

# EL «*INFLUENCER*» COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

## THE INFLUENCER AS AN AUDIOVISUAL MEDIA

M.<sup>a</sup> TERESA OTERO COBOS\*

### RESUMEN

En el presente trabajo analizamos la posible calificación del *influencer* como medio de comunicación audiovisual a la luz de las normas comunitarias y españolas. En especial, prestamos atención sobre la publicidad audiovisual que difunde a través de los medios sociales y el régimen jurídico aplicable.

**Palabras clave:** Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, comunicaciones comerciales, influencer, publicidad, régimen jurídico.

### ABSTRACT

In this paper, I analyse the possible qualification of the influencer as an audiovisual media in the light of the EU and Spanish rules. In particular, we pay attention to social media audiovisual advertising by influencers and the legal framework applicable to this practice.

**Keywords:** Directive of Audiovisual Communication Services, Marketing communications, influencer, advertising, legal framework.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE *INFLUENCER* Y NOTAS CARACTERÍSTICAS. III. ACTIVIDAD AUDIOVISUAL LLEVADA A CABO POR INFLUENCERS.—1. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.—2. La insuficiencia del Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.—IV. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL. MÁS ALLÁ DEL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE *INFLUENCERS* EN LA PUBLICIDAD.—1. El Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad.—2. Comunicaciones comerciales audiovisuales.—V. BIBLIOGRAFÍA.

**CONTENTS:** I. INTRODUCTION.—II. DEFINITION OF INFLUENCER AND CHARACTERISTIC NOTES.—III. AUDIOVISUAL ACTIVITY CARRIED OUT BY INFLUENCERS.—1. Audiovisual communication services providers.—2. The inadequacy of the draft Law on the Audiovisual Communication.—IV. LEGAL TREATMENT OF AUDIOVISUAL ADVERTISING. BEYOND THE CODE OF CONDUCT ON THE USE OF INFLUENCERS IN ADVERTISING.—1. Code of conduct on the use of influencers in advertising.—2. Audiovisual commercial communications.—V. BIBLIOGRAPHY.

\* Profesora contratada Doctor (acr.), Universidad de Málaga. Dirección de correo electrónico: *Mayteotero@uma.es*.

## I. INTRODUCCIÓN

La generalización en el uso de internet ha dificultado el deslinde entre los distintos prestadores de servicios audiovisuales, al democratizar la participación en la red, sin necesidad de realizar grandes inversiones ni poseer un equipo tecnológico importante<sup>1</sup>.

Los operadores del mercado han aumentado exponencialmente su presencia en las Redes y medios sociales, ideando nuevas técnicas publicitarias, conscientes de que el comportamiento y los hábitos del consumidor han cambiado, y de que cada vez es mayor su actividad en dichos medios y/o el volumen de vídeos en línea que consumen<sup>2</sup>.

Un recurso cada vez más habitual para difundir este tipo de publicidad, dentro de la que se encuentra también la audiovisual, es la utilización de usuarios de medios sociales dedicados a la distribución de contenidos en línea, los conocidos como *influencers*.

Tal recurso nos lleva a intentar identificar este nuevo sujeto publicitario digital, a proponer su estatuto jurídico, y a analizar la idoneidad de la normativa aplicable atendiendo al tipo de contenido difundido. Debemos plantearnos, en este sentido, su posible calificación como medio de comunicación audiovisual y el régimen jurídico que, en tal caso, le resultaría aplicable.

## II. DEFINICIÓN DE *INFLUENCER* Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

El término *influencer*, anglosajón, ha sido traducido al español como persona influyente o líder de opinión<sup>3</sup>. Se podría definir como aquella persona que posee un perfil en una o varias redes sociales, utilizado con una finalidad principalmente comercial, donde goza de influencia sobre sus usuarios, y recibe una contraprestación a cambio de promocionar productos o servicios en las mismas<sup>4</sup>. De esta base pueden extraerse las principales características de este tipo de usuarios digitales.

En primer lugar, el *influencer*, debe tener un perfil en una plataforma social. Estas plataformas *online* prestan un servicio de la sociedad de la información facilitando un espacio virtual en el que los usuarios pueden crear su perfil una vez registrados y comunicarse entre sí, de modo instantáneo, permitiendo el acceso, tratamiento, almacenamiento, difusión y consulta de una gran variedad de contenidos. Las redes sociales que existen en la actualidad son muy variadas, pudiendo el *influencer* estar presente en una o varias de ellas. En ocasiones,

<sup>1</sup> En palabras de MARTÍNEZ OTERO (2019a), págs. 543 y 544, se ha roto con el paradigma tradicional en el que los prestadores estaban claramente diferenciados, produciéndose una convergencia entre ellos, pudiendo desempeñar distintos roles al mismo tiempo en el panorama audiovisual.

<sup>2</sup> Según la investigación *Global Online Video Advertising Report 2020* llevada a cabo por OMDIA, durante la pandemia ocasionada por la COVID-19 se produjo un aumento del consumo de video en línea que seguirá incrementándose, representando el 52 por 100 de los ingresos por publicidad en línea a finales de 2024, frente al 47 por 100 de 2020. Además, en este sentido, destaca la previsión de que los ingresos mundiales por publicidad a través de videos en línea pasaran de 70.000 millones a 120.000 millones de dólares en 2024.

<sup>3</sup> La doctrina ha considerado más adecuado referirse a los *influencers* como líderes de opinión. Por todos, vid. TATO PLAZA (2019), pág. 1.

<sup>4</sup> La definición que exponemos responde a la consideración de la figura del *influencer* en el contexto publicitario. En términos similares ha sido definido por la *Advertising Standards Authority* de Reino Unido.

acuñará el nombre del tipo de red social en la que posea presencia —*tiktoker*, *instagramer* o *youtuber*—, aunque no necesariamente será así. En este sentido, lo relevante no es el contenido sino el continente, convirtiéndose el perfil en un verdadero medio de difusión de información *online*.

En segundo lugar, debe ejercer influencia sobre un público determinado o, al menos, determinable. Esta influencia será, directa sobre sus seguidores, e indirecta sobre aquellas personas que aun no siendo seguidores del *influencer*, posean un perfil en la misma red social y accedan a su canal o perfil, o sin tener perfil en la red social, accedan al mismo a través de otro medio electrónico<sup>5</sup>. Por ello, si bien es cierto que la influencia puede ser constatada más fácilmente atendiendo al número de seguidores que posee en la red social, que normalmente será elevado, entendemos que esta característica no es la única o la realmente relevante. Poco sentido tiene el hecho de que exista un elevado número de seguidores si el *influencer* no ha logrado llegar a la masa, ejercer influencia efectiva, constatable, por ejemplo, tomando en consideración el número de comentarios que su público haga a sus publicaciones. No podemos olvidar que, en términos de *marketing*, lo importante es medir el *engagement*, es decir, la capacidad de interacción y atracción que se ejerce sobre los usuarios de la red social. Así sucede, por ejemplo, con los denominados micro o nano *influencers* que ejercen una influencia relevante en el público de una zona geográfica concreta o en usuarios (reducidos) con unos intereses específicos —deporte, *lifestyle*, nutrición, tecnología...—.

