

Derecho Mercantil y tecnología (Aranzadi)

Derecho Mercantil y tecnología (1.ª Edición) 2018

EL PATROCINIO PUBLICITARIO CON INFLUENCERS, ¿PUBLICIDAD ENCUBIERTA?

RESUMEN

Las redes sociales se han convertido en un nuevo canal publicitario. Los contratos publicitarios también han tenido que adaptarse a las nuevas relaciones comerciales surgidas entre el empresario que desea promocionar sus productos y servicios y el *influencer*, persona que influye en el comportamiento y decisiones de compra de los usuarios en estas plataformas. Este aprovechamiento publicitario si no se identifica adecuadamente, puede considerarse una práctica desleal.

PALABRAS CLAVE: medios de comunicación social, *influencer*, contrato de patrocinio, emplazamiento de producto, publicidad, competencia desleal.

ABSTRACT

Social Media has become a new advertising channel. Advertising agreements due to rule new relationships between influencer, someone who have the power to affect people behave and purchase decisions of others with online presences, and brands when promoting or endorsing goods or services through social media platforms. If these relationships isn't clearly disclosed, they will consider unfair commercial practice.

KEY WORDS: social media, *influencer*, sponsorship agreement, product placement, advertising, unfair competition.

I Introducción

En España cerca de 29 millones de personas son usuarios frecuentes de internet, de ellas el 67,6 % participa en redes sociales. Hoy el 74,5 % de los usuarios de internet acceden a la misma con la intención de buscar información sobre bienes y servicios frente al 69,6 % que lo hacía en 2015¹. Estas cifras han abierto la puerta a que las empresas difundan su publicidad comercial a través de los medios de comunicación sociales al ser espacios donde existe una mayor presencia de usuarios.

¹ Datos publicados en el Informe de la Sociedad Digital en España 2017 de Fundación Telefónica: https://www.fundaciontelefonica.com/artes_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/625/

En los últimos años hemos pasado de la publicidad tradicional incluida en medios audiovisuales, vallas publicitarias o la inserción de anuncios en periódicos y revistas a la publicidad *on line*, a través de espacios en plataformas digitales mediante el uso de *banners* o *pop-ups*². De otro lado, los sujetos encargados de prestar su imagen para promocionar una marca comercial hasta el momento coincidían con profesionales de reconocido prestigio en sectores como el deporte, la música o la moda³. En la actualidad debemos añadir a personas anónimas que poseen un ingente número de seguidores en sus perfiles públicos en las redes sociales y, lo que es más importante, tienen capacidad de influir en el comportamiento económico del consumidor.

Estos nuevos hábitos de confianza del consumidor en otras personas y los cambios en los canales publicitarios gracias a las nuevas tecnologías merecen un estudio autónomo que nos permita conocer el tipo de contrato que se suscribe, así como el régimen jurídico que debiera aplicarse a las comunicaciones publicitarias electrónicas difundidas en este entorno.

II La actividad publicitaria «on line». En especial, la difundida a través de usuarios de redes sociales

La contratación en el ámbito publicitario se encuentra regulada en la LGPu. Se trata de una norma breve, con apenas una veintena de artículos que se completan con las regulaciones sobre competencia desleal y protección de consumidores y usuarios, así como aquellas leyes especiales que regulan determinadas actividades publicitarias, como ocurre con la comunicación audiovisual. En puridad, y teniendo en cuenta el contenido de la norma, esta dispone un tratamiento jurídico mínimo para la contratación publicitaria.

Atendiendo a la introducción que realiza la Exposición de Motivos, estas normas se caracterizan por su sobriedad⁴. El legislador ha sido consciente de la imposibilidad de fijar un *numerus clausus* de contratos y de abarcar todas las modalidades que puedan derivarse de los ya regulados por la norma⁵, por lo que se ha centrado en recoger las principales figuras. Por este motivo, cobra protagonismo la autonomía de la voluntad de los contratantes, sin perjuicio de los límites que establezcan las normas generales de obligaciones y contratos y las especiales sobre el contenido y la difusión publicitaria en determinados sectores. En consecuencia, son

² Sobre los medios electrónicos que permiten la difusión promocional *vid.* VÁZQUEZ RUANO, T., «La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en internet», en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (dir.) *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 559-603.

³ A modo de reflexión comparativa *vid.* FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1989, pp. 313-326. El autor contextualiza el aprovechamiento de la intervención de una celebridad en una campaña publicitaria y su presencia en los medios de comunicación refrendando los productos o servicios de una empresa anunciante de la época. El contenido y la finalidad de la acción es la misma, sólo que los medios y soportes, así como la actividad que ha populariza a determinadas personas ha cambiado.

⁴ Incluso el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 en su Exposición de Motivos reconoce la ausencia de regulación legal hasta el momento de determinados contratos como el de patrocinio.

⁵ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, «Los contratos publicitarios», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (coords.), *Derecho Mercantil*, vol. V, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 334.

negocios jurídicos parcialmente típicos sometidos a las normas especiales, pero deberán completarse con la voluntad de las partes.

El contrato publicitario objeto de nuestro estudio es aquel que se celebra por un anunciante que desea promocionar y difundir al público un producto o servicio. Para alcanzar dicha finalidad decide valerse de una persona que posee un importante reconocimiento entre los usuarios de plataformas digitales sociales, a cambio de una remuneración. Este contrato presenta bastante afinidad con el de patrocinio, sin embargo, posee algunas características que lo diferencian, por lo que conviene adaptar su noción al propio dinamismo del sector.

El contrato de patrocinio aparece regulado en el artículo 22 LGPu, en virtud del cual el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. Una noción similar es la acogida por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil⁶. No obstante, un concepto más acorde con la realidad lo encontramos en el Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotécnica de la *International Chamber of Commerce*⁷. Según este documento el patrocinio se refiera a cualquier convenio comercial mediante el cual un patrocinador, en su beneficio y el del patrocinado otorga apoyo económico o de otro tipo para establecer un vínculo entre la imagen del patrocinador, sus marcas o productos y el objeto del patrocinio, a cambio de los derechos para promover este vínculo y/o el otorgamiento de ciertos beneficios directos o indirectos.

En lo que a los elementos personales del contrato se refiere, tendremos de una parte al patrocinador o anunciante. Normalmente será una persona física o jurídica, pública o privada, que desea dirigirse hacia un segmento de la población para dar a conocer su marca, producto o servicio. La otra parte sujeta a obligaciones será el patrocinado. Este, será una persona física que dispondrá de un perfil en una o varias redes sociales con unas cualidades concretas, de ahí que estos contratos, como se verá más adelante, se clasifican en la categoría *intuitu personae*.

En general, debido al alcance que tienen estas personas en los medios *on line*, se convierten en una opción recurrente de las marcas para desarrollar sus estrategias publicitarias. En muchas ocasiones estamos ante verdaderos profesionales del marketing dada su capacidad de llegar a un gran número de destinatarios e incluso de persuadir en la compra de un producto o servicio. Por esta razón, el medio de difusión de la publicidad será el perfil que posea el usuario que actúa como patrocinado en una red social. En este sentido la red social se convierte en una herramienta de comunicación *on line*, es decir, un auténtico medio o vehículo publicitario acorde con la definición que ofrece el artículo 8 LGPu⁸. Esto es así porque la red social⁹, ya sea *Facebook*, *Instagram*, *Youtube* o *Twitter*¹⁰, es una plataforma digital que presta

⁶ *Vid.* artículo 533-11: Por el contrato de patrocinio publicitario, el patrocinado, a cambio de una ayuda susceptible de valoración económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

⁷ Hemos utilizado la última actualización conocida del Código que data de junio de 2011.

⁸ «Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten».

⁹ Según el diccionario de la RAE por red social debe entenderse aquella plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios.

un servicio de la sociedad de la información facilitando un espacio virtual en el que los usuarios pueden crear su perfil una vez registrados y comunicarse entre sí, de modo instantáneo, permitiendo el acceso y difusión de todo tipo de contenidos¹¹. Si bien, en este caso, en lugar de aludir a la contratación de espacios publicitarios en las propias redes sociales¹², nos referimos a la publicidad que difunden algunos de sus usuarios en sus perfiles personales.

