

Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica

Marina Lorenzo Luna

Doctora en Derecho (España)

Abogada de propiedad industrial

lorenzolunamina@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0008-8409-090X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

Los comienzos del *fashion law* y la figura del *influencer* presentan una gran sincronía, ya que ambos fueron subestimados y en la actualidad destacan por haber alcanzado un merecido reconocimiento social y jurídico. Además de ello, el sector de la moda fue pionero en arriesgarse con la colaboración de *influencers* para llegar a un mayor número de potenciales clientes. Por ello, los abogados especializados en esta materia podrán prestar un buen asesoramiento a los que, enfocándose en dicho sector, encuentren una fuente de ingresos y tengan que adaptarse a un nuevo panorama normativo, que les presta una mayor atención, y que aunque no ha terminado de materializarse, les exigirá unas responsabilidades que han de conocer para evitar situaciones que les puedan afectar a nivel legal. Por medio de la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual, se reconoce la relevancia del *influencer* desde el punto de vista de la inversión publicitaria y el consumo, destacando del citado cuerpo normativo la previsión legal de efectos tributarios destinada a evitar migraciones económicas a países de carga impositiva leve, el establecimiento de un registro estatal de prestadores de estos servicios, el fomento de códigos de conducta, la prohibición de publicidad encubierta, la obligatoriedad de identificar las comunicaciones comerciales de forma clara y un amplio catálogo de infracciones y sanciones que pueden llegar a los 600.000 euros. Sin embargo, su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que dan respuesta a muchos de los interrogantes motivadores de la misma, por lo que habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para valorar su efectividad. Por otro lado, dicho reconocimiento les ha de permitir reivindicar una protección mayor en el desempeño de su actividad frente a conductas delictivas por parte de *haters* o seguidores, ya que pese a encontrar una previsión punitiva en nuestro Código Penal, no es efectiva en su aplicabilidad, debido a la dificultad de identificar o localizar a la persona que se escuda en la cuenta de una red social para desacreditar o dañar al *influencer*.

Palabras clave: derecho de la moda; influenciador; seguidores; redes sociales; creador de contenido.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 15-12-2023

Cómo citar: Lorenzo Luna, L. (2023). *Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 5-30. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19037>



Fashion law and influencers: from incredulity to their legal integration

Marina Lorenzo Luna

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

The beginnings of fashion law and the figure of the influencer are highly synchronous as both were underestimated and currently stand out for having achieved well-deserved social and legal recognition. Furthermore, the fashion sector was a pioneer in taking risks with the collaboration of influencers to reach a greater number of potential clients. Thus, lawyers specializing in this field will be able to provide sound advice to those who, focusing on this sector, find a source of income and have to adapt to a new regulatory landscape that pays greater attention to them. Nevertheless, although this landscape/law has not yet fully materialized, they will have to be aware of the liabilities entailed in order to avoid situations that may affect them at a legal level. Recent general Law 13/2022, of July 7, 2022, on audiovisual communication, recognizes the influencer's relevance from the advertising expenditure and consumer perspective. Regarding this law, we wish to highlight the following: the legal provision for tax purposes aimed at avoiding economic migration to countries with a light tax burden, the establishment of a state register of providers of these services, the promotion of codes of conduct, the prohibition of covert advertising, the obligation to clearly identify commercial communications as well as a wide range of infringements and penalties of up to 600,000 euros. Its entry into force is not yet complete with regards to some of the articles that respond to many of the questions motivating it, so it will be necessary to wait for its regulatory development to assess its effectiveness. On the other hand, this recognition must allow them to demand greater protection in the performance of their activity against criminal behaviour on the part of haters or followers, since despite finding a punitive provision in our Penal Code, it is not effective in its applicability due to the difficulty of identifying or locating the person hiding behind a social media account to discredit or harm the influencer.

Keywords: fashion law; influencers; followers; haters; social media; content creator.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-12-2023

Citation: Lorenzo Luna, L. (2023). *Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 5-30. <https://doi.org/10.51302/celegal.2024.19037>



Sumario

1. Enfoque conceptual del derecho de la moda: aparición sincrónica con *influencers*
 2. Definición y tratamiento jurídico de *influencers*
 - 2.1. Conceptualización y profesionalización de *influencers*
 - 2.2. Regulación jurídica
 3. El *influencer* catalogado como producto: vías de protección
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Enfoque conceptual del derecho de la moda: aparición sincrónica con *influencers*

El derecho de la moda o *fashion law* (derecho anglosajón) es el conjunto de normas jurídicas de derecho público y privado que regulan el ámbito empresarial y creativo de la industria de la moda. De tal manera que siendo esta una rama jurídica transversal, con cabida predominantemente en el derecho mercantil, se ve abocada a una relación constante y directa con otras disciplinas jurídicas, de las cuales se sirve para dar soluciones a cuestiones que se plantean en el mundo de la moda.

