



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 26 (2022), pp. 125-154

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9286>

A PUBLICIDADE ENCUBERTA NAS REDES SOCIAIS DA MAN DOS LÍDERES DE OPINIÓN OU *INFLUENCERS*

COVERT ADVERTISING ON SOCIAL MEDIA BY OPINION LEADERS OR INFLUENCERS

CANDELA MONTERO RÍO

Graduada en Dereito pola UDC Máster Universitario en Dereitos Dixitais e Intelixencia Artificial da UDC

Ganadora de la IX Edición dos Premios Lois Tobío en Investigación Xurídica en Lingua Galega da UDC

Recibido: 08/10/2021

Aceptado: 24/11/2021

Resumen: No presente documento lévase a cabo unha análise da figura dos *influencers*, a súa labor nas redes sociais e de que xeito se introduce a publicidade a través destes medios. Partindo desta base, examínase a publicidade encuberta en xeral, e mediante os líderes de opinión en redes en particular, da man do respecto ao principio da autenticidade publicitaria.

Palabras clave: Publicidade encuberta, autenticidade publicitaria, *influencers*, redes sociais.

Abstract: In this document we analyse the figure of influencers, their work in social networks and the way in which advertising is introduced through these media. On this basis, we examine covert advertising in general, and through opinion leaders in social media in particular, according to the principle of advertising authenticity.

Keywords: covert advertising, advertising authenticity, influencers, social media.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. OS LÍDERES DE OPINIÓN EN REDES OU *INFLUENCERS* E O SEU ROL NAS REDES SOCIAIS. III. A PUBLICIDADE A

TRAVÉS DESTES MEDIOS. 1. A publicidade nativa. 2. A publicidade testemuñal. 3. Regulacións. **IV. A AUTENTICIDADE PUBLICITARIA.** 1. Definición e regulacións legais. 2. Códigos de autorregulación. **V. A PUBLICIDADE ENCUBERTA.** 1. Definición. 2. Mensaxes excluídas da publicidade encuberta. A. Mensaxes sen intencionalidade publicitaria. B. O debate entorno ás entregas gratuítas. C. Mensaxes nas que se pode apreciar a natureza comercial de forma evidente. 3. Características da publicidade encuberta e como detectala nas redes sociais. **VI. ACCIÓNS CONTRA A PUBLICIDADE ENCUBERTA DIFUNDIDA POLOS LÍDERES DE OPINIÓN EN REDES SOCIAIS.** 1. Asesoramento previo. 2. Acciós por competencia desleal. 3. Vías administrativa e penal. 4. O Xurado da Publicidade. **VII. ALGÚNS CASOS NOUTROS PAÍSES.** **VIII. CONCLUSIÓNS.** **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

* * *

I. INTRODUCCIÓN

O incremento, tanto no uso, como na popularidade das redes sociais deu lugar á aparición da figura dos líderes de opinión en redes ou *influencers*, é dicir, creadores de contido cun elevado número de seguidores cos que comparten a súa vida persoal, experiencias e opinións. Anos atrás, estas contas non eran tan populares, o que propiciou unha sensación no público de proximidade, confianza e honestidade que, a medida que foi medrando o número de seguidores, fixo que as marcas detectasen unha emerxente vía para se publicitaren de carácter excelente.

Así as cousas, atopámonos nun entorno idóneo para introducir publicidade que, empregando os fidedignos testemuños destes líderes de opinión, quede perfectamente integrada nos seus perfís en redes. Dadas as circunstancias, resulta especialmente atractivo non advertir da natureza publicitaria destas mensaxes, o que aumentaría aínda máis a súa credibilidade. Non obstante, aínda que este tipo de contidos queden camuflados facilmente co seu contorno, esta integración non exime da obriga de atender ao principio de autenticidade publicitaria, a fin de non incorrer en supostos de publicidade encuberta e, por tanto, enganosa e ilícita

Debido á novidade do fenómeno, ningún país adoptou ate o momento texto legal algún que regule esta materia, máis aló da labor dos organismos autorregulatorios. No caso español, non existen tampouco resolucións xudiciais ao respecto, máis aló dalgúns pronunciamentos de Autocontrol.

Por iso, empréganse para esta análise fontes maiormente lexislativas, autorregulatorias e doutriniais, tanto do noso país como doutros que poden resultar de interese para o caso que nos ocupa. Do mesmo xeito, abórdase o tema dende a perspectiva das propias redes sociais, para observar ate que punto o que se afirma nas fontes precedentes se corresponde coa realidade destas plataformas.

II. OS LÍDERES DE OPINIÓN EN REDES OU *INFLUENCERS* E O SEU ROL NAS REDES SOCIAIS

Á hora de abordar este tema, o primeiro que compre coñecer é a que nos estamos a referir cando empregamos o termo *influencer*. Pois ben, unha definición acertada para este estudo podería ser a de creadores de contido cun elevado número de seguidores cos que compartan, a través de distintas redes sociais, a súa vida persoal, experiencias e opinións¹.

Este fenómeno tampouco pasa desapercibido para os nosos tribunais nin para os doutros países. Así, o Xulgado do Mercantil de Madrid, no Fundamento Xurídico 2 da súa sentenza 407/2018, de 20 de decembro², admite que nos atopamos perante unha ferramenta fundamental para a promoción e a publicidade de produtos, sendo a exposición de tales produtos moi elevada. Pola súa banda, a xurisprudencia alemá tamén recoñeceu a súa importancia e definiunos como auténticos comerciantes que fixeron da súa marca persoal un modelo de negocio³.

Á vista do exposto, resultan evidente as vantaxes que a introdución de propaganda nestas canles presenta para os anunciantes, entre as que os autores destacan: a presenza dun público moi segmentado, a atracción da atención do usuario dun xeito máis amable que a publicidade clásica, a vinculación do produto ao estilo de vida do *influencer* e a redución do rexeitamento e o escepticismo⁴.

Ademais, hai que deixar claro que, á luz da lexislación, esta actividade si pode e debe ser catalogada como publicidade e o *influencer*, considerado un medio de publicidade. Así se recolle no artigo 2 da Lei 34/1988, de 11 de novembro, Xeral de Publicidade⁵, que define a publicidade como «toda forma de comunicación realizada por unha persoa física ou xurídica, pública ou privada, no exercicio dunha actividade comercial, industrial, artesanal ou profesional, co fin de promover de forma directa ou indirecta a contratación de bens mobles ou inmobles, servizos, dereitos e obrigacións» e no artigo 8 recoñécese medio de publicidade como «as persoas naturais ou xurídicas, públicas ou privadas, que, de maneira habitual e organizada, se dediquen á difusión de publicidade a través dos soportes ou medios de comunicación social cuxa titularidade ostenten».

¹ CAUBERGHE, Veroline; DE-VEIRMAN, Marijke, e HUDDERS, Liselot, «Marketing through Instagram influencers: the impact of number of followers and product divergence on brand attitude», *International Journal of Advertising* [en liña], n.36, 2017, p.5. Dispoñible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02650487.2017.1348035?needAccess=true> [última consulta: 13/05/2021].

² AC\2019\517.

³ DUCATO, Rossana, «One hashtag to rule them all? Mandated disclosures and design duties in influencer marketing practices», *The Regulation of Social Media Influencers* [en liña] (GOANTA, C. e RANCHORDÁS, S. Eds.), 2020, p. 22. Dispoñible en: <https://doi.org/10.4337/9781788978286>

⁴ MARTÍNEZ OTERO, Juan, «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *Revista de derecho mercantil*, n. 314, 2019, p. 24.

⁵ España. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. *BOE*, núm. 274, de 15 de novembro de 1988, p. 32464.

III. A PUBLICIDADE A TRAVÉS DESTES MEDIOS

Unha vez identificados a estes líderes de opinión e o papel que xogan nas redes sociais, compre analizar o xeito no que a promoción de bens e servicios se leva a cabo nestas contornas. Este contido, pódese identificar ao mesmo tempo coa publicidade nativa e coa testemuñal, tal e como se explica a continuación.

1. A publicidade nativa

A publicidade nativa, é aquela que se asemella ao contido editorial dunha determinada canle ou perfil, que ben poden ser noticias, fotografías, vídeos, etc⁶.

Seguindo esta definición, podemos identificar tres elementos característicos da publicidade nativa: en primeiro lugar, o contido de marca, que o que tenta é fuxir das mensaxes publicitarias directas que so buscan vender; a segunda característica ten relación co xeito de presentar o contido, que procura a integración co medio; o último destes elementos ten que ver co proceso de creación da acción publicitaria e esixe a colaboración entre o anunciante e o medio onde se presenta⁷.

Poderíamos dicir que se trata, por tanto, dunha publicidade que quedaría perfectamente integrada co seu entorno.

Dadas estas características, este tipo de anuncios son perfectos e encaixan totalmente co contido xerado e publicado polos *influencers*.

2. A publicidade testemuñal

O primeiro co que se debe contar é cunha clara definición do que é a publicidade testemuñal, para así comprender por que a realizada polos líderes de opinión en redes encaixa nesta. Pois ben, a que os autores consideran máis adecuada e a que ofrece a *Federal Trade Commission* (en adiante FTC) nunha guía publicada sobre o uso de testemuños neste tipo de actividades⁸. Aquí defínense esta clase de mensaxes publicitarias como toda aquela que induza aos consumidores a crer que reflexa as opinións ou experiencias dunha persoa distinta do anunciante.

Como se desprende da definición existen dúas notas características que permite identificar esta publicidade testemuñal: a intervención de terceiros distintos do anunciante e a manifestación expresa ou tácita dun xuízo por parte do testemuñante⁹.

Se ben é certo que este tipo de promocións tenden a integrarse dentro dun anuncio, ben sexa de radio, televisión ou outro medio¹⁰, e que no caso dos *influencers* o que fan é

⁶ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p.25.

⁷ UNZUÉ ROSSI, Julio, «Publicidad nativa mediante "influencers"», *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial* (BARREIRO CARRIL, M., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TATO PLAZA, A. e TORRES PÉREZ, F. Eds.), Comares, 2017, p. 208.

⁸Disponible en: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf> [última consulta: 22/05/2021].

⁹ LEMA DEVESA, Carlos, «La publicidad testimonial», *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (LEMA DEVESA, C. Ed.), Marcial Pons, 2007, p.4.

difundilo nas súas propias contas, resulta innegable que os dous caracteres previamente explicados que a caracterizan danse na meirande parte destes casos. Por tanto, naqueles contidos publicitarios publicados polos *influencers* nas súas contas en redes sociais nos que se dean ditos requisitos, non existe razón para excluílos desta categoría.

A pesares da súa longa tradición no noso país e do habitual do seu uso, a publicidade testemuñal no conta cun réxime legal específico, máis aló da lexislación publicitaria xeral e algunha que outra sectorial en atención ao tipo de produto¹¹.

A meirande parte da doutrina considera que o seu emprego deber ser, en principio, considerado como lícito, sempre e cando se respecten certos límites¹².

3. Regulacións

Como xa se anticipou, ate o de agora, ningún país aprobou textos de rango legal que regulen, de xeito expreso, a publicidade en redes da man dos líderes de opinión. Así as cousas, e sen prexuízo de que a normativa nesta materia sexa necesaria, os autores destacan o labor complementaria, non substitutiva, que os órganos de autorregulación poden realizar e, de feito, veñen realizando nos distintos países¹³.

