
2.3. Tipos de <i>influencer</i>	8
2.4. Canales o vías donde producen y emiten contenido.	10
III. RELACIONES JURÍDICAS QUE SE IDENTIFICAN.	15
3.1. Relación contractual <i>influencer</i> -marca.	15
3.2. El consumidor de marketing digital. Relación <i>influencer</i> -consumidor.	18
3.3. Publicidad engañosa.	21
IV. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UE: DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DE LA LEY APLICABLE.	27
4.1. Supuestos de responsabilidad civil contractual.	27
4.2. Supuestos de responsabilidad civil extracontractual (publicidad encubierta).	31
4.3. Supuestos de responsabilidad del <i>influencer</i> con el <i>e-consumer</i> (publicidad engañosa).	32
V. CONCLUSIONES	35
VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.	37
VII. ENLACES WEB CONSULTADOS.	38
VIII. ANEXOS.	41
ANEXO I. NORMATIVA REGULADORA ESPAÑOLA DE LA ACTIVIDAD DEL <i>INFLUENCER</i>	41
ANEXO II. NORMATIVA REGULADORA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UE: REGLAMENTO BRUSELAS I BIS Y REGLAMENTOS ROMA I Y ROMA II.	47
ANEXO III. CONTRATO <i>INFLUENCER</i>	51
ANEXO IV. DOCUMENTO ADHESIÓN AL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE <i>INFLUENCERS</i> EN LA PUBLICIDAD.	53

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado no es otro que tratar de dar luz al conflictivo negocio jurídico del “*influencer*” como actor principal en las redes sociales cuando en el mismo aparece un **elemento extranjero**.

El “*influencer*” es aquella persona que goza de cierta **credibilidad** sobre un tema en concreto en las **redes sociales** y, en consecuencia, capaz de **influir en la opinión** del colectivo al que se dirige. La Real Academia Española lo encasilla en el observatorio de palabras para resolver así las dudas suscitadas en torno a dicho término y lo define como “anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales”. Además, enuncia alternativas en español tales como **influyente** (alternativa principal), **influidor** e **influenciador**. Con esto, nos representa la incipiente actividad que vamos a abordar. En la figura del influenciador vienen depositando toda su confianza **las marcas**. Internet se ha erigido como un auténtico escaparate donde se puede intercambiar información de cualquier tipo y objetivo. Con la llegada de la **publicidad digital** encontramos una posibilidad de **interactividad** constante entre los **prescriptores** y los **consumidores**. Aquí nace la figura del **influenciador como prescriptor digital** que hace de gancho y trata de humanizar la marca con un rostro conocido que genera confianza en el consumidor. Así pues, parece interesante resaltar que la figura del prescriptor digital viene a ser un **influenciador especialista en un tema o producto concreto**.

Existen varios tipos de influenciadores debido a la cantidad de seguidores que manejen: *Microinfluencer* (5.000-25.000 seguidores), pequeño *influencer* (25.000-100.000 seguidores), grande (250.000- 1 millón de seguidores), *macroinfluencer* (entre 1 y 7 millones de seguidores) y *celebrity* (+7 millones de seguidores). A su vez, éstos se clasifican en aquellos sectores en los que son especialistas para convertirse así en verdaderos prescriptores digitales. El marketing influyente, aunque parece ser un mercado maduro, para el Derecho se presenta como un auténtico desafío.

El pasado **1 de enero de 2021** entró en vigor el **Código de Conducta sobre el uso de *influencers*** en la publicidad de la **Asociación Española de Anunciantes (AEA)** y **AUTOCONTROL**. En el marco del protocolo suscrito con el Ministerio de Asuntos Económicos y de Transformación Digital y el Ministerio de Consumo (2020). Hasta entonces, venían aplicándose la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y

de comercio electrónico (en adelante, “LSSI”); así como el código de conducta Publicitaria aprobado en 1996 y modificado en 2019. Internet es una ventana global donde prescriptores, marcas y consumidores realizan hechos jurídicamente relevantes desde diferentes puntos del planeta. Desde **publicidad encubierta** en la que el influenciador no avisa en su publicación de que se trata de un anuncio publicitario, hasta **incumplimientos de contrato** al no realizar alguno de los servicios redactados por las partes (marca e influenciador) o la prescripción de productos cuyas prestaciones descritas están lejos de la realidad (publicidad engañosa).

A lo que debemos añadir la aparición de un **elemento extranjero** al situarse la **marca**, el **influenciador** y/o el **consumidor** en países distintos. **¿El tribunal de qué país será competente?, ¿Cuál será la ley aplicable?** Resolviendo de esta forma, los conflictos de determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable que correspondan.

Para llevar a cabo e intentar resolver las dudas suscitadas que motivan la realización del presente trabajo de investigación me serviré de la siguiente metodología que se divide en 3 pasos:

En primer lugar, investigaré acerca de la propia figura y su actividad para, posteriormente introducirme en las herramientas o vías que utiliza en el desarrollo de su actividad. Todo ello teniendo presente el triángulo de actores que se observa: *influencer*-marcas-consumidor.

En segundo lugar, razonaré la problemática jurídica a investigar. Los supuestos más observados en los últimos años y que parecen no estar dotados de la suficiente regulación para disuadir el conflicto de la publicidad engañosa y la publicidad encubierta. Una visita por el ordenamiento jurídico español para ver que dice al respecto.

Por último, encauzar la problemática en el ámbito internacional privado para resolver supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Cuestiones de competencia de un tribunal u otro cuando del conflicto se obtiene un elemento extranjero y que ley se aplicará para resolver y ejecutar lo resuelto.

II. EL FENÓMENO *INFLUENCER*.

2.1. El nacimiento del prescriptor digital.

En el ámbito publicitario siempre existió la figura del prescriptor/a que resulta vital para establecer una conexión entre el producto o servicio y el consumidor final.

Para iniciarnos en el fenómeno *influencer* antes debemos conocer la figura del prescriptor como agente publicitario y sus diferentes funciones desde sus inicios más remotos. Según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (en adelante, RAE), prescribir es un verbo con el que se “preceptúa, ordena o determina algo¹”. Si buscamos en Google el significado de prescribir publicidad nos lleva a un sinnúmero de páginas web en las que tratan de dilucidar la acción del profesional sanitario de prescribir medicamentos. Bien, pues de eso se trata. **Prescribir en el ámbito publicitario** estaría circunscrito a aquella **acción** en la que un profesional de un sector en concreto **transmita a su audiencia una serie de conocimientos sobre el producto o servicio para ilustrar así al consumidor de sus funciones o habilidades tales que satisfaga sus necesidades o requerimientos**. Conforme a la visión que tiene una gran entendida en el campo de la publicidad como es Vilma Núñez, prescriptor/a es “**aquella persona o personalidad que tiene la habilidad de influir en un determinado público cuando comparte su opinión o valoración sobre algún producto, servicio o marca²**”. Así pues, se trata de una figura similar a la de Brand Ambassador o Embajador de Marca que es aquella persona o grupos de ellas que tienen reconocido prestigio por su público y confianza por la compañía para que la represente moviéndose por distintos entornos para la captación de potenciales clientes. La diferencia entre Brand Ambassador y prescriptor/a estriba en que éste último no tiene por qué ser famoso pudiendo ser cualquier persona que conozca la firma y/o tenga cierta experiencia en el sector.

Los primeros prescriptores publicitarios en España eran figuras anónimas que, bajo un rol determinado, trataban de influir en la sociedad para inculcar un hábito relacionado con la salud. En este caso, lo que otorgaba la credibilidad en el público era la profesionalidad del prescriptor/a a diferencia de lo que ocurrió posteriormente. En los años 30 se dio paso a un/una prescriptor/a no tan profesional si no ampliamente reconocido por su dedicación

¹ Consultado en la web de la RAE: <https://www.rae.es/drae2001/prescribir>

² Vilma Núñez es doctora en Publicidad y Relaciones Públicas y experta en ventas online: <https://vilmanunez.com/que-es-un-prescriptor/>

artística. Era el momento de los actores y actrices que, debido a su gran influencia delante de las cámaras, las compañías de publicidad les otorgaban la responsabilidad de trasladar sus productos a los potenciales consumidores.

Por otro lado, parecía imposible deslindar la costumbre arraigada en las sociedades con la forma de influir sobre la audiencia y los tipos de prescriptores que buscaban las Agencias de publicidad de acuerdo con la sociedad que se encontraba en vigor. Esto es, en los años 30 el tabaco era un producto digno de estudio. Existe una imagen imborrable en una campaña de publicidad en la que se podía ver a un hombre fumando, exhalando el humo contra el rostro de una mujer dando visibilidad al papel que jugaba en esa época el hombre sobre la mujer, el sexismo y el patriarcado. La sinergia tabacalera, publicidad, cinematografía y famoso reportaba innumerables beneficios en las Agencias con mecanismos un tanto rocambolescos como la imagen de médicos fumando una marca concreta de tabaco. Se vinculaba una marca con una cara conocida. Así pues, era grande el escaparate de famosos en sus diferentes áreas que se vinculaban a una marca para atraer audiencia que posteriormente se convirtieran en potenciales clientes. John Wayne (actor), Rafael Nadal (tenista), Iker Casillas (futbolista), médicos y un largo etcétera.

Con la llegada de internet y la aparición de las redes sociales nace el prescriptor digital. Se trata de una **figura que termina doblegando la publicidad tradicional** para adentrarse en el fascinante y globalizado mundo de la era digital. La **publicidad digital puede llegar a cualquier persona situados en puntos totalmente dispares del planeta en tiempo real.** Además, la diferencia principal entre el prescriptor tradicional y el digital estriba en que **no solo participa el anunciante, sino que ahora también lo puede hacer el consumidor a través de comentarios acerca de lo que visita y observa. Toma relevancia el consumidor produciéndose un feedback entre ambos.** El prescriptor digital emerge con el nacimiento de las redes sociales y desbanca al clásico anuncio de los tradicionales medios de comunicación (prensa, radio, televisión).

2.2. Concepto de *influencer*.

Para determinar que es un *influencer* y que funciones tiene dentro del marco contractual para con las marcas y potenciales consumidores de las mismas, antes debemos conocer su terminología. Conforme a lo que nos transmite la RAE en su observatorio de palabras ³estamos ante un anglicismo que refiere a una persona con capacidad para influir sobre

³ Lugar donde extraer informaciones o definiciones de palabras que no constan en el diccionario.

otras y cuyo principal vehículo de transgresión de influencia es las redes sociales. Como alternativa en español, recomienda el uso de influyente: Cómo ser un influyente en redes sociales. También serían alternativas válidas influidor e influenciador. Visto así, son aquellas **personas que tienen la capacidad de influir sobre la toma de decisiones de otras personas para, de este modo, resolver la decisión a adoptar sobre una cuestión de su vida rutinaria como vestir, comer o cualquier tipo de idea subyacente a algún proceso mental similar**. Los consumidores tendemos a observar la forma en que otros individuos se relacionan con diversos productos, servicios y marcas, otorgándoles así cierto poder prescriptor y de credibilidad tal que introducen una idea en nuestra toma de decisiones **determinándola en cierto modo hacia la consumición de un producto o la realización de un determinado servicio o actividad**. Así pues, si a esta corriente lógica social de influir los unos sobre los otros que tiene el ser humano le añadimos la globalización virtual en la web 2.0 a través de las redes sociales donde todos los seres humanos podemos estar intercomunicados en tiempo real desde cualquier parte del planeta tenemos el coctel perfecto para que las marcas tengan un perfecto escaparate donde mostrarse. De este modo, se produce un **proceso de humanización de la marca a través de la extensión de esta sobre la persona influyente**.

