LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA REALIZADA POR INFLUENCERS

19 de mayo de 2020

Es curioso cómo desde hace unos años la figura del *Influencer* ha ido ganando potencia gracias a las redes sociales. La afluencia de ellos se ha incrementado exponencialmente en torno a multitud de temas como videojuegos, deportes, música, estilo de vida, arte, moda, gastronomía, etc. Hay un *Influencer* para todos los gustos. También resulta curioso el incremento de contenidos en redes sociales de estos *Influencers* durante este período de crisis sanitaria y confinamiento, publicando contenidos desde sus casas e intentando mantener la relación con sus seguidores. Las nuevas estrellas de Internet son seguidas y aclamadas por los internautas y las marcas se han fijado en estas figuras como vehículo idóneo para comunicar su mensaje.

Marketing a través de los Influencers

Hay muchos tipos de Influencers, desde los más caseros con pocos seguidores, hasta los más profesionales, con millones de seguidores, equipos semiprofesionales o profesionales, y una dedicación exclusiva a la creación de contenidos para redes sociales. Para las marcas, lógicamente, los Influencers más interesantes son aquellos que tienen un número considerable de seguidores.

La táctica seguida por muchos anunciantes es llegar a un acuerdo comercial con estos Influencers, un acuerdo de colaboración publicitaria, en la que el Influencer exhibirá, analizará y/o comentará el concreto producto o servicio. Coches, hoteles, tecnología, alimentación, cualquier producto o servicio es válido para ser el tema central de una fotografía, de un vídeo o de un comentario. Las marcas saben que este mensaje va a llegar a miles de personas, a los seguidores del Influencer, pudiendo llegar incluso a segmentar el público en función del tipo de contenidos publicados por el Influencer.

Lo que se persigue en la mayoría de los casos es la integración del producto o del servicio dentro del contenido del Influencer. Es decir, no se trata de un mero anuncio o spot publicitario. Se trata de no perder la esencia de la persona que crea el contenido de tal forma que continúe llamando la atención de su público. Es por eso que en muchas ocasiones cuesta

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

un poco diferenciar si se trata de una publicación espontánea del propio Influencer, o bien una publicación premeditada y coordinada con una marca. ¿Se trata de una publicidad encubierta?. En muchas ocasiones, así es. Y es en este punto donde AUTOCONTROL, el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, ha querido pronunciarse al respecto.

Autocontrol y el principio de autenticidad

En noviembre del año pasado, se interpuso una reclamación contra una publicación de una Influencer en Instagram en la que comentaba las bondades de unos auriculares. Según comenta Autocontrol en su dictamen, esta publicación suponía un claro ejemplo de publicidad encubierta que resultaba incompatible con el principio de autenticidad recogido en la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol:

> *"Las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato, o el medio utilizado. Cuando una comunicación comercial, incluyendo la denominada "publicidad nativa", aparezca en un medio que contiene noticias o contenido editorial, ésta debe ser presentada de forma que sea fácilmente reconocible como una publicidad y, cuando sea necesario, etiquetada como tal. El verdadero propósito de la publicidad debe ser transparente. Por tanto, una comunicación que promueve la venta de un bien o la contratación de un servicio no debe hacerse pasar, por ejemplo, por estudio de mercado, encuesta de consumidores, contenido generado por el usuario, blog privado, publicación privada en redes sociales o análisis independiente*."

El análisis de Autocontrol fue que dicha publicación, por su contenido y características, reunía indicios suficientes para afirmar la existencia de una **finalidad publicitaria**. La publicación se centraba en un único producto, y únicamente se hacía mención de sus virtudes y ventajas. Es decir, no había crítica, ni comparación con otras marcas, ni ofrecía otras alternativas. No era un análisis de producto como hemos visto en muchas ocasiones.

Por otro lado, Autocontrol determinó que dicha **naturaleza publicitaria no resultaba directamente identificable** por el usuario. Los usuarios podían pensar que se trataba de una simple opinión de la Influencer.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Por último, Autocontrol constató el hecho de que la publicación no contenía ningún tipo de identificación expresa como publicidad, o dicho de otra manera, no se había etiquetado como publicidad.