Además, debemos prestar atención a la naturaleza jurídica de la relación. Según ha manifestado la doctrina¹³ en reiteradas ocasiones, en los contratos publicitarios subyace un arrendamiento de obra por empresa. La obligación que contrae el patrocinado persigue un objetivo concreto: la difusión del mensaje publicitario. La obligación es de resultado, pues la intención es colaborar en la publicidad del patrocinador, llevando a cabo las tareas según los términos pactados en el contrato. No obstante, puede que el compromiso tenga una duración en el tiempo o sea de tracto único, si bien lo habitual es establecer una prestación única, aunque se desarrolle en diferentes momentos. A modo de ejemplo, puede pactarse la subida de varias fotografías al perfil de Facebook del patrocinado junto al producto durante el periodo de un mes.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta interesante traer a colación la ubicación que dispensa el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil a estos contratos, enmarcándolos en el Libro Quinto, Título III bajo el enunciado «De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales». En dicho título se incluyen todos los contratos publicitarios regulados por la LGPu, a pesar, como ocurre con el contrato de creación, de poseer naturaleza de arrendamiento de obra por empresa¹⁴. En nuestra opinión, si atendemos al contenido y finalidad del contrato, teniendo en cuenta su complejidad como veremos en el siguiente apartado, será más correcto configurarlo como un arrendamiento mixto, de obra y de servicios mercantiles. Por tanto, serán de aplicación supletoriamente los artículos 1544 y ss. del CC.

Por último, el contrato posee naturaleza mercantil. Pues, en contra de lo que pueda parecer, aunque el patrocinado utilice su perfil como persona física, en ocasiones sus derechos de imagen o marca están cedidos a una empresa que es quien explota comercialmente el perfil, e incluso lo gestiona asumiendo la obligación de ejecutar el patrocinio. No obstante, con

¹⁰ Existe un amplio espectro de redes sociales, pero hemos elegido aquellas que poseen un mayor número de usuarios, un amplio conocimiento en la sociedad y son las más utilizadas para la difusión publicitaria. Así lo ha determinado el Estudio *Global Digital Statshot* realizado por *Hootsuite* y *We Are Social*: <https://www.slideshare.net/wearesocialsg/digital-in-2017-global-overview>

¹¹ Al acoger esta definición de medio de comunicación, no nos referimos a los medios de comunicación audiovisual que serán objeto de análisis en un apartado posterior.

¹² Hablamos del contenido interactivo capaz de presentarse en una gran variedad de formatos, insertado en una página web o plataforma digital que normalmente si cliquea atrae al destinatario al sitio web del anunciante. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 421 y ss.

¹³ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 333 y ss.

¹⁴ Afirma SEQUEIRA MARTIN, A., «Los contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil», en BERCOVITS RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.) *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 440, que la importancia dada a la relevancia de la peculiaridad de la prestación de la actividad publicitaria y a la íntima relación entre ella y el bien inmaterial, ha primado sobre la consideración del resultado de una creación de un bien inmaterial o de su cesión, para considerarles contratos de prestación de servicios mercantiles y no de contrato de obra por empresa.

independencia de la situación antedicha, el patrocinador en la mayoría de los casos va a ser una empresa y el contrato publicitario formará parte de su tráfico empresarial, es decir, este tipo de colaboraciones le permite desplegar su finalidad mercantil al fomentar e incrementar la compra de sus productos o servicios¹⁵.

1. Una aproximación a las características del contrato

El contrato que estudiamos es sinalagmático, al nacer obligaciones para ambas partes. Una de ellas consistirá en publicar la imagen o producto en su perfil social y la otra el abono de la remuneración pactada. Por tanto, nos encontramos también ante un negocio jurídico oneroso. Si bien debemos aclarar que en nuestro caso la obtención de una remuneración no persigue exclusiva o únicamente disfrutar de medios económicos para desarrollar una actividad, lo que ha permitido, en ocasiones, dotar al patrocinio de carácter altruista. No estamos ante colaboraciones como sucede con un Club deportivo que suscribe un contrato de patrocinio con el compromiso de incluir la marca del patrocinador en su vestimenta, permitiéndole la ayuda que recibe a cambio, tener mayor capacidad económica para poder contratar a nuevos jugadores o costearse las equipaciones deportivas. En nuestro caso, el patrocinado recibe una contraprestación por dedicar un espacio y difundir en sus cuentas personales en las redes sociales, un producto o servicio cuya contraprestación no va destinada a la realización de una actividad concreta ni puede considerarse una ayuda sino a su enriquecimiento económico. En definitiva, se trata de una actividad lucrativa que se asemeja más a la contratación de un espacio publicitario, es decir, al contrato de difusión publicitaria.

En todo caso, la actividad que desarrolla el patrocinado deberemos incluirla en la cláusula general contenida en la definición al hacer referencia a aquella actividad «de otra índole», distinta a las enumeradas. Como veremos, en este caso es una actividad profesional, el patrocinado se dedica profesionalmente a ofrecer contenido *on line*. En contra opinan algunos¹⁶, que consideran que no se puede concluir un contrato de patrocinio publicitario para financiar una actividad puramente comercial porque consideran que este tipo de actividad no puede servir para mejorar la imagen del patrocinador. Esta premisa quebraría por completo con la finalidad del patrocinio audiovisual que financia una actividad puramente económica y cuyo régimen se encuentra regulado por la Directiva 2010/13/UE de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (en adelante DSCA)¹⁷.

¹⁵ Estos negocios jurídicos nacen y se desarrollan en el ámbito de la vida empresarial como contratos auxiliares para la celebración ulterior de los que integran la empresa mercantil. PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Contratos publicitarios», en *Curso de Derecho Mercantil* (dirs.) R. Uría y A. Menéndez, II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 267.

¹⁶ PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «Tipos de patrocinio publicitario y relaciones con otras figuras», *Actualidad Civil*, núm. 45 (2002), p. 1337 y ss.

¹⁷ *Vid.* art. 1, k): por patrocinio deberá entenderse cualquier contribución que una empresa publica o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos

Por otro lado, es un contrato consensual. Para la perfección del contrato basta la connivencia de las voluntades de las partes, sin tener que manifestarlas por escrito. Convendrá hacerlo por escrito a los meros efectos probatorios. Esta característica permite que en la práctica nos encontremos contratos formalizados por escrito y otros sin esta solemnidad. No resulta extraño que a la publicidad *on line* le siga también un contrato perfeccionado *on line* o bien un intercambio de correos electrónicos en el que las partes negocien el contenido, los acuerdos alcanzados, desprendiéndose del contenido su voluntad de contratar¹⁸.

Sentado lo anterior, nos planteamos si cabe el contrato publicitario tácito. Nos referimos a aquellos casos en los que los sujetos no emiten su compromiso de modo directo y éste debe interpretarse de sus actos. Es decir, con frecuencia las empresas envían productos con la apariencia de obsequios o regalos a determinadas personas destacadas en las redes sociales¹⁹. Acto seguido, el titular del perfil sube una fotografía o vídeo informando de la recepción del producto y describe sus cualidades. En este punto, debemos recordar que existen perfiles que contienen un auténtico reclamo para este tipo de acciones, al incluir por ejemplo en su información personal una dirección postal, lo que demuestra que este tipo de envíos se ha convertido en una práctica habitual. Con independencia de que comprobemos en un momento posterior la ilicitud o no de esta práctica, debemos analizar ahora si existe un contrato de publicidad.