El/la influyente es aquella persona que goza de mucha **influencia** sobre otras, que determina la toma de decisiones de otros **a través de la emisión de un conjunto de ideas totalmente imparciales sobre algo**. Y esto es importante. Tanto es así que aquí es donde cobra vida la credibilidad en el consumidor. El/la influyente es un ser imparcial con sus ideas predefinidas en base a ideas subjetivas sobre la cuestión a resolver en el potencial consumidor final. Diría que en la antesala a la definitiva compra de un producto o realización de un servicio o actividad se produce una declaración de ideas por el/la influyente que nos acerca más o menos a tomar qué decisión. Esto es, ante el/la influyente el/la consumidor/a se posiciona más como un/a consumidor/a de ideas para después a través de adquirir dichas ideas acceder al producto o servicio destacado. Estos líderes de opinión y creadores de ideas sobre productos, servicios o actividades **son personas normales que intentan transmitir a su audiencia las experiencias vividas tras su utilización o consumación**.

La audiencia de los influyentes se sitúa principalmente en las redes sociales. Estas audiencias siguen a sus líderes de opinión originándose una especie de comunidad donde el canal de emisión es un punto de encuentro donde intercambian opiniones, ideas.

Existen **tres factores** clave para alcanzar la **máxima influencia** posible: **alcance, credibilidad contextual y habilidad de ventas**.

El **alcance** tiene que ver con la **capacidad** que tiene **para entregar un mensaje** a cuantas más personas mejor. Aquellos con poco alcance, pero alta credibilidad y ventas se les denomina *microinfluencers*.

La **credibilidad contextual** no es otra cosa que el **nivel de confianza que deposita la audiencia en el/la influyente** tras observar la emisión de ideas comunicadas por el último en base a sus experiencias vividas sobre un tema concreto.

Habilidad de ventas debido a la **facilidad** con la que **transmite y comunica la idea a su audiencia**. La forma con la que es capaz de captar y convencer a los potenciales consumidores de una manera subjetiva y con total sinceridad sobre su parecer del producto.

2.3. Tipos de *influencer*.

Siguiendo la línea del presente trabajo de investigación, en este caso se intentará analizar y focalizar el conjunto de *influencers* existentes en las distintas vías o canales donde emiten su contenido e interactúan con su audiencia.

Como se viene diciendo, los nuevos medios han dado paso a unas personas denominadas *influencers* digitales. Estos *influencers* digitales emiten su contenido principalmente en las redes sociales. Contenido de todo tipo por requerimiento expreso de marcas que utilizan el carisma, la popularidad y la experiencia de los denominados *influencers* para, de este modo, acercar su producto al consumidor final.

Existen multitud de *influencers* según los diferentes aspectos que se pretendan abarcar en la fase de toma de decisiones del consumidor final.

Según el sector ⁴que se pretende trabajar distinguimos entre:

- Moda, un sector muy popular a la vez que versátil. A través de los distintos gustos de los/las influyentes las marcas intentan ponerse en contacto con sus potenciales consumidores. Entre las influyentes más populares de este sector encontramos a María Pombo o Dulceida.

⁴ Existen multitud de influencers según la principal actividad a que se dediquen. Consultado en <https://influencity.com/blog/es/tipos-de-influencers/>

- Maquillaje, uno de los más rentables del *Influencer* Marketing junto al de la moda. Incluso, en ocasiones encontramos publicidad en la que aparecen productos que fusionan ambos sectores. Influentes destacadas de España serían Aishawari o Esbatt entre otras.
- Foodies, o comida saludable. Es un sector muy laureado en la actualidad, muy unido al fitness y la vida saludable. En este caso, los/las principales influyentes tienen su propio canal en el que emiten el contenido. Podemos encontrar canales como “cocina para todos” de Mery o “Delicius Martha” de Marta.
- Gamers, se sitúan entre los más populares *influencers* aclamados entre los jóvenes por su alto consumo en videojuegos. Los principales gamers ya no solo a nivel nacional sino internacional son: el Rubius e Ibai Llanos, teniendo ambos canales en las principales plataformas actuales como Youtube y Twitch.
- Entretenimiento, donde el contenido principal son los challenges o desafíos. Es decir, pruebas a las que enfrentarse que sirven de diversión para su audiencia. Aquí gana especial popularidad la plataforma TIK TOK por su funcionalidad. TIK TOK es una aplicación para medios digitales en la que cualquier persona puede crearse un perfil y subir vídeos cortos, por lo general, de bailes, desafíos. Las principales tik tokers españolas son unas gemelas vascas que comparten perfil y tienen 15,3 millones de seguidores. Su perfil es @twinmelody y actualmente colaboran en el programa de Antena 3 “El Hormiguero 3.0” con una sección propia.
- Bloggers, aquellos que graban su día a día para mostrarlo a sus fans. El Rubius encabezaría la lista sin lugar a duda.
- Viajes, la narración de viajes basadas en experiencias idílicas que consiguen enamorar y cautivar al público.
- Fitness, consiste en la creación de contenido relacionado con el deporte y el estilo de vida fit. Destacan perfiles como Patri Jordan.

Clases de *influencers* según el tipo de colaboración con la marca:

- Envío de producto. Las marcas envían el producto al influyente y éste lo muestra en redes sociales en la forma que sea (audiovisual, a través de un post, con una fotografía en su perfil, etc.).
- Post patrocinados. Los influyentes promocionan el producto a través de un post difundido por su principal canal en redes sociales.

- Embajadores de marca. Imagen de la marca en los diferentes eventos a los que asistan. Colaboración del *influencer* a largo plazo con una marca. La marca puede solicitar exclusividad del *influencer* con la marca para que no trabaje con la competencia. El ejemplo más claro sería el de Rafa Nadal y Nike.
- Post invitados. *Influencers* invitados a escribir en el propio blog de la marca para dotar el contenido de mayor visibilidad y mejorar su reputación.
- Entrevista. El/la influyente es sometido a una entrevista en la cual se habla de la propia marca que lo ha contratado para, posteriormente, compartirla en sus redes sociales.
- Códigos descuentos. Código descuento personalizado que realiza la marca al influyente que lo comunica en sus redes sociales y ofrece a sus seguidores la posibilidad de conseguir descuentos.
- Eventos. Invitación a eventos de la marca al influyente para que repercuta en su imagen de forma positiva.

2.4. Canales o vías donde producen y emiten contenido.

En los últimos años ha ido creciendo exponencialmente el número de plataformas digitales utilizadas por personas y empresas para relacionarse o intercambiar cualquier tipo de información. A través de estas estructuras se globalizó la forma en que las personas se pueden localizar y contactar en tiempo real y desde cualquier parte del planeta. Este fenómeno recibe el nombre de **red social**.

Existen **dos tipos** de redes sociales: las redes sociales horizontales o genéricas y las verticales.

Las redes sociales **horizontales** son las que tienen un **formato genérico, sin una temática predefinida y que se dirigen a todo tipo de público o usuario**. Éstas son las redes sociales más populares como **Facebook o Twitter**.

Por el contrario, las redes sociales **verticales** son aquellas que **unen personas con los mismos intereses o mismas aficiones**. El ejemplo más claro de este tipo de plataformas se observa en la red social por excelencia en el ámbito laboral o profesional como es **LinkedIn**.

De la mano **del auge de las redes sociales** nace en el ámbito publicitario el fenómeno del marketing de *influencers* (**IM**). **Las marcas han visto en ellas un mercado que añade mucho valor en su lanzamiento de producto y se sirven de personas con cierto**

poder de seducción o convicción (influencia) para alcanzar su público objetivo y tratar de determinar su toma de decisiones en el proceso de compra.

Las principales redes sociales utilizadas por las marcas y en las que realizan su actividad los *influencers* son:

- Instagram: su surgimiento tiene fecha en octubre de 2010 cuando Kevin Systrom y Mike Krieger dieron forma a una plataforma digital que por entonces recibía el nombre de Burbn. Comenzó siendo una app de geolocalización hasta que vieron que lo que interesaba a sus usuarios era subir fotos de aquellos lugares que visitaban. Es la plataforma más utilizada en el marketing de *influencers*. Existen dos formas de publicar contenido por el propio usuario: las publicaciones en el muro, cuya difusión es de duración ilimitada y las historias, con 24 horas de duración. La más utilizada por los *influencers* son los carruseles que son una combinación de fotos y videos compartidos en la misma publicación. Las marcas los utilizan para emitir el mayor contenido posible dentro del mismo carrusel (hasta diez videos o fotos por publicación). Las historias son utilizadas para reseñar una especial urgencia en el mensaje de su campaña. Los sectores más trabajados por *influencers* en la plataforma social son los deportes y la moda y el estilo. Aquí concurre cualquier tipo de *influencer* (desde nano o micro hasta celebrities)
- Facebook: Liderada por Mark Zuckerberg y creada en el año 2004 para mantener en contacto a un grupo de estudiantes de la universidad de Harvard (USA). Se trata de una red social horizontal atemporal que hoy en día cuenta con más de 2.000 millones de usuarios. En 2012 adquiere Instagram. Se trata de una plataforma versátil para el marketing de *influencers* puesto que cuenta con un amplio rango de edad por sus usuarios (público objetivo de marcas) y se puede emplear lo último en comercio social. Las principales promociones de los/las influenciadores/as en Facebook se realizan a través de las publicaciones tradicionales que combina narrativa con imágenes y videos, con grupos de Face (forma coloquial de hablar de Facebook) que funcionan como foros en los que participan personas con cierto grado de sabiduría o conocimiento acerca de la temática o producto a resolver y Facebook live para conectar en tiempo real al *influencer* y su seguidor disponiendo de un feedback al momento en que interactúan. Normalmente el/la *influencer* sube un vídeo y sus seguidores añaden

comentarios al respecto del mismo pudiendo responder el/la *influencer* aquellas cuestiones que se pudieran suscitar. Utilizada por cualquier tipo de *influencer* como ocurre con Instagram

- Twitter: Creada en 2006 cuyo formato pretende la difusión de textos cortos por los conocidos como “tuits” apareciendo en el perfil del usuario que los publica. Dos tipos de *influencers* en twitter: los que influyen en mucha gente y los que influyen mucho.
- Tik Tok: Esta red social fue creada en 2016 en China extendiéndose al resto del mundo hace apenas 3 años (2018). Cuenta con más de 2.000 millones de descargas entre Ios y Android. Esta plataforma de video vertical triunfa gracias a su algoritmo viral. Su principal función es la realización de videos de corta duración (mín. 15 segundos y máx. 60 segundos) que pueden incluir sonido, cámara lenta o rápida, etc. para alcanzar el mayor número de visualizaciones posible. Los/as *influencers* pueden cambiar de ropa en un mismo video con lo que ello supone a nivel promocional. Es una plataforma normalmente utilizada por el público más joven. Plataforma por excelencia del *influencer* que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad (18 años).