O primeiro dos países ao que debemos facer referencia é Reino Unido, onde o *Committee of Advertising Practice* (en adiante CAP), xunto coa *Competition and Markets Authority* (CMA) publicou en febreiro do 2020 e baixo o título «*An influencer's guide to making clear that ads are ads*¹⁴», unha guía sobre como os *influencers* deben sinalizar o contido publicitario nos seus perfís en redes.

Doutra banda, compre mencionar o caso de Alemaña, onde o *Wettbewerbszentrale*¹⁵ é a institución de autorregulación nacional máis destacable á hora de loitar contra a competencia desleal. Este organismo tamén ven publicando as súas propias guías en Alemaña e, no ano 2019 sacou a *Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram*, sobre como se debe identificar a publicidade nesta rede social.

No caso de España, o organismo encargado da autorregulación publicitaria é Autocontrol. En relación cos líderes de opinión nas redes, Autocontrol veu elaborando xunto coa Asociación Española de Anunciantes o «*Código de conducta sobre el uso de*

¹⁰ TATO PLAZA, Anxo, «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)», *Revista de derecho mercantil*, n. 311, 2019, p.10.

¹¹ TATO PLAZA, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad...” *Ibid.*, p.13.

¹² VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra, «Límites jurídicos de la publicidad en España. Marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional» [en liña]. ROM RODRÍGUEZ, J. (dir.). Universitat Ramon Llull. FCRI. Comunicació i Relacions Internacionals. 2016 Tese de doutoramento. Dispoñible en: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y. [última consulta: 22/05/2021].

¹³ VARGAS PORTILLO, Patricia, «Influencers’ recommendations on the Internet: effects of codes of conduct», *Harvard Deusto Business Research* [en liña], n. 9, 2020, p.9.

¹⁴ A guía pode consultarse en: <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf> [última consulta: 02/06/2021].

¹⁵ A información pódese consultar na propia páxina web da *Wettbewerbszentrale*, dispoñible en: <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/> [última consulta: 27/05/2021].

influencers en la publicidad»¹⁶, que foi publicado o 9 de outubro de 2020, para posteriormente entrar en vigor o 1 de Xaneiro de 2021.

Trátase do primeiro instrumento autorregulatorio específico para este tipo de publicidade no noso país, máis aló do marco normativo xeral en materia de publicidade¹⁷. A súa publicación non é senón unha mostra da crecente especificación da regulación do sector, debido ao nada improbable aumento no uso destas técnicas publicitarias nos vindeiros anos. De feito, algúns autores agardan normativas específicas de rango legislativo para o noso país nos vindeiros anos.

Estes enfoques non pasaron desapercibidos ás entidades de coordinación europeas, e bebendo destes códigos, a *Advertising Standards Alliance* (en adiante EASA) publicou en decembro do 2018 unha guía, a cal, baixo o título «*Best practice recommendation on influencer marketing*», recolle as boas prácticas publicitarias que se deben seguir nestes medios¹⁸.

Por último, resulta especialmente interesante o caso de Arxentina, que vai un paso máis aló e xa conta cun proxecto de lei¹⁹ a fin de establecer un réxime que regule a actividade publicitaria dos *influencers*, e así se establece no seu artigo primeiro.

IV. A AUTENTICIDADE PUBLICITARIA

1. Definición e regulacións legais

Os autores veñen identificando catro principios claves que deben cumprir as comunicacións comerciais: legalidade, veracidade, lealdade e autenticidade²⁰.

A autenticidade podería definirse como a necesidade de que a publicidade sexa recoñecida como tal polos seus destinatarios, para que poida ser interpretada de xeito correcto²¹.

Neste punto, é preciso referirnos a unha serie de textos legais, que deben ser tomados como referencia.

En primeiro lugar, e como non podía ser doutro xeito, temos a Lei 34/1988, de 11 de novembro, Xeral de Publicidade. O principio de autenticidade publicitaria aparece no artigo número 9, no cal se di que «os medios de difusión deslindarán perceptiblemente as afirmacións efectuadas dentro da súa función informativa das que fagan como simples vehículos de publicidade. Os anunciantes deberán así mesmo desvelar inequivocamente o carácter publicitario dos seus anuncios».

¹⁶ Dispoñible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf> [última consulta: 03/05/2021]. [última consulta: 02/06/2021].

¹⁷ GARCÍA PÉREZ, Francisco Javier, «El nuevo "Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad": una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 967, 2020, p.1.

¹⁸ VARGAS PORTILLO, Patricia, *Influencer's recommendations...*, cit., p.8.

¹⁹ O texto completo pode consultarse no seguinte enlace: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL> [última consulta: 02/06/2021].

²⁰ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p. 3.

²¹ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, *ibid.*, p. 3.

Outro texto que debemos ter en conta é a Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de Competencia Desleal²², a cal fai referencia a este principio en tres dos seus artigos. En primeiro lugar, temos o número 7, que considera como desleal o feito de non dar a coñecer o propósito comercial dunha práctica cando non resulte evidente polo contexto. Por outra banda, está o artigo 26, que xa se refire expresamente ás prácticas comerciais encubertas, dicindo que: «considérase desleal por enganoso incluír como información nos medios de comunicación, comunicacións para promocionar un ben ou servizo, pagando o empresario ou profesional pola devandita promoción, sen que quede claramente especificado no contido ou mediante imaxes e sons claramente identificables para o consumidor ou usuario que se trata dun contido publicitario». Por último, no seguinte artigo, o número 27, cualifica como unha práctica enganosa afirmar de forma fraudulenta ou crear a impresión falsa de que un empresario non actúa no marco da súa actividade empresarial, ou presentarse de forma fraudulenta como un consumidor ou usuario.

Ademais da normativa xenérica, existe a denominada parte especial do Dereito da Publicidade, isto é, normas que regulan algúns dos medios a través dos que se difunde a publicidade e sectores de actividade²³, tendentes tamén a garantir a autenticidade publicitaria. Entre as cales, compre destacar a Lei 34/2002, de 11 de xullo, de Servicios da Sociedade da Información e do Comercio Electrónico²⁴ ou a Lei 7/2010, de 31 de marzo, Xeral da Comunicación Audiovisual²⁵.

2. Códigos de autorregulación

O primeiro que debemos facer neste punto, é definir que é a autorregulación e, en concreto, a autorregulación publicitaria. Con carácter xeral, podemos definir a autorregulación como a observación dunhas pautas de conducta cuxo cumprimento se fixou previamente como obxectivo. Así, a autorregulación publicitaria non é outra cousa que aquela que ten por obxecto a actividade publicitaria dunha empresa ou un grupo, e poderíamola definir como aqueles sistemas nos que os suxeitos partícipes aproban normas de conducta que rexen a súa actividade publicitaria e, ao tempo, prevén mecanismos para asegurar o seu cumprimento²⁶. Outros autores empregan unha linguaxe máis sinxela, e simplemente defínenas como un sistema mediante o cal a industria publicitaria se autodetermina, é dicir, os actores da industria póñense de acordo sobre uns mínimos de conduta²⁷.

O seguinte é identificar que é Autocontrol. Autocontrol autodefínese como o organismo de autorregulación da industria publicitaria en España. Trátase dunha asociación sen ánimo de lucro constituída en 1995, composta por anunciantes, axencias de publicidade, medios de comunicación e asociacións profesionais e que traballa na procura do que eles mesmos

²² España. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *BOE*, núm. 10, de 11 de xaneiro de 1991, p. 959.

²³ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra, *Límites de la publicidad...*, cit, p. 107.

²⁴ España. Ley 34/2002, de 11 de xullo, de Servicios de la Sociedad de la Información e del Comercio Electrónico. *BOE*, núm. 166, de 12 de xullo de 2002, p. 25388.

²⁵ España. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. *BOE*, núm. 79, de 1 de abril de 2010, p. 30157.

²⁶ TATO PLAZA, A. (2020). TATO PLAZA, Anxo, «La autorregulación publicitaria», Aranzadi, 2020, p. 36.

²⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, David (2011), «Los límites éticos de la publicidad: el jurado de autocontrol de la Publicidad como paradigma de buenas prácticas», *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI*, (SUÁREZ-VILLEGAS, J.C. Ed.), MAD, 2011, p.3.

chaman unha publicidade responsable, é dicir, que sexa veraz, legal, honesta e leal²⁸. É a asociación encargada da autorregulación publicitaria en España²⁹.

Autocontrol desenvolve o seu labor sobre tres pilares de actuación: os códigos de conducta, o xurado da publicidade e a asesoría xurídica³⁰. Neste apartado centrarémonos no primeiro deles.

Un dos documentos máis relevantes para a noso estudo é o Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, pois trátase do código autorregulador máis aceptado no noso país³¹.

Compre destacar que dito Código dedica un artigo ao mencionado principio de autenticidade. En concreto, o parágrafo primeiro do artigo 13 establece que «as comunicacións comerciais serán identificables como tales sexa cal for a súa forma, formato, ou o medio utilizado». Para resaltar a continuación que o verdadeiro propósito da publicidade debe ser transparente.

Non so iso, se non que o Xurado de Autocontrol tamén se ten pronunciado acerca da importancia deste principio. Así, por exemplo, no seu Ditame de 9 de abril de 2021, afirmou que: «o principio de autenticidade obriga a procurar que todo mensaxe publicitaria sexa facilmente identificable como tal. A razón última deste principio é que o consumidor poida captar a natureza publicitaria da mensaxe, para así poder tela presente á hora de valorar a orixe e o valor da información que se lle proporciona³²».

Dito isto, resulta lóxico preguntarse a quen resulta de aplicación este Código de Conducta Publicitaria. Trátanse de indicacións estritamente deontolóxicas, polo que só son aplicables ás persoas e entidades que pertencen ao sistema de autorregulación, é dicir a aquelas que estean adheridas a Autocontrol³³.

En canto ao ámbito de aplicación obxectivo, este aparece no artigo primeiro do Código, onde se establece os seus contidos «aplicanse a toda actividade de comunicación publicitaria, independentemente da súa forma, formato ou medio, tendente a fomentar, de maneira directa ou indirecta, a contratación de bens ou servizos ou a potenciación de marcas e nomes comerciais. Tamén serán aplicables a calquera comunicación comercial emitida por conta de calquera persoas físicas ou xurídicas, de carácter privado, co fin de promover determinadas actitudes ou comportamentos». A continuación, exclúe do seu campo de aplicación todo tipo de publicidade política.

V. A PUBLICIDADE ENCUBERTA

1. Definición

A Lei Xeral de Publicidade ofrece no seu artigo número 3 unha listaxe de conductas que constitúen un acto de publicidade ilícita, entre os que se atopa a publicidade enganosa.

²⁸ <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/> [última consulta: 03/05/2021].

²⁹ TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, cit., p. 135.

³⁰ <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/> [última consulta: 03/05/2021].

³¹ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p. 7.

³² O ditame está dispoñible en: https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/04/dictamen_jurado_publicidad_influencers_2712.pdf [última consulta: 10/06/2021].