En tercer lugar, nos encontramos con un doble perfil de sujetos que pueden ser catalogados como *influencers*<sup>6</sup>: personas de reconocido prestigio en el ámbito *off line*, normalmente como consecuencia de su profesión —deportistas, actores, escritores...—; y, personas inicialmente anónimas, sin notoriedad previa, que han adquirido protagonismo en la red y se dedican profesionalmente a la creación y difusión de contenido *online*.

Por último, la mencionada profesionalidad que alcanzan es el resultado de la dedicación y de los ingresos económicos que reciben a cambio de la creación y/o difusión de contenido digital<sup>7</sup>. Este contenido puede ser muy heterogéneo: imágenes, videos pregrabados o en *streaming*, ficheros gráficos (*gifs* o *face filters*, entre otros). La posibilidad de que la totalidad o parte de ese contenido esté compuesto por videos, nos lleva a plantearnos si el *influencer* puede asumir, además del rol de prestador de servicios de la sociedad de la información, el de medio de comunica-

<sup>5</sup> En la mayoría de los casos se trata de perfiles que están abiertos al público, de manera que es fácil el acceso a través de la página web de la red social. Salvo que las propias plataformas impidan el acceso a usuarios no registrados o sean de pago. Igualmente, otras páginas webs como ocurre con los medios de comunicación y de información *online*, también permiten conocer estos perfiles o algunas de sus publicaciones.

<sup>6</sup> Así lo indicamos también en OTERO COBOS (2018), pág. 810.

<sup>7</sup> No podemos olvidar, en este sentido, que cuando se den los presupuestos de profesionalidad, habitualidad y ejercicio en nombre propio (art. 1.1 CCo), el *influencer* deberá calificarse como empresario. Algunos criterios que nos permitirán constatar esta condición son los fijados en la Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, SWD (2016) 163 final, de 25 de mayo de 2016. Entre ellos destacamos la motivación con fines de lucro (así también cuando recibe una retribución) o el número, el importe y la frecuencia de las transacciones que lleve a cabo.

Desde el punto de vista fiscal, esta cuestión no plantea dudas, ya que los ingresos obtenidos por los *influencers* en el desarrollo de su actividad como «creativos o marcadores de tendencias en redes sociales a través de internet» merecen la calificación de rendimientos de la actividad económica conforme al ordenamiento jurídico español. Así lo ha declarado la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas en la Consulta vinculante V1417-20, de 14 de mayo de 2020.

ción audiovisual, quedando sometido a las normas que rigen para estos últimos, amén de a las establecidas en la LSSICE. Vayamos por partes.

### III. ACTIVIDAD AUDIOVISUAL LLEVADA A CABO POR *INFLUENCERS*

#### 1. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual

La DSCAV<sup>8</sup>, tras las recientes modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/1808<sup>9</sup>, distingue entre el prestador del servicio de comunicación audiovisual y el prestador de plataforma de intercambio de vídeos<sup>10</sup>.

Al primero, lo define como aquella persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido. La exigencia de responsabilidad editorial se traduce o materializa en el control efectivo sobre la selección de los programas<sup>11</sup>, llevando implícita la capacidad de decisión sobre el contenido. Este requisito operaría en el caso del *influencer* cuando sea él directamente quien apruebe el contenido y no el anunciante, así como cuando decida sobre todos los aspectos relacionados con la publicación<sup>12</sup>.

El problema es que la DSCAV limita el concepto de prestación del servicio de comunicación audiovisual a aquel que consista en una emisión televisiva o bien en un servicio de comunicación audiovisual a petición, y, los que facilitan los *influencers*, en una primera aproximación, no se identifican con ninguno de los servicios incluidos por el legislador en el concepto<sup>13</sup>. No genera un visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario, ni un visionado a selección del espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionados por el prestador<sup>14</sup>. Se excluirían, del concepto, los servicios de comunicación audiovisual que se prestan en la actualidad a través de plataformas sociales, contraviniendo, incluso, la exigencia de interpretación de las normas contenida en el artículo 3 de nuestro CC. Una interpretación adecuada a la realidad social de la norma, conforme a la evolución que ha experimentado la creación y el consumo de contenidos audiovisuales, nos permitirá matizar esta exclusión<sup>15</sup>.

En este sentido, resulta relevante el pronunciamiento contenido en la STJUE de 21 de octubre de 2015, C-347/2014 (caso *New Media Online*)<sup>16</sup>, donde el

<sup>8</sup> Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

<sup>9</sup> Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre.

<sup>10</sup> Artículo 1.d) y d) bis DSCAV.

<sup>11</sup> *Vid.* artículo 1.c) DSCAV.

<sup>12</sup> En el *influencer* marketing el anunciante cada vez posee menos control editorial sobre el contenido, por lo que quizás debamos repensar el concepto de anunciante. Sobre esta figura, resulta interesante el análisis que realiza LEMA DEVESA (2020).

<sup>13</sup> DE MIGUEL ASENSIO (2015), pág. 2, nos recuerda, en este sentido, que «los conceptos que utiliza la Directiva pueden generar cierta incertidumbre acerca de en qué medidas algunos servicios relativos a contenidos audiovisuales en Internet constituyen servicios de comunicación audiovisual».

<sup>14</sup> Este servicio es característico de las plataformas de *streaming* que facilitan al usuario un catálogo de programas y vídeos (series, películas, documentales...) para su visionado de forma gratuita o mediante pago.

<sup>15</sup> En este sentido, *vid.* DE COCK BUNING (2020), págs. 47-73.

<sup>16</sup> ECLI: EU:C:2015:709.

Tribunal analiza las características que debe poseer un medio de comunicación audiovisual y, por ende, el servicio que presta, para considerarlo como tal. Así, debe ser capaz de alcanzar una parte significativa del público en general y tener un impacto sobre el mismo; además, debe desarrollar una actividad económica y, competir, al menos, por la misma audiencia que un medio televisivo. El contenido audiovisual emitido debe representar una parte separada del contenido difundido. La sentencia destaca, además, que la principal finalidad del medio debe ser la comunicación audiovisual, no pudiendo tener el servicio de publicación de videos un carácter meramente accesorio.

El legislador europeo, en la reforma de la DSCAV, amplía el concepto considerando servicios de comunicación audiovisuales tanto aquellos cuya finalidad principal propia es ofrecer programas (vídeos, en nuestro caso) al público en general, en las condiciones que impone la norma, como aquellos que son *parte disociable de servicios principales* [art. 1.1.a)]. Esta distinción permite incluir en el concepto de medio de comunicación audiovisual aquellos canales que presentan un contenido multimedia variado, compuesto por imágenes, gráficos y videos, entre otros. Para la consideración de un conjunto de contenidos como parte disociable, la Directiva toma como ejemplo el litigio del que partían las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso *New Media online*<sup>17</sup>. En ese supuesto, se trataba de la versión electrónica de un periódico que contenía en un apartado de su página web —a través de un subdominio— un catálogo de videos breves sobre distintas materias, ninguna de ellas relacionadas con el periódico. El Tribunal consideró que era necesario examinar cada caso concreto, sin realizar una interpretación sistemática que impida la calificación como audiovisual de un servicio cuando este sirva para completar las noticias e informaciones publicadas en un periódico. Es decir, la vinculación de un catálogo de videos a un servicio no audiovisual, no impide su consideración como servicio de comunicación audiovisual cuando tenga una función y contenido autónomo<sup>18</sup>. Es más, como señala el legislador en la Directiva (UE) 2018/1808, aunque esos videos se difundan a través de una plataforma de distribución de videos, el periódico en línea, como responsable editorial, deberá respetar las normas sobre comunicación audiovisual. Es indiferente, además, la duración de los videos o programas que se difundan, como se deduce del nuevo concepto de programa y de vídeo generado por el usuario introducido por la DSCAV, haciéndose eco del auge que ha tenido la difusión de videos cortos en los medios sociales, lo que ha incentivado, incluso, la creación de plataformas dedicadas en exclusiva al intercambio de videos de corta duración.