En nuestra opinión, aunque la apariencia sea de obsequio, habrá que analizar cada situación para afirmar la existencia de un contrato de publicidad. Entendemos que en aquellos casos en que concurra un fin no altruista por parte de la empresa y la intención de promocionar un producto, junto a la voluntad del patrocinado de dar difusión al mismo, estaremos ante un contrato de publicidad. También podremos observarlo en aquellos casos que se convierte en una práctica habitual, el enviar un mismo producto a varias personas influyentes. Los indicios que nos lleven a esa conclusión se centran por ejemplo en que en el contenido remitido o bien mediante notificación electrónica separada, se incluya un mensaje incitando a la promoción o publicación en el perfil de la red social. Este mensaje suele ir acompañado de un texto recomendado, slogan o palabras clave para acompañar a la publicación. Piénsese también en la iniciativa que surge por parte de la empresa de organizar un viaje para varias personas influyentes en las redes sociales y durante el viaje éstas «postean» las distintas actividades que realizan a sus seguidores. Claramente, la finalidad de la empresa con esta iniciativa es alcanzar un impacto publicitario. Todo ello, nos permitirá afirmar que nos encontramos ante un contrato de patrocinio encubierto.

Esta característica nos viene bien para diferenciar dos tipos de remuneración, una monetaria y otra en especies, ya sea mediante la entrega de bienes o la prestación de servicios. Ambas se utilizan de manera indistinta pero generalmente en aquellos casos en los que

¹⁸ Sobre comunicaciones y contratos electrónicos formalizados por empresarios en el ejercicio de su actividad y su regulación *vid.* MADRID PARRA, A., «Conmemoración del 50 aniversario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 306 (2017), pp. 135-176.

¹⁹ En este sentido, *vid.* MAMBRILLA RIVERA, V., «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 15 (2014), pp. 33-50.

podemos estar ante un contrato publicitario encubierto la contraprestación económica se materializa en la entrega de bienes o la prestación de servicios.

Por último, debemos recordar que en este tipo de contratos está prohibido el pacto que garantice y concrete un resultado económico. A pesar de la división de la doctrina sobre lo acertado o no de esta limitación²⁰, resulta lógico pensar que un pacto de este tipo produciría un importante desequilibrio en las posiciones de las partes o en la carga obligacional que asume cada una, aun siendo empresarios y se dejaría el cumplimiento del contrato a una incertidumbre ajena al objeto y la causa del mismo²¹. Se trataría del cumplimiento de una obligación por parte del patrocinado un tanto diabólica, aunque sí podrá comprometerse a un impacto mínimo atendiendo al número de suscriptores o seguidores del perfil y al número de publicaciones que realice promocionando la marca.

No obstante, el Anteproyecto de Código Mercantil ya ha adelantado, entendemos que reflejando la realidad del tráfico, la posibilidad de que se suscriba un pacto de participación en beneficios. El problema de nuevo radica en cómo cuantificar y probar los beneficios que se han obtenido como consecuencia de la acción publicitaria. Gracias al uso de herramientas de análisis y estadísticas podrá realizarse una métrica del impacto global de las publicaciones y el número de accesos y visualizaciones, presentando mayor dificultad su traducción en beneficios. En la práctica existe una estrategia de marketing recurrente a través de la cuál sí podemos fijar un impacto económico, nos referimos a los códigos descuento. Esta estrategia publicitaria consiste en facilitar al consumidor una reducción del coste del producto que va a adquirir si emplea un código en el que se incluye además el nombre o algún dato identificativo de la persona que lo ha promocionado a través de su perfil. Si ésta última recibe una participación por cada producto vendido utilizando su código, podemos entender que opera el pacto de participación en beneficios, aunque en ningún caso deberá pactarse alcanzar un objetivo de ventas. Otro recurso bastante utilizado, aunque sin acarrear una venta directa como la anterior, es el sorteo o concurso *on line* impulsado por el patrocinado de un producto o servicio del patrocinador. En este caso, junto a la publicidad de la marca lo que se consigue es el aumento de seguidores del perfil del patrocinador. La remuneración del patrocinio en este caso puede pactarse a expensas del número de participantes en el sorteo, recibiendo el patrocinado un importe por cada uno.

Cuestión distinta, a pesar de ser ajena a nuestro objeto de estudio, es la incidencia fiscal de estas prácticas. Al producirse la apariencia de un contrato publicitario y la consecuente falta de reconocimiento de su existencia, provoca que el patrocinado omita la obligación de declarar el ingreso recibido. Contribuye pues esta práctica a evitar someterse al régimen tributario aplicable según el caso y a fomentar la economía irregular siendo difícil su control e inspección.

²⁰ Sobre los argumentos empleados por ambas líneas doctrinales *vid.* VEGA VEGA, J.A., «La contratación publicitaria: normas generales» en GARCÍA CRUCES, J.A. (coord.) *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1982 y ss.

²¹ *Ibid*, p. 1982 y ss. Pone de manifiesto el autor que existen varias razones para entender lógico la inclusión de este límite. Entre otras, porque la finalidad de estos contratos es obtener un resultado publicitario, que termina con la difusión del producto u obra publicitarios o porque la actividad publicitaria no siempre es susceptible de lograr una respuesta inmediata del destinatario.

2. Relación con otros contratos publicitarios

En el apartado anterior hemos analizado las características del contrato publicitario que estudiamos en conjunción con el contrato de patrocinio, dada la identidad que poseen. Sin duda, de los contratos definidos por la LGPu es con el que presenta mayor afinidad, aunque si nos detenemos en la acción publicitaria que se desarrolla comprobaremos algunos rasgos comunes con otros contratos.

Para comprobar estas semejanzas con el resto de contratos publicitarios es conveniente describir qué obligaciones asume cada una de las partes. El anunciante es el que posee el interés de publicitar un determinado producto o servicio, para cuyo objetivo pretende colaborar con la persona influyente. Las obligaciones que asume se circunscriben a proporcionar la información junto a los bienes o servicios que se desean publicitar, así como los requisitos o modos, si los hubiere, para darlos a conocer al destinatario objetivo. En este aspecto se entiende implícito cualquier cesión de derechos sobre los signos distintivos que deba realizarse. Además cabrá la suscripción de un pacto de confidencialidad según el caso, y, por supuesto, el abono de la remuneración pactada. En lo concerniente al patrocinado, este deberá difundir en sus perfiles de redes sociales la publicidad acordada en el soporte pactado y cumpliendo con las especificaciones dispuestas por el patrocinador que podrán referirse a la fecha en que desea la difusión, las características de la pieza publicitaria así como el contenido del mensaje que traslade al destinatario²². Existe un deber de rendir cuentas o, al menos, evaluar el retorno e impacto que haya tenido la actividad patrocinada. Así lo ha recogido, como ya se ha comentado, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil²³ en el único y escueto precepto dedicado a las obligaciones de las partes en el contrato de patrocinio y creemos que también debe operar en nuestro caso. Todas estas obligaciones se enmarcan en la buena fe que debe presidir este tipo de relación, sin perturbaciones en la esfera profesional ni reputacional de cada una de las partes.

De la aproximación a las obligaciones asumidas por las partes que acabamos de realizar, comprobamos que existen notas comunes con el contrato de difusión al consistir la acción publicitaria en la difusión de publicidad en un medio de comunicación. Como hemos adelantado, las redes sociales se han convertido en auténticos medios de comunicación *on line*. Cada perfil posee un alcance, según el número de seguidores y las personas que hayan accedido al perfil y sirve como canal. Además la propia LGPu²⁴ ordena el carácter supletorio de las normas sobre el contrato de difusión como intento de completar el parco régimen jurídico del contrato de patrocinio²⁵.

²² No es objeto de nuestro estudio profundizar en las obligaciones de las partes, por ello sírvanos la concreción de obligaciones y el análisis del contenido del contrato de patrocinio realizado por MARCO ARCALÁ, L.A., «La contratación publicitaria (II): los contratos de creación publicitaria y de patrocinio» en GARCÍA CRUCES, J.A. (coord.) *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 2041 y ss.

²³ *Vid.* art. 533-12.

²⁴ *Vid.* art. 22 LGPu *in fine*.

²⁵ Esta supletoriedad del contrato de difusión publicitaria ha generado bastantes críticas en la doctrina, cfr. MARCO ARCALÁ, L.A., *op. cit.*, p. 2041 y ss.

Por otro lado, se produce una creación publicitaria. Al contrario de lo que ocurre en otros patrocinios, que se limitan a incorporar el logotipo de la marca en una zona de la vestimenta, *photocall* o *banner*, entre otros. Aquí la acción publicitaria requiere de la creación de un soporte digital, que generalmente será una fotografía o un vídeo. Además, tendrá determinadas características, dado el atractivo que debe tener para influir en el comportamiento de un mayor número de seguidores.