Actualmente, en nuestro país no existe una normativa centrada exclusivamente en moda, por lo que su regulación se extiende a todo cuerpo normativo de las diversas ramas del derecho que pueda precisar para la resolución de controversias que puedan surgir en su ámbito.

Nuestro sistema legal permite que sobre un mismo diseño de moda pueda recaer una dualidad de protecciones conferidas tanto por la normativa reguladora de la propiedad industrial como por la normativa vigente de propiedad intelectual, las cuales se erigen pilares fundamentales en la materia.

Algunos de los ámbitos que interesan al sector de la moda son los procedimientos jurídicos y aduaneros a su alcance para lograr frenar la problemática de las falsificaciones, imitaciones y copias; así como los mecanismos actuales para proceder contra las prácticas comerciales desleales, en concreto, las relativas a *dumping* social y ambiental, y finalmente conocer la variedad de contratos entre los que pueden optar para asegurar el buen desarrollo de su actividad y la promoción de sus productos, especialmente a través de *bloggers* o *influencers*.

En la actualidad, nos encontramos dentro del sector con numerosos frentes abiertos debido a que si bien sus avances van a la misma velocidad que el *fast fashion*¹ no podemos decir lo mismo a nivel normativo. Ello se debe, en primer lugar, a la incredulidad mostrada a la materia por la propia comunidad jurídica cuando comenzó su planteamiento, y en segundo lugar, por la existencia de una amplitud normativa de aplicación analógica, que si bien es susceptible de paliar carencias, en ocasiones se ha de enfrentar a realidades que escapan de su propio contenido.

¹ El *fast fashion* o moda rápida es un sistema empresarial con un modelo de producción masivo, de bajo coste y calidad, compuesto de prendas de temporada, que se renuevan cada semana en tienda en virtud de las tendencias de moda imperantes en ese momento, generando en el consumidor la sensación de que sus prendas han quedado obsoletas en un periodo de tiempo muy corto, pero que a la vez se ve compensando con los precios de venta, que le llevan a la creencia de poder permitirse comprar la tendencia del momento continuamente. En opinión compartida con el diseñador y cofundador de la firma Devota&Lomba, Modesto Lomba, España es líder del *fast fashion*, siendo Italia líder del *prêt-à-porter*; Francia lo sigue siendo en la alta costura o costura de lujo y los americanos son líderes en comunicación. www.abc.es/economia/20140828/abci-espana-lider-mundial-fast-201408262042.html

Parece que de manera análoga se desenvuelven esta rama jurídica emergente, los abogados especializados en el derecho de la moda o *fashion lawyers* y la profesión de *influencer*, en el sentido de que en sus comienzos fueron subestimados y en la actualidad empiezan a tener un considerable peso social y jurídico; rindiéndose pleitesía en aras de una evolución conjunta, dado que la industria de la moda es de las que más dinero mueve a nivel global y de las primeras en demandar un tratamiento especializado de la problemática que le es propia, por medio de abogados conocedores de las particularidades de sus tiempos y funcionamiento, y en arriesgar con la colaboración de *influencers*, que estaban iniciando sus carreras con cierto desconocimiento, para llegar a un mayor número de potenciales clientes.

Como se ha dejado constancia, sus comienzos presentan una gran sincronía, ya que el *fashion law* se origina gracias a la labor desarrollada por Susan Scafidi, abogada estadounidense, que además de tener una importante trayectoria profesional y docente en diversas universidades de su país, se interesó en dar cabida a todas las cuestiones jurídicas relacionadas con el mundo de la moda, en una rama del derecho especial e individualizada².

No tardaron las críticas a su desempeño, por lo que siendo consciente del rechazo que provocaba la difusión de esta materia por vías convencionales, se dispuso a crear en 2005 la web Counterfeit Chic³, un oráculo en el que, a través de consultas y estudios jurídicos sobre moda, se da a conocer esta interesante rama creciente del derecho. El blog tuvo un gran acogimiento; ello le llevó a dar cursos sobre la materia en Fordham School of Law⁴, y a ganarse el apoyo del Council of Fashion Designers of America⁵ para que, unos años más tarde, en 2010, se asociasen para crear el Fashion Law Institute⁶, una institución sin ánimo de lucro dedicada a esta nueva área de conocimiento (Echeverría, 2015, pp. 28-30).