La segunda facultad que debe ostentar el prestador de servicio de comunicación audiovisual, implícita también en la responsabilidad editorial, se refiere a la capacidad de organizar los contenidos. En este sentido, es evidente que el *influencer*, directamente o a través de terceros, gestiona su perfil, seleccionando el modo y el momento en el que se difunde el contenido.

Por su parte, el segundo sujeto, el prestador de plataforma de intercambio de vídeos es aquel que, careciendo de responsabilidad editorial, posee capacidad para organizar los vídeos suministrados por los usuarios de sus servicios.

<sup>17</sup> Vid. considerando 3 Directiva (UE) 2018/1808.

<sup>18</sup> DE MIGUEL ASENSIO (2015), pág. 5.

La reforma de la DSCAV introduce, de forma expresa, la referencia a un sujeto que ya estaba contemplado en el mercado interior de servicios de la sociedad de la información por la Directiva 2000/31/CE: los prestadores de servicios de intermediación. Dicha referencia es loable toda vez que, la norma, precisa la naturaleza jurídica de su actividad, pues no lo considera medio de comunicación audiovisual sino una categoría distinta, reservándole un régimen jurídico específico y diferenciado<sup>19</sup>, aunque con bastantes notas comunes, sobre todo, en cuanto a la adopción de medidas para la protección de menores y la protección del público en general frente a la incitación al odio o la violencia, las comunicaciones comerciales encubiertas, etc<sup>20</sup>. Los cambios introducidos, además, dan relevancia a la organización de contenidos pues este requisito, que inicialmente se atribuía a los prestadores de servicio de comunicación, ahora también se utiliza para identificar a las plataformas de intercambio de videos y atribuirle determinadas obligaciones. No obstante, estos prestadores carecen, en sintonía con lo previsto en las normas sobre comercio electrónico, de responsabilidad editorial pues no deciden sobre los contenidos que difunden, razón, entendemos, que motiva que no deban considerarse medios de comunicación audiovisual.

Las plataformas, en cambio, sí ejercen una labor ordenadora mediante herramientas algorítmicas, técnicas que permiten organizar los contenidos. Esta actuación origina que se puedan ordenar y seleccionar contenidos conforme a la información y datos que facilite el usuario y lo que es más importante, supervisar si el usuario que ejerce una actividad económica utilizando la plataforma cumple con las obligaciones informativas y de protección de los consumidores, evitando así la difusión de contenidos ilícitos<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> El considerando 21 de la DSCAV de 2010, excluyó expresamente del concepto de medio de comunicación audiovisual a las plataformas destinadas a la distribución del contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés. Sin embargo, conscientes del protagonismo de estas plataformas en la comunicación audiovisual, la Directiva (UE) 2018/1808, las incluye dentro del ámbito de aplicación de la norma pero sin reconocerlas como medios de comunicación audiovisual.

<sup>20</sup> *Vid.* Capítulo IX Bis DSCAV.

<sup>21</sup> Mínima referencia, pues excede de nuestras consideraciones, al papel que desempeñan las plataformas en el marco de la sociedad de la información, en general, y en el de las comunicaciones audiovisuales, en particular. Cuando tengan un papel activo, alejado de aquel que le corresponde en su condición de alojadora de datos, conforme a lo previsto en el artículo 16 LSSICE (ex art. 14 de la Directiva 2000/31/CE), ejerciendo sobre el servicio que presta el *influencer* tal influencia o control que hace patente o lleva a pensar que es la responsable de dicho servicio, no cabe duda que será esa plataforma la que ostente la condición de prestadora de servicios de comunicación audiovisual, amén de su condición de prestadora de servicio de la sociedad de la información y no de intermediadora (con todas las consecuencias). De gran utilidad resultan, en orden a la apreciación de la concurrencia de una influencia decisiva, las presunciones establecidas en la Comunicación de la Comisión *Una agenda europea sobre economía colaborativa*. COM (2016) 356 final, de 2 de junio, así como el pronunciamiento del TJUE en los asuntos Uber (sentencias de 20 de diciembre de 2017, ECLI: EU:C:2017:981 y de 19 de diciembre de 2019, C:2019:1112) y Airbnb (sentencia de 19 de diciembre de 2019, ECLI: C:2019:1112). Fundamental será, igualmente, la forma en la que la plataforma dé cumplimiento a las exigencias establecidas en el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y en las Directrices interpretativas del mismo. De referencia obligada sobre el rol y el estatuto de los prestadores de servicios de intermediación sigue siendo MÁRQUEZ LOBILLO (2007). Sobre la influencia decisiva de las plataformas MIRANDA SERRANO (2018).

Toda esta materia se encuentra, en la actualidad, en proceso de reforma, motivado, en cierto modo, por la necesidad de aclarar el desempeño de las plataformas, sus obligaciones y responsabilidades en el Mercado interior (*vid. the Digital Services Act package*). En concreto, la Ley de Servicios Digitales en trámite (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE) aplicable a las redes sociales donde incluimos algunas de las plataformas de distribución de videos, establece que no se puede exigir responsabilidades a las

Teniendo en cuenta el nuevo concepto de comunicación audiovisual y la diferenciación de sujetos (plataforma-comunicador), no nos cabe la menor duda de que los *influencers* pueden ser considerados medios de comunicación audiovisual siempre que reúnan determinados requisitos. No podemos olvidar, por otro lado, que los *influencers* pueden prestar sus servicios por cuenta ajena para otro prestador.

Atendiendo a lo expuesto, el *influencer* prestará un servicio de comunicación audiovisual a petición, cuando utilice una herramienta de terceros que se califique como plataforma de distribución de videos<sup>22</sup> y compita por la misma audiencia que la televisión. Aun cuando puede presumirse que, por el mero hecho de utilizar una plataforma de esta índole, el *influencer* se beneficia de una audiencia potencial para la emisión de sus videos (la que posee la plataforma, tal y como reconoce el legislador en el considerando 4 DSCAV), entendemos imprescindible que el *influencer* haya ejercido su papel, es decir, haya ejercido influencia y posea un número determinado de seguidores. Sumado al potencial, le permitirá competir por la misma audiencia que la televisión.