³³ TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, cit., p. 150.

A publicidade encuberta pódese definir como aquela propaganda que non é identificable como tal polo público destinatario³⁴ da mensaxe. Trátase dun suposto específico de publicidade enganosa³⁵, no que este engano recae sobre o continente e non sobre o contido, é dicir, engánase sobre a natureza e a finalidade da publicación³⁶.

No ámbito dos líderes de opinión en redes, esta circunstancia prodúcese cando a súa audiencia, que comunmente se identifica co consumidor medio³⁷, normalmente informado e razoablemente atento e perspicaz, poida non percibir que a mensaxe ten unha natureza comercial³⁸.

Pola súa banda, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, na súa sentenza «Alter Channel³⁹», toma a definición de publicidade encuberta que ofrece o apartado c do artigo 1 da Directiva 89/552⁴⁰, que se refire a ela como a «presentación verbal ou visual dos bens, servizos, nome, marca ou actividades dun produtor de mercadorías ou un prestador de servizos en programas en que tal presentación teña, de maneira intencionada por parte do organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario e poida inducir ao público a erro en canto á natureza da devandita presentación».

A prohibición da publicidade encuberta, conta cun dobre fundamento: o fundamento principal é o erro que produce no consumidor⁴¹, pero isto non so é inxusto para os consumidores, se non que, na práctica, proporciona ao anunciante e ao medio de difusión unha vantaxe indebida fronte aos seus competidores⁴².

2. Mensaxes excluídas da publicidade encuberta

A. Mensaxes sen intencionalidade publicitaria

A doutrina admite que, se ben é certo que para que a publicidade se poida catalogar como encuberta é imprescindible que se citen expresamente e polo seu nome⁴³ os produtos da empresa resaltados de xeito encuberto, a mera mención dunha marca ou nome comercial non implica por si soa que inexorablemente se deba cualificar en todo caso a publicación en

³⁴ A propia Lei Xeral de Publicidade, no seu artigo 2, define os destinatarios como as “personas ás que se dirixa a mensaxe publicitaria ou ás que este alcance”.

³⁵ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.52.

³⁶ LEMA DEVESA, C. «La represión de la publicidad desleal en la ley general de publicidad, en la ley de competencia desleal y en el código penal». *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (LEMA DEVESA, C. Ed.), Marcial Pons, 2007, p. 407.

³⁷ Esta definición de consumidor medio é a empregada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. A estes efectos ver, por exemplo: STXUE, de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (ECLI:EU:C:2020:138); STXUE, de 2 de maio de 2019, asunto C-614/17 (ECLI:EU:C:2019:344) ou a STXUE, de 22 de xullo de 1999, asunto C-342/97 (ECLI:EU:C:1999:323).

³⁸ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p. 25.

³⁹ Sentencia de 9 de junio de 2011, C-52/10.

⁴⁰ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva

⁴¹ TOBÍO RIVAS, Ana María, «Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea», *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. (MIRANDA SERRANO, L.M. e COSTAS COMESAÑA, J. Eds.), Marcial Pons, 2018, pp. 3-4.

⁴² FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos, «La publicidad encubierta», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, n.3, 1976, p. 14.

⁴³ Cando falamos de nome a estos efectos, estámonos a referir á marca ou nome comercial.

cuestión como un suposto de publicidade encuberta, pois pode que esta se produza no marco da mención estritamente informativa do ben ou servizo⁴⁴.

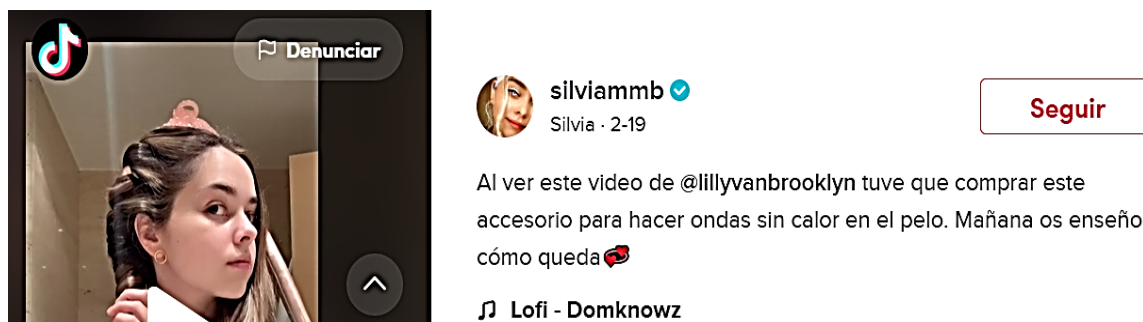
Algúns autores mesmo cualifican estas accións como «colaboracións gratuítas» e non a identifican cunha actividade publicitaria⁴⁵, se non cunha manifestación do dereito á libre expresión recoñecido no artigo 20 da nosa Constitución como un dereito fundamental.

Polo tanto, estas publicacións meramente informativas non infrinxen o principio de autenticidade publicitaria, pois, como o seu propio nome indica, os seus principais obxectivos son a ilustración e a información, que ocupan nelas un primeiro plano, sendo os eventuais efectos publicitarios so unha consecuencia secundaria⁴⁶.

Agora ben, a doutrina identifica tres requisitos que deben concorrer para que unha mención a unha marca sexa considerada meramente informativa.

En primeiro lugar, esta debe apoiarse nunha causa xustificada, que nestes casos sinalase de xeito xenérico como a necesidade de ilustrar e orientar aos destinatarios da publicación na súa condición de consumidores. En segundo lugar, a referencia terá lugar dentro dos límites dunha estrita información, sen resaltar graficamente a marca ou o nome comercial e evitando eloxios excesivos. Por último, esta mención ten que realizarse de xeito gratuítu, sen percibir ningunha retribución⁴⁷.

Velaquí un exemplo dunha publicación na que se recomenda un produto de forma informativa. Analicemos como concorren nel os requisitos previamente mencionados.



Trátase dun pequeno vídeo publicado por unha *influencer* no seu perfil da rede social TikTok. Nela pon a proba un produto para o cabelo que veu noutra publicación da mesma plataforma, pero especifica que ela mesma o mercou⁴⁸.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos, *La publicidad encubierta...*, cit., p.9.

⁴⁵ BATANÁS RODRÍGUEZ, Sofía, «Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers», *Estudios sobre derecho digital* (PEREA ORTEGA, R. (Ed.), Aranzadi, 2021, p.18.

⁴⁶ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos, *La publicidad encubierta...*, cit., p. 10.

⁴⁷ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., *ibid.*, p.11.

⁴⁸ O primeiro vídeo está dispoñible no seguinte enlace: https://www.tiktok.com/@silviammb/video/6931050104048602374?lang=es&is_copy_url=0&is_from_webapp=v1&sender_device=pc&sender_web_id=6969476535673898501 [última consulta: 01/03/2021].



Ao día seguinte, tal e como se ve na imaxe da esquerda, despois de comprobar os bos resultados de dito produto, responde á pregunta dunha das súas seguidoras recomendándoo e nomeando a marca e a páxina onde o adquiriu⁴⁹.

En primeiro lugar, concorre efectivamente unha causa xustificada para a mención á marca, pois está respondendo á pregunta feita por unha das súas seguidoras, na que lle solicita de forma expresa o nome desta. A existencia deste tipo de preguntas non debe pasar desapercibida, pois parte da xurisprudencia alemá considerou xustificadas as mencións a marcas ante a previsión deste tipo de cuestións por parte dos seguidores, facendo analogía coas veces nas que isto ocorre, por exemplo nunha revista de moda⁵⁰.

Ademais, aínda que non existise tal pregunta, esta publicación podería responder á referida necesidade de ilustrar e orientar aos destinatarios na súa condición de consumidores, pois a *influencer* identificase a si mesma como consumidora satisfeita ao dicir que mercou o produto seguindo unha recomendación previa.

En canto ao segundo dos requisitos, cabe afirmar que a mención lévase a cabo dentro dos límites dunha estrita información e evítanse eloxios excesivos, pois de feito, non se menciona á empresa ate o segundo vídeo, no que xa se teñen comprobado os resultados do produto en cuestión. Tampouco se resaltan graficamente a marca ou o nome comercial, pois non aparecen en ningún momento do vídeo de xeito gráfico, se non que simplemente os di a rapaza de viva voz e os escribe no texto descritivo que o acompaña.

Por último, no tocante á gratuidade da mención, se ben é certo que isto resulta difícil de determinar a ciencia certa, neste caso todo apunta a que a líder de opinión non percibiu ningunha retribución. En primeiro lugar, o coñecemento da existencia do produto, tal e como se nos di, provén da información contida noutro vídeo da mesma plataforma, o que parece indicar que non existiu contacto previo entre a marca e a *influencer*. Descoñécese se esta primeira publicación que ela visualizou entrañaba ou non unha natureza publicitaria, pero, para o caso, resulta irrelevante. Ademais, o feito de que non mencionase a marca ate o segundo dos vídeos e en resposta á pregunta dunha seguidora, fai pensar que non existía retribución que a obrigase a facelo.

B. O debate entorno ás entregas gratuítas

A meirande parte dos autores admiten, para este tipo de contratos tanto o pago en metálico como en especie⁵¹. Así o recoñece tamén a lexislación, pois as rendas en especie

⁴⁹ O segundo vídeo está dispoñible no seguinte enlace:

https://www.tiktok.com/@silviammb/video/6931421590831893766?lang=es&is_copy_url=0&is_from_webapp=v1&sender_device=pc&sender_web_id=6969476535673898501 [última consulta: 01/03/2021].

⁵⁰ LG Berlin, Urt. V. 24.05.2018, Az.: 52 O 101/18.

⁵¹ ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Amalia e SIXTO-GARCÍA, José, «Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular», *Estudios sobre el mensaje periodístico* [en liña], n.26, 2020, p.3. Dispoñible en: <https://doi.org/10.5209/esmp.66921> [última consulta: 16/05/2021] e OTERO

aparecen efectivamente previstas como tal no artigo 42.1 da Lei 35/2006, do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas⁵².

Así as cousas, nos casos nos que, previamente se pactou exactamente cal será o pago en especie que recibirá o ou a *influencer* e as publicacións que deberá realizar a cambio, estamos perante publicacións de natureza publicitaria e sobre as cales cabería unha análise de se se trata ou non de publicidade encuberta.

Non obstante, existen outro tipo de situacións nos que dilucidar o límite non resulta tan sinxelo. No entorno dos líderes de opinión en redes, non resulta infrecuente a conducta seguinte: primeiro, as empresas envían por iniciativa propia e con aparencia de agasallos, os seus produtos a persoas destacadas nestas plataformas. A continuación, o titular da conta sobe unha foto o un vídeo informando da recepción e as calidades do produto. Estamos nestes casos ante un contrato publicitario e, por tanto, ante un posible caso de publicidade encuberta se o contido promocional non se advirte debidamente aos usuarios? Ou trátase de opinións libres nas que non pode entenderse o envío gratuito como unha contraprestación?

Para dar resposta a esta cuestión, o primeiro que hai que observar é a forma en que se debe formalizar o contrato publicitario.