En este sentido, debemos aclarar que la elaboración de un elemento publicitario no constituye por sí mismo un bien inmaterial, al no cumplirse los requisitos para ser susceptible de protección por propiedad intelectual²⁶. Resulta difícil concebir la originalidad en las comunicaciones publicitarias que nos ocupan, al venir con frecuencia predispuestas por el patrocinador, sumado a que en la mayoría de los casos los derechos de explotación son cedidos al ordenante, el anunciante en nuestro caso. Es decir, el objeto del patrocinio es la fotografía o la elaboración de un elemento audiovisual, de ahí que hablemos también de creación publicitaria, con la salvedad de que si esa creación alcanza el requisito de la originalidad deberán entenderse cedidos los derechos patrimoniales sobre la misma, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos de carácter personal al creador²⁷. Piénsese, al menos en este punto, en la protección más residual que puede alcanzar la creación como mera fotografía. Ante tales situaciones se permitirá al anunciante utilizar esas piezas publicitarias para componer otras campañas publicitarias y seguir disfrutando de un rendimiento económico gracias a la colaboración suscrita, salvo pacto en contrario.

En la actualidad, según han puesto de manifiesto algunos autores²⁸, se está produciendo una creación masiva de contenido digital. De manera que resulta una excepción el reconocimiento al usuario de internet de un derecho de exclusiva sobre lo creado. Sin duda, la información e invenciones publicadas en ese espacio virtual deben concebirse como meras ocurrencias, que no alcanzan la suficiente creatividad para ser protegidas por un derecho de exclusiva²⁹.

A modo de conclusión podemos afirmar que se trata de un contrato complejo que presenta mayor afinidad con el patrocinio pero que integra elementos de otros contratos publicitarios, al producirse la acción de difundir e incorporar cierta creatividad en la acción publicitaria³⁰. En consecuencia, podríamos hablar de una reinterpretación del patrocinio publicitario adaptado a los nuevos escenarios digitales.

²⁶ Vid. art. 10 LPI/1996.

²⁷ En este sentido, vid. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., «Creaciones publicitarias y uso marcario de los elementos definitorios de una marca publicitaria», en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (dir.) *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, 2009, p. 760 y ss.

²⁸ Vid. NAVAS NAVARRO, S., «Creación y ocurrencia en el contenido digital online generado por los usuarios de internet», *Actas de Derecho Industrial*, núm. 36 (2015-2016), pp. 403-414.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Nos recuerda ECHEVERRY VELÁSQUEZ, S.L., «El patrocinio deportivo» en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.) *Cuestiones actuales de derecho del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 278, que se trata de un negocio en el que cabe articular otras obligaciones y diversos pactos y que guarda relación con otros contratos de naturaleza mercantil.

III El «influencer» como sujeto obligado en la acción publicitaria

La especialidad en el contrato publicitario que estudiamos la ofrece una de las partes, conocido en los medios digitales como *influencer*. El *influencer* o influenciador³¹ es aquella persona que goza de influencia sobre un público determinado. Gracias a los medios sociales, en los últimos años ha nacido esta figura que podemos clasificar en dos grandes grupos: aquellos que ya eran influyentes con independencia de su presencia en las redes sociales, así sucede con los artistas, deportistas o actores y aquellos otros que se han convertido en personajes públicos que generan un notable impacto sobre sus seguidores exclusivamente gracias a las redes sociales³². El segundo grupo descrito es el que merece nuestra atención, pues en el caso de los que ya poseen un reconocimiento social al margen de la esfera digital y sin perjuicio de que participen en el contrato que estudiamos, las acciones publicitarias que difunden en sus cuentas en redes sociales son un complemento de la publicidad tradicional pudiéndose integrar en contratos y campañas publicitarias más complejas.

Lo relevante en este punto es la existencia de personas anónimas que han alcanzado un gran número de seguidores gracias al uso de las redes sociales para difundir información de todo tipo, convirtiéndolas en una herramienta profesional y, por tanto, han conseguido rentabilizar su presencia *on line*. Las empresas concedoras del reconocimiento social que poseen estos nuevos actores, deciden valerse de su reputación para colaborar y vincular sus productos o servicios a ellos con la finalidad de incitar a un mayor número de personas a adquirirlos. No obstante, y desde el punto de vista del marketing, esta figura coincide con la persona del prescriptor que se desenvuelve en el entorno *off line*³³.

En resumen, el anunciante elige colaborar con un *influencer* por sus cualidades, profesión e impacto en los destinatarios. Estas características, como ya hemos adelantado, le confieren al contrato un carácter *intuitu personae*³⁴, lo que conlleva limitar la capacidad de sustitución por otra persona y un especial control e interés por mantener sus cualidades, que en caso de quiebra puede afectar al contrato suscrito.

1. Asociación marcaria positiva. El «influencer» como marca notoria

La contratación publicitaria y los derechos de la propiedad industrial han estado siempre interrelacionados. En el contrato que estudiamos una de las consecuencias intencionadas que produce la colaboración publicitaria es la asociación de la marca del anunciante con la del *influencer*. Normalmente, este último posee notoriedad de marca y su imagen se ha convertido

³¹ Suele utilizarse también la denominación de *instagrammer*, *youtuber* o tuitero según el tipo de red social de la que sean usuarios. Aquellos que adquieren popularidad en algún medio social se les identifica con el término *influencer* y permite englobar todas las redes sociales.

³² En el sector del marketing también se le denomina influenciador a aquellos consumidores que muestran su satisfacción o no sobre un producto en foros *on line* o blogs.

³³ Siguiendo el análisis que realiza en CHAVELI DONET, E., «Redes sociales, Empresa y Publicidad», en AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*, Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 304, si las redes sociales reflejan las relaciones existentes en la sociedad y la empresa es un elemento integrante de ellas e interactúa a través de distintos soportes para la difusión de publicidad, era de esperar que se valiese de personas reconocidas en el medio *on line*.

³⁴ En este sentido *vid.* PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «El patrocinio: doctrina y jurisprudencia», *Actualidad Civil*, núm. 7 (2003), p. 157 y ss.

en un bien susceptible de aprovechamiento económico. No siempre se encuentra la marca inscrita en la Oficina correspondiente de Marcas, bien porque es habitual que se utilice el nombre propio o porque a pesar del uso de un seudónimo, el titular haya decidido no registrarla. Como sabemos, este uso extrarregistral está protegido por nuestras normas pudiendo hacer un uso exclusivo de la marca³⁵. Además queda acreditada la relevancia de la marca de los *influencers*, a sabiendas del impacto y el conocimiento que genera en el público, aunque deberá ser susceptible de prueba en caso de conflicto³⁶.

En el supuesto del uso del nombre propio como marca, la LM/2001 exige la autorización previa para su registro cuando la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante³⁷. Si bien en este caso sí existe un reconocimiento de, al menos, una parte del público, principalmente aquél que es seguidor del *influencer*, lo que, entendemos, le permitirá registrar su nombre o seudónimo como marca. No obstante será la Oficina, en el examen de fondo de la solicitud, la que deba comprobar tal conocimiento³⁸. Vemos pues que convendrá la autorización para el uso de la marca en caso de que el anunciante quiera utilizar la publicación, no sólo por el reconocimiento de los derechos sobre la marca sino también por respeto a los derechos de la personalidad.

Habiéndose reconocido la notoriedad de la marca del *influencer*, esta conllevará que en la acción publicitaria deba convivir junto a la marca del patrocinador procurando que la asociación no conduzca a confusión. Esta intención de asociación de marcas, es lo que justifica que hablemos del patrocinio de una actividad publicitaria, dado que las especiales cualidades del *influencer* y su capacidad de generar opinión y reclamo de venta en el destinatario, procuraran un beneficio económico y reputacional al patrocinador. Sin embargo, la envergadura de esta asociación y del vínculo que percibe el destinatario³⁹ dependerá de si la acción es puntual o bien, se trata de una relación publicitaria duradera.