El *influencer*, atendiendo a sus características y al medio en el que se encuentra, produce un importante efecto sobre el comportamiento de sus seguidores y en el público en general, lo que motiva, al mismo tiempo, la necesidad de someterlo a las normas sobre comunicación audiovisual para garantizar la protección del conjunto de usuarios. Además, a través de estos medios ejerce una actividad económica, al recibir una contraprestación como proveedor de contenido audiovisual.

En cuanto al contenido distribuido este deberá ser, en su totalidad o en una parte dissociable, videos o programas, siendo el responsable editorial de los mismos, por lo que en aquellos casos en los que la responsabilidad editorial no recaiga sobre el *influencer*, no podrá ser considerado medio de comunicación audiovisual. Así será, cuando tenga la condición de colaborador dependiente, pensemos en el trabajador de una marca o firma que promociona los productos

---

plataformas en línea (art. 3) cuando no tengan poder editorial sobre la información. Adicionalmente, la propuesta insiste en la necesaria fiabilidad de la información transmitida tanto por parte de la plataforma como de sus usuarios, sean profesionales o no, de manera que exige el cumplimiento de determinados requisitos de supervisión y moderación de contenidos (considerando 58). En especial, establece algunas obligaciones en relación con la publicidad en línea (considerandos 52 y 56). Estas obligaciones serán más exigentes cuando nos encontramos ante una «plataforma en línea de muy gran tamaño», donde englobamos a muchas redes sociales, debido a la necesidad de una mayor protección social como consecuencia de la influencia que ejercen en el público en general. En nuestro trabajo nos centramos en el usuario profesional denominado *influencer*, por tanto, para conocer con más detalle el alcance de estas normas proyectadas recomendamos la lectura de DE MIGUEL ASENSIO (2021).

<sup>22</sup> Si atendemos a la definición dada por la DSCAV, debemos acoger un concepto amplio de plataforma de distribución de videos que abarque prácticamente la totalidad de las redes sociales existentes hoy en día. Para ello adquieren relevancia las tres categorías no excluyentes de plataformas que distingue la norma: las que el contenido audiovisual es su finalidad principal, las que tienen un contenido más amplio con una parte dissociable audiovisual y aquellas cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer programas, videos generados por usuarios o ambos. La Comisión mediante la Comunicación «Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de servicio de intercambio de videos a través de plataforma en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual» (2020/C 223/02) ha identificado una serie de indicadores que pueden seguirse para aplicar este criterio. Esencialmente son cuatro: la relación entre el contenido audiovisual y la actividad o actividades económicas principales del servicio; la pertinencia cuantitativa del contenido audiovisual disponible en el servicio; la monetización del contenido audiovisual o la generación de ingresos a partir de este; y la disponibilidad de herramientas destinadas a mejorar la visibilidad o el atractivo del contenido audiovisual.

o servicios a través de estos canales. No así cuando pueda ser considerado colaborador independiente, pensemos, en un contrato de patrocinio.

El contenido audiovisual deberá organizarlo y ponerlo a disposición de los usuarios a su selección. Es decir, debe tratarse de contenido audiovisual a petición, la presentación de los elementos audiovisuales debe realizarse sobre la base de un catálogo que elabora el *influencer*, pudiendo el usuario hacer búsquedas, seleccionar e incluso guardar los videos para visualizar en un momento posterior.

La categorización como medio de comunicación audiovisual conlleva el cumplimiento de un estatuto jurídico propio, con obligaciones específicas, en aras de garantizar una competencia leal, tanto con los medios televisivos como con otras plataformas de comunicación audiovisual. En concreto, deberá facilitar información detallada sobre el prestador, evitar la difusión de contenido que incite al odio, promover la protección de los menores y la accesibilidad, así como, identificar correctamente las comunicaciones comerciales audiovisuales y cumplir con los requisitos exigidos por las normas en el caso de que los programas o videos sean patrocinados. Otra de las obligaciones, respecto de los medios comunicación audiovisual a petición, es la obligación de disponer de un mínimo de obras europeas en sus catálogos y garantizar la promoción de estas obras. Esta disposición puede ser excepcionada cuando el prestador tenga un bajo volumen de negocio o una baja audiencia<sup>23</sup>. Entendemos que esta salvaguarda, en la mayoría de los casos, será aplicable a los *influencers*.

Por último, huelga decir que estas normas son de obligado cumplimiento en lo referido exclusivamente al contenido audiovisual. Cualquier otro tipo de contenido quedará excluido del ámbito de aplicación de las normas que venimos analizando.

## 2. La insuficiencia del Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual

El legislador español ha iniciado el proceso de transposición de la Directiva (UE) 2018/1808. Vista, además, la necesidad de modernizar y adaptar la Ley de comunicación audiovisual de 2010 (en adelante, LGCA), el 6 de noviembre de 2020 se presentó el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual (en adelante, ALGCA). Una vez finalizado el trámite de audiencia pública el 3 de diciembre de 2020, se han recabado los informes preceptivos por parte de los distintos organismos públicos competentes. Entre ellos, destaca el informe emitido por la CNMC de 18 de diciembre de 2020<sup>24</sup>. La tramitación todavía se encuentra pendiente de las últimas fases y desconocemos el texto definitivo que se adoptará, por lo que consideramos oportuno, a la luz de lo estudiado, realizar algunas apreciaciones.

El ALGCA incorpora prácticamente sin modificaciones los términos introducidos por la Directiva (UE) 2018/1808. Destaca que el ALGCA mantenga de

<sup>23</sup> *Vid.* artículo 13.6 DSCAV. Estas referencias han sido concretadas por la Comunicación «Directrices en virtud del artículo 13, apartado 7, de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual relativas al cálculo de la proporción de obras europeas en los catálogos a petición y a la definición de «baja audiencia» y «bajo volumen de negocios» (2020/C 223/03).

<sup>24</sup> IPN/CNMC/042/20 Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.

la norma de 2010 tanto en la denominación de programa como en la de servicio o prestador del servicio de comunicación audiovisual a petición el término «televisivo», lo que creemos limita la interpretación de estos conceptos y no es acorde con la finalidad que persiguen las normas comunitarias de propiciar tal neutralidad que permita abarcar a los nuevos formatos electrónicos audiovisuales. Además, si se suprime presentaría mayor coherencia con la Exposición de Motivos propuesta que menciona los servicios a petición, sin concretarlos en el ámbito televisivo y no sería contrario a la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto, que considera el carácter televisivo un medio más como los teléfonos inteligentes, las tabletas o los ordenadores a través de los que se distribuyen contenido audiovisual.

Aun cuando en el ánimo del prelegislador está abarcar a los principales agentes que participan en el mercado audiovisual, obvia a uno de los que mayor presencia tienen, los *influencers*. A pesar de que la Directiva de 2018 tampoco los menciona, esto no debiera impedir a nuestro legislador aprovechar la ocasión para incorporar dentro del ámbito de aplicación de la norma una nueva condición jurídica que englobe a aquellos usuarios o proveedores de videos a través de plataforma. Así lo ha reclamado, de hecho, la CNMC<sup>25</sup>, tras comprobar el ingente volumen que han adquirido y apreciar que es la única forma de actuar eficazmente contra el envío de comunicaciones comerciales no identificadas y de contenidos perjudiciales o inapropiados para menores. Así, podríamos compensar las limitaciones de responsabilidad que ostentan las plataformas de distribución de video respecto a contenidos de terceros al ser, a veces, en apariencia, meras intermediarias cuando en realidad ejerzan una influencia decisiva sobre el contenido publicado difícil de apreciar a simple vista.