En las tres redes sociales anteriores se utiliza mucho el hashtag de influencia para nombrar una marca.

- Youtube: Creada en 2005 y adquirida por Google en 2016. Al igual que Tik Tok, es una plataforma de video vertical. Ahora bien, al contrario que ocurre con la anterior, su principal función es la realización de videos largos que se retroalimentan de un espacio para comentarlos. Es por ello por lo que dicho espacio puede ser utilizado para emplazamiento publicitario por *influencers* al desarrollar estos un video que trate de amenizar la práctica de los productos de marcas que publiciten. De todas las plataformas presentadas es la menos utilizada por los *influencers*.

Tras la presentación de las distintas plataformas referencia para *influencers* cabría plantearse una pregunta en alusión a lo que se pretende dilucidar en el presente trabajo de investigación y es: **¿qué hacen todas ellas a nivel interno para tratar de evitar que se produzcan escenarios de publicidad encubierta y/o engañosa por parte de los/as *influencers*?** A continuación, se intenta dar respuesta a ello a través de la principal plataforma digital de *Influencer Marketing* del momento: Instagram.

- **Facebook e Instagram:** ambas redes sociales están lideradas por la misma persona (Mark Zuckerberg) y dedican un **enlace específico a esclarecer las pautas a seguir por los anunciantes para que el contenido publicitario emitido no sea rechazado por la red.** Para ello, la plataforma lleva a cabo un **proceso de revisión automático** que normalmente en un plazo de 24 horas resolverá si el contenido es apto para su difusión o si incumple alguna de las normas o políticas de publicidad y se declina su emisión. Además, su revisión se podrá llevar a cabo las veces que la plataforma considere necesarias y en cualquier momento remitiendo la más absoluta responsabilidad a los anunciantes para con los conocimientos respecto al cumplimiento de las Políticas de Publicidad de Facebook. En defensa de los anunciantes, y para aquellos casos en que no se habilite la difusión del contenido publicitario por la plataforma, éstos podrán solicitar una revisión de la decisión en “Calidad de la cuenta⁵”. Existe una serie de **contenidos publicitarios** que están inexcusablemente **prohibidos** como, entre otros, son:
 - La promoción de productos, servicios o actividades ilegales. Aún más perseguido si el contenido se dirige a menores.
 - La práctica discriminatoria (o incitación a ella) por razón de edad, sexo, raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, etc.
 - La promoción de cualquier actividad económica o producto que reproduzca o simule la acción de fumar.
 - La venta o consumo de drogas ilegales o el uso recreativo de sustancias, productos o suplementos poco seguro.
 - Información errónea cuyas consecuencias pueden derivar en la restricción para anunciarse en Facebook o Instagram.
 - La práctica de **afirmaciones engañosas o confusas con el objeto de persuadir al consumidor en relación con la eficacia o características de un producto no siendo éstas las prestaciones reales del mismo.**

Así como entre los **restringidos** encontramos:

- La promoción de fármacos sin receta por internet.

⁵ Enlace promovido por Facebook. Consultado en <https://es-la.facebook.com/policies/ads/#>

- Servicios de suscripción.
- Contenido publicitario de bebidas alcohólicas que deberá realizarse conforme a lo establecido por la legislación vigente.
- Servicios y productos de criptomoneda. Actualmente la CNMC le dio un tirón de orejas al futbolista Andrés Iniesta por emitir contenido publicitario que ilusionaba a sus seguidores para la inversión en monedas digitales (bitcoin, ethereum, etc.)
- Y la más importante desde el punto de vista de la **publicidad encubierta: el contenido de marca**. Esto es, literalmente la plataforma exige que **debe etiquetarse mediante la herramienta de contenido de marca el producto o la marca de terceros, o el socio comercial que aparezca en el anuncio en cuestión. El contenido de marca de un anuncio se define como contenido de un creador o editor en el que aparece un socio comercial (o en el que dicho socio ejerce cierta influencia) a cambio de un intercambio de valor**. Prosigue informando de una herramienta específica dentro de la plataforma en la que realizar el contenido de marca. Así pues, toda aquella actividad publicitaria en la que se realice un intercambio de “valor” (dinero o en especie) deberá ir visible y claramente identificada por los actores en cuestión. Asimismo, la imagen o video de contenido publicitario no debe contener banners publicitarios. Un banner publicitario es una columna de marca horizontal o vertical que aparece superpuesta sobre el contenido de la imagen o video original y separada normalmente con un color de fondo distinto. Concretamente, la etiqueta está disponible en Instagram en noticias, las historias o stories, los reels e Instagram Live.

III. RELACIONES JURÍDICAS QUE SE IDENTIFICAN.

3.1. Relación contractual *influencer*-marca.

La relación jurídica establecida entre *influencers* y marcas hace **imprescindible** plasmar los acuerdos entre las partes en un contrato. Se trata de una **relación de carácter mercantil y no laboral**. La principal diferencia para determinar y posicionar el negocio jurídico del lado mercantil estriba en que el/la ***influencer*** goza de cierta independencia (sin más límites que los pactados en contrato) y actúa por cuenta propia. El/la *influencer* no es un trabajador/a que dependa de una empresa en concreto, sino estamos ante **empresarios/as individuales (autónomos/as)** que se mueven en un nicho concreto de negocio (marketing). A continuación, se tratará de objetivar el tipo de contrato a realizar, así como las características propias del mismo.

Se trata de un **contrato de prestación de servicios con carácter mercantil**, que trata de regular las relaciones existentes entre las partes contratantes.

De una parte, encontramos al **anunciante** que tiene como pretensión promocionar o publicitar su marca. Es decir, el principal interés no es otro que **dar a conocer la marca entre su público para aumentar ventas** y, en consecuencia, aumentar beneficios.

De otra parte, el/la ***influencer*** cuyo papel es erigirse como una **prolongación de la marca** para que sus seguidores y, en general, su público más cercano pueda estar al tanto de la evolución de sus productos en el mercado. Para ello, se proveerá de las redes sociales como su principal herramienta de trabajo donde comunicarse con dicho público.

Por lo tanto, estamos ante un **contrato bilateral** ya que produce obligaciones recíprocas para ambas partes, oneroso, por el pago del precio, y **consensual**, ya que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes. **La relación entre las partes puede ser esporádica** (un solo anuncio o campaña o para promocionar un producto o productos concretos) **así como también podrá permanecer en el tiempo y tratarse de una relación contractual más duradera**.

La **redacción** de un contrato con este tipo de relación requiere que sea **lo más claro y preciso posible** para determinar las acciones concretas a ejecutar tanto por el anunciante como por el/la *influencer* y de esta manera proteger los intereses de las partes en el negocio jurídico a realizar.

En consecuencia, se recomienda que el contrato incluya las siguientes **cláusulas**:

- 1- **Identificación de las partes**, así como la legitimación para celebrar cualquier acto jurídico.
- 2- **Contenido del servicio contratado ⁶y su finalidad.**
 - El **tipo de contenido** a realizar por el/la *influencer*, así como determinar si el contenido que generará será nuevo y único o si podrá emitir contenido ya utilizado anteriormente. Lo preferible es que se genere contenido nuevo, único y específico para con el bien o servicio contratado.
 - **La cantidad de publicaciones** que generará el/la *influencer* en su canal.
 - La aportación de un **guion** por el anunciante (mínimo de palabras, el diseño del contenido o algún tipo de frase o lema que relance la marca, etc.)
 - El **canal** donde se emitirá el contenido que promocione la marca (Facebook, Twitter, TikTok, YouTube, Instagram, etc.).
 - **Duración** del contrato. Esto es, si se celebrará para una campaña o anuncio concreto o si se prolongará en el tiempo.
 - La **retribución** que se establecerá de forma consensuada. Retribución que podrá ser en **dinero, en especie o mixta**. Se deberá detallar de forma específica si se trata de una retribución en especie y en qué consistirá dicha retribución (viajes, ropa de la marca, coches, etc.).
 - Precisar si el contenido requiere **visualización previa por el anunciante para aprobar su emisión**.
 - **Exclusividad**. Es decir, en el contrato se deberá incluir una cláusula prohibitiva para el anunciante que le limite a trabajar única y exclusivamente con el/la *influencer* que celebra el contrato. Asimismo, exclusividad también para el *influencer* que le habilite o no para ofrecer sus servicios a otras marcas.
 - **Cláusula penal** ante el incumplimiento de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato, se puede establecer la imposición de sanciones de carácter pecuniario contra acciones fraudulentas o cualquier práctica engañosa por parte del *influencer* (compra de seguidores, likes, visualizaciones, etc.).
 - Por otro lado, es interesante que las partes establezcan la legislación y tribunales a que se someterán en caso de controversia. (Sumisión expresa)

⁶Las distintas directrices por seguir para la realización de la actividad del influencer de acuerdo a lo pactado por las partes (influencer y marca). Consultado en <https://www.wonder.legal/es/modele/contrato-influencer>

- Derechos de autor y respeto por el/la *influencer* generador/a del contenido a obras ajenas protegidas por Derechos de propiedad intelectual. Para su utilización requerirá la autorización por el titular del Derecho.
- **Capacidad de la marca para resolver el contrato** en el momento en que observe que su nombre, honor o imagen se pueda ver comprometida por el contenido o imagen del *influencer*.
- **Firma** de las partes contratantes o, en su caso, de sus representantes legales o aquellos que ostenten poder notarial para celebrar en nombre de éstos. Es aconsejable que las firmas se rubriquen al margen a la izquierda de cada hoja y que ambas partes obtengan copia de lo firmado.

Caso Luka Sabbat

Se trata de un *influencer* que gozaba de un prestigio en redes sociales que lo relanzaba a la cima del sector. Todo lo que hacía público a través de su perfil en Instagram se convertía en oro para las marcas. Sin embargo, fue demandado por la agencia de publicidad que representa a las gafas Snap. Sabbat firmó un contrato de 60.000\$ (53.000€) con la firma de gafas Snap para promocionar su modelo Spectacle. En el mismo se exigía que Sabbat tenía que subir tres Instagram stories y una foto en su cuenta de Instagram donde apareciera siempre con las gafas Snap. Asimismo, y debido a su visita a los eventos, se le debía ver con las gafas en las Semanas de la Moda de París y Milán. Bien, de todas las exigencias contractuales Sabbat lo único que realizó fue colgar una historia con las gafas en su cuenta de Instagram. Al *influencer* se le reclamó por la agencia la restitución del dinero que esta le adelantó, unos 45.000\$ (40.000€ aproximadamente). Su resolución conforme a las normas de Derecho Internacional Privado en el último apartado del trabajo.