2. La licitud de la publicidad a través de perfiles en redes sociales. Cuestiones actuales

Una de las peculiaridades de la difusión publicitaria que realizan los *influencers* es que en raras ocasiones se informa al destinatario de que está ante una imagen preconcebida con fines publicitarios. Este es uno de los principales problemas que plantea este tipo de patrocinio.

³⁵ En este sentido, *vid.* DE MEDRANO CABALLERO, I., «Derecho de Marcas», en BAYLOS MORALES, M. (coord.) *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 1262 y ss.

³⁶ Según declaró el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 1999 c-375/97, para valorar el grado de conocimiento y por tanto la notoriedad de marca, el Juez nacional debe tomar en consideración todos los elementos pertinentes de autos, a saber, en particular, la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración de su uso, así como la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla (apartado 27).

³⁷ *Vid.* art. 9.1 apartado b) LM/2001.

³⁸ *Vid.* FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 251 y ss.

³⁹ Este vínculo puede alcanzar tal intensidad que nos distanciamos del contrato de patrocinio para que opere el de *personality merchandising*.

2.1. La propuesta de Directiva por la que se modifica la DSCAV

En general, en los medios audiovisuales cuando un espacio o contenido está patrocinado debe indicarse. Así lo establece el artículo 16 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA) que transpone la Directiva 2010/13/UE aplicable a los servicios de comunicación audiovisual, en virtud de la cual cuando exista un acuerdo de patrocinio, los espectadores deben ser claramente informados mediante su logotipo, nombre o marca con independencia del momento en que se produzca durante la emisión del programa. Siguiendo estas normas, nos planteamos su aplicación a nuestro objeto de estudio por analogía.

El legislador europeo ya ha previsto la adaptación de esta normativa sobre medios audiovisuales tradicionales a las nuevas plataformas digitales, así como a la radiotelevisión *online*. Dentro de los objetivos que persigue la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE⁴⁰, se encuentran el de dotar de mayor flexibilidad a las comunicaciones comerciales que difunden estos medios. La Propuesta incorpora una nueva categoría de servicio de comunicación audiovisual, añadiendo el servicio de plataforma de distribución de videos donde podríamos entender incluida la plataforma digital *Youtube*. El considerando segundo de la Propuesta reconoce que no se incluyen los servicios de redes sociales, excepto si prestan un servicio que quede abarcado por la definición de plataforma de distribución de vídeos⁴¹. En principio, este servicio de distribución y almacenamiento de videos no lo ofrecerían otras plataformas como son *Twitter*, *Facebook* e *Instagram*, pues no representa su actividad principal⁴². Aunque en nuestra opinión sí cumple el segundo requisito de la definición, pues poseen una parte disociable donde ofrecen videos generados por los usuarios en sus perfiles.

La STJUE de 21 de octubre de 2015, Caso *New Media Online* (JUR 2015, 244875)⁴³ ya alertó de la necesidad de ampliar el término de servicio de comunicación audiovisual, entendiéndolo que si no se efectuaba una apreciación caso por caso de la principal finalidad del servicio en cuestión, implicaría no tomar suficientemente en consideración la diversidad de situaciones posibles y correr el riesgo de que a los operadores que prestan efectivamente

⁴⁰ [COM (2016) 287 final].

⁴¹ El art. 1 de la Propuesta añade la letra «a bis) “servicio de plataforma de distribución de vídeos”, un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que cumple los requisitos siguientes: i) el servicio consiste en el almacenamiento de una gran cantidad de programas o vídeos generados por los usuarios, cuya responsabilidad editorial no recae sobre el proveedor de la plataforma de distribución de vídeos; ii) la organización de los contenidos almacenados está determinada por el prestador del servicio, incluso por medios o algoritmos automáticos, en particular mediante el alojamiento, la presentación, el etiquetado y la secuenciación; iii) la finalidad principal del servicio o de una de sus partes disociables es ofrecer programas y vídeos generados por los usuarios al público en general, con objeto de informar, entretener o educar; iv) el servicio se presta a través de redes de comunicaciones electrónicas, en el sentido de la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE».

⁴² En este sentido MENDOZA LOSANA, A.I., «La nueva regulación europea del mercado audiovisual. Propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18 (2016), pp. 166-189.

⁴³ Un estudio sobre la interpretación realizada por el TJUE de la de la Directiva 2010/13/UE lo realiza DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Caracterización de ciertos sitios de Internet como servicios de comunicación audiovisual», *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015.

servicios de comunicación audiovisual⁴⁴, no se les aplique dichas normas. Por tanto, lo que sucede hoy en día es que no operan en igualdad de condiciones en el mercado y la Propuesta sigue sin dar una solución adecuada a estas situaciones.

Nos mostramos partidarios del planteamiento expuesto por miembros de la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo que propusieron enmendar el Considerando segundo de la Propuesta al entender que los servicios de las plataformas de redes sociales utilizan cada vez más contenidos audiovisuales y en consecuencia debiera aplicárseles los efectos previstos en la Directiva 2010/13/UE, en la medida en que prestan servicios que responden a los criterios que definen una plataforma de distribución de vídeos. Los hábitos de uso de estas redes sociales y el diseño e incorporación de nuevas funciones que los prestadores de servicios llevan a cabo en sus plataformas, nos demuestran cómo persiguen facilitar la generación y almacenamiento de videos, incluso en *streaming*, para el acceso de los usuarios registrados.

En la Propuesta, la obligación de información en caso de patrocinio recae sobre el prestador del servicio de la plataforma digital que difunde la publicidad. En caso de que la difusión la realice un usuario de los conocidos como *influencers*, entendemos que a este último debería exigírsele el cumplimiento de esta obligación o bien, podemos plantear como alternativa que la red social habilite una opción en la que el usuario pueda informar cuando la información subida es publicidad comercial⁴⁵. Por ello, lo adecuado sería establecer unas pautas para estas situaciones y evitar que algunos perfiles de usuarios que interactúan en redes sociales se conviertan, de manera aislada del resto de la plataforma, en verdaderos prestadores de servicios audiovisuales, lo que debería conllevar la aplicación de las mismas normas que al prestador de la plataforma digital. No obstante, deberemos esperar al contenido definitivo de la futura Directiva así como a la posición que toma el legislador español. Sin duda nace una oportunidad de equiparar a ambos sujetos en lo que a publicidad se refiere.

2.2. ¿Una modalidad de publicidad encubierta?

Si analizamos el comportamiento de los *influencers*, existen casos en los que al subir una publicación en su perfil informan al destinatario que la recomendación del producto o servicio no está patrocinado o, por el contrario, hacen referencia a que se trata de una colaboración con la marca que están promocionando. Aunque estas son excepciones aisladas, en la práctica generalmente se omite que estamos asistiendo a la promoción de un producto. En este punto nos preguntamos si este hecho puede identificarse como publicidad indirecta.

La LGPu no define lo que sea la publicidad indirecta, ciñéndose el artículo 2 a incluirlo dentro de los modos de promover un determinado bien o servicio para su contratación. La doctrina⁴⁶ sí ha concretado su concepto, basándose principalmente en las normas sectoriales que prohíben expresamente este tipo de publicidad. Bajo la denominación de publicidad indirecta se ha entendido aquella que promueve oblicuamente la contratación de productos o servicios no directamente referenciados, pero sí asociados por la generalidad de los

⁴⁴ Apartado 29 STJUE de 21 de octubre de 2015.

⁴⁵ Algunas redes sociales ya han incorporando esta función.

⁴⁶ *Vid.* LÁZARO SÁNCHEZ, E., «La publicidad (comercial) indirecta», *La Ley Mercantil*, núm. 16 (2015).

destinatarios con los distintivos publicitarios utilizados. Esta definición nos lleva a afirmar que no existe un patrocinio indirecto, es decir, que la mera referencia a la denominación de la marca que pretende promocionar el bien es suficiente para considerar que se trata de publicidad directa. El destinatario en el material subido a la red identifica perfectamente la marca a la que pertenece e incluso, en ocasiones el propio *influencer* realiza una remisión al perfil que posee esa marca en la red social, a través del conocido etiquetado o mención en un comentario compartido.