Con esta finalidad, la CNMC<sup>26</sup> acuña el concepto de «prestador de servicios de comunicación audiovisual soportados en servicios de plataforma de intercambio de vídeos» y considera necesario la inclusión del mismo en la nueva norma a fin de que le sea de aplicación el régimen jurídico de la comunicación audiovisual. La CNMC entiende que la aplicación de la norma debe extenderse a todo el contenido accesorio al video que difunde este tipo de prestador, es decir, a los textos que incorpore, comentarios, *gifs* o imágenes. Compartimos este criterio pues no hay razón para mantener una posición contraria, esos elementos complementan el contenido audiovisual, siendo consustancial al mismo.

En definitiva, conviene que el Proyecto legislativo contenga una nueva categoría de servicio de comunicación audiovisual, conforme a la realidad del mercado, donde se concreten las características que debe reunir este grupo para quedar sometidos a las normas sobre comunicación audiovisual y su régimen sancionador, especialmente en lo referente al ámbito publicitario. Parte de esas características las hemos enumerado en el epígrafe anterior para justificar la consideración del *influencer* como medio de comunicación audiovisual, por lo que nos remitimos a ellas.

<sup>25</sup> Recientemente, la CNMC y Autocontrol han suscrito un Convenio para el fomento de la corregulación sobre comunicaciones comerciales televisivas (BOE núm. 94, de 20 de abril de 2021). Dependiendo del texto final de la nueva norma, podría ser conveniente la suscripción de un convenio de colaboración similar entre ambas entidades aplicable a las comunicaciones comerciales difundidas por *influencers*.

<sup>26</sup> IPN/CNMC/042/20 Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, págs. 29 y sigs.

#### IV. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL. MÁS ALLÁ DEL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE *INFLUENCERS* EN LA PUBLICIDAD

La consideración del *influencer* como medio de comunicación audiovisual nos conduce a analizar uno de los elementos esenciales que constituye la actividad económica que desarrollan, la publicidad y el régimen jurídico aplicable. El perfil que posee un usuario influyente en una red social se ha convertido en un medio o vehículo publicitario conforme al artículo 8 LGP. Esto es así porque los anunciantes han considerado estos canales como una oportunidad para llegar al consumidor, incluso, en muchos casos, alcanzando mayor impacto que a través de la publicidad tradicional.

La técnica publicitaria con mayor presencia en este tipo de publicidad digital se denomina publicidad nativa o *branded content*. La misma consiste en integrar de manera natural información publicitaria en los contenidos editoriales habituales que generan los *influencers* en su perfil o página, consiguiendo que pase desapercibida dentro del conjunto de publicaciones. El anunciante o la agencia publicitaria seleccionan a uno o varios *influencers* cuyos valores, cualidades y comportamiento mejor se adapten a los atributos de la marca objeto de promoción, y sean el vehículo más adecuado para llegar al público destinatario.

Esta situación propicia que el *influencer*, como medio publicitario que es, deba observar las normas sobre publicidad y competencia desleal. De esta manera, debe respetar los principios generales de la publicidad, entre los que adquiere protagonismo el principio de autenticidad. En cumplimiento de dicho principio, los medios de difusión tienen la obligación de diferenciar el contenido informativo del publicitario e, igualmente, los anunciantes deben identificar el carácter comercial de una comunicación (art. 9 LGP, así como el art. 20 LSSICE)<sup>27</sup>. Por tanto, cuando la publicidad nativa se presente «diluida» dentro del contenido digital emitido por el *influencer*, dificultando al destinatario su identificación y diferenciación clara y fácil, conculcará dicho principio. En estos casos, se tratará de publicidad ilícita por inducir a engaño. En concreto, nos encontraremos ante la modalidad de publicidad encubierta, considerada una práctica comercial desleal en virtud del artículo 26 LCD<sup>28</sup> y entendiéndose por tal toda falta de información sobre la naturaleza publicitaria del mensaje que recibe el consumidor, aprovechándose del efecto que este conocimiento produce sobre el destinatario. Si el consumidor desconoce el carácter publicitario considerará que la información recibida posee mayor objetividad.

A pesar de disponer en nuestro ordenamiento jurídico de herramientas suficientes para detectar y castigar este tipo de prácticas, la interpretación de las

<sup>27</sup> En este sentido, lo reconoce, además, la norma 13 del Código de conducta de la publicidad de Autocontrol, cuya última versión es de 4 de junio de 2019, y donde hace expresa referencia a que la publicidad difundida a través de las redes sociales, entre otros medios, debe ser transparente y, en ningún caso, puede hacerse pasar por una publicación privada o particular.

<sup>28</sup> Otro tipo de prácticas desleales que con frecuencia son llevadas a cabo por *influencers* son aquellas que inducen a engaño por confusión para los consumidores o sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa. Por limitaciones de espacio no podemos desarrollar estas materias, sirva, entonces, de ejemplo la resolución de la *Advertising Standards Authority* de 3 de febrero de 2021 (A20-1073854 *Skinny Tan Ltd*) sobre la utilización de *face filters* en la promoción de productos cosméticos.

conductas ilícitas y su prevención deben adaptarse a los nuevos medios y canales publicitarios<sup>29</sup>. Esta circunstancia impone el establecimiento de unos límites y criterios básicos a tener en cuenta en la publicidad con *influencers*.

Esta tarea disciplinaria, en virtud del reconocimiento normativo sobre el fomento de la autorregulación, ha sido llevada a cabo por las autoridades de competencia y los organismos de autorregulación publicitaria tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

## 1. El Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad

El 1 de enero de 2021 entró en vigor el Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad elaborado por Autocontrol. Este documento viene a ofrecer una respuesta al debate que se había suscitado en el mercado publicitario y jurídico entorno a la proliferación de este tipo de prácticas y su dudosa identificación como desleales, así como las quejas presentadas por algunos usuarios y asociaciones de consumidores.

Un precedente de la elaboración del Código, lo encontramos en el dictamen emitido por el jurado de Autocontrol el 28 de noviembre de 2019 con motivo de la reclamación presentada por un particular contra la publicidad difundida por la *influencer* Paulina Eriksson. La resolución estudia la posible vulneración del principio de autenticidad de una imagen acompañada de un mensaje publicado por la reclamada donde se exhibían unos auriculares de una marca determinada. Centrándonos en lo que aquí interesa, el jurado concluye que la publicación posee un carácter publicitario debido a que el contenido del mensaje se focaliza únicamente en un producto limitándose a exaltar sus ventajas. Este contenido se considera, además, ilícito por cumplir con los presupuestos de la publicidad encubierta, es decir, la naturaleza publicitaria no resulta claramente identificable por parte de un consumidor medio. La *influencer* no incluyó en el mensaje indicios suficientes que permitiesen al usuario percibir que el contenido era publicitario.