Caso Bethany Mota

Es una de las primeras demandas interpuestas en el sector y los hechos que motivaron su presentación ante los tribunales son los que siguen. Mota acordó con Studio 71 la creación de una serie de videos y publicaciones cuya finalidad se sostenía en la promoción de una marca de cuidado de la piel. En los videos, Mota debía salir aplicándose el producto para afrontar su día en Kauai (Hawai). No menos importante resulta indicar que el viaje llevado

a cabo por la *influencer* a la isla de Kauai fue pagado por Studio 71 con el objeto de filmar la campaña. Bethany Mota nunca hizo las publicaciones exigidas por contrato.

Como se observa, la *influencer* incurre en incumplimiento contractual cuando no cumple lo acordado en el mismo conforme a lo exigido en las cláusulas o estipulaciones exigidas en el mismo. Las exigencias contractuales más observadas en el sector son el requerimiento de que el *influencer* realice un número determinado de publicaciones en la red social correspondiente o que se dejen ver de forma personal en un evento clasificado siempre con los productos que promocione la marca.

3.2. El consumidor de marketing digital. Relación *influencer*-consumidor.

Con la aparición de internet existe un antes y un después a la hora de relacionarnos, de comunicarnos las personas. **Se globalizan las relaciones pudiendo comunicarse a tiempo real dos personas localizadas en distintos puntos del planeta** siempre que dispongan del medio tecnológico.

Ello marca significativamente nuestro modelo económico, social y cultural, y también las relaciones humanas y su forma de consumo.

Uno de los fenómenos que nos trajo internet fue las redes sociales entre las que encontramos como más importantes y utilizadas por los usuarios Instagram, Twitter, Facebook, Tik Tok, etc. Por momentos unas se encontraban en auge, declive, renacimiento...

Con el escenario pandémico de la COVID-19 que estamos atravesando los/las *influencers* han adquirido un papel aún más importante en el consumismo debido a los largos períodos de inactividad física empresarial (cierre de tiendas y establecimientos) y obligados a permanecer en casa con el confinamiento (suspensión de la actividad laboral). En este momento, el consumidor queda prácticamente obligado a utilizar el medio tecnológico para comprar.

Las redes sociales han emergido como un espacio donde se interactúa e intercambia experiencias, sus vidas y manifiestan sus ideas.

Ese lugar ha sido el nicho o el espacio propicio para la aparición de los/las *influencers*.

A través de estas plataformas pretenden generar un canal de contacto directo con sus seguidores, simpatizantes para promover o generar empatía en función de determinados intereses.

El consumidor ya no es un mero espectador como ocurría con el marketing en medios de comunicación como televisión o prensa, sino estamos ante un **consumidor activo el cual reclama feedback con el/la influenciador/a y anunciante.**

La publicidad a través de las redes sociales y la Web debe aportar información, y conseguir que su publicidad no esté ligada al producto (como en los anuncios de televisión) sino al consumidor.

El **consumidor digital** es una **persona hiperconectada e hiperinformada**. Debido a la más que generosa cantidad de contenido que circula por internet, **el consumidor se ve obligado a estar informado, observar con atención opiniones de otros usuarios para asegurarse de que entre todas las opciones de compra tomará la decisión correcta.**

La herramienta más utilizada por el consumidor digital y sobre la que recae todo el peso de la investigación y selección de información antes de llevar a cabo la toma de decisión a un clic de compra (transacción) suele ser el dispositivo móvil o smartphone. Si bien es cierto, aún hay quienes utilizan el ordenador para cerrar el proceso de compra.

Asimismo, estamos ante un sujeto extremadamente exigente. Debido a la gran cantidad de contenido por el que bucea, el consumidor digital extrema su agudeza y busca mayor calidad entre los productos o servicios pensando que siempre puede encontrar algo mejor a lo observado. Se mantiene en un escenario de compra que no es lineal ya que vuelve sobre la primera impresión tras haberla comparado con otras impresiones acerca de otros productos de la competencia. La toma de decisiones parece estar muy difusa y puede ser definitivamente vencida por el engagement.

El engagement es el compromiso que tienen las marcas y sus audiencias para comunicarse entre sí. Es decir, se trata de la relación que la marca debe crear con el cliente para que la vea como la mejor opción de compra. Además de ostentar una calidad sobresaliente, ahora también juega un papel determinante la cercanía con el consumidor y que éste vea cubierta totalmente las expectativas depositadas.

Otras características del consumidor digital son la **confianza** que se traduce en la garantía que establezca la marca, así como la rapidez y sencillez a la hora de realizar la compra.

Igual de necesario que comprender las características generales del consumidor digital es conocer las diferencias entre ellos. Así pues, existen cuatro sectores enormes para segmentar el mercado digital: la segmentación tradicional, segmentación según

generaciones, segmentación individualizada del mismo consumidor digital y la segmentación conforme a la actividad interactiva.

Segmentación según generaciones:

- Baby bommers: Los nacidos durante la 2 guerra mundial, análogos. Ahora tendrán en torno a los 50 años en adelante.
- Generación x: La juventud de los años 80, se trata de inmigrantes digitales personales que de un entorno análogo se volvió digital. Entre 35 y 50 años.
- Generación y: Los milenials, nativos digitales. Sienten identificación con su colectivo o grupo de personas cuyas edades comprenden los 23 y 35 años con un incipiente poder adquisitivo.
- Generación z: La generación del internet, también nativos digitales. Los más pequeños, menores de 23 años. Desde que tienen uso de razón vienen utilizando internet. Nacieron bajo la cultura del internet y sus diferentes utilidades en su vida cotidiana.

Segmentar el nicho de mercado por parte del *influencer* conforme a los tipos de consumidores digitales que se encuentran en el mismo le servirá para enfocar su producto hacia unos u otros.

Ahora bien, dentro de cada segmento de consumidor como los anteriormente descritos podemos observar diferentes comportamientos. Así como un mismo consumidor se comporta de distinta forma si se encuentra en un escenario u otro. Por ejemplo, no se comporta igual el mismo consumidor digital sentado en la silla de su oficina que cuando está sentado en el sofá de su casa o con su mujer planeando cualquier cosa.

El mismo consumidor puede tener dos perfiles diferentes dependiendo de diferentes factores en los que se encuentre como el clima, época del año, lugar, etc. Se trata de segmentar el mercado conforme a la individualidad del consumidor digital.

Por último, la segmentación según su actividad interactiva.

Existen consumidores inactivos que visitan los perfiles, pero no interactúan con el ofrecimiento del *influencer*.

El lead que se trata del consumidor que revisa, escribe, pregunta o realiza cualquier tipo de interacción en la plataforma del *influencer*.

El cliente cuando ya cierra el negocio jurídico de compraventa.

3.3. Publicidad engañosa.

La publicidad engañosa es considerada como ilícita, ya que no cumple las reglas marcadas por el ordenamiento jurídico y, además, atenta y vulnera Derechos de los consumidores.

Al atender al sintagma que nos ocupa se observa la palabra engaño. Según la RAE, y conforme a lo que se pretende ilustrar en el presente trabajo de investigación, **engañar**⁷ tiene las siguientes acepciones:

Dar a la mentira apariencia de verdad.

- **Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas.**

Por otro lado, el concepto de **publicidad** viene recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 2 LGP estableciendo lo siguiente: “se entenderá por publicidad: **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**”. Asimismo, la Directiva 84/450/CEE del consejo (artículo 2, apartado primero) y la Directiva 2006 /114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 2, apartado a), determinan que la publicidad es “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los Derechos y las obligaciones”.

En consecuencia, toda forma de negocio o acuerdo entre marcas e *influencers* cuya finalidad sea la de promover la venta de productos o prestación de servicios quedará sujeta a la legislación publicitaria de ámbito nacional y supranacional.

La publicidad engañosa es un tipo ilícito de publicidad en la que se emplea un mensaje subliminal que contiene afirmaciones engañosas, exageradas o falsas con la finalidad de enturbiar el comportamiento del consumidor, actuando de forma definitiva en su toma final de decisiones.

⁷ Consultado en la web de la RAE: <https://www.rae.es/drae2001/enga%C3%B1ar>

En este sentido, la **Directiva 84/450/CEE** establece que la publicidad engañosa es aquella que “**puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor**”. Asimismo, y en modificación a lo anterior, la **Directiva 2005/29/CE** en su **artículo 5 apartado 4** establece **desleales las prácticas** que:

- a) Sean **engañosas**: ya sea **por acción o por omisión**
- b) Sean **agresivas**: cuando **merme o pueda mermar** de forma importante, mediante acoso, coacción o la influencia indebida, **la libertad de elección o conducta del consumidor medio** con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

Según la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁸, en su título II la define como la publicidad que, de cualquier modo, incluyendo su presentación, induce o conlleva a errores a sus receptores, pudiendo dañar su comportamiento económico, o perjudicar a un competidor. Es además la publicidad que silencia datos relevantes de los bienes, actividades o servicios, cuando dicho descuido conduzca a error de los destinatarios.

Por lo tanto, la ilicitud de **la publicidad engañosa estriba en la vulneración del principio de veracidad** suponiendo así una práctica de competencia desleal.

Existen diferentes **formas de hacer publicidad ilícita para inducir a error al consumidor** o perjudicar a los competidores. Algunas de sus características más importantes son:

- **Expresiones ambiguas** que dan lugar a confusión.
- **Fechas engañosas** de la finalización de una promoción con la finalidad de acelerar la decisión de compra.
- **Omitir costes** adicionales u otros **datos** o se presentan de manera ininteligible.
- **Omitir información** de productos complementarios necesarios.
- **No advertir de efectos secundarios o riesgos como en el caso de medicamentos que prometen perder peso.**

⁸ BOE núm. 274, de 15.11.1988

- **Imágenes** que por ser demasiado atractivas **difieren de la realidad**.

Caso Marta Pombo

Hermana de la conocidísima *influencer* española María Pombo, Marta realizó un vídeo en su cuenta de Instagram en el que aparecía comiendo tortitas para colaboración de su marca. De forma paralela subió un story a su círculo personal en el que ponía las tortitas publicitadas en mal lugar dando a entender que no le gustaban las referidas tortitas. El mensaje que transmite a sus seguidores es de engaño acerca de la publicidad realizada y éstos se lo hacen saber por la red social.

Caso Marta López y otros *influencers*

A Marta López (ex concursante del reality Gran Hermano 2), Marta de Lola Mencía, Manuel González y Lucía Sánchez (todos ellos concursantes del reality “La isla de las tentaciones”) les une varias cosas. Una de ellas es su relación con el grupo Mediaset; otra sus distintas participaciones en diversos realities del citado medio y, concretamente, Telecinco; y, la última y que se pretende poner sobre la mesa es la demanda presentada por FACUA (organismo defensor del consumidor) contra todos ellos.

Los *influencers* son demandados por anunciar en sus diversos perfiles de Instagram unos supuestos blanqueadores dentales.