Su profesionalidad le permitió identificar la necesidad de aunar en una disciplina cuestiones para las que ya existía una regulación vigente para lograr su mejora y expansión global, por lo que podemos considerarla una de las primeras *legal influencer* (Consejo General de la Abogacía Española, 17 de enero de 2022).

² Véase, en este sentido: «El Derecho de la moda, sin embargo, es una disciplina nueva. Desde la existencia de las casas de moda, casi tan remota como la existencia de los fabricantes de ropa, han existido las consultas a los abogados. Pero cuando yo primero imaginé y luego definí un ámbito jurídico dedicado a la industria de la moda, las escuelas no dictaban cursos de Derecho de la moda, los colegios de abogados no reconocían el tema y los bufetes de abogados no se especializaban en ella como un área del Derecho. Las palabras "moda" y "ley" no estaban vinculadas, y el Derecho de la moda no era una rama del Derecho reconocida. Hoy en día, existe una rama del Derecho a la medida de la industria de la moda, y su crecimiento global ha sido increíble» (Scafidi, 2015, p. 18).

³ <http://counterfeitichic.com/>

⁴ «Susan Scafidi», Fordham University. https://www.fordham.edu/info/23380/susan_scafidi

⁵ About CFDA. <https://cfda.com/about-cfda>

⁶ About the Institute. <https://www.fashionlawinstitute.com/>

Esta modalidad del derecho se traslada a nuestro sistema legal con un concepto sin concepto, un secreto a voces, o bien por medio de una escuela peripatética moderna en la cual unos cuantos discípulos aprenden las enseñanzas de su maestro. Ello es así porque se comienza a difundir a través de blogs jurídicos, noticias, congresos, cursos, másteres sobre la materia, pero no contamos en España con una normativa especializada en la regulación del sector de la moda, básicamente porque su transversalidad le permite encontrar asilo en todas las ramas del derecho y por ende su aplicación analógica.

Sin embargo, esta disciplina ha encontrado su asiento en el panorama jurídico nacional actual gracias a la investigación e impulso por parte de juristas que confiaron en su transcendencia y buscaron la interpretación acorde a sus vicisitudes en la normativa vigente. Prueba de ello es la existencia del Código de la Moda (Garrigues y Boletín Oficial del Estado, 2023), en el cual podemos encontrar la selección y ordenación de las principales normas aplicables a la industria de la moda y la cosmética, desde un prisma generalista y con la intención de facilitar la consulta de la extensa normativa que puede resultar aplicable.

Por lo expuesto, el derecho de la moda precisa ser dotado de una especialización y desarrollo evitativo de políticas del parcheado, permisivo a la hora de darse a conocer en facultades y aperturista en despachos que ofrezcan sus servicios en la materia.

Como indicábamos, en términos parecidos aparecen los primeros creadores de contenido de la moda en los años 2000, a través de blogs y otras plataformas de fotografía en las que de algún modo se encontraba un público y su *feedback*, por ello no es de extrañar que esta profesión evolucionase integrada en el nacimiento de otras redes sociales más actualizadas a nivel tecnológico, pues las mismas permitieron una visibilidad accesible a todos los operadores económicos y sociales de la industria de la moda, la cual no tardó en hacerse eco de tales personalidades, llegando incluso a cederles asientos en los *front row* de los desfiles de las firmas más prestigiosas a nivel internacional, algo impensable y criticado por expertos del momento.

A pesar de sus detractores, es innegable que vivimos en la era de la comunicación, y las redes sociales suponen la apertura a un nuevo mundo en el que solo importa una cosa: compartir nuestras vidas a un público más o menos restringido en función de nuestros intereses. Como decimos, compartir nuestra imagen u opiniones a través de los diversos canales que la sociedad de la información nos brinda se ha convertido en nuestro día a día, lo que ocurre es que unos se han dedicado a ello con mayor constancia, originalidad e implicación que otros, motivados por la primordial intención de que su popularidad les haga llegar a un mayor número de personas, lo cual se traduce en un alto número de *followers*.