Os autores cren que o contrato de publicidade cun *influencer* é un contrato atípico e, en consecuencia, non ten unha forma predeterminada nin un contido legal mínimo⁵³. Así, doutrina afirma que non se require forma escrita e que a existencia dun contrato verbal pode corroborarse con evidencias conductuais⁵⁴. A xurisprudencia vense pronunciando tamén neste sentido, pois xa no ano 1980, o a Sala do Civil do Tribunal Supremo, nunha sentenza do 24 de maio⁵⁵, asegurou que: «os negocios publicitarios perfecciónanse polo mero acordo dos contratantes, pois non existe no Estatuto disposición que imponha a forma escrita».

Podemos dicir, por tanto, que si é posible a existencia dun contrato publicitario tácito, no que non existe un compromiso directo, se non que este pode deducirse dos actos⁵⁶.

Algúns autores cren que, á hora de determinar a natureza publicitaria das mensaxes relativas a bens ou servizos recibidos de forma gratuíta e de, por tanto, definir se quedan así excluídos da publicidade encuberta, é necesario analizar cada caso concreto e atender ás súas características. Sen embargo, defenden que existen certas condutas que indican a un interese comercial neste tipo de entregas.

COBOS, María Teresa, «El patrocinio publicitario con influencers, ¿publicidad encubierta?», *Derecho mercantil y tecnología* (BLANCO SÁNCHEZ, M.J. e MADRID PARRA, A. Eds.) España: Aranzadi, 2018.

⁵² España. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. *BOE*, núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, p. 41734.

⁵³ GARCÍA, Francisco Javier e MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano, «Principales cuestiones jurídicas en la publicidad con influencers», *Autocontrol*, n. 233, 2017, p.1.

⁵⁴ ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos., «Un análisis somero del fenómeno de los "influencers" desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n.83, 2018, p. 5.

⁵⁵ RJ\1980\1964

⁵⁶ OTERO COBOS, María Teresa, *El patrocinio...*, cit., p.7.

Un exemplo disto é o envío dun mesmo produto practicamente ao mesmo tempo a varios líderes de opinión en redes. Nesta liña, outra práctica en absoluto remota é a organización dunha viaxe por parte de algunha marca con varios *influencers*, durante a cal é de esperar que estes suxeitos publiquen contido relacionado coas actividades realizadas durante a mesma, coa conseguinte publicidade para a empresa.

Non obstante, algúns autores optan por xeneralizar e dicir que naqueles casos nos que o *influencer* non queda expresamente obrigado a corresponder a estas entregas gratuítas con comentarios positivos ou publicacións favorables, se non que estes envíos só supoñan unha invitación a que o creador de contido realice unha valoración independente, non existe un pago como tal e por tanto, non se trata dunha publicación comercial, de xeito que quedarían excluídas da publicidade encuberta⁵⁷.

Outro sector doutrinal, pola contra, considera estas entregas de forma gratuíta constitúen unha contraprestación en si mesmas e que, polo tanto, estas publicacións si presentan unha natureza de tipo publicitario. Non obstante, tamén reconece posibles matices nesta postura, afirmando de xeito rotundo dita natureza cando a cambio do envío gratuíto o operador económico solicita ao *influencer* que publique a súa opinión, e admitindo que isto pode ser debatible naqueles casos nos que o anunciante non pediu publicación ningunha⁵⁸.

No caso de EEUU, atopamos algunhas voces que opinan que calquera relación deste tipo debe advertirse e que isto é de aplicación tanto para as relacións pagadas como para as recensións, solicitadas ou non, de produtos entregados de maneira gratuíta⁵⁹.

Esta crenza provén, probablemente, da interpretación da xa citada guía da FTC sobre os testemuños na publicidade. Esta, ademais de indicacións, ofrece numerosos exemplos prácticos, dentro dos cales, o número 7 do artigo 255.5 resulta moi ilustrativo par ao tema do que estamos a falar.

Trátase dun experto en videoxogos e mantén un *blog* onde publica entradas sobre as súas experiencias de xogo. Neste contexto, un fabricante dun sistema recentemente lanzado, envíalle una copia gratuíta deste e pídelles que escriba sobre el no seu *blog*. O rapaz próbalo e escribe unha recesión favorable.

Debido a que esta recesión se difunde a través do que a guía chama «medios xerados polo consumidor», onde a súa relación co fabricante non é intrinsecamente obvia, resulta pouco probable que os lectores saiban que recibiu o sistema de videoxogos de forma gratuíta a cambio da súa recesión do produto. Ademais, cabe pensar que se se revelase tal relación, isto afectaría á credibilidade que outorgada polo seu público.

En consecuencia, a guía da FTC considera que neste caso o blogueiro debe revelar de maneira clara e visible que recibiu o sistema de xogo de forma gratuíta.

En España, o Código de conducta sobre o uso de *influencers* na publicidade, na súa norma ética 4 pronúnciase neste sentido dicindo que «terán a consideración de

⁵⁷ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p.26.

⁵⁸ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.4.

⁵⁹ CARPENTER, Craig, «Don't Believe Everything You Read on Twitter -- The Federal Trade Commission's Regulation of Celebrity Endorsements on Social Media», *SSRN Electronic Journal* [en liña], 2012, p.15. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044974 [última consulta: 15/10/2021].

contraprestacións, entre outros: o pago directo (ou indirecto a través de axencias), a entrega gratuíta dun produto, as entradas gratuítas a eventos, a prestación gratuíta dun servizo, os cheques regalo, as bolsas regalo e as viaxes».

Á luz do exposto, pódese dicir que, se ben semella claro que as publicacións espontáneas resultan alleas a calquera tipo de intención promocional e quedan, por tanto, excluídas da publicidade encuberta, no caso das entregas gratuítas a líderes de opinión en redes non resulta tan sinxelo distinguir se existe ou non un interese publicitario, ate tal punto que, nin tan sequera a doutrina presenta unha opinión unánime.

C. Mensaxes nas que se pode apreciar a natureza comercial de forma evidente

A introdución de contido publicitario nas redes sociais da man dos líderes de opinión non é, *per se*, ilícito sempre e cando cumpra co principio da autenticidade publicitaria. Polo tanto, cando a natureza comercial se aprecie claramente, non existiría ningún problema, xuridicamente falando, en relación coa publicidade encuberta, pois estaremos, precisamente, perante publicidade non encuberta.

Dado o amplo abano de formas en que a publicidade se pode introducir nas redes sociais da man dos líderes de opinión, non existe unha maneira única para que a publicidade poida ser identificada, se non que esta identificación pódese deducir de moi diversos indicios.

As propias características da mensaxe poden ser xa suficientes para advertir por si soas da súa natureza. Aspectos tales como o contido, o contexto ou a localización poden servir para identificalas como publicitarias. Así, a colocación da mensaxe promocionada nun contexto claramente publicitario fai que o consumidor medio poida identificalo como tal⁶⁰. A previamente mencionada *Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram* exemplifica este tipo de situacións con aqueles supostos nos que, a pesares de ser o ou a *influencer* a protagonista da mensaxe e de difundirse esta a través das redes sociais, esta difusión lévase a cabo na conta da empresa anunciante. Pero iso non é o único que atopamos en Alemaña ao respecto, se non que os tribunais deste país tamén lle dan importancia ao contexto comunicativo, e consideran que o efecto enganoso é maior cando as mensaxes non están incluídas, por exemplo, nunha páxina web corporativa, se non que se mesturan co contido habitual⁶¹.

Non obstante, falando de *influencers*, na meirande parte dos casos isto non é así, pois adoitan introducir o contido publicitario de xeito que quede integrado nos seus perfís en redes. Neste tipo de situacións, para non caer no ilícito da publicidade encuberta, é necesario advertir do contido publicitario dentro da propia publicación.

Non existe de momento lexislación algunha na que se estableza como deben de ser este tipo de advertencias publicitarias nestas mensaxes. Non obstante, os autores sinalan que esta advertencia debe ser clara e inequívoca, e para iso destacan dous aspectos clave aos que se debe atender, que son o tenor literal e a localización.

Respecto ao primeiro dos puntos, o tenor literal, existen unha serie de expresións comunmente aceptadas pola doutrina do noso país para identificar o contido publicitario

⁶⁰ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p. 5.

⁶¹ LG Hagen, 13.09.2017 - 23 O 30/17.

nestes ámbitos, así como outras consideradas desaxeitada. Entre as primeiras atopamos, por exemplo, «publi», «publicidade», «patrocinado por», «en colaboración con» ou «ad⁶²», mentres que por outra banda se descartan formas do tipo «spon», «legal», «sp» ou «collab», por considerar que non cabe esperar que, a partir destas o consumidor medio deduza a natureza publicitaria⁶³. O «Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad» de Autocontrol, na norma ética 5, propón outras expresións alternativas, como por exemplo, «embaixador de», «gracias a» ou «viaxe patrocinada».

Resulta curioso o caso alemán, que se mostra tremendamente restritivo coas expresións admitidas. Así o xa citado *Leitfaden zur Kennzeichnung von Werbung auf Instagram*, ao contrario do caso español, desaconsella expresións do tipo «gracias a» ou «en colaboración con». Existen incluso opinións máis restritivas na xurisprudencia deste país que mesmo veu considerando insuficiente a expresión «patrocinado por»⁶⁴.

Non obstante, non todo semella tan claro respecto á expresión «ad» pois pese a que parece ser aceptada pola doutrina e ao habitual do seu uso, o Xurado de Autocontrol considerou en reiteradas ocasións o seu tenor literal como insuficiente. Tamén na xurisprudencia alemá se expuxo esta cuestión e o *Landgericht Heilbronn*⁶⁵ considerando que o #ad non resultaba o bastante claro para os seguidores de maneira inmediata.

Así, por exemplo, no coñecido como «caso Valor»⁶⁶, considerouse este termo insuficiente. Ademais, neste caso resulta destacable a especial gravidade que aos ollos do Xurado de Autocontrol ten o seu emprego na rede Instagram, ao contar esta cunha etiqueta descritiva propia para estes supostos.

Por outra banda, compre atender á situación da advertencia promocional dentro da mensaxe. Neste punto, o máis importante é que a o aviso se presente de maneira inmediata e manifestamente visible. De aí, que o adecuado sexa incluílo dentro da propia mensaxe. Por iso, considérase insuficiente a inclusión de enlaces a mensaxes independentes, pois isto xa require unha acción por parte do destinatario e non se cumpriría o requisito de inmediatez que permita coñecer a natureza da mensaxe dende un primeiro momento.

Neste mesmo sentido pronunciouse a xurisprudencia alemá, e o *Landgericht Hagen*⁶⁷, considerou como publicidade enganosa a publicación en Instagram por parte dunha *influencer* de fotos de conxuntos de roupa nos que se incluía un enlace redirixindo aos espectadores á páxina web da marca en cuestión, sen indicar claramente o propósito comercial.

Algunhas consideracións a ter en conta para esta advertencia inmediata son, dunha banda, a inclusión da advertencia en partes ás que o usuario vai acceder en primeiro lugar,

⁶² Abreviatura coloquial da palabra inglesa *advertisement*.

⁶³ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p.28 e TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., pp. 7-8.