El dictamen no posee carácter vinculante para la *influencer*, dado que no tiene la condición de asociada a Autocontrol, sin embargo, su valor deontológico y fuerza ética, nos permite zanjar alguna de las cuestiones más polémicas surgidas en relación con este tipo de publicidad *online*. Estas cuestiones han sido compartidas luego en el Código.

Así las cosas, el Código establece unos criterios mínimos o conjunto de reglas que deben tenerse en cuenta de manera obligatoria por parte de los anunciantes, agencias de publicidad y empresas que sean socios de Autocontrol y de aquellos *influencers* que se adhieran al Código. Las normas, no obstante, obligan a que las empresas adheridas incorporen en los contratos de colaboración con los *influencers* el sometimiento obligatorio al Código<sup>30</sup>. Además, teniendo en cuenta la relevancia de estas normas, constituyen unas pautas a tener en cuenta para los no asociados o no adheridos.

<sup>29</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍNEZ OTERO (2019b).

<sup>30</sup> Una alternativa interesante para el cumplimiento de estas normas la encontramos en el procedimiento iniciado contra Barilla y varios *influencers* por parte de la Autoridad de la Competencia italiana (procedimiento núm. 28167, resolución de 25 de febrero de 2020). La empresa asumió el compromiso de elaborar y difundir unas Directrices de obligado cumplimiento para los *influencers* con los que colabore sobre el modo de garantizar la transparencia de las comunicaciones.

El texto parte de que la publicidad difundida a través de personas influyentes en redes sociales o en medios de comunicación digitales es lícita. Y, todo ello, si además tenemos en cuenta que los *influencers*, en algunos casos, habrán adquirido una experiencia propia sobre los servicios o productos que dan a conocer a su comunidad. Esta información, cuando no intervenga la marca y responda a su propia iniciativa, será lícita y no tendrá naturaleza publicitaria<sup>31</sup>.

Los contenidos difundidos en el perfil del *influencer* se considerarán publicitarios, como ya se adelantaba en el Dictamen comentado, cuando estén dirigidos a la promoción de productos y servicios, sean divulgados en el marco de colaboraciones a cambio de una contraprestación y el anunciante o sus agentes ejerzan un control editorial sobre el contenido divulgado. Estos tres requisitos deben darse de manera acumulativa.

El primero de ellos consiste en que del análisis del contenido gráfico y/o del mensaje pueda desprenderse que se trata de una acción publicitaria. Algunos de los indicios que permiten alcanzar esa conclusión tendrán lugar cuando el producto o servicio destaque y tenga mayor protagonismo que otros elementos que forman parte del contenido, también cuando se utilicen técnicas que indiquen esa intención publicitaria como ocurrirá con el etiquetado de la marca, la referencia expresa en el mensaje al producto o servicio y a sus bondades, entre otros.

El segundo, por su parte, se refiere a la existencia de una colaboración con el anunciante. En estos casos, se presume que cuando exista una contraprestación económica nos encontraremos ante un contenido publicitario. Con frecuencia en este sector la remuneración que recibe el *influencer* puede ser no dineraria, bien porque pueda quedarse con el producto o disfrutar del servicio que promociona, bien obtenga descuentos u otro tipo de gratitudes en especie. Autocontrol, en el Código ha tomado en consideración estas prácticas que se han convertido en habituales y ha extendido la consideración de contraprestación a las mismas. En los casos en los que se produce la entrega gratuita de bienes o servicios, la doctrina<sup>32</sup> ha llamado la atención sobre la dificultad de acreditar la existencia de una colaboración con el anunciante.

El tercer requisito persigue una actitud activa o control por parte del anunciante sobre el contenido difundido, mediante la creación o la aceptación previa del mismo para su divulgación. En la práctica, consideramos que el cumplimiento de este último criterio que impone la norma, coherente con el concepto

---

<sup>31</sup> Aunque esto último también ha sido cuestionado, pues la difusión de comentarios y opiniones de los *influencers* sin la existencia de una colaboración tiene origen en su propia autopromoción. Es decir, tal y como señala la sentencia del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe de 9 de septiembre de 2020, 6U 38/19, el modelo de negocio del *influencer* consiste, entre otras actividades, en «despertar [en el consumidor] necesidades económicas aún no percibidas abriendo el camino a su satisfacción». Si este tipo de publicaciones van acompañadas de la mención o etiqueta de la marca, aunque se persigue únicamente la captación del interés para que contraten al *influencer*, podría interpretarse como un acto publicitario.

En este sentido, la guía elaborada por la *Federal Trade Commission* en 2019 «*Disclosures 101 for Social Media Influencers*» dentro de las relaciones con la marca incluye tanto aquella que sea personal, familiar como laboral o financiera.

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión, TATO PLAZA (2019), pág. 4, ha señalado que en aquellos supuestos en los que el *influencer* recibe un regalo y lo difunde en sus redes sociales, resulta difícil acreditar que existe una colaboración con el anunciante y, en consecuencia, que ese producto o servicio se recibe en contraprestación por la difusión. Considera, además, que: «[A]sí sucederá, por ejemplo, cuando no pueda acreditarse que la difusión del mensaje ha sido solicitada por el anunciante».

de anunciante y que además debe darse junto a los tres anteriores para considerar que existe publicidad, en muchos casos en los que el contenido posea naturaleza publicitaria, no se dará. Los *influencers* se han convertido en verdaderos creadores de su propio contenido, incluso del publicitario. De manera que puede suceder que el anunciante sea el impulsor de la publicidad pero no tenga capacidad para participar en la elaboración, ni siquiera de dar su aprobación final.

Por tanto, si, tal y como exige la norma 3 del Código, los tres requisitos deben darse de manera cumulativa, nos encontraremos ante supuestos que no van a ser considerados publicidad por el mero hecho de que el anunciante no tuvo un papel decisivo en la elaboración del contenido.

Cuando se trate de contenidos de naturaleza publicitaria, esta debe ser identificable. Solo en aquellos casos en los que para el usuario no sea fácil deducir tal carácter el Código impone el deber de identificarlas de manera expresa<sup>33</sup>. De tal manera que el Código no impone la necesidad de etiquetar o indicar que se trata de publicidad, en cualquier caso, sino, solamente cuando esta no sea percibida como tal por un consumidor medio. Aquí resulta relevante conocer qué entiende el código por consumidor medio. Sin duda, la interpretación que hagamos del mismo debe ser coherente con el medio en el que se desenvuelve, el medio digital, un entorno que conoce e, incluso, con el *influencer* al que sigue, con el que probablemente comparta inquietudes y gustos y, además, cuya trayectoria conozca. Si este consumidor conoce los hábitos del *influencer* y forma parte de su comunidad, le va a resultar más fácil identificar cuáles son contenidos publicitarios. De manera que nos encontramos con un consumidor al que, en general, se le presume capacidad suficiente para discernir entre lo que es información de lo que es publicidad<sup>34</sup>. Esto propicia que debemos analizar cada caso concreto y valorar si un consumidor medio puede deducir fácilmente que se encuentra ante un contenido publicitario.