En el sector de la moda, hablamos de *bloggers*, *youtubers*, *facebookers*, *tuiteros*, *tiktokers* e *intagrammers* para referirnos a aquellas personas que han convertido un *hobby*, consistente en comprar ropa, vestirse con ella y hacerse fotos o vídeos, poner algún tipo de comentario relacionado con la marca u opinión de tipo personal, seguir las tendencias, acudir a eventos de moda y subirlo a la red, en una verdadera profesión que les reporta altos ingresos económicos o en especie. Dentro de este gremio, destaca la figura del *influencer*, que es la catalogación

que podrá recibir cualquiera de los anteriores cuando su fama y alto número de seguidores no pase inadvertido para las marcas de moda, que verán en ellos un verdadero canal de comunicación para promocionar sus productos. Ante esta realidad, tan poco premeditada, que ha generado nuevas relaciones jurídicas y un nuevo canal de publicidad, no se ha mostrado indiferente nuestro sistema jurídico, aunque sea por aplicación analógica de la normativa vigente.

En España, contamos con *influencers* destacados en el sector de la moda, cuya actividad predomina en Instagram, ya que se sitúa en el cuarto puesto de la red social más activa del mundo con 1.318 millones de usuarios en enero de 2023 (Kemp, 2023). Entre ellos, por ejemplo, Aida Domènech (@dulceida) cuenta con 3,3 millones de seguidores en Instagram, María Pombo (@mariapombo) cuenta con 3 millones de seguidores, Alexandra Pereira (@alexandrapereira) con 2,3 millones de seguidores, Sara Escudero (@collagevintage) con un millón de seguidores, Manu Ríos (@manurios) con 11 millones de seguidores, Pelayo Díaz (@pelayodiaz) con un millón de seguidores, Sergio Miller (@sergiomiller) con 97,2 mil seguidores, etc., y destacan por su pasión por la moda y su creatividad a la hora de transmitirla. Con tales cifras, e incluso barajando algunas no tan elevadas en la citada red social, como puede ser el caso de *nanoinfluencers*, con una comunidad de hasta 10.000 seguidores, o *microinfluencers*, con un público que oscila entre los 10.000 y 50.000 seguidores⁷, no podemos obviar su capacidad de influir sobre los mismos, aptitud que les permite ser atractivos para las compañías de moda, las cuales iniciarán negociaciones encaminadas a que promocionen sus productos a cambio de una contraprestación económica o en especie.

2. Definición y tratamiento jurídico de *influencers*

2.1. Conceptualización y profesionalización de *influencers*

Según la Real Academia Española, el término *influencer* (RAE) es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales. Como alternativa en español, se recomienda el uso de influyente, influidor e influenciador. Sin embargo, tal anglicismo lo hemos incorporado de una forma natural a nuestro lenguaje por la cotidianeidad de su uso, tanto por los medios de comunicación como por sus interlocutores. Para la IAB Spain (Interactive Advertising Bureau)⁸ los *influencers* son aquellas personas que se considera que tienen el potencial de crear *engagement*, impulsar la conversación o influir en la decisión de compra de productos/servicios de un público objetivo.

⁷ Estas cifras pueden variar en función de la red social, las citadas son las que se toman de referencia en la red social Instagram (IAB Spain, 2021, p. 22).

⁸ Asociación que representa al sector de la publicidad y la comunicación digital en España. Dentro de la misma se constituye en 2019 la Comisión de Influencers, con el objetivo de mejorar la credibilidad, la transparencia y la eficacia del sector desde la perspectiva de los diferentes actores que constituyen el panorama del marketing de *influencers* (IAB Spain, 2021, p. 4).

Estos individuos pueden variar, desde celebridades hasta perfiles menos conocidos en un ámbito general, pero reconocibles en su propio nicho más especializado (IAB Spain, 2021, p. 5).

Es por ello que el *influencer* ha de tener en cuenta algunos aspectos legales en su colaboración con las compañías de moda, no solo en el cumplimiento de los compromisos que puedan asumir para la promoción pública de sus productos o asistiendo a los eventos pactados, sino también en la creación de contenido, pues sus seguidores pasan a ser consumidores potenciales de los productos que promocionan y como tal merecen que las publicaciones estén dotadas de la transparencia que ha de primar en toda comunicación publicitaria.

Para ello, en aras de esa transparencia, y en el tránsito de espera de una normativa especializada que regulase a nivel nacional y europeo la actividad de *influencers*, la IAB Spain (2021, p. 4) confeccionó una guía legal sobre el marketing