Se trata de tiras blanqueadoras que reciben el nombre de 5D White y Freshy White y que promocionan como si del mismo tratamiento realizado en una clínica dental se tratara. Mismos productos empleados y misma eficacia sin aportar prueba alguna que lo certifique.

Además de tratarse de un acto que incurre en publicidad engañosa, también es un acto contrario al artículo 4 del Real Decreto 1907/1996 ya que dicho artículo dice que “queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria”.

Su resolución conforme a las normas de Derecho Internacional Privado en el último apartado del trabajo.

La **publicidad encubierta** viene definida por la ley general de comunicación audiovisual en su artículo 2 apartado 32 por transposición literal de la Directiva 2007/65/CE apartado

j) de su artículo primero que establece que se entenderá por comunicación comercial audiovisual encubierta **la presentación verbal o visual** de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y **pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación**. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una contraprestación o remuneración similar.

Sin embargo, en la actualidad resulta más acertada y de directa aplicación la definición establecida por la **Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico**⁹, cuyo **artículo 20.1 exige que las comunicaciones comerciales que tengan lugar por vía electrónica sean claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica que las realice bajo su nombre sean asimismo claramente identificables**.

Esto es, no solo se deberá identificar y señalar el carácter publicitario sino también a la persona física o jurídica emisora del mensaje.

Según Tato Plaza, gran autoridad en el Derecho de la Publicidad y de la competencia desleal, y secretario general técnico de AUTOCONTROL, podemos descubrir la **naturaleza de un mensaje publicitario encubierto si contiene tres condiciones**¹⁰:

- 1- **El mensaje ha de perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional;**
- 2- **Esta finalidad comercial no debe ser claramente identificable por el público destinatario; y**
- 3- **El mensaje no debe incluir advertencias que informen explícitamente a los destinatarios de su finalidad comercial.**

⁹ BOE núm. 166, de 12/07/2002

¹⁰ Tato Plaza es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Vigo y secretario general Técnico del Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL. Las tres condiciones están recogidas en un dictamen emitido por el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL y consultado en su web: https://www.autocontrol.es/wpcontent/uploads/2021/04/dictamen_jurado_publicidad_influencers_2712.pdf

Por otro lado, la doctrina científica identifica desde los orígenes de la **comunicación comercial** cuatro principios que ésta debe respetar: **legalidad, veracidad, lealtad y autenticidad**. Así pues, conforme al **principio de autenticidad u honestidad, la publicidad tiene que ser reconocida como tal por sus receptores o destinatarios, de manera que no puedan incurrir a error alguno y puedan identificarla e interpretarla correctamente**.

Trasladando al *influencer* las distintas definiciones ofertadas de publicidad encubierta se puede llegar a la conclusión que se trata de un tipo de publicidad cuyo objeto es confundir al destinatario de manera que no sepa que está ante un mensaje de naturaleza comercial. Bien porque la omite bien porque la disfraza.

Antes de entrar en materia de lo que resulta necesario incluir en el mensaje para no inducir a error o confusión al consumidor se observan unas aclaraciones a lo que, por el contrario, no constituye ningún tipo de atentado a los preceptos legales que regulan la publicidad y, por ende, vulneración de Derechos de los consumidores. Estos mensajes son dos:

1) Mensajes sin intencionalidad publicitaria.

Son aquellos mensajes que simplemente espentan opiniones o preferencias particulares del *influencer*. En este supuesto, el/la *influencer* actúa bajo su propio Derecho a la libertad de expresión tratando de informar a sus seguidores de forma totalmente interesada, y sin pago alguno por la marca en la forma que fuere (efectivo o en especie), de manera que emite un contenido acerca de lo que opina sobre una cierta cosa. La retribución en especie determinará el carácter promocional del mensaje siempre que exista una finalidad laboral-comercial en la entrega de un bien o servicio a cambio de la emisión del contenido publicitario.

2) La publicidad testimonial.

La publicidad testimonial tiene naturaleza comercial que resulta evidente en su contenido, de forma que se identifican de forma inmediata por los consumidores, ya sea por el formato del mensaje, la forma de la presentación del producto, o su contenido que resulta obviamente promocional.

El resto de los mensajes emitidos por *influencers* que no reúnan las condiciones anteriores deberán cumplir con una serie de requisitos o de lo contrario podrían estar incurriendo en una acción de publicidad encubierta. Los requisitos son los siguientes:

a) Atendiendo al tenor de la advertencia.

La advertencia resulta vital para que la audiencia conozca el carácter comercial del mensaje. Así pues, algunas expresiones homologadas por el Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad son “publi”, “publicidad”, “patrocinado por”, “en colaboración con” o etiquetas o hashtag “ad” -advertisement-. Igualmente desaconseja otras como “información” o “legal”, o imperativos como hacer click, entre otras.

b) Atendiendo a su ubicación.

La advertencia tiene que estar perfectamente visible en el mensaje, no puede estar en lugares oscuros de la publicación.

Caso Paulina Eriksson

Se trata de la primera resolución emitida por el Jurado de la Publicidad. AUTOCONTROL emitió una resolución amonestando así a Eriksson por llevar a cabo a través de su cuenta de Instagram una práctica desleal.

En el post denunciado la *influencer* aparece en un paisaje de naturaleza exótica, de forma distendida y escuchando música a través de unos auriculares inalámbricos conectados a su móvil. Además, junto a la imagen, adjuntó un mensaje en el que centra las miradas en la satisfacción que siente mientras escucha música.

El Jurado de la Publicidad determinó que “la líder de opinión centra su post en un único producto empleando un tono claramente laudatorio sobre las ventajas y características de los auriculares inalámbricos”. En consecuencia, entiende que se trata de un contenido promocional propio de un espacio patrocinado

Tras la amonestación la *influencer* decidió acompañar el contenido con un “#ad” (anuncio, en inglés) para asegurarse de que el contenido se ajustaba al requerimiento y para futuras relaciones comerciales con la empresa productora de los auriculares inalámbricos. Finalmente, y tras una nueva contestación de AUTOCONTROL, Paulina Eriksson decidió eliminar la publicación.

Su resolución conforme a las normas de Derecho Internacional Privado en el último apartado del trabajo.

IV. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UE: DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DE LA LEY APLICABLE.

4.1. Supuestos de responsabilidad civil contractual.

La relación profesional que une al *influencer* con la marca se rubrica en un contrato de prestación de servicios. Resulta vital que ambas partes establezcan unas condiciones mínimas por las que se rija su actividad profesional. Estas condiciones mínimas para mayor seguridad jurídica de ambos deben estar redactadas en forma de cláusulas particulares (mencionadas a lo largo del trabajo) de obligado cumplimiento para los firmantes.

Por un lado, se recogerá las condiciones y aspectos establecidas por la marca anunciante para la creación del contenido que llevará a cabo el/la *influencer*. Por otro lado, se expresará el precio que deberá percibir el/la último/a por la prestación del servicio acordado.

Cabe expresar que existiendo un contrato por el que debe regirse la creación de contenido que da visibilidad y patrocina un producto, lo que en ese justo momento está ocurriendo es que se está ejecutando ese contrato ilustrando en una imagen todo el conjunto de cláusulas consensuadas por las partes.

De este modo, en caso de no cumplirse alguna de las citadas cláusulas en la forma y tiempo acordadas por cualquiera de las partes se incurriría en incumplimiento de contrato y, en consecuencia, en responsabilidad civil contractual.

En la actividad del *influencer* suele influir un aspecto relevante y por el que se centra el estudio de la presente investigación: las distintas situaciones internacionales de las partes implicadas.

En el fenómeno del marketing de *influencers* pueden darse situaciones o escenarios en que la marca sea estadounidense, el *influencer* español y el contenido sea creado en Rusia.

Trataré de establecer a que tribunales deberán dirigirse las partes en caso de incumplimiento contractual de alguna de ellas. Así como, determinar la ley aplicable en cada caso que pudiera incurrir un supuesto de responsabilidad civil contractual.

Caso Luka Sabbat vs Snap

Volviendo al supuesto práctico planteado en el desarrollo del presente trabajo en relación con la posible responsabilidad de Luka Sabbat al no cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato establecido con la compañía de gafas Snap y fijando el domicilio de Luka en Italia y el de la compañía de gafas en Francia. Asimismo, observando que en el contrato firmado por las partes no se acordó nada al respecto de que tribunales son competentes para resolver el conflicto planteado (sumisión expresa) ni la ley aplicable al fondo del asunto. La SPI se resolverá...

Determinación de la Competencia Judicial Internacional

Significa fijar o determinar la aptitud competente de los órganos de un estado concreto para conocer determinadas cuestiones de Derecho internacional, solucionarlas y dotar de eficacia resoluciones o sentencias respecto a situaciones privadas internacionales (en adelante, SPI).

Así pues, el sector de la publicidad digital es un sector privado (mercantil) cuya relación jurídica establecida puede ser entre profesionales de distintas nacionalidades y domicilios.

Los **foros de competencia** son aquellas circunstancias presentes en las SPI, y utilizadas por el legislador, para atribuir el conocimiento de estas a un órgano jurisdiccional o autoridad. Se trata del elemento de la relación jurídica que es tomado en cuenta por el legislador para determinar la competencia judicial internacional.

La **clasificación** de los foros de competencia se distingue según varios factores entre los que destacan: la naturaleza del criterio aplicado como puede ser el criterio personal (domicilio del demandado) o la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual (las partes lo sometan por contrato a un determinado estado); el criterio del valor protegido (en defensa de la parte más débil como, por ejemplo, el domicilio del consumidor) entre otros.

Asimismo, los foros de competencia internacional en Derecho Internacional Privado español se aplican de forma jerárquica quedando blindados los foros exclusivos (a favor, de forma exclusiva, de los tribunales de un estado), los foros de sumisión (expresa por

contrato o tácita cuando ambas partes continúen el proceso judicial en un mismo Estado) o el foro general de domicilio de demandado/a (a elección del demandante).

Por todo lo anterior, y según la normativa aplicable expresada en los anexos, las diversas posibilidades de dirigirse a uno u otro tribunal de qué estado por las partes implicadas (*influencers* y marcas) por relación contractual queda del siguiente modo jerárquico:

- Por **sumisión expresa** se exigirá la autonomía de la voluntad de las partes determinada en el contrato. Es decir, el lugar en que las partes acuerden por contrato la resolución de los conflictos. (cláusula de elección) - **art. 25 del Reglamento Bruselas I bis** -
- La anterior no será de aplicación siempre que las partes sometan el litigio ante un Estado distinto al contemplado en el contrato (**sumisión tácita**). *Influencer* y/o marca (cualquiera que sea la legitimación ostentada por ambos) uno interpone demanda en España cuando el Estado elegido por contrato para la resolución del conflicto era Francia. La parte demandada continúa el proceso al presentarse ante el tribunal español. (**art. 26.1 del Reglamento Bruselas I bis**)
- **En defecto** de lo anterior, se atribuirán competencias al órgano jurisdiccional del Estado **donde se presten o deban prestarse los servicios**. (**art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis**)
- **Como foro residual**, se resolverá en el tribunal sito en la ciudad del **demandado/a**. (**art. 5 del Reglamento Bruselas I bis**)

Salvo que la compañía de gafas hubiera interpuesto la demanda en Francia y Luka se hubiera presentado ante los tribunales franceses siguiendo con el procedimiento iniciado en Francia (sumisión tácita del art.26.1 del Reglamento Bruselas I bis), se aplicará el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis en virtud del foro en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base la demanda. Esto es, donde se debieron prestar los servicios por Luka y entendiéndose así por su domicilio (Italia) que generalmente será desde donde genere el contenido y lo lance a sus seguidores. Si bien, podría ser demandado igualmente ante los tribunales franceses e italianos ya que incumple la obligación exigida por Snap de ser visto con las gafas promocionadas en las Semanas de la Moda de París y Milán.