## 2. Comunicaciones comerciales audiovisuales

Entre la variedad de contenido que difunde el *influencer* nos encontramos con las comunicaciones comerciales audiovisuales, por lo que, como venimos defendiendo, deben quedar sometidos al estatuto jurídico de los medios de comunicación audiovisual. Las comunicaciones comerciales audiovisuales son lí-

<sup>33</sup> Esta identificación expresa generalmente se realiza a través del uso de etiquetas. El Código recomienda el empleo de algunos términos como «publicidad» o «patrocinado por» y desaconseja el uso de otros que sean demasiado genéricos, sean ambiguos o requieran una acción por parte del consumidor por encontrarse la etiqueta mal localizada. En este sentido, resulta especialmente relevante el Informe *The labelling of influencer advertising* elaborado por la ASA en 2019 disponible en <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/e3158f76-ccf2-4e6e-8f51a710b3237c43.pdf>.

<sup>34</sup> Resulta relevante traer dos resoluciones de tribunales alemanes que han tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo. El Tribunal Regional Superior de Hamburgo en la sentencia de 2 de julio de 2020, 15U 142/19, afirma que a los usuarios de redes sociales se les informa de que no solamente existen usuarios privados sino también aquellos otros que realizan un uso comercial —un ejemplo es la verificación de perfiles que realizan algunos medios sociales o la transformación de las cuentas, de personales a comerciales—. Además, cualquier persona que se registre conoce las particularidades del medio y se encuentra familiarizado con el mismo de manera que rara vez podrá dudar de que las cuentas de los *influencers* operan con propósitos comerciales. Más recientemente, la sentencia del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe de 9 de septiembre de 2020, 6U 38/19, añade a lo comentado que incluso cuando el público objetivo es adolescente, conoce el modelo de negocio de los *influencers* y de donde provienen sus principales ingresos. Lo que, en definitiva, nos lleva a la «obviedad del fin comercial».

citas siempre que respeten los principios generales relativos a la comunicación audiovisual. El concepto de comunicación comercial audiovisual en la Directiva (UE) 2018/1808 se mantiene en los mismos términos que en 2010, pero reconoce que también pueden tener lugar en los videos generados por usuarios. Característico de este tipo de publicidad es el patrocinio y el emplazamiento de producto, dos actuaciones con marcada presencia en el marketing con *influencers*. La nueva redacción dada al artículo 9 DSCA somete este tipo de comunicaciones a una serie de limitaciones. Entre ellas, destaca la prohibición de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas y de las subliminales.

Por su parte, el prelegislador en el ALGCA<sup>35</sup>, siguiendo el camino marcado por la Directiva (UE) 2018/1808, reconoce, prácticamente en los mismos términos, el derecho a realizar este tipo de prácticas siempre que se respete adicionalmente la normativa específica contenida en la LGP y en la LSSICE. El Anteproyecto regula el recurso al patrocinio cuando se cumplan algunas condiciones, entre ellas, la identificación del patrocinado al inicio y al final de la interrupción o del programa; no confusión con el contenido audiovisual para que no se vea afectada la responsabilidad editorial del prestador del servicio; y no incitar directamente a la adquisición de bienes y servicios.

La Directiva (UE) 2018/1808 autoriza como regla general el uso del emplazamiento de producto en la publicidad audiovisual, salvo en los programas de noticias y de actualidad, de asuntos del consumidor, religiosos e infantiles, y siempre que se cumplan determinados requisitos. No podemos afirmar que la norma de un giro a la consideración de esta práctica, pues ya se reconocía como un derecho y un tipo de publicidad lícita, a pesar de que la redacción inicial de la DSCA partiera de una prohibición general para, a continuación, admitirlo en determinados casos<sup>36</sup>. En sentido parecido lo regula la LGCA y, también, el Anteproyecto. La redacción propuesta en el Anteproyecto sobre la regulación del emplazamiento de producto es más correcta y clara que la anterior. En este sentido, diferencia los cuatro requisitos que debe cumplir esta práctica: no influir en el contenido editorial ni en la organización del horario de programación ni en la del catálogo de una manera que afecte a la responsabilidad editorial del prestador del servicio; no incitar directamente a la compra o arrendamiento, ni incluir referencias de promoción concretas; no conceder una prominencia indebida a los productos<sup>37</sup>; e identificar que se trata de un producto al principio, al inicio de cada reanudación posterior a una interrupción y al final del programa<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Vid. artículo 119 y sigs.

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* SÁNCHEZ RUIZ (2017).

<sup>37</sup> El concepto indeterminado de «prominencia indebida» ha sido interpretado recientemente por el TS en la sentencia núm. 1733/2020, de 14 de diciembre (ECLI: ES:TS:2020:4358), considerando que «prohíbe que el producto emplazado pueda ser ensalzado mediante el tratamiento de la imagen excesiva o mediante expresiones verbales que impliquen una carga promocional o apologética suplementaria ajena al emplazamiento y que dicha “prominencia indebida” debe ser examinada de forma casuística, en atención al tratamiento e intensidad de la imagen del producto y al significado de las expresiones vertidas en atención al contexto y guión del programa».

<sup>38</sup> El legislador europeo en la Directiva (UE) 2018/1808, permite que este requisito sea exigido solamente a aquellos programas que hayan sido producidos o encargados por el prestador del servicio de comunicación. El legislador español ha optado en el Anteproyecto por establecerlo como condición, en cualquier caso.

Similar requisito es el exigido por la autoridad de autodisciplina italiana en el *Regolamento Digital Chart*, imponiendo a los *influencers* que cuando el contenido esté en formato video deben incluirse advertencias escritas, de forma inmediatamente perceptible, que hagan evidente la finalidad promocional. En los videos en *streaming*, estas advertencias, también verbales, deben repetirse durante la transmisión. Igualmente, en el supuesto de emplazamiento de producto, este debe ponerse en conocimiento del público.

Si analizamos las condiciones que deben respetarse, todas giran en torno a la identificación de la publicidad, evitando la posible confusión entre el contenido editorial y el contenido publicitario y cualquier engaño sobre la naturaleza publicitaria de lo emitido. Ciertamente, la línea que separa la publicidad encubierta del emplazamiento de producto es muy débil, de manera que cuando se superen los límites del emplazamiento de producto, nos encontraremos ante publicidad encubierta<sup>39</sup>.

El recurso a la publicidad audiovisual encubierta está prohibido, aunque las normas no han desarrollado su régimen sí han ofrecido una definición. Por la misma<sup>40</sup>, debemos entender toda acción promocional que se realice ocultando un propósito publicitario e induzca al público a error sobre la naturaleza de tal acción<sup>41</sup>.

Huelga decir que se presume que hay publicidad encubierta cuando existiendo ese propósito publicitario no identificado, se produzca una contraprestación. Sin embargo, no es imprescindible que exista tal contraprestación<sup>42</sup>. Es más, con la nueva redacción dada al artículo 11 DSCAV, existirá emplazamiento de producto aunque se haya producido la entrega gratuita de bienes o servicios, con independencia del valor de los mismos<sup>43</sup>.