Una vez aclarado que no se trata de publicidad indirecta, nos preguntamos si podríamos encontrarnos ante una modalidad de publicidad encubierta. La LGPu contempla el deber de identificar el carácter comercial de una comunicación, que lleva implícita la pervivencia del principio de autenticidad de la publicidad⁴⁷ adaptada, como es lógico, a los nuevos medios y canales. Además, la publicidad encubierta viene recogida como práctica comercial⁴⁸ desleal en el artículo 26 LCD⁴⁹ entendiéndose por tal la falta de información sobre la naturaleza publicitaria del mensaje que recibe el consumidor, aprovechándose del efecto que este conocimiento produce sobre el destinatario. Si el consumidor desconoce el carácter publicitario considerará que la información recibida posee mayor objetividad⁵⁰.

Vemos la importancia que adquiere que el destinatario de la publicidad sea consciente y reconozca que lo que está visitando tiene tal naturaleza. De lo contrario se estaría induciendo a error al consumidor, es decir, se produciría un engaño. En este sentido, la propia LDC también tipifica la publicidad encubierta como un acto de engaño en virtud del artículo 5.1 y como omisión engañosa, según el artículo 7.1 del mismo cuerpo legal⁵¹.

Lo establecido en estas normas nos lleva a concluir que la publicidad emitida por los *influencers* puede considerarse una práctica comercial engañosa, por varias razones. De un lado, se produce una omisión de información que induce a engaño pues, como hemos dicho, la impresión del destinatario sobre la información recibida no se valora de la misma manera si conoce que está ante una promoción publicitaria que si está exclusivamente ante información que transmite el *influencer* de acuerdo a su experiencia y actividad que desarrolla en la red social. De otro lado, el contexto en el que se difunde contiene anuncios que están identificados

⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., «Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 296 (2015), pp. 183-223.

⁴⁸ La Directiva 2005/29/CE define la práctica comercial llevada a cabo por las empresas como todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores

⁴⁹ Debemos recordar que el régimen legal de los actos de publicidad ilícita es doble: los elementos del tipo los hallaremos en la LGP y luego vendrán «duplicados» y «reconvertidos» también en actos de competencia desleal merced al art. 18 LCD. Así lo expone PRAT, C., «La regulación de la publicidad en la nueva Ley de Competencia Desleal. Modificaciones más relevantes» en ARMIJO CHÁVARRI, E. (coord.) *Análisis de la Reforma del Régimen Legal de la Competencia Desleal y la Publicidad, llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, La Ley, Madrid, 2011, p. 116.

⁵⁰ Vid. ÁLVAREZ RUBIO, J., «Protección del consumidor a través del Derecho de la competencia», en DE LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.) *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 2405-2478.

⁵¹ Sobre la publicidad encubierta como publicidad engañosa vid. IRACULIS ARREGUI, N., «Prácticas comerciales encubiertas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8 (2011), pp. 133-147.

como publicidad y otros que no, lo que propicia que el consumidor confíe⁵² en que si lo que está visitando es publicidad se va a diferenciar de alguna manera del resto de información, tal y como está acostumbrado.

En este punto y manteniendo la calificación de encubierta de esta publicidad, debemos ahora analizar si la utilización de espacios para la difusión de publicidad en un perfil sin su identificación se asemeja al emplazamiento de producto o *product placement*. Este supuesto consiste en una técnica comercial cuya presencia se circunscribe al ámbito de la comunicación audiovisual, programas de televisión o películas y series. Aquí el objetivo que persigue la marca es integrar un producto o servicio reconocible para el destinatario en un contexto que no es publicitario. Si mantenemos que las redes sociales deben considerarse medios de comunicación, sumado a las características ya expuestas de la publicidad difundida en los perfiles de *influencers*, concluiremos que aquí también se dan los elementos del emplazamiento de producto. Es decir, se produce la integración de publicidad de una determinada marca en un post que publica el *influencer* en su perfil, sin que un consumidor medio⁵³ pueda diferenciar de entre todas las publicaciones cuál corresponde a una colaboración con la marca, de aquellas recomendaciones o informaciones resultado de su experiencia personal.

Frente a esta práctica, una fórmula para evitar el engaño es referir de forma legible en alguna zona del anuncio o en el comentario ligado al mismo, que se trata de publicidad. A modo de ejemplo, podemos recordar las directrices establecidas en el artículo 14.3 de la LGCA, según el cual en la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad». Esta obligación, ya apuntada en el presente trabajo, debería ser asumida en los mismos términos en el caso de la publicidad realizada por los *influencers*.

La actualidad y la manera de abordarlo apremia dada la velocidad con la que avanzan las distintas técnicas de comunicación comercial *on line*. Esta reflexión, que todavía no se ha planteado abiertamente en España⁵⁴, sí ha sido objeto de análisis en otros países. En EE.UU., la *Federal Trade Commission*, organismo responsable de la protección de los consumidores, tras la revisión de numerosos perfiles en la red social de Instagram debido a peticiones de ciudadanos, decidió enviar 90 cartas a los titulares de esos perfiles y a las agencias de marketing, recordándoles que el *influencer* debe informar claramente sobre la relación contractual que

⁵² Sobre el entorno de confianza de las plataformas de intermediación y el cumplimiento de su triple función: accesibilidad, visibilidad y credibilidad, *vid.* RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidades», *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 153-154 (2013), pp. 43-68.

⁵³ En este sentido, *vid.* GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17 (2004), pp. 47-82.

⁵⁴ A la fecha de cierre del presente trabajo, en España no existe ninguna directriz en materia publicitaria en este tipo de comunicaciones, si bien nos informaron desde Autocontrol que se está trabajando en elaborar unos códigos de conducta, encontrándose en una fase incipiente.

posea con la marca cuando el objeto de esta consista en promover sus productos a través de las redes sociales⁵⁵. Por su parte, la *Advertising Standards Authority*, organismo homólogo al americano pero competente en Reino Unido ha difundido una serie de consejos e informaciones para aquellas prácticas publicitarias que no sean identificables como tales por la naturaleza del medio, como sucede con las redes sociales. En tales casos, han exigido información adicional para poner de manifiesto que se trata de una comunicación comercial. Dicho organismo propuso para identificarlas la inclusión de la palabra inglesa publicidad, «*ad*», al principio del texto adjunto a la imagen o video⁵⁶. Huelga decir que hasta ese momento se recomendó el uso de la palabra «*spon*» abreviatura de la palabra «*sponsored*», pero el destinatario no reconocía que el uso de ese término aludía a que la publicación estaba patrocinada, lo que ha originado el cambio por la palabra *ad*.

2.3. *La protección del destinatario*

El espíritu de las normas que regulan la publicidad está impregnado, entre otros principios, por la protección de la persona destinataria. En este ámbito, como en otros, existe una asimetría informativa entre el consumidor y la empresa. El consumidor, tal y como hemos comentado al inicio de este trabajo, utiliza internet para completar la información que posee sobre un producto o servicio en el que está interesado y reducir distancias con el empresario⁵⁷. Sin embargo, si esa información le llega con otra apariencia volverá el consumidor a ostentar la posición más débil en el mercado.

El artículo 19 del LGDCU/2007, reconoce el respeto de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios en las prácticas comerciales de los empresarios, entre las que se encuentran las comunicaciones comerciales, la publicidad y la promoción de un bien o servicio. Del mismo modo, los artículos 20 y ss. de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, recuerdan la necesidad de informar sobre el carácter publicitario del envío de comunicaciones comerciales electrónicas. Ambas normas, junto a las citadas en el epígrafe anterior, establecen un amplio marco normativo que garantiza la salvaguarda del consumidor en su navegación por internet e impide cualquier tipo de distorsión significativa del comportamiento económico.