Como último recurso, y en virtud del artículo 5 del Reglamento Bruselas I bis (foro del demandado), Luka será demandado en los tribunales de su domicilio (Italia).

Determinación de la Ley aplicable

Al igual que ocurre con la competencia judicial internacional, existe una problemática en torno a la ley que deba ser aplicable en supuestos de controversia con elementos extranjeros.

No existe un Derecho de los contratos universal aplicable a toda la población mundial independientemente de su nacionalidad o domicilio. Existen tantas legislaciones en materia de contratos como países independientes hay a lo largo del planeta. Es por ello por lo que resulta importante estudiar las normas supranacionales que han establecido los Estados para determinar de manera uniforme la ley que será de aplicación cuando de la controversia se derive un elemento extranjero.

En este sentido, y conforme a la ley aplicable en la relación contractual mantenida entre el/la *influencer* y la marca debemos distinguir entre las normas de aplicación de carácter procesal de las que tienen carácter material y que resuelven el fondo del asunto:

- Lex Fori Regit Processum¹¹. La regla general es que el procedimiento se rija por la misma ley del órgano jurisdiccional a quien se le atribuyó las competencias para conocer de la situación internacional., esto es la ley del foro. Esto será así salvo lo referente a cuestiones tales como la capacidad de las partes, su legitimación, representación, defensa en el proceso y algunos aspectos de la prueba que estén directamente vinculadas con la resolución del fondo del asunto. En ese caso, se aplicarán juntamente con la ley aplicable al fondo del asunto (*lex causae*).
- En cuanto a la norma de aplicación al fondo del asunto se establecerá la **libertad de elección** en materia contractual. De esta manera, son las partes quienes eligen de forma expresa redactada en el clausulado a que ley se remiten en caso de controversias. A su vez, las partes podrán determinar si todo o solo una parte del contrato se rigen por unas leyes u otras de Estados distintos. (**art. 3.1 del Reglamento Roma I**)

¹¹ En un proceso judicial internacional, regla que establece que se sigue conforme a lo establecido en la propia ley del foro.

- A **falta de elección** de la ley aplicable suscrita en el contrato, dice el Reglamento **Roma I** en su **art. 4.1 apartado b)** que “el contrato de prestación de servicios se regirá por la **ley del país** donde el **prestador del servicio** tenga su residencia habitual”. Es decir, la ley del Estado donde vive habitualmente el *influencer* cuando realiza la creación del contenido.

Conforme al artículo 4.1 apartado b) del Reglamento Roma I, la ley aplicable a la SPI entre Luka Sabbat y la compañía de gafas Snap será la legislación italiana.

4.2. Supuestos de responsabilidad civil extracontractual (publicidad encubierta).

Las obligaciones extracontractuales constituyen una categoría jurídica residual.

Al igual que ocurre con la publicidad engañosa, a la publicidad encubierta se le dedica un apartado a lo largo del trabajo pudiendo siempre observarlo para contrarrestar dudas o curiosidades antes de abordar lo que aquí se pretende resolver que son cuestiones más propias del Derecho internacional privado tales como los foros de competencia a los que se dirigirán las partes en caso de controversia y, por otro lado, la ley aplicable al fondo del asunto.

No obstante, para refrescar lo más básico del significado de la publicidad encubierta es aquel contenido promocional emitido por el *influencer* en que no se deja constancia de tratarse de tal contenido y parece más bien una mera opinión acerca de un producto en concreto. Sin especificar que se trata de un contenido patrocinado.

A continuación, una vuelta por los tribunales a que se dirigirán los demandantes y la ley que será de aplicación al fondo del asunto.

Caso Paulina Eriksson vs Philips

Imaginando, por un lado, que la marca implicada en el negocio jurídico sea Philips con domicilio en Eindhoven (Países Bajos). Por otro lado, la *influencer* sueca Paulina Eriksson domiciliada en Marbella (España). Asimismo, no existe acuerdo alguno entre las partes de ningún tipo más allá del interés en promocionar los auriculares con la condición del regalo de estos y una estancia en un hotel de lujo de Marbella a gastos pagados. Entendiendo que los hechos tienen lugar en un parque cercano a su residencia de Marbella. Retomando el caso en que la *influencer* incurre en publicidad encubierta, su resolución conforme a las normas de Derecho Internacional Privado...

Determinación de la Competencia Judicial Internacional

En primer lugar, será competente el tribunal del Estado en que comparezca el demandado tras ser citado y, por ende, continúe con el procedimiento iniciado por el demandante. **(art. 26.1 del Reglamento Bruselas I bis)**

Los tribunales competentes para conocer y resolver sobre el fondo del asunto son los del domicilio del *influencer* demandado, conforme al principio general del foro del domicilio del demandado. **(art. 4.1 del Reglamento Bruselas I bis)**

Lo anterior se aplicará en defecto del foro donde se produjo el hecho dañoso. **(art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis)**

La *influencer* será demandada ante los tribunales españoles, tanto por el principio general del domicilio del demandado (Marbella) como por el foro donde tiene lugar el hecho dañoso (Marbella). – artículos 4.1 y 7.2 del Reglamento Bruselas I bis -

Determinación de la Ley aplicable

La publicidad encubierta es un acto de competencia desleal por omisiones engañosas acerca de la verdadera finalidad o interés que hay detrás de la producción de un determinado contenido emitido al público. Por ello, para determinar que ley será de aplicación al fondo del asunto en caso de controversia o dudas acerca de un espacio patrocinado se examinará el art. 6 de “competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia del Reglamento europeo N°864/2007 más conocido como Roma II.

Así pues, el o los demandantes (demanda colectiva) podrán basar su demanda en la legislación del foro siendo éste el del domicilio donde se produce el daño. **(art. 4.1 del Reglamento Roma II)**

La ley aplicable al fondo del asunto del caso Paulina Eriksson vs Philips y resuelto por el Jurado de la Publicidad será la española. (art. 4.1 del Reglamento Roma I)

4.3. Supuestos de responsabilidad del *influencer* con el *e-consumer*¹²(publicidad engañosa).

La publicidad engañosa en el marketing de *influencers* trata de aquella promoción generalmente publicada por el *influencer* a través de redes sociales y en la cual este

¹² Aquella persona o grupos de personas que utilizan internet y su interconectividad para realizar operaciones comerciales o de marketing de productos o servicios. Se trata del nuevo consumidor digital.

lesiona el Derecho del consumidor al transmitirle características o funcionalidades del producto que están lejos de las que en realidad pueden llegar a prestar.

Para refrescar el concepto jurídico de publicidad engañosa o la relación jurídica existente entre el *influencer* y el consumidor digital les exhorto a que vuelvan atrás en el trabajo y vuelvan a leer los apartados que se destinan a ese fin.

Entre tanto, aquí se tratará de dilucidar como se resuelven las cuestiones relativas al Derecho Internacional Privado y la protección al consumidor ante una conducta engañosa del *influencer* en el caso de que exista un elemento extranjero en la relación jurídica a resolver. Misma situación que en la responsabilidad civil contractual anteriormente razonada.

Caso Marta López y otros *influencers* vs consumidores

Marta López, Marta de Lola Mencía, Manuel González y Lucía Sánchez son *influencers* domiciliados en España. Suponiendo que el contenido publicitario fue visto por multitud de consumidores domiciliados en distintos países pero en su mayoría belgas. ¿Los tribunales de qué país serán competentes para conocer y resolver del asunto? ¿se aplicará la ley española?

Determinación de la Competencia Judicial Internacional

Se trata de foros cuya clasificación está regida según valores de protección hacia la parte más débil de la relación o negocio jurídico (el consumidor).

Conforme a la aplicación de la normativa publicada en el anexo, los foros competentes para llevar el procedimiento del conflicto son:

- El tribunal o foro competente para resolver la SPI que lesione el Derecho del consumidor será aquel elegido por este último de entre los de su domicilio o el domicilio de la otra parte (*influencer*). **-art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis-**

Así pues, el foro quedará a elección de los consumidores. En este caso, al parecer, la SPI se someterá a los tribunales belgas por elección de estos. (art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis)

Determinación de la Ley aplicable

Salvo pacto en contrario, se aplicará la ley del Estado en que esté domiciliado/a el/la consumidor/a. (**art. 6.1 del Reglamento Roma I**)

Será de aplicación la legislación belga por estar situados la mayoría de consumidores en Bélgica. (art. 6.1 del Reglamento Roma I)



V. CONCLUSIONES

Tras analizar el presente trabajo de investigación se podría decir que:

Primero. Se trata de un negocio jurídico de prestación de servicios de la era digital.

Después de todo, resulta ya una obviedad decir que el marketing de *influencer* es un negocio jurídico totalmente asentado en la nueva sociedad digital hasta el punto de que ha desbancado a la publicidad tradicional de radio y tele. Las marcas aprovechan el escaparate global que significan las redes sociales para llegar a su cliente a través de una persona digamos de confianza del consumidor (el prescriptor digital o *influencer*).

Segundo. Las relaciones jurídicas identificadas son situaciones privadas internacionales (SPI).

De las relaciones jurídicas que se identifican en este triángulo marcas-*influencer-consumer* y debido al escaparate global que suponen internet y las redes sociales el negocio jurídico aporta una connotación de internacionalidad en sus asuntos. Los actores pueden actuar desde distintos puntos del planeta siempre que dispongan de dos herramientas indispensables: un smartphone de última generación y un portátil. Por ello, estamos ante conflictos internacionales que suscitan una necesidad imperante de aclarar en que tribunales se deberá interponer la demanda, así como la ley nacional de que país se aplicará para resolver sobre el fondo del asunto.

Tercero. El Reglamento Bruselas I bis determinará la ley del foro.

El trabajo pone de relieve, también, que la determinación de la Competencia Judicial Internacional se realizará conforme a las disposiciones extraídas del Reglamento 1215/2012 de Bruselas I bis. También pone de manifiesto que el foro del demandado es un mero foro residual, subsidiario a la sumisión de las partes y alternativo a los foros especiales por razón de la materia. Asimismo, que el consumidor está dotado de la total protección por ser la parte más débil en su relación negocial con el/la *influencer*.

Cuarto. Los Reglamentos Roma I (supuesto contractual) y Roma II (supuesto extracontractual) determinarán la ley aplicable al fondo del asunto.