⁶⁴ Resolución do *Kammergericht* de Berlín, de 11 de outubro de 2017, citada por TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.7.

⁶⁵ LG Heilbronn, Urt. V. 08.05.2019, Az.: 21 O 14/18 KfH. Sentencia citada por: DUCATO, Rossana, *One hashtag...*, cit., p. 20.

⁶⁶ A resolución está dispoñible no seguinte enlace: https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/resolucion_jurado_publicidad_influencers_2716.pdf [última consulta: 09/06//2021].

⁶⁷ LG Hagen, 13.09.2017 - 23 O 30/17. Sentencia citada por: DUCATO, Rossana, *One hashtag...*, cit., p. 20.

e doutra banda, a relación co resto do contido, pois débese evitar a camuflaxe entre conxuntos de indicacións doutro tipo⁶⁸.

Seguindo estas indicacións, no caso, por exemplo, dos videos de YouTube, os avisos terían que aparecer no título e/ou na miniatura destes.



A imaxe superior é precisamente un exemplo do que non se debe facer. Como vemos, a *youtuber* publica un vídeo patrocinado, pero esta información non aparece en parte ningunha do título nin na miniatura deste⁶⁹. Para darse conta de que é publicidade é preciso abrir a descrición, onde no medio do texto comenta que é unha colaboración coa marca Nivea. No caso particular desta *influencer*, sobe vídeos á súa canle tódolos domingos. Ela mesma ten dito en numerosas ocasións, que nunca inclúe contido promocional nestes, pois esta clase de vídeos patrocinados publícaos os mércores. Non obstante, isto non é razón suficiente para omitir ou non sinalar todo o ben que se debería a advertencia correspondente, pois requírese unha acción por parte do dos destinatarios de ter visto varios vídeos seus nos que explica esta mecánica e non existe unha presenza inmediata do aviso. Ademais, cabe esperar que só o seu público habitual teña coñecemento desta situación

Pola contra, as imaxes inferiores amosan a maneira correcta de proceder, pois advírtese ao público de xeito inmediato e con

#publi

Top 10 de It Cosmetics ¡con descuentazo! (publi)

Mi rutina de mañana | Colaboración
expresións comunmente aceptadas.

En canto á localización, o reiteradamente mencionado «*Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*», ofrece no seu Anexo un listado exemplificativo da situación recomendada da identificación das mencións a contidos publicitarios, dentro das que compre sinalar os das plataformas de vídeo.

Para as plataformas como YouTube, Twitch ou TikTok, esta asociación aconsella superpoñer a palabra ou etiqueta mentres se comenta el produto ou servizo ou indícala de viva voz antes de falar del. Non obstante, esta opción proposta por Autocotrol, parece non seguir os criterios doutriniais, pois deste xeito non se inclúe a advertencia en partes ás que o usuario vai acceder en primeiro lugar.

⁶⁸ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p.29.

⁶⁹ O video está dispoñible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1mmhp47JjFE> [última consulta: 28/05/2021].

Nun sentido non de todo afin ás indicacións de Autocontrol respecto dos vídeos de YouTube pronunciouse o seu homólogo británico, a xa mencionada *Advertising Standards Authority* (en adiante ASA), no coñecido como «caso Oreo»⁷⁰.

Aquí, a ASA topouse perante cinco vídeos difundidos a través de sendas canles de YouTube nos que os creadores de contido difundían mensaxes publicitarios para promocionar produtos da marca Oreo. A pesares de que ditos vídeos incluían referencias á natureza publicitaria, este propósito non sempre se desvelaba no propio vídeo, se non que en ocasións era necesario despregar o texto descritivo para atopar a advertencia.

O Xurado da ASA considerou que esta indicación era manifestamente insuficiente para evidenciar o carácter promocional dos vídeos⁷¹. A propia resolución afirma que a intención comercial tería que ter quedado clara antes da interacción entre os espectadores e o contido⁷².

En España, un caso no que a localización da mensaxe resultou chave á hora de declarar o carácter encuberto da publicidade atopámolo na resolución do Xurado de Autocontrol de 16 de abril de 2021, no xa mencionado «caso Valor». A publicación en cuestión é a seguinte⁷³:



Este é un claro exemplo dunha mala localización da advertencia dentro da publicación, a cal foi considerada nin explícita, nin inmediata, nin adecuada ao medio en que se insire. Isto é así porque, tal e como explicou o Xurado de Autocontrol a advertencia «non se inclúe de maneira inmediata, xunto ao título da fotografía ou ao comezo da mensaxe. Ao contrario, [...] o usuario debe picar na ligazón “máis” para poder acceder ao texto completo e, por tanto, á identificación de la publicidade». Ademais, tal e como indica a resolución, a *influencer* «comeza expresando opinións e reflexión persoais para terminar mencionando o produto co que pousa, así como *hashtags* coa marca do mesmo, tratando de integrar as mencións publicitarias como parte natural do contido editorial do seu *post*». En

⁷⁰ A resolución completa está dispoñible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/mondelez-uk-ltd-a14-275018.html> [última consulta: 31/05/2021].

⁷¹ A resolución pronunciase textualmente da maneira seguinte: «because the statements did not fully establish the commercial intent of the videos, and because no disclosures were made before consumer engagement with the material, we concluded that the ads were not obviously identifiable as marketing communications».

⁷² Literalmente di: «the commercial intent would have needed to be made clear before viewers engaged with the content».

⁷³ A publicación está dispoñible no seguinte enlace: <https://www.instagram.com/p/CM5QYZ5FTA0/> [última consulta: 09/06//2021].

resumo, o usuario «non ten posibilidade algunha de coñecer o carácter publicitario do *post* dende un primeiro momento».

3. Características da publicidade encuberta e como detectala nas redes sociais

A doutrina ven identificando tres elementos característicos para cualificar unha determinada publicidade como encuberta⁷⁴.

En primeiro lugar é necesario que a mensaxe entrañe un propósito publicitario; en segundo lugar esta mensaxe debe ser idónea para inducir a erro no público, é dicir, que non resulte clara e facilmente identificable a súa natureza e, por último, debe terse omitido calquera referencia expresa á natureza promocional do contido⁷⁵.

Do segundo e terceiro dos requisitos xa se veu falando ao longo deste traballo. Non obstante, resulta de interese neste punto, deterse no primeiro deles. Pois ben, a estes efectos, podemos dicir que existen dous xeitos de probar o propósito publicitario dunha mensaxe.

O primeiro deles ven da man da proba da existencia dunha contraprestación económica, pois enténdese que todas aquelas mensaxes que o líder de opinión publique nas súas contas en redes por cuxa difusión perciba unha contraprestación económica implican sempre un propósito publicitario⁷⁶.

Como xa en apartados anteriores se falou acerca do debate entorno aos tipos de contraprestación que poden recibir os *influencers*, non procede volver agora sobre estes aspectos. Non obstante, si pode resultar de interese aquí analizar o segundo xeito de probar o propósito publicitario.

Os autores entenden que, de non existir proba dunha contraprestación económica, a natureza publicitaria dunha mensaxe pode desprenderse de indicios derivados do orixe ou o contido da mesma, a fin de determinar se existe ou non xustificación editorial para ese contido. Se ben é certo que esta xustificación editorial non é un concepto sinxelo de dilucidar e que resulta complicado establecer estándares unánimes, si existen algúns indicios que axudan a distinguir as publicacións xustificadas editorialmente daquelas que non o están tanto.

Así, algúns exemplos de conductas en relación coa creación de contido en redes que deben ser tomados en consideración á hora de determinar a natureza publicitaria son: a focalización da mensaxe nun único produto ou a reiteración de mensaxes sobre produtos procedentes dunha mesma empresa, así como o emprego dun ton excesivamente laudatorio, cunha mera exaltación das vantaxes do ben ou servizo e total omisión a calquera inconveniente ou as alusións directas á compra⁷⁷.

Ao contrario, se se fan referencias a distintos produtos competidores e se combinan eloxios e comentarios críticos nestas publicacións, teremos argumentos que, valorados no seu conxunto, nos servirán para defender a súa xustificación editorial.

⁷⁴ Estes requisitos son tamén os empregos polo Xurado de Autocontrol para determinar o carácter encuberto da publicidade, e así pode verse, por exemplo na súa Resolución de 9 de abril de 2021.

⁷⁵ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.3.

⁷⁶ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, *ibid.*, p.4.

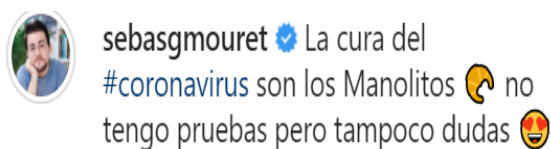
⁷⁷ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, *ibid.*, p.6.

En base a estes criterios, móstranse a continuación algúns exemplos tanto de publicacións con xustificación editorial como doutras que carecen dela.



A imaxe superior é un exemplo dun contido no que, aínda que aparecen marcas, conta con xustificación editorial. Trátase de varios vídeos nos que dúas *youtubers*, proban produtos semellantes de varios supermercados e realizan unha comparación de cada unha das versións. Aquí, faise referencia a distintos produtos competidores e combínanse tanto eloxios como comentarios críticos respecto de produtos de ambas marcas⁷⁸.

Todo o contrario é o que se observa nas seguintes imaxes⁷⁹:



Pódese ver claramente ao *influencer* suxeitando unha bolsa na que se distingue, en primeiro plano e de maneira clara, o nome dunha docería, de xeito que a publicación focalízase nunha única marca. O título emprega un ton realmente laudatorio, cunha exaltación das súas vantaxes e total omisión a calquera desvantaxe (como os prexuízos que un consumo excesivo e habitual destes alimentos podería causar para a saúde).

Tendo en conta estas características que presenta o contido, resulta lóxico á luz das consideracións doutrinarias expostas, dicir que este carece de xustificación editorial e entraña un propósito publicitario. Así, dado que non resulta facilmente identificable esta natureza publicitaria, pois non se atopa nun entorno no que caiba deducila, se non que semella pretender pasar desapercibida integrándose no resto de publicacións da conta, pode inducir a error no público en canto á súa natureza. Por último, como pode verse na propia imaxe, nin na fotografía nin o título que a acompañan podemos atopar por ningures referencia

⁷⁸ A canle de YouTube pode consultarse no seguinte enlace: <https://www.youtube.com/channel/UCETwi4fgO3uybjHUF85GEUg> [última consulta: 01/06/2021].

⁷⁹ A imaxe pódese consultar no seguinte enlace: <https://www.instagram.com/p/B9jhBr0o5K6/> [última consulta: 01/06/2021].

algunha ao propósito publicitario, pois non aparece ningunha expresión do tipo publicidade, colaboración, ou semellantes.

Tal e como acabamos de ver, estas tres circunstancias que se dan nesta mensaxe, son as esixidas pola doutrina para falar de publicidade encuberta.

Por último, non podemos deixar de mencionar unha serie de recentes publicacións, a través das cales varios *influencers*, de maneira practicamente coincidente no tempo, difundiron mensaxes seguindo o mesmo patrón: abrir publicacións nas que se poden facer preguntas, responder a elas con idénticas expresións, tratando cuestións como cantos ingresos obtéñense, e que este contexto de actividade económica dea pé a referirse ás ganancias que están a obter a través das apostas, grazas a coñecer un grupo nunha rede social na que son aconsellados..