Conociendo este marco de protección, debemos analizar ahora si resulta plausible que el consumidor soporte la carga de discernir si cuando visita un perfil lo que está viendo es publicidad o no. A ello habría que añadir, en el sentido expuesto por algunos autores⁵⁸, la

⁵⁵ Para consultar la información sobre este asunto vid. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> así como las guías de cumplimiento de la comisión <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/ftcs-endorsement-guides-what-people-are-asking> (última visita realizada el 20 de marzo de 2017)

⁵⁶ Estas recomendaciones fueron publicadas en la web oficial del organismo en marzo de 2017 <https://www.asa.org.uk/advice-online/affiliate-marketing.html> (última visita realizada el 20 de marzo de 2017)

⁵⁷ En este sentido, VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Competencia desleal y publicidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 21 (2017).

⁵⁸ VÁZQUEZ RUANO, T., *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 244; GUILLÉN CATALÁN, R., «La protección jurídica de los consumidores ante el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica» en PLAZA PENADÉS, J. (dir.)

dificultad probatoria para el consumidor que visiona el contenido de la publicidad encubierta. Frente a esta situación una de las soluciones más factible, teniendo en cuenta todas las implicaciones que requiere un proceso judicial para el consumidor, es acudir a un organismo de autodisciplina publicitaria como es Autocontrol⁵⁹, perteneciente a la *European Advertising Standards Alliance*. Todo miembro del citado organismo debe cumplir con el Código de Conducta Publicitaria de 19 de diciembre de 1996, en adelante CCP, y cuya aplicación posee plena eficacia en las comunicaciones comerciales digitales. Este mecanismo es mucho más rápido y menos costoso para el denunciante. El artículo 13 del CCP exige que la publicidad sea identificable como tal sea cual sea su forma o el medio utilizado. Por tanto, el consumidor podrá realizar una reclamación ante Autocontrol por el incumplimiento del CCP y que el Jurado adopte las decisiones oportunas al respecto.

En paralelo, los Gobiernos deberían incitar a las plataformas digitales sociales a que aumentasen los mecanismos de control del contenido inapropiado. Una herramienta adecuada sería la elaboración de un código de conducta relativo a prácticas comerciales *on line*. La Comunicación de septiembre de 2017 de la Unión Europea sobre «La lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea»⁶⁰, ya puso de manifiesto el perjuicio que podría ocasionar para el consumidor la publicidad a través de los perfiles de los usuarios de redes sociales, dado que a menudo se mezclan con el contenido generado por el propio usuario. En este sentido, también cabría facilitar una herramienta accesible en la plataforma para que el usuario la pulse cuando perciba que está ante publicidad encubierta, ofreciéndole las mismas opciones que cuando se encuentra ante espacios publicitarios de la propia red social: ocultar o denunciar el anuncio.

En este sentido, fruto de las negociaciones mantenidas entre la Comisión Europea y empresas como Facebook, Twitter y Google, se ha alcanzado el acuerdo y compromiso por parte de estos, de eliminar la clausula contenida en los términos legales de sus respectivas plataformas *on line* que los exoneraba del deber de identificar el contenido patrocinado. No siendo suficiente estas acciones, deberemos esperar al resultado de los trabajos que está llevando a cabo la Comisión y si el nuevo marco de protección de los consumidores incluye mecanismos y directrices para corregir estas prácticas.

IV Resolución contractual por pérdida de la buena reputación y responsabilidad de las plataformas «on line»

En el contrato publicitario objeto de estudio ante un incumplimiento operan las normas generales sobre obligaciones y contratos del Derecho común. Nuestra intención no es profundizar en ese régimen, pues no dista de las consecuencias producidas por incumplimiento en el resto de contratos mercantiles. En el supuesto de que una de las partes incumpla alguna

Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 103-170.

⁵⁹ Sobre la resolución alternativa de disputas en el ámbito publicitario *vid.* ÁLVAREZ RUBIO, J., «La superación de los mecanismos tradicionales de control de las comunicaciones comerciales: autorregulación y correulación como modelos de éxito», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 20 (2017).

⁶⁰ COM(2017) 555 final.

de sus obligaciones nacerá el deber de indemnizar y se producirá la resolución del contrato, salvo que se haya pactado un resultado distinto.

La diferencia en estos negocios jurídicos radica en la responsabilidad nacida por el deterioro de la imagen del patrocinado y, en consecuencia, el impacto negativo que provoca sobre el patrocinador. Es decir, dentro de las obligaciones asumidas en este tipo contractual se encuentra la obligación de no hacer. El *influencer* deberá abstenerse de realizar cualquier acción u omisión que genere un menoscabo de la marca que promociona. Ligada a ésta nos encontraremos la obligación de evitar toda modificación de sus cualidades o alteración de su reputación *on line*. Si se produce una ruptura del carácter *intuitu personae* o engaño⁶¹, el patrocinador no querrá que su marca se asocie a la del *influencer* e, incluso, según el caso, nacerá el deber de reparar el daño causado.

A modo de ejemplo, podemos traer a colación una empresa dedicada a la producción de zumos dietéticos que suscribe un contrato publicitario con un *instagrammer* reconocido y seguido en la red social por sus hábitos de vida saludables, para la publicación de varias fotografías en las que se aprecie que utiliza el producto y se comprometa a informar sobre los beneficios del mismo. Durante la vigencia del contrato se hace público que sus pautas nutricionales no son las más idóneas y además los consejos ofrecidos han provocado importantes trastornos alimenticios a algunos de sus seguidores. Ante tal situación, al patrocinador ya no le interesa que se le identifique con esa persona dado que no ha respetado las cualidades que poseía y sirvieron de base para suscribir el contrato.

Este tipo de situaciones conlleva la frustración objetiva de la finalidad del negocio. En el ejemplo descrito, la reputación *on line* de la *instagrammer* va a disminuir considerablemente. En consecuencia, esta causa supondrá la resolución automática del contrato. Además, el daño causado podrá ser objeto de indemnización siguiendo lo que hayan pactado al respeto o, en caso contrario, las pérdidas o los beneficios dejados de obtener que puedan acreditarse.

De acuerdo con la remisión que realiza la LGPu a la aplicación de las normas del contrato de difusión, estas no ofrecen una solución para la imputación de responsabilidad en caso de quiebra de las especiales características del patrocinado. Por tanto, deberemos atender a los términos del artículo 1124 CC, en virtud de los cuales el perjudicado puede escoger entre el cumplimiento o la resolución, sin perjuicio del abono de los daños y perjuicios ocasionados. En este caso, no sería viable la exigencia de cumplimiento de la obligación dado el carácter personalísimo de ésta y la ruptura que se ha producido de las cualidades del patrocinado, por lo que cabría la resolución del contrato.

No obstante, sí aborda la LGPu las consecuencias de la realización deficiente de la prestación, señalando el artículo 19 la posibilidad de optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la

⁶¹ En este medio han surgido el «fraude de los *influencers*» que en apariencia tienen un gran número de seguidores y por tanto, potenciales consumidores y un amplio canal de difusión para las marcas y en realidad el aumento de seguidores se produce gracias a la compra de estos, siendo perfiles falsos. Un estudio de investigación sobre esta materia ha sido el realizado por la empresa de marketing H2H, <https://player.vimeo.com/video/254985204>

publicidad no difundida. Este mandato permitiría que en caso de que el *influencer* haya difundido la publicidad sin cumplir con las directrices del patrocinador, deba rectificar y volver a publicarla siguiendo lo pactado.

Normalmente, las disputas entre las partes en este negocio jurídico rara vez desencadenan en un procedimiento judicial. Esto tiene su justificación también en la asociación que frente al público han generado las partes, no tiene sentido que el conflicto existente entre ellas trascienda y se convierta en viral dado el entorno en el que se ha desenvuelto su relación, pues esta situación puede producir un daño mayor a la imagen de ambas. Lo recomendable entonces será concretar las causas de resolución del contrato además del modo de valorar la indemnización en caso de incumplimiento y acudir a vías alternativas de resolución de conflictos.