Al igual que ocurre con el Reglamento Bruselas I bis, en Roma I la ley imperante del domicilio del demandado funciona como categoría residual que complementa la falta de elección de ley aplicable por las partes. Y en Roma II, de naturaleza extracontractual, la

categoría residual, en defecto de sumisión tácita, es la ley aplicable del domicilio de aquella persona a la que se la haya producido o generado el daño. Produciendo así una protección similar a la del consumidor al tratarse en ambos casos, bien de la parte más débil o bien de la víctima.



VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

CASTELLÓ MARTÍNEZ, A. y DEL PINO ROMERO C., “Prescriptores, marcas y tuits: el marketing de influencia” en Revista Internacional de Investigación en Comunicación, 2015, núm. 12 vol. 12, pp. 86-107.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004, núm.17, pp. 47-81.

MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA “Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet” en revista de Derecho Mercantil, 2019, núm. 314, pp. 223-264.

ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO; HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS “Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho”

TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)” en Revista de Derecho Mercantil, 2019, núm. 311/2019 pp. 1- 13.



VII. ENLACES WEB CONSULTADOS¹³.

<https://elderecho.com>

(La integración de la publicidad del producto o servicio en la eficacia de los contratos entre las partes)

<https://almacenederecho.org>

(la ley aplicable a los contratos con consumidores)

<https://almacenederecho.org>

(competencia judicial internacional y autonomía de la voluntad)

<https://letslaw.es>

(la importancia del contrato de prestación de servicios entre un *influencer* y la empresa)

<https://marketing4ecommerce.net>

(primera advertencia de AUTOCONTROL a una *influencer* por publicidad encubierta)

<https://www.eldiario.es>

(primer tirón de orejas a una *influencer* en España por publicidad encubierta)

<https://www.boe.es>

(BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO)

<https://www.autocontrol.es>

(ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES)

<https://marketing4ecommerce.net>

(historia de Facebook)

<https://marketing4ecommerce.net>

(historia de Instagram)

<https://www.comunicae.es>

(redes sociales e *influencers*: un lucrativo negocio del siglo XXI)

<https://concepto.de>

(historia de las redes sociales)

<https://www.cac.cat>

(el Consell de l'Audiovisual de Catalunya denuncia publicidad encubierta en TIK TOK)

<https://es-es.facebook.com>

¹³ Enlaces webs consultados a fecha 07/02/2022

(Políticas de publicidad en Facebook)

<https://elpais.com>

(incumplimiento contractual de Luka Sabbat)

<https://www.lespanol.com>

(publicidad engañosa de Marta López y otros *influencers*)

<https://www.affde.com>

(demandas a *influencers*)

<https://www.eltiempo.com>

(casos polémicos de *influencers* por publicidad engañosa y publicidad encubierta)

<https://www.facebook.com>

(verificación de datos en Facebook)

<https://marketing4ecommerce.net>

(historia de TIK TOK)

<https://es-la.facebook.com>

(requisitos de diseño para los anuncios del feed de Instagram)

<https://delvy.es>

(guía legal para *influencers*)

<https://www.apd.es>

(capacidad de los *influencers* en la decisión de compra)

<https://www.elpublicista.es>

(el consumo de *influencers* entre los jóvenes)

<https://luxiders.com>

(cultura de *influencers* y su consumo)

<https://neuromarketing.la>

(efecto de los *influencers* en la toma de decisiones del *e-consumer*)

<https://www.mastermarketing-valencia.com>

(perfil del *e-consumer*)

<https://es.linkedin.com>

(nueva regulación del *influencer*: especial mención al código de conducta de AUTOCONTROL)

<https://www.merca20.com>

(las redes sociales preferidas de los *influencers*)

<https://socialpubli.com>

(redes sociales más utilizadas en el Marketing de *influencers*)

<https://internetrepublica.com>

(definición de *influencer* y redes sociales más utilizadas)

<https://es-es.facebook.com>

(información sobre el contenido de marca para marcas, anunciantes o patrocinadores)

<https://triunfagram.com>

(reglas de Instagram para poder hacer publicidad)

<https://www.tiktok.com>

(normas de la comunidad TikTok)

<https://ads.tiktok.com>

(directrices a tener en cuenta para realizar publicidad en TikTok)

<https://www.40defiebre.com>

(definición de *influencer*)

<https://www.rae.es>

(Real Academia Española)

<https://influcity.com>

(tipos de *influencers*)

<https://www.wonder.legal>

(modelo de contrato de *influencers*)

<https://www.lavanguardia.com>

(propuesta de ley por la CNMC para incluir la actividad del *influencer* en la Ley de Comunicación Audiovisual denominándolos “prestadores de servicios de comunicación audiovisual”)

VIII. ANEXOS.

ANEXO I. NORMATIVA REGULADORA ESPAÑOLA DE LA ACTIVIDAD DEL *INFLUENCER*.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad ¹⁴(LGP).

La norma principal en materia de publicidad es la LGP. Fue modificada en 2009 por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios que tiene por principal objeto la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad Comparativa.

Especial resulta la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, en cuya disposición final quinta modifica el párrafo a) del artículo 354 estableciendo: la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y Derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes de este como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral

¹⁴ BOE núm. 274, de 15/11/1988

contra la Violencia de Género.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad.

Es decir, se añade este último párrafo incluyendo en el concepto de publicidad ilícita aquella que genere violencia o discriminación sobre menores de edad o fomenta estereotipos o por razones de discapacidad. Supuestos que antes de la reforma se podía entender que estaban comprendidos en el supuesto, pero respecto de los que el legislador ha querido otorgar una regulación expresa para incrementar la protección.

La LGP contempla en su artículo 2 un concepto amplio de publicidad y por ello cualquier acción derivada de un acuerdo entre una marca y un “influencer” quedará sujeta a esta norma.

No encontramos regulación expresa de la publicidad encubierta, de la publicidad testimonial ni de la publicidad nativa pero sí que encontramos mención a la publicidad engañosa. Para ello se remite a la Ley de Competencia Desleal.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ¹⁵(LSSI).

Entre las normas que resulta más conveniente aplicar a la publicidad realizada por “*influencers*” es la LSSI, la cual exige en su artículo 20.1: las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable.

En consecuencia, esta Ley dispone dos requisitos: que las comunicaciones comerciales sean identificables como tales, nuevamente el legislador hace referencia expresa al

¹⁵ BOE núm. 166, de 12/07/2002

principio de autenticidad, y la identificación a la persona física o jurídica en nombre de la cual se realiza la publicidad.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal ¹⁶(LCD).

Conforme a la remisión que realiza el artículo 3 de la LGP, la LCD define la publicidad engañosa en su artículo 5 como “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”.

Asimismo, se considera desleal la publicidad engañosa tanto por acción como por omisión. En este último caso se establece en el artículo 7 como “la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.

El legislador menciona de manera indirecta la publicidad encubierta como una modalidad de publicidad engañosa por omisión, siendo la publicidad encubierta aquella que pretende transmitir un mensaje publicitario a los usuarios bajo la apariencia de un mensaje de otra naturaleza, de tal forma que los consumidores no perciben de forma consciente el carácter publicitario del mensaje.

El supuesto de publicidad encubierta en los medios de comunicación está expresado en el artículo 26 LCD: se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

Una vez más, se pone de relieve la importancia de cumplir con el principio de autenticidad

¹⁶ BOE núm. 10, de 11/01/1991

que exige la identificación del carácter publicitario del mensaje.

Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad (en vigor desde el 1 de enero de 2021).

Como se viene desarrollando en este trabajo de investigación, la actual actuación del *influencer* en el ámbito publicitario es innegable y seguramente el mayor y mejor vehículo a través del cual las marcas quieren dar a conocer sus productos por vías como las redes sociales.

Si no fuera bastante con la emergencia brutal con la que se presentaba la transformación de la promoción publicitaria de la mano de los *influencers*, a ello hay que añadirle la pandemia que estamos atravesando por el COVID-19. El virus provocó un cambio radical en nuestras vidas sobre todo con el confinamiento y con ello también cambió nuestra forma de consumir. El mundo digital evolucionó hasta ser una extensión propia de nuestros pasos diarios. En consecuencia, debido a las altas cifras del negocio digital en redes sociales se proyectó un aumento significativo de la publicidad digital y se hacía cada vez más necesario unas reglas del juego marcadas para los actores.

Así, la Asociación Española de Anunciantes (AEA) y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), junto al trabajo para ello realizado por el Ministerio de Asuntos Económicos y el Ministerio de Consumo se certificó el pasado 1 de enero de 2021 la entrada en vigor del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad.

Conforme al principio que rige en el artículo 6 del Código Civil se establece en nuestro ordenamiento jurídico que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. En este sentido, con el conjunto de normas éticas y de aplicación en la publicidad recogidas en el presente código de conducta se hace visible como deben actuar los *influencers* para evitar actividades que puedan incurrir en publicidad engañosa o publicidad encubierta. Se trata de una consecuencia de la búsqueda de protección a los principios doctrinales de autenticidad o de identificación de la publicidad.

El código vinculará y será de aplicación para todas aquellas empresas asociadas a la AEA y AUTOCONTROL, así como otras empresas e *influencers* que voluntariamente se adhieran al código. Por otro lado, sus compromisos de acatar las normas recogidas en el código y el contenido de las resoluciones emitidas por el Jurado de la Publicidad de

AUTOCONTROL en virtud de posibles reclamaciones que se pudieran cuestionar al respecto.

En cuanto al método establecido en el código para el respeto a las normas de aplicación se fundamenta en tres filtros:

- a. Control previo interno y “Copy Advice”: Las empresas se preocuparán de determinar las medidas necesarias para asegurar las normas éticas del código. La empresa o *influencer* podrá solicitar del Gabinete Técnico de AUTOCONTROL todas aquellas dudas legales y deontológicas antes del lanzamiento de la campaña publicitaria por medio del sistema de consulta previa, voluntaria, confidencial y no vinculante.
- b. Control a posteriori (Jurado de la Publicidad): El Jurado de la Publicidad es un órgano independiente y resolverá todas aquellas reclamaciones por infracción de normas del código tanto si las mismas son planteadas por legitimados adheridos al mismo como por aquellos que no lo estuvieran incluidos los consumidores y sus asociaciones o cualquier tipo de ente. El Jurado en sus resoluciones emitirá un dictamen si se trata de anunciantes no asociados o resolución en caso contrario. Dichos dictámenes o resoluciones se regirán por los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor.
- c. Control a posteriori a través de “Monitoring”: se trata de un posible seguimiento de AUTOCONTROL a las empresas e *influencers* adheridas al código para evaluar su respeto y el grado de cumplimiento de las normas contenidas en este.

Si nos adentramos en el Derecho positivo del Código se observa que está compuesto de 6 normas éticas donde habla de su adhesión y cumplimiento por parte de los actores adheridos; en qué momento estamos ante menciones o contenidos publicitarios; la forma de pago de las contraprestaciones del negocio jurídico que se realiza (dinero o en especie); así como, la identificación clara y manifiesta de contenido de naturaleza publicitaria por un consumidor medio seguidor de un *influencer*.