Á marxe do feito de que estas publicacións versen sobre xogos con cartos, aspecto o cal tamén foi analizado polo Xurado de Autocontrol, este organismo considerounas publicidade encuberta.

Isto é así, porque en primeiro lugar, as propias circunstancias nas que se produciu a difusión da mensaxe non son consideradas suficientes para revelar de forma inequívoca o seu propósito publicitario. Así as cousas, en ningunha das mensaxes atopamos ningunha advertencia explícita de tal finalidade. Ademais, entende o Xurado que «a natureza publicitaria da publicación tampouco resulta clara e inequivocamente perceptible para un destinatario medio. Antes ao contrario, a publicación preséntase de maneira aparentemente improvisada [...] e narrando os feitos como sorprendentes».

VI. ACCIÓNS CONTRA A PUBLICIDADE ENCUBERTA DIFUNDIDA POLOS LÍDERES DE OPINIÓ EN REDES SOCIAIS

1. Asesoramento previo

Antes de falar das posibles accións existentes contra esta publicidade encuberta, compre facer unha breve referencia a dous mecanismos ofrecidos por Autocontrol para evitar incorrer en ilícitos publicitarios.

En primeiro lugar, atópase o servizo de consulta previa ou *Copy Advice*. A través del, a Asesoría Xurídica de Autocontrol, previa solicitude do propio anunciante, a súa axencia de publicidade ou dalgún medio, elabora un informe confidencial, voluntario e, polo xeral, non vinculante sobre a corrección legal e deontolóxica de anuncios ou proxectos deles, revisados antes da súa emisión.⁸⁰

Doutra banda, están as consultas deontolóxicas. Trátase dun servizo de asesoramento prestado polo Gabinete Técnico, para resolver calquera dúbida relacionada coa regulación ou autorregulación da publicidade ou coa interpretación da mesma. Polo tanto, diferenciase do anterior en que a través deste non se realiza asesoramento sobre campañas publicitarias concretas⁸¹.

2. Accións por competencia desleal

⁸⁰A información sobre este servizo está dispoñible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/copy-advice/> [última consulta: 06/06/2021].

⁸¹A información sobre este servizo está dispoñible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/consultas-deontologicas/> [última consulta: 06/06/2021].

Contra aqueles contidos ilícitos que algún líder de opinión difunda en redes sociais a propia Lei Xeral Publicitaria, no seu artigo 6.1 remítenos á Lei de Competencia Desleal. Polo tanto, nesta clase de supostos sería posible interpor as accións por competencia desleal (en adiante LCD) previstas no artigo 32.1 da LCD. Ademais, o propio artigo 32 no seu apartado primeiro inclúe expresamente a publicidade ilícita dentro daqueles actos de competencia desleal contra os cales se poden exercitar as accións nel previstas.

Dito isto, cabe agora preguntarse quen pode ou debe exercitar estas accións e contra quen, é dicir, determinar as lexitimacións activa e pasiva.

No tocante á lexitimación activa, o apartado primeiro do artigo 33 da LCD outórgalla, para as accións que a estes efectos nos interesan, a «calquera persoa física ou xurídica que participe no mercado, cuxos intereses económicos resulten directamente prexudicados ou ameazados pola conduta», podendo tamén exercitalas, segundo o apartado 3 dese mesmo artigo, certas entidades en defensa dos intereses xerais dos consumidores e usuarios.

En canto á lexitimación pasiva, cabe preguntase se, á luz do artigo 34 da LCD, estas accións deben dirixirse contra a empresa anunciante ou contra o *influencer*. Así as cousas, o segundo apartado dese artigo, contempla unha previsión específica para a figura dos colaboradores ao establecer que, sempre que estes actúan no exercicio das súas funcións e deberes contractuais, as accións previstas no artigo 32 deberán dirixirse contra o principal.

Segundo isto, compre distinguir se o *influencer* pode ser considerado ou non colaborador a estes efectos. Pos ben, a doutrina ven a definir a estes colaboradores como toda persoa que, sen vinculación laboral co empresario, coopera con el someténdose á súa dirección e supervisión. Á luz desta definición, resulta lóxico identificar, e así o fai de feito a doutrina, aos líderes de opinión en redes como colaboradores⁸². Polo tanto, as accións deben dirixirse, en principio contra o anunciante e non contra o *influencer*. De feito, estas infraccións de defensa da competencia rara vez son cometidas por persoas físicas e, polo xeral, con poucas excepcións, considéranse cometidas por persoas xurídicas e é a elas a quen se sanciona⁸³.

Pola contra, nos Estados Unidos, a xa mencionada guía da FTC sobre o uso de testemuños deixa a porta aberta á atribución da responsabilidade tanto a quen presta o testemuño como ao empresario anunciante⁸⁴.

Non obstante, existe unha posibilidade para o exercicio destas accións contra o *influencer* considerado como un colaborador. Se volvemos sobre o artigo 34.2 LCD, este indica a dirección destas accións contra o anunciante, cando o colaborador actúa no exercicio das súas funcións e obrigas contractuais. Polo tanto, fora destas, a lexitimación pasiva non está acoutada ao empresario.

⁸²TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.24.

⁸³REBOLLO PUIG, Manuel, «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* (MIRANDA SERRANO, L.M. e COSTAS COMESAÑA, J. Eds), Marcial Pons, 2018, p.4.

⁸⁴ Ao respecto, o artigo 255.1.d di, literalmente: «Advertisers are subject to liability for false or unsubstantiated statements made through endorsements, or for failing to disclose material connections between themselves and their endorsers. Endorsers also may be liable for statements made in the course of their endorsements».

Así, esta regra non se cumpre cando o líder de opinión actúa sen seguir as indicacións do anunciante no marco do control editorial que este poida exercer sobre a mensaxe⁸⁵.

Por esta razón, recoméndase que no contrato co *influencer* se regule este aspecto, obrigando á inclusión de elementos tales como os *hashtag* apropiados nos lugares pertinentes así como prohibir que se publique calquera contido que puidese xerar confusión sobre a natureza promocional da publicación⁸⁶.

3. Vías administrativa e penal

En canto á vía administrativa, compre sinalar a Lei de Servizos da Sociedade e Información. O propio artigo 38.4 desta lei cualifica estas conductas como infraccións leves e o 39.1 asócialle unha multa de ata 30 000€.

Ademais, a Lei Xeral para a Defensa dos Consumidores e Usuarios⁸⁷ cualifica como unha infracción o uso de prácticas comerciais desleais cos consumidores ou usuarios no apartado 1 do seu artigo 49.1 e o 51 establece que estas conductas serán sancionadas polas Administracións Públicas competentes con multas segundo a súa gravidade.

No tocante á vía penal, a publicidade enganosa castígase no artigo 282 do Código Penal, da maneira seguinte: «serán castigados coa pena de prisión de seis meses a un ano ou multa de 12 a 24 meses os fabricantes ou comerciantes que, nas súas ofertas ou publicidade de produtos ou servizos, fagan alegacións falsas ou manifesten características incertas sobre os mesmos, de modo que poidan causar un prexuízo grave e manifesto aos consumidores, sen prexuízo da pena que corresponda aplicar pola comisión doutros delitos».

Como se desprende do propio tenor literal do artigo, a esencia da conduta típica do delito consiste na realización de alegacións falsas sobre os produtos ou servizos na publicidade dos mesmos. Polo tanto, semella que a publicidade encuberta difundida polos líderes de opinión en redes non encaixaría neste tipo penal, pois, como xa vimos o engano non está no contido se non na forma. En conclusión, se as afirmacións publicitarias se apoian en alegacións verídicas, non o se incluírían na vía penal⁸⁸.

4. O Xurado da Publicidade

Coñecendo este marco de protección a través do sistema xudicial, os propios autores recoñecen as vicisitudes coas que os consumidores se poden atopar á hora de recorrer aos mesmos, por iso, os organismos de autodisciplina supoñen unha alternativa á que acudir⁸⁹.

Ao longo deste traballo xa temos falado de varios pronunciamentos de Autocontrol, e é que entre 1996 e 2019 o seu Xurado⁹⁰ resolveu un total de 4449 casos, dos cales 1168 versaban sobre campañas en internet e novas tecnoloxías, só superadas pola televisión⁹¹.

⁸⁵ TATO PLAZA, Anxo, *Aspectos jurídicos de la publicidad...*, cit., p.25.

⁸⁶ GARCÍA, Francisco Javier e MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano, *Principales cuestiones...*, cit., p.2.

⁸⁷ España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *BOE*, núm. 287, de 30 de novembro de 2007, p. 4918.

⁸⁸ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra, *Limites de la publicidad...*, cit., p.126.

⁸⁹ OTERO COBOS, María Teresa, *El patrocinio...*, cit., p. 18.

⁹⁰ Sobre o Xurado de Autocontrol, véxase tamén: <https://www.autocontrol.es/servicios/reclamaciones-consumidores-individuales/> [última consulta: 24/06/2021].

As súas resolucións gozan dun gran impacto non só na doutrina, se non tamén na xurisprudencia, debido tanto ao elevado do seu número como á súa calidade técnica⁹².

Os textos de referencia neste punto son tanto o Capítulo VIII dos Estatutos de Autocontrol⁹³ coma o Regulamento do Xurado, en consonancia coa Lei 7/2017, relativa á resolución alternativa de litixios en materia de consumo⁹⁴.

Calquera persoa, física ou xurídica cun interese lexítimo pode presentar unha reclamación para que sexa resolta por este Xurado, segundo o artigo 12.2 do Regulamento, e a admisión ou non a trámite corresponde á Secretaría do Xurado.

Sabendo quen pode interpor unha reclamación, hai que ver agora contra quen se pode facelo. En realidade, non semella haber grandes restricións para ser suxeito pasivo nestes casos, se ben o resultado non será sempre mesmo. Cando se trate de empresas adheridas ao Código de conducta que se vai aplicar ou ben se teñan sometido de xeito expreso ou tácito, emitirase unha resolución. Estas resolucións deben conter, entre outras cousas a solicitude de cese ou rectificación e a correspondente amoestación e teñen carácter vinculante. En caso de incumprimento pódese acudir á xurisdición ordinaria e tamén se prevén medidas disciplinarias⁹⁵.

No caso do Código de conducta sobre o uso de *influencers* na publicidade, que sería o de principal aplicación no caso que nos ocupa, prevese unha próxima publicación das empresas e *influencers* adheridos.

Para todas aquelas reclamacións contra empresas non adheridas, o Xurado emitirá un ditame. Este non é vinculante e trátase só dunha opinión sobre a corrección deontolóxica da publicidade obxecto de exame. Nestes casos, Autocontrol non está a realizar ningunha operación de resolución extraxudicial de conflitos, de aí que o ditame non teña o valor xurídico dunha resolución do Xurado, non obstante, estes teñen gran forza moral e presentan unha notable influencia nas resolucións⁹⁶.

Téndonos xa referido aos suxeitos, no tocante ao obxecto, este Xurado unicamente se ocupará da publicidade comercial emitida en España nos últimos doce meses, incluíndo a publicidade transfrontieriza, así como a difundida noutros países cando existan indicios a súa inminente emisión en España⁹⁷.