Unido a lo que comentamos, cabe plantearse si deben asumir las redes sociales algún tipo de responsabilidad por la publicidad encubierta difundida por los *influencers*. Atendiendo a lo estudiado debemos diferenciar entre aquella red social que deba considerarse medio de comunicación audiovisual y la que no, ya que serán distintos los regímenes de responsabilidad aplicables. Esto es, en el primer caso la plataforma podrá ser objeto de sanción administrativa y por tanto, esa será la responsabilidad imputable. Respecto al segundo supuesto, volvemos sobre la discusión entorno a si debe exigírsele responsabilidad a las plataformas *on line* por las acciones de sus usuarios. En nuestra opinión, dadas las funciones de prestador de servicios de intermediación, sólo deberá exigírsele responsabilidad al patrocinado y patrocinador⁶², no pudiéndole exigir a la plataforma más responsabilidad que la de cumplir con su deber de colaboración incluyendo en sus términos legales la obligatoria identificación del patrocinio, así como facilitar herramientas para ello. Eso sí, siempre que la plataforma adopte una actitud pasiva, de mera facilitadora de la red y alojamiento de la información del usuario⁶³.

Sin embargo, si concluimos que las plataformas digitales sociales adoptan una actitud activa respecto a los usuarios, deberíamos plantearnos si estamos ante la imposición de un deber excesivo y desproporcionado de control dada la dificultad de persecución de estas prácticas.

V Conclusiones

En el presente trabajo nuestra intención ha ido orientada a repensar el contrato de patrocinio adaptándolo a nuevos escenarios como son las plataformas digitales. La proliferación de contratos publicitarios, algunos de ellos acogidos por normas proyectadas, junto a los

⁶² En este sentido, MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico» *Revista de la contratación electrónica*, núm. 88 (2007), p. 22 recuerda que el prestador de servicios de intermediación quedará exento de responsabilidad en aquellos casos en los que el daño ocasionado a tercero lo haya realizado el destinatario de sus servicios de intermediación, siempre que actúe conforme a las previsiones legales.

⁶³ Así se deduce de la Comunicación sobre plataformas en línea y el mercado único digital (COM(2016) 288/2 de 25 de mayo de 2015) y cobra protagonismo a partir de la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, c-434/15, al considerar que Uber es un prestador final del servicio de transporte a los usuarios debido a que las acciones que realiza van más allá de la mera intermediación pues genera la oferta de servicios, los organiza e influye de manera decisiva en las condiciones de la prestación.

cambios ocurridos en los canales de comunicación, propician un análisis independiente del contenido del negocio jurídico.

Consideramos que aquellos contratos publicitarios que persiguen un fin económico mediante la asociación de la marca de una empresa a la actividad empresarial de una persona popular en el entorno digital debe reconocerse como patrocinio. Una evidencia de este carácter lo encontramos en las relaciones jurídicas que se establecen con los *influencers*. El marco de intercambio de información basado en el principio de colaboración y confianza, en apariencia altruista, que generan las plataformas digitales propicia que algunos usuarios posean un mayor impacto y seguidores, lo que resulta atractivo a las empresas que pretenden diseñar acciones publicitarias para sus productos o servicios. Sin embargo, el parco régimen legal del contrato de patrocinio no satisface las necesidades de esta nueva modalidad, quedando el contenido del contrato a expensas de la voluntad de las partes cuando este puede afectar a terceros como son los consumidores.

Existen determinadas cuestiones sobre las que se tendrán que prestar mayor atención. En este sentido, destaca la forma en la que se realiza la comunicación de la publicidad. Hemos prestado atención sobre la importancia de identificar en las comunicaciones comerciales electrónicas la relación existente entre el *influencer* y el empresario, por tanto, de no ser así estaremos ante publicidad encubierta que inducirá a engaño al destinatario. Esto es porque defendemos la consideración de las redes sociales como auténticos medios de comunicación social y, por tanto, se encuentran en el ámbito de aplicación de las mismas normas que afectan a la comunicación audiovisual, en virtud de las cuales la publicidad que se difunde al consumidor debe ser identificable.

No obstante, la peculiaridad del entorno en el que se difunde la publicidad propicia que deba establecerse un régimen de responsabilidad adecuado. Las plataformas sociales, como prestadores de servicios de intermediación, no debieran asumir responsabilidad en caso de existir publicidad encubierta por parte de sus usuarios, nos decantamos por el diseño de códigos de conducta que ordenen estas prácticas. Igualmente, los poderes públicos deben cumplir con su función supervisora y reprimir toda la publicidad encubierta que llevan a cabo un gran número de *influencers*. Todo ello, sin obviar, la capacidad de autorregulación que poseen estas plataformas, en las que la comunidad de usuarios establece sus propias normas según interactúan en ella.

VI Bibliografía

ÁLVAREZ RUBIO, J., «La superación de los mecanismos tradicionales de control de las comunicaciones comerciales: autorregulación y corregulación como modelos de éxito», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 20 (2017).

- ÁLVAREZ RUBIO, J., «Protección del consumidor a través del Derecho de la competencia», en DE LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.) *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 2405-2478.

- CHAVELI DONET, E., «Redes sociales, Empresa y Publicidad», en AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 301-334.
- DE MEDRANO CABALLERO, I., «Derecho de Marcas», en BAYLOS MORALES, M. (coord.) *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 1229-1298.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Caracterización de ciertos sitios de Internet como servicios de comunicación audiovisual», *La Ley Unión Europea*, núm. 32 (2015).
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Cizur Menor, 2015.
- ECHEVERRY VELÁSQUEZ, S.L., «El patrocinio deportivo», en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.) *Cuestiones actuales de derecho del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015, pp. 255-292.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1989, pp. 313-326.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., «Creaciones publicitarias y uso marcario de los elementos definitorios de una marca publicitaria», en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (dir.) *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 755-775.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17 (2004), pp. 47-82.
- GUILLÉN CATALÁN, R., «La protección jurídica de los consumidores ante el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica» en PLAZA PENADÉS, J. (dir.) *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 103-170.
- IRACULIS ARREGUI, N., «Prácticas comerciales encubiertas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8 (2011), pp. 133-147.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E., «La publicidad (comercial) indirecta», *La Ley Mercantil*, núm. 16 (2015).
- MADRID PARRA, A., «Conmemoración del 50 aniversario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 306 (2017), pp. 135-176.
- MAMBRILLA RIVERA, V., «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 15 (2014), pp. 33-50.
- MARCO ARCALÁ, L.A., «La contratación publicitaria (II): los contratos de creación publicitaria y de patrocinio» en GARCÍA CRUCES, J.A. (coord.) *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 2169-2324.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico» *Revista de la contratación electrónica*, núm. 88 (2007), pp. 3-31.

- MENDOZA LOSANA, A.I., «La nueva regulación europea del mercado audiovisual. Propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18 (2016), pp. 166-189.
- NAVAS NAVARRO, S., «Creación y ocurrencia en el contenido digital online generado por los usuarios de internet», *Actas de Derecho Industrial*, núm. 36 (2015-2016), pp. 403-414.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «El patrocinio: doctrina y jurisprudencia», *Actualidad Civil*, núm. 7 (2003), p. 157 y ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «Tipos de patrocinio publicitario y relaciones con otras figuras», *Actualidad Civil*, núm. 45 (2002), pp. 1337-1350.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Contratos publicitarios», en *Curso de Derecho Mercantil* (dirs.) R. Uría y A. Menéndez), II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.
- PRAT, C., «La regulación de la publicidad en la nueva Ley de Competencia Desleal. Modificaciones más relevantes» en ARMIJO CHÁVARRI, E. (coord.) *Análisis de la Reforma del Régimen Legal de la Competencia Desleal y la Publicidad, llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 105-138.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, «Los contratos publicitarios», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (coords.), *Derecho Mercantil*, vol. V, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 333-350.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidades», *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 153-154 (2013), pp. 43-68.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., «Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 296, 2015, pp. 183-223.
- SEQUEIRA MARTIN, A., «Los contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil», en BERCOVITS RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.) *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 433-468.
- VÁZQUEZ RUANO, T., «La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en internet», en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (dir.) *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 559-603.
- VÁZQUEZ RUANO, T., *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 244
- VEGA VEGA, J.A., «La contratación publicitaria: normas generales» en GARCÍA CRUCES, J.A. (coord.) *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1982-2039.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Competencia desleal y publicidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 21 (2017).