En resumen, el dictamen de Autocontrol descartó la mera finalidad editorial por estas razones que acabamos de comentar, **y concluyó que se trataba de un mensaje con una finalidad publicitaria y que no se identificaba como tal y que de la propia publicación tampoco se desprendía su naturaleza publicitaria.**

El dictamen también hace referencia al hecho de que, al no ser la Influencer socia de Autocontrol, y al no estar vinculada al Jurado de este organismo, dicho dictamen carecía de carácter vinculante.

Con todo esto, además del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, **¿en qué ley nos podemos apoyar para corroborar la postura de Autocontrol, y por lo tanto podría ser válido para cualquier tribunal que tuviera que dirimir con un caso parecido?**

La normativa publicitaria

Las actuales leyes españolas apoyan sin lugar a dudas la postura de Autocontrol. Por un lado, tenemos la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que en su artículo 9 establece que

> *Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad.* ***Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios****.*

Por otro lado, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en su artículo 26 nos dice que

> *Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción,* ***sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.***

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Quedan por tanto suficientemente justificadas a nivel normativo las advertencias realizadas por Autocontrol.

Recomendaciones legales en relación a la publicidad con influencers

A tenor de todo lo expuesto en este artículo, ¿cuáles son las recomendaciones que debemos tener en cuenta a la hora de utilizar el recurso de los influencers para transmitir un mensaje de carácter publicitario?

- De la propia publicación se debe desprender claramente la **naturaleza publicitaria**. Con ello perdemos un poco la espontaneidad del mensaje, pero como ya hemos visto, en un punto a tener en cuenta.

- En la propia publicación se debe incluir una **identificación** expresa de su carácter publicitario. Por ejemplo, un texto sobreimpreso y/o un hashtag y/o comentario con el término ***publicidad* / publi.**

- Tener en cuenta el tipo de producto o servicio y confirmar posibles limitaciones legales determinadas por su naturaleza (alcohol, tabaco, juguetes, alimentación, etc.)

- También vemos recomendable dejar por escrito a través de **un contrato los términos y condiciones** entre las partes, entre el anunciante y el Influencer. Importante para el anunciante una cláusula de exoneración de responsabilidad, en el sentido de que el Influencer, no incumplirá en su comunicación ninguna norma relacionada con el derecho publicitario.

¿Qué debe contener ese contrato con influencers?

Nos gustaría incluir una serie de advertencias a tener en cuenta a la hora de redactar el contrato con el Influencer o con su agencia de representación:

- **Delimitar la comunicación.**

Como en cualquier contrato, el objeto debe estar claramente definido. En la medida de lo posible, recomendamos no dejar al libre albedrío del Influencer la publicación de los contenidos. Debemos indicar qué tipo de contenidos queremos que publique en función del tipo de red social que vaya a utilizar: vídeos, fotografías, tuits, stories, etc. Debemos

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

determinar su número y extensión; las fechas de publicación o el límite temporal. Es importante confirmar el calendario con el Influencer.

- **Especificar claramente cómo deber realizarse la publicación.**

También debemos dar indicaciones al Influencer de cómo debe realizar las publicaciones, para que se cumplan los requisitos que hemos visto en este artículo.

- **Gestión de los derechos de propiedad intelectual.**

Debemos gestionar los derechos de propiedad intelectual. Está claro que los contenidos generados por los influencers son de su propiedad. Debemos garantizar la posibilidad de que el anunciante pueda hacer una repostar o publicar en sus propias redes sociales y páginas web los contenidos generados por el Influencer.

- **Regular los derechos de imagen.**

A raíz de lo anterior, debemos regular igualmente los derechos de imagen del Influencer para asegurarnos que podemos mencionarle o mostrar su imagen en nuestras propias publicaciones.

- **Cláusulas especiales.**

Como, por ejemplo, considerar la posibilidad de exigir algún tipo de exclusividad, al menos durante la vigencia del contrato.

Conclusión

Los influencers son un medio fantástico para llegar a más público. El acceso a sus contenidos es multiplataforma, pudiendo acceder a ellos a través del móvil, tablet, televisión, ordenador, etc. Merece la pena hacer uso de las nuevas tecnologías y de las redes sociales, pero debemos garantizar que las publicaciones cumplen con todos los requisitos legales, porque nos podemos encontrar con problemas legales y pérdida de reputación, además de reclamaciones del propio Influencer por no haber regulado correctamente la relación

2020©RIESTRA ABOGADOS MARKETING LEGAL, S.L.P.
www.riestra-abogados.com

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid

t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69