A destacar, las principales normas por las que obtiene existencia el Código son la norma número 4 y la número 5. Por otro lado, cabe hacer hincapié en la definición que da de consumidor medio fiel a un *influencer*.

Así pues, en la norma número 4 el Código trata de deslindar y aclarar la forma de pago en las contraprestaciones: pago directo o pago indirecto. El pago directo es el tradicional entendiéndose por pago físico en dinero. Ahora bien, y donde viene el verdadero problema, reconoce también que el pago puede ser indirecto consistiendo este en la entrega gratuita de un producto, entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, bolsas regalo y viajes. Por lo tanto, el pago indirecto a través de regalos es un pago en especie reconocido dentro de la actividad publicitaria y vinculante al Código.

Por otro lado, la norma 5 obliga a los *influencers* a emitir contenido que sea fácilmente identificable por sus seguidores. En caso contrario, les apremia con unas directrices para que en su recepción se observe de forma explícita e inequívoca que el contenido emitido es de naturaleza publicitaria. Así pues, en dichos casos recomienda la utilización de indicaciones genéricas tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “Embajador de (Marca)”, “Regalo de (Marca)”, “Viaje patrocinado” y desaconseja otras tales como “información”, “legal”, “hacer clic”, “colab”, “Sponso” y “sp”.

El consumidor medio seguidor de *influencer* será aquel perfil activo en redes sociales, que entienda, conozca y sea capaz de acceder con facilidad a los medios digitales y tenga autonomía para buscar y discriminar contenidos de la red conforme a gustos, preferencias y/o intereses.

La Comisión de seguimiento del Código tiene una composición mixta integrada por dos representantes de la AEA y representantes de AUTOCONTROL reunidos periódicamente.

Actualmente existe un anteproyecto de ley iniciado por la CNMC que pretende regular en una única ley la actividad del *influencer*. Estas disposiciones pretende incluirlas en la Ley de Comunicación Audiovisual. La CNMC ha propuesto calificarlos bajo la denominación de “prestadores de servicios de comunicación audiovisual”.

ANEXO II. NORMATIVA REGULADORA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UE: REGLAMENTO BRUSELAS I BIS Y REGLAMENTOS ROMA I Y ROMA II

Supuestos de responsabilidad civil contractual

En lo que respecta a la determinación de la **competencia judicial internacional** (ley de foros) son de aplicación:

Reglamento (UE) N°1215/2012 (Bruselas I bis¹⁷). El **artículo 25** habla de la atribución de competencia en virtud de contrato y establece que dicha atribución expresa será independiente del resto de contrato. Sumisión expresa de las partes a un tribunal en concreto por acuerdo contractual. Inaplicable resultaría lo anterior si el/la demandado/a compareciera ante un tribunal tras ser citado (sumisión tácita).

En defecto de lo anterior, el **artículo 7** dice que una persona domiciliada en un estado miembro podrá ser demandada en otro estado miembro:

- 1) a) en materia contractual ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base la demanda;
- b) a efectos de la presente disposición, y **salvo pacto en contrario**, dicho lugar será: cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

Como último recurso sería de aplicación el **artículo 5** como principio general del foro del domicilio del demandado.

Convenio de Lugano. Competencia en virtud de sumisión (arts. 17 y 18) establece que “sujetas a ciertas condiciones de forma -escrita en todo caso- los pactos de sumisión derogan la regla general de competencia del artículo 2 y la atribuyen a los Tribunales elegidos por las partes”. Casos de sumisión expresa o sumisión tácita de las partes.

Conforme a la determinación de la **ley aplicable** al fondo del asunto es de aplicación:

Reglamento (CE) N°593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) dispone en su **artículo 3.1** la libertad de elección de las partes: “el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del

¹⁷ DOUE núm. 1215, de 20/12/2012

caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Asimismo, las partes podrán modificar la ley aplicable en cualquier momento pasando a regirse por otra ley distinta de la que comenzó a regirse. Según el **artículo 4.1b)**, a falta de elección... “el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”.

Supuestos de responsabilidad civil extracontractual (publicidad encubierta)

En lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional (ley de foros) son de aplicación:

Reglamento (UE) N°1215/2012 (Bruselas I bis). El **artículo 25.1** establece que “si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno Derecho en cuanto a su validez material, según el Derecho de dicho Estado miembro”. Esto es un acuerdo atributivo de competencia por sumisión expresa.

Por otro lado, el **artículo 26.1** dice que “con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado.” Se trata de una atribución de competencia por sumisión tácita.

En defecto de lo anterior serán de aplicación el artículo 4.1, conforme a la norma general del domicilio del demandado, y el 7.2 del hecho dañoso.

Artículo 4.1 “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”.

Artículo 7.2 “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pudiera producirse el hecho dañoso”.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales:

Son de aplicación los artículos 14, 4.2, 4.1 y 4.3 (en ese orden de prevalencia) del **Reglamento (CE) N°864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales** ¹⁸(Roma II).

Artículo 14.1 de libertad de elección “Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan:

- a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño.
- b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

Artículo 4.2. “No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”. Ley del país de la residencia habitual común de las partes.

Artículo 4.1. “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

Artículo 4.3. “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo, un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

Supuestos de responsabilidad del *influencer* con el consumidor (publicidad engañosa)

Las normas de aplicación en virtud de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los distintos Estados son:

Reglamento (UE) N°1215/2012 (Bruselas I bis). El **artículo 18.1** indica que “la acción entablada por un consumidor contra la otra parte podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con

¹⁸ DOUE núm. 864, de 11.07.2007

independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”. A elección del consumidor por la protección de la parte más débil.

La determinación de la ley aplicable será la establecida en el **Reglamento (CE) N°593/2008 sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales** ¹⁹(Roma I) y específicamente:

Artículo 6.1 “(...) el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones (...).”

Se entiende celebrado el contrato entre *influencer* y consumidor con la celebración de la compraventa del artículo promocionado. Lo acordado en dicho contrato será de aplicación al *influencer*, incluido la ley de foros y la ley aplicable.

¹⁹ DOUE núm. 593, de 17.06.2008

ANEXO III. CONTRATO INFLUENCER.

Contrato para Influencers



Lugar _____ Fecha _____

1. Las partes

El **Influencer**, _____ con DNI número _____
y domicilio en _____

El **Anunciante**, _____ con DNI número _____
y en representación de _____ con NIF _____
y domicilio en _____

2. Las tareas

El **Anunciante** desea que el **Influencer** promocione sus productos a través de las redes sociales señaladas más abajo, para realizar las siguientes **acciones** en las **fechas** indicadas:

Por ej., 3 publicaciones en Instagram entre los días 17 y 21 de abril

2.1. Limitaciones

El **Anunciante** puede trabajar con otros influencers.

El **Influencer** no podrá promocionar productos o servicios de terceros similares a los del **Anunciante** mientras dure el contrato.

3. Duración

La **duración** del contrato será de:

Por ej., indicar los días, semanas o meses

4. Ley y tribunal

En caso de conflicto entre las partes, éste se tratará en los **tribunales** de _____, donde se aplicará la **ley** española.

5. Pago

El **Anunciante** pagará al **Influencer** en:

Por ej., en dinero o en productos y/o servicios valorados en X euros

El **Anunciante** pagará en el plazo de _____ días desde la firma de este contrato.

6. Propiedad

El **Influencer** será el propietario del contenido creado y subido para ejecutar este contrato.

En todo caso, el **Anunciante** tendrá un derecho de uso mundial, gratuito y exclusivo respecto a ese contenido.

7. Contenido

El **Anunciante** proporcionará el contenido necesario para que el **Influencer** pueda realizar su tarea.

Si el **Influencer** necesita colaboradores, él será el único responsable de sus costes.

El **Influencer** compartirá el contenido pactado según su propio criterio. En todo caso, deberá respetar las instrucciones que el **Anunciante** le pueda dar a nivel de hashtags, textos, nombres de usuario u horas de publicación, entre otros.

8. Publicidad

El **Influencer** indicará claramente a sus usuarios que sus publicaciones son publicidad o contenido patrocinado.

Por ejemplo, con hashtags:

#Publicidad
#AD
#Freebie

9. Garantías de éxito

El **Influencer** hará su trabajo de forma profesional, pero no garantiza al **Anunciante** que sus acciones generen un número determinado de seguidores, Likes, comentarios o ventas, entre otros.



10. Responsabilidad

Si el **Influencer** incumple alguna de sus obligaciones, el **Anunciante** podría reclamarle la devolución de lo pagado, así como una posible indemnización.

Si el **Influencer** incumple por una causa de fuerza mayor, por ejemplo un accidente, no tendrá responsabilidad.

11. Datos personales

El **Anunciante** es el responsable de los datos recogidos del **Influencer**. La finalidad es gestionar la ejecución del contrato, siendo la base legal contractual.

El **Influencer** puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación o supresión, entre otros, en cualquier momento en la dirección indicada más arriba.

12. Finalización !!

Este contrato finalizará cuando:

- Las partes hayan cumplido sus obligaciones;
- Una de las partes no cumpla con sus obligaciones;
- Las partes lo acuerden, siempre que no hayan empezado a cumplir sus obligaciones;
- Una de las partes comunique a la otra su intención de finalizarlo con mínimo **una (1) semana** de antelación.

Las partes firman este contrato por duplicado y en el **lugar** y **fecha** indicados más arriba:

<p>Influencer</p>	<p>Anunciante</p> 
--------------------------	--

Imagen 1. Fuente: www.terminosycondiciones.es

ANEXO IV. DOCUMENTO ADHESIÓN AL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE *INFLUENCERS* EN LA PUBLICIDAD.

DOCUMENTO ADHESIÓN AL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE *INFLUENCERS* EN LA PUBLICIDAD

D./Dña. [redacted] con DNI número [redacted],
domicilio en [redacted],
correo electrónico de contacto [redacted] y teléfono [redacted].
formaliza en virtud de la firma del presente documento su adhesión al "Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad" de la Asociación Española de Anunciantes (aea) y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL).

En virtud de dicha adhesión se compromete a cumplir las normas éticas y de aplicación contenidas en el código, incluido el sometimiento al Jurado de la Publicidad en caso de una eventual reclamación contra una comunicación comercial difundida por él, y el acatamiento de la resolución que este órgano dicte.

Las redes sociales en las que registra actividad comercial son:

[Enumerar indicando nombre de la red social y nombre de usuario con el que se identifica en las mismas]

- Deseo recibir comunicaciones sobre las actividades formativas y eventos de AUTOCONTROL.
- Deseo recibir comunicaciones sobre las actividades formativas y eventos de aea.

Si también deseas recibir la newsletter de AUTOCONTROL, puedes registrarte y solicitarla desde [aquí](#).
Si también deseas recibir la newsletter de aea, puedes registrarte y solicitarla desde aquí:
aea@anunciantes.com

En [redacted] a [redacted] de [redacted] de [redacted].

Imagen 2. Fuente: www.autocontrol.es