Por último, o propio Código sobre o uso de *influencers* na publicidade prevé, no apartado dedicado ao control *a posteriori* a actividade coñecida como *monitoring*. A súa

⁹¹ TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, cit., p.239.

⁹² TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, *ibid.*, p.195.

⁹³ Disponibles en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/03/estatutos-autocontrol.pdf> [última consulta: 09/06/2021].

⁹⁴ España. Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. *BOE*, núm. 268, de 4 de noviembre de 2017, p.105693.

⁹⁵ TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, *ibid.*, p.192.

⁹⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ, David, *Los límites éticos...*, cit., p.6.

⁹⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *ibid.*, p.6.

finalidade é avaliar o grao de cumprimento das normas do Código e consiste na análise global das mensaxes publicitarias dun sector e tempo específicos⁹⁸.

VII. ALGÚNS CASOS NOUTROS PAÍSES

Como xa fomos vendo ao longo deste traballo, non existe aínda no noso país ningunha resolución xudicial que castigue este tipo de prácticas⁹⁹, máis aló dos pronunciamentos do Xurado de Autocontrol sinalados. Por iso, compre ollar ao panorama internacional, para observar como se está a tratar o tema noutros países.

Comezando polo Reino Unido, a ASA si se pronunciou máis dunha vez sobre a licitude da publicidade difundida por líderes de opinión nas redes sociais¹⁰⁰. Sen embargo, unha das súas decisións máis comentadas foi a do coñecido como caso «ASA vs Nike». Atopámonos aquí perante dúas resolucións do mesmo organismo en anos sucesivos, con mensaxes semellantes, pero con resultado contrario. En ambos casos, se trata de chíos publicitarios difundidos por dous futbolistas nos seus perfís de Twitter nos que se promociona á marca deportiva Nike.

A primeira delas data de xaneiro de 2012, e o seu obxecto eran unha mensaxe do futbolista Wayne Rooney cuxo tenor literal era: «O meu propósito: empezar o ano como un campión e terminalo como un campión... #makeitcount gonike.me/ makeitcount¹⁰¹» e outra de Jack Wilshere dicindo: «En 2012, volverei formar parte do meu club e estarei preparado para o meu país. #makeitcount. gonike.m/Makeitcount¹⁰²». Neste caso, a publicidade foi catalogada como encuberta, por non ir acompañada a mensaxe de ningunha indicación do seu carácter publicitario ou de referencias inequívocas a Nike¹⁰³.

Ao ano seguinte, á ASA tocoulle analizar outro chío de Wayne Rooney, que nesta ocasión dicía: «Os campos cambian. O instinto asasino non. Domina o terreo, en calquera lugar. @NikeFootball #myground¹⁰⁴» e que ía acompañado dunha imaxe en cuxa parte inferior podía verse claramente o símbolo de Nike. Ao contrario que no suposto anterior, nesta ocasión entendeuse que o propósito publicitario resultaba evidente, tanto pola

⁹⁸ TATO PLAZA, Anxo, *La autorregulación...*, cit., p.194

⁹⁹ MARTÍNEZ OTERO, Juan, *Nuevas formas de publicidad...*, cit., p.30.

¹⁰⁰ A estes efectos ver, por exemplo [última consulta: 11/06/2021]:

- Caso Alpro: <https://www.asa.org.uk/rulings/alpro-uk-ltd-a16-344134.html>
- Caso Britvic Soft Drinks: <https://www.asa.org.uk/rulings/britvic-soft-drinks-ltd-a15-305687.html>
- Caso Flat Tummy Tea: <https://www.asa.org.uk/rulings/nomad-choice-pty-ltd-a16-366862.html>
- Caso Daniel Wellington: <https://www.asa.org.uk/rulings/daniel-wellington-ab-a18-449659.html>
- Caso Spy Eyes: <https://www.asa.org.uk/rulings/unleashed-pr-ltd-a17-395923.html>
- Caso Diamond Whites: <https://www.asa.org.uk/rulings/diamond-whites-a17-394908.html>
- Caso Mondelez: <https://www.asa.org.uk/rulings/Mondelez-UK-Ltd-A14-275018.html>

¹⁰¹ En inglés: «*My resolution - to start the year as a champion and finish it as a champion...#makeitcount gonike.me/makeitcount*».

¹⁰² En inglés: «*In 2012, I will come back for my club - and be ready for my country. #makeitcount.gonike.me/Makeitcount*».

¹⁰³ A resolución está dispoñible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/nike-uk-ltd-a12-183247.html> [última consulta: 11/06/2021].

¹⁰⁴ En inglés: «*The pitches change. The killer instinct doesn't. Own the turf, anywhere. @NikeFootball #myground*».

referencia expresa a Nike como polo logotipo mostrado ao pé da imaxe e, por tanto, non estaríamos a falar de publicidade encuberta¹⁰⁵.

Se comparamos as dúas resolucións, non existe un cambio de criterio como tal, se non que a diferenza no resultado débese a que, aos ollos do xulgador, a segunda mensaxe preséntase como unha comunicación comercial incluíndo referencias á marca que o promove¹⁰⁶. Sen embargo, aquí vemos unha clara diferenza entre o criterio empregado pola ASA e o usado polo seu homólogo español, pois como xa vimos, o Xurado de Autocontrol considerou en varias ocasións que a mera mención á marca resulta insuficiente para identificar o carácter publicitario deste tipo de mensaxes.

Continuando cos Estados Unidos, a FTC tamén se pronunciou máis dunha vez sobre a publicidade difundida por líderes de opinión en redes¹⁰⁷, sen embargo, a resolución máis comentada pola doutrina nesta ocasión é a do caso coñecido como «FTC vs Lord & Taylor»¹⁰⁸. Esta firma de moda, levou a cabo entre os anos 2014 e 2015 unha campaña publicitaria na rede social Instagram para promocionar a súa nova colección, na que varias *influencers* promocionaban un vestido da marca. Ao parecer, Lord & Taylor exerceu un forte control editorial sobre estas publicacións, pero ningún dos contratos firmados contiña a obriga de advertir da natureza publicitaria do contido, aviso que tampouco aparecía en ningunha destas publicacións. Aos ollos deste organismo tratouse dun caso de publicidade encuberta¹⁰⁹.

Tal e como se veu anticipando, o caso alemán resulta especialmente interesante pois, diferenza do que ocorre noutros países, os tribunais alemáns xa rexistraron casos contra *influencers*, ate o punto de encontrarmos incluso con divisións dentro da propia xurisprudencia¹¹⁰.

Os tribunais alemáns aplican a norma contra a competencia desleal do país¹¹¹ e as súas resolucións céntranse en aclarar dous aspectos principais: cando o *influencer* ten a obriga de advertir que un contido é publicitario e, unha vez que isto está claro, cal é a forma axeitada de facelo.

¹⁰⁵ A resolución está dispoñible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/nike-uk-ltd-a13-229986.html> [última consulta: 11/06/2021].

¹⁰⁶ UNZUÉ ROSSI, Julio, *Publicidad nativa...*, cit., p.11.

¹⁰⁷ A estes efectos ver, por exemplo [última consulta: 11/06/2021]:

- Caso «Sony's PS Vita Promotion»: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/11/sony-computer-entertainment-america-provide-consumer-refunds>
- Caso «X Box One Promoter»: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/09/xbox-one-promoter-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers>
- Caso «CSGO Lotto Owners»: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/09/csgo-lotto-owners-settle-ftcs-first-ever-complaint-against>

¹⁰⁸ O comunicado de prensa da FTC sobre o caso: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/lord-taylor-settles-ftc-charges-it-deceived-consumers-through> [última consulta: 11/06/2021].

¹⁰⁹ Acordo de consentimento: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160315lordandtaylororder.pdf> [última consulta: 11/06/2021].

¹¹⁰ Sobre as sentencias de tribunais alemás véxase: DUCATO, Rossana, *One hashtag...*, cit., pp. 20-25.

¹¹¹ O *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG). Dipoñible en: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ [última consulta: 13/06/2021]. A estes efectos ver tamén: GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): traducción con anotaciones», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, n. 29, 2009, pp. 699-726.

Respecto do primeiro deles, a xurisprudencia non é unánime e, en concreto, atopamos certa división respecto de dous puntos.

En primeiro lugar, algunhas resolucións consideran que a obriga de advertir da natureza publicitaria existe dende o momento en que esta non é perceptible de xeito evidente polo contexto¹¹², mentres que outras localizan o inicio desta obriga no momento en que o *influencer* reciba un prezo ou algún tipo de beneficio como descontos ou produtos gratis¹¹³. Así, semella curiosa a diferenza entre o gran debate que existe en España respecto das entregas gratuítas e o claro que parece para a xurisprudencia alemá.

Por outro lado, os tribunais deste país tampouco se poñen de acordo respecto da consideración que se lles debe dar a aqueles supostos nos que o *influencer* actúa de maneira independente e non recibe ningún beneficio directo a cambio dunha publicación. É a primeira vez que se cuestiona a natureza publicitaria deste tipo de contidos, pois, tal e como vimos, no resto de países e, especialmente en España, atópanse excluídos da publicidade encuberta precisamente por considerarse contido non publicitario.

A máis restritiva das visións atopámola na Corte de Berlín¹¹⁴, que cre que sempre que un *influencer* mencione a unha marca ten que dicir que é publicidade. A pesar do ilóxico que nun principio este parecer pode semellar, o fundamento no que se basea non resulta tan alleo á realidade, pois sostense en que a presenza dun enlace coas marcas é suficiente para ser considerada como una forma de promocionar empresas obxectivamente falando e para influír na decisión dos seguidores. Sen embargo, cando o obxectivo da mensaxe sexa soamente manter á comunidade informada sobre as tendencias e as novidades, a advertencia non é necesaria. A dificultade para identificar esta natureza publicitaria non é nada novo, pero esta Corte ofrece un primeiro criterio cuantitativo para discernila e fixa en 50 000 o número de seguidores cos cales a audiencia é o suficientemente ampla para ter impacto na actividade económica de bastantes potenciais clientes.

Esta visión non só non foi compartida pola Corte de Apelación desa mesma cidade, se non que mesmo a criticou¹¹⁵. Segundo esta opinión, cando unha mensaxe contén contido editorial, non remunerado de ningunha maneira, en principio non existe practica comercial. Ademais, segundo a Corte de Apelación, se sempre que se menciona unha marca hai que poñer que é publicidade de xeito indiscriminado, daquela o propósito de protexer ao consumidor das decisións no informadas corre o risco de verse comprometido. Noutras palabras, se houbese que avisar de todo, daquela, non habería nada do que avisar.

Un caso semellante en canto a resultado atopámolo en Múnic, pero diferente en canto ao contido. Trátase de publicacións en Instagram por parte da *influencer* Cathy Hummels polas que non recibiu ningún beneficio ou pagamento por parte da marca. Nesta ocasión, tampouco foi considerada publicidade encuberta, pero por razóns ben distintas¹¹⁶. Aquí, o tribunal considerou que o propósito comercial resultaba evidente polo contexto. Non obstante, esta decisión foi bastante criticada, pois parte da premisa de que se unha persoa decide ter un perfil público é porque non quere usalo soamente para propósitos persoais.