Por tanto, la diferencia entre una y otra forma de comunicación estriba en que en la publicidad encubierta concurre una intención promocional, mientras que en el emplazamiento nos encontramos ante la presentación de un producto identificado por una marca sin finalidad promocional<sup>44</sup>.

De manera que el *influencer* cuando inserte publicidad en la modalidad de emplazamiento de producto deberá identificarla<sup>45</sup>. Para ello, podrá valerse de medios propios o de los mecanismos que ponga a su alcance la plataforma *online* que utilice. Sobre esta cuestión, la Directiva encarga a las plataformas de distribución de videos que pongan a disposición de los usuarios los medios, funcionalidades y herramientas necesarios para garantizar que las comunicaciones comerciales audiovisuales que se difundan a través de sus canales se identifiquen como tales [art. 28 ter, letra c) DSCAV]<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* TATO PLAZA (2001).

<sup>40</sup> La definición completa la encontramos en el artículo 1, letra j) DSCAV y, en el mismo sentido, el artículo 2.32 LGCA y artículo 120.3 del Anteproyecto.

<sup>41</sup> Compartimos la opinión de TOBÍO RIVAS (2018), pág. 9 y sigs., al considerar que a pesar de que no se haya identificado claramente el origen publicitario del emplazamiento, si el destinatario percibe que se trata de publicidad, no estaríamos ante una promoción encubierta. Idéntico criterio es el que seguimos para la publicidad no audiovisual que difunde el *influencer*. Esta interpretación, no obstante, requerirá el análisis de la publicidad caso por caso.

<sup>42</sup> Entre otras, *vid.* las sentencias del TS núm. 350/2020, de 10 de marzo (ECLI: ES:TS:2020:718), 1552/2019 de 11 de noviembre (ECLI: ES:TS:2019:3601) y de 30 de julio de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:4384).

<sup>43</sup> Hasta el momento y así lo mantiene el artículo 17.1 párrafo 2.º LGCA, se consideraba emplazamiento de producto cuando el obsequio de un bien o servicio tuviera un valor significativo, no considerando, siquiera comunicación comercial la realizada con bienes o servicios recibidos gratuitamente que tuvieran poco valor. Tal referencia, acertadamente, ha sido eliminada del APL. Un análisis sobre la interpretación de esta cuestión *vid.* en TOBÍO RIVAS (2018), pág. 11, y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (2008), pág. 15.

<sup>44</sup> Sobre esta cuestión se ha pronunciado la AN. A modo de ejemplo *vid.* las sentencias de 2 de octubre de 2020 (ECLI: ES:AN:2020:2793), 14 de junio de 2019 (ECLI: ES:AN:2019:3079), de 11 de mayo de 2012 (ECLI: ES:AN:2012:2334) y de 23 de marzo del 2009 (JUR 2009/207239), entre otras.

<sup>45</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* BENDITO CANIZARES (2020), pág. 10.

<sup>46</sup> A pesar de la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2018/1808, algunas plataformas han puesto en marcha herramientas para la detección de contenidos ilícitos una vez han sido investigadas por las autoridades de competencia. Este ha sido el caso de la investigación iniciada en agosto de 2018 por la *Competition and*

Igualmente, el *influencer* como comunicador audiovisual, en adición, tendrá que someterse a las reglas sobre protección de menores y del público en general. En concreto, deberá respetar la prohibición de realizar comunicaciones comerciales sobre cigarrillos y determinados productos medicinales. En el caso de la promoción de bebidas alcohólicas, deberá cumplir determinados requisitos, entre ellos, no podrá dirigirse a menores ni fomentar su ingesta de manera inmoderada. Del mismo modo, deberá respetar los horarios de emisión de determinados contenidos, así como identificar dichos contenidos según la materia que traten y la edad del público al que van dirigidos. Tal y como ocurría para las comunicaciones comerciales, cuando el *influencer* opere a través de una plataforma de distribución de videos, esta deberá poner a su disposición las herramientas adecuadas y en caso de que se trate de otro tipo de plataforma, será el propio usuario el que deba preocuparse por incluir tales identificaciones.

Cuando se produzca una infracción de estas normas, el *influencer* quedará sometido al mismo régimen administrativo sancionador que el previsto para los medios de comunicación audiovisual. En concreto, la LGCA califica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones legales impuestas a la realización de comunicaciones comerciales audiovisuales. Para fijar la sanción correspondiente, resulta difícil incluir a nuestro prestador dentro de las categorías que expone el artículo 60.2 LSCA, pues en algunos supuestos sería excesivo agruparlo dentro de los prestadores de servicios de catálogo de programas que son sancionados con una multa de 50.001 hasta los 100.000 euros. Quizás, más coherente sería la graduación de la multa que propone el ALGCA ex artículo 158.2 que determina el importe de la multa en proporción a la facturación anual del infractor.

Por último, esta responsabilidad administrativa operará sin perjuicio de las consecuencias del ejercicio de cualquier otra acción civil que reconozca nuestro ordenamiento jurídico.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa (2020), «La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular, en la publicidad de “influencers”», *Revista Aranzadi Doctrinal* 8, Bib 2020\35414.
- DE COCK BUNING, Madeleine (2020), «Life after the European Audiovisual Media Services Directive: social media influencers through the looking-glass», en GOANTA C. y RANCHORDÁS, S. (eds.), *The regulation of social media influencers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, págs. 47-73.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2015), «Caracterización de ciertos sitios de Internet como servicios de comunicación audiovisual», *La Ley Unión Europea* 32, La Ley 7902/2015.
- (2021), «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», *La Ley Unión Europea*, 88, La Ley 370/2021.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo (2008), «Product placement o emplazamiento de productos», *ADI* 28 (2007-2008), VLEX-230361549.

---

*Markets Authority* inglesa sobre el pago a cambio de publicidad en las redes sociales. Uno de los resultados de esta investigación ha sido el compromiso adoptado en octubre de 2020 por parte de Facebook Ireland Limited de poner en marcha medidas más estrictas que eviten la publicación de publicidad sin identificar. Esta información se encuentra disponible en <https://www.gov.uk/cma-cases/social-media-endorsements>.

- LEMA DEVESA, Carlos (2020), «El concepto jurídico de anunciante», *RDM* 317, Bib 2020\35068.
- MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia (2007), «Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico», *RCE* 88, págs. 3-31.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María (2019a), «Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: La Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital», *RDCE* 63, págs. 537-571.
- (2019b) «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *RDM* 314, BIB 2019\10774.
- MIRANDA SERRANO, Luis María (2018), «La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa», *LLM* 50, La Ley 11295/2018.
- OTERO COBOS, María Teresa (2018), «El patrocinio publicitario con influencers, ¿publicidad encubierta?», en MADRID PARRA, A. (dir.) *Derecho Mercantil y Tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 809-833.
- SÁNCHEZ RUÍZ, M. (2017), «La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2, págs. 506-529.
- TATO PLAZA, Anxo (2001) «“Product Placement” y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso *Soberano*)», *ADI* 22, págs. 572-598.
- (2019), «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)», *RDM* 311, Bib 2019/695.
- TOBÍO RIVAS, Ana María (2018), «Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea», *Rcd* 22, La Ley 5317/2018.