¹¹² LG Hagen, 13.09.2017 - 23 O 30/17.

¹¹³ KG Berlin, Beschl. V. 11.10.2017, Az.: 5 W 221/17.

¹¹⁴ LG Berlin, Urt. V. 24.05.201, Az.:52 O 101/18.

¹¹⁵ *Contra* LG Karlsruhe, KfH, 21.03.2019, Az.:13 O 38/18.

¹¹⁶ LG München I, 29.04.2019- 4 HKO 14312/18.



Así, o feito de que a conta estivese verificada, é dicir, que ao lado do nome aparece un «tic» azul, tal é como se ve na imaxe lateral, o cal certifica que se trata da conta auténtica dunha figura pública, celebridade ou marca global, foi considerado suficiente para amosar a intención da *influencer* de empregar a súa conta para fins comerciais.

Por outra banda, respecto do segundo dos aspectos que mencionabamos ao principio, no tocante á forma que deben tomar estas advertencias de contidos publicitarios, este tamén foi debatido.

A estes efectos, resulta destacable de novo un suposto de dobre instancia. Trátase dunha advertencia situada ao fondo dun texto que acompaña unha foto de Instagram, no que o #ad aparece diluído entre moitos outros *hashtags*. Aspectos estes, que como xa temos visto, causaron tamén inquietude tanto a Autocontrol como á doutrina española. No caso alemán, nunha primeira instancia, a corte de Hannover considerou que o propósito publicitario era evidente a primeira vista¹¹⁷. Isto era así tanto polo contexto, tendo en conta a presenza dun enlace á paxina da tenda, o carácter profesional das fotos e o emprego dunha linguaxe comercial, como pola falta de ambigüidade, sempre segundo a opinión do primeiro dos xulgadores, da expresión #ad.

Non obstante, cando o caso chegou á Corte de Celle¹¹⁸, esta cuestionou ate que punto un *hashtag* dentro dunha serie doutros vai ser percibido pola meirande parte dos consumidores, e chegou á conclusión de que, incluso aínda que aparece noutra cor, sería insuficiente para tal propósito. Por último, respecto dos argumentos empregados en Hannover, esta segunda instancia considerou, en primeiro lugar, que o carácter profesional das fotos non resultaba un elemento decisivo. Respecto da linguaxe empregada, aos ollos da Corte, o uso de emoticonas, é característico dun contexto informal e amigable e non casa coa verdadeira natureza do *post*, se non que o que busca é confundir. Tampouco está de acordo coa ausencia de ambigüidade que o tribunal de Hannover advertiu, pois non se considerou que o feito de que se os seguidores teñan que ler liñas de *hashtags* fose suficientemente claro.

VIII. CONCLUSIÓN

O desenvolvemento das redes sociais deu lugar á aparición da figura dos líderes de opinión en redes ou *influencers*, o que desembocou na coñecida como «mercadotecnia influínte»¹¹⁹. Isto é, mensaxes ou opinións que estas persoas emiten aos seus seguidores nas plataformas sociais e que, dado o seu elevado número de seguidores e a credibilidade que estes lles outorgan, pode influenciar o comportamento de moitas outras.

A publicidade foi aparecendo máis e máis nestas contornas e hoxe en día podémola identificar ao mesmo tempo coa publicidade nativa e coa testemuñal.

Tanto a súa propia natureza como a maneira na que é introducida, fan que resulte especialmente sinxelo que esta publicidade se presente de forma encuberta. Así as cousas,

¹¹⁷ LG Hannover, 08.03.2017 – AZ.: 23 O 5/17

¹¹⁸ OLG Celle, Urt. V. 08.06.2017, Az.: 13 U 53/17

¹¹⁹ ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos, *Un análisis somero...*, cit., p. 2.

se non se advirte, ou cando menos non de forma suficientemente clara, da natureza publicitaria dun determinado contido, estaríase a vulnerar o principio da autenticidade publicitaria, recollido tanto en normativa xeral, como especial e en códigos de autorregulación.

A doutrina destaca tres elementos característicos desta publicidade encuberta que son: que a mensaxe entrañe un propósito publicitario, que sexa idónea para inducir a erro no público e que se teña omitido calquera referencia expresa á natureza promocional.

Respecto do propósito publicitario, existen dúas formas de demostralo, ben mediante a proba da existencia dunha contraprestación económica ou ben mediante a existencia dunha xustificación editorial.

Deste requisito despréndese tamén que estarían excluídas da publicidade encuberta as mensaxes sen natureza publicitaria. Aquelas publicacións meramente informativas non infrinxen o principio de autenticidade, aínda que nelas se mencionen marcas concretas. Os requisitos para que mensaxe sexa considerada meramente informativa son: a existencia dunha causa xustificada, que a referencia teña lugar dentro dos límites dunha estrita información e que se realice de xeito grauíto.

En canto ás contraprestacións, a meirande parte dos autores admiten que o contrato de publicidade cun influencer é atípico e non ten unha forma predeterminada, polo que podería existir un contrato verbal corroborable con evidencias conductuais. Tamén admiten tanto o pago en metálico como en especie. Así as cousas, existe un fondo debate en canto á natureza das publicacións nas que se fai referencia ás entregas grauítas que os líderes de opinión reciben das marcas como «agasallos».

Do segundo dos requisitos depréndese que están tamén excluídos aqueles casos nos que se pode apreciar a natureza comercial de forma evidente. As propias características da mensaxe poden ser suficientes, ou aspectos como o contido, o contexto ou a localización, como por exemplo a difusión levada a cabo na conta da empresa anunciante.

A través do último requisito mencionado exclúense aquelas mensaxes nas que se advirte da natureza publicitaria de maneira suficientemente clara. Non existe lexislación ao respecto, máis aló dalgunhas indicacións ofrecidas por Autocontrol. Así as cousas a doutrina coincide en que a advertencia debe ser clara e inequívoca, e para iso sinala dous aspectos clave: o seu tenor literal e a súa localización.

No tocante ás accións que se poderían interpor contra estas condutas, podemos optar, en primeiro lugar polas contempladas no artigo 32.1 da Lei de Competencia Desleal. Na vía administrativa temos tanto a Lei de Servizos da Sociedade e Información como a Lei Xeral para a Defensa dos Consumidores e Usuarios infracción. Pola contra, a vía penal semella non ser unha opción, pois a conduta típica do artigo 282 do Código céntrase na realización de alegacións falsas sobre os produtos ou servizos. Outra opción sería o Xurado da Publicidade de Autocontrol, ao cal pode acudir calquera persoa cun interese lexítimo.

Como vemos, trátase dun fenómeno dun carácter moi novidoso, que está a desafiar as lexislacións de todo o mundo e para o que aínda semella non existir unha solución unánime. Non obstante, cabe agardar unha maior actividade xurídica ao respecto nos vindeiros anos, tanto a nivel lexislativo como xurisprudencial.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÁZQUEZ, Amalia e SIXTO-GARCÍA, José, «Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular», *Estudios sobre el mensaje periodístico* [en línea], n.26, 2020, pp. 1611-1622. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/esmp.66921>
- BATANÁS RODRÍGUEZ, Sofía, «Publicidad en redes sociales: la actividad de los influencers», *Estudios sobre derecho digital* (PEREA ORTEGA, R. Ed.), Aranzadi, 2021, pp. 369-400.
- CARPENTER, Craig, «Don't Believe Everything You Read on Twitter -- The Federal Trade Commission's Regulation of Celebrity Endorsements on Social Media», *SSRN Electronic Journal* [en línea], 2012. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044974
- CAUBERGHE, Veroline; DE-VEIRMAN, Marijke, e HUDDERS, Liselot, «Marketing through Instagram influencers: the impact of number of followers and product divergence on brand attitude», *International Journal of Advertising* [en línea], n.36, 2017, pp.798-828. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02650487.2017.1348035?needAccess=true>.
- DUCATO, Rossana, «One hashtag to rule them all? Mandated disclosures and design duties in influencer marketing practices», *The Regulation of Social Media Influencers* [en línea] (GOANTA, C. e RANCHORDÁS, S. Eds.), 2020, p. 22. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781788978286>
- ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos., «Un análisis somero del fenómeno de los "influencers" desde la perspectiva de la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n.83, 2018, pp. 133-144.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos, «La publicidad encubierta», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, n.3, 1976, pp. 371-400.
- GARCÍA, Francisco Javier e MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano, «Principales cuestiones jurídicas en la publicidad con influencers», *Autocontrol*, n. 233, 2017, pp. 10-13.
- GARCÍA PÉREZ, Francisco Javier, «El nuevo "Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad": una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 967, 2020.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): traducción con anotaciones», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, n. 29, 2009, pp. 699-726.
- OTERO COBOS, María Teresa, «El patrocinio publicitario con influencers, ¿publicidad encubierta?», *Derecho mercantil y tecnología* (BLANCO SÁNCHEZ, M.J. e MADRID PARRA, A. Eds.), Aranzadi, 2018.
- LEMA DEVESA, Carlos, «La publicidad testimonial», *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (LEMA DEVESA, C. Ed.), Marcial Pons, 2007, pp.191-208.
- LEMA DEVESA, Carlos. «La represión de la publicidad desleal en la ley general de publicidad, en la ley de competencia desleal y en el código penal». *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (LEMA DEVESA, C. Ed.), Marcial Pons, 2007, pp. 401-413.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David (2011), «Los límites éticos de la publicidad: el jurado de autocontrol de la Publicidad como paradigma de buenas prácticas», *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI*, (SUÁREZ-VILLEGAS, J.C. Ed.), MAD, 2011, pp. 933-944.

MARTÍNEZ OTERO, Juan, «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *Revista de derecho mercantil*, n. 314, 2019, pp. 5-17.

REBOLLO PUIG, Manuel, «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* (MIRANDA SERRANO, L.M. e COSTAS COMESAÑA, J. Eds), Marcial Pons, 2018, pp. 361-393.

TATO PLAZA, Anxo, «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)», *Revista de derecho mercantil*, n. 311, 2019, pp. 49-74.

TATO PLAZA, Anxo, «La autorregulación publicitaria», Aranzadi, 2020.

TOBÍO RIVAS, Ana María, «Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea», *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. (MIRANDA SERRANO, L.M. e COSTAS COMESAÑA, J. Eds.), Marcial Pons, 2018, pp. 63-92.

UNZUÉ ROSSI, Julio, «Publicidad nativa mediante "influencers"», *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial* (BARREIRO CARRIL, M., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TATO PLAZA, A. e TORRES PÉREZ, F. Eds.), Comares, 2017.

VARGAS PORTILLO, Patricia, «Influencers’ recommendations on the Internet: effects of codes of conduct», *Harvard Deusto Business Research* [en línea], n. 9, 2020, pp.129-139.

VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra, «Límites jurídicos de la publicidad en España. Marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional» [en línea]. ROM RODRÍGUEZ, J. (dir.). Universitat Ramon Llull. FCRIB. Comunicació i Relacions Internacionals. 2016 Tese de doutoramento. Disponible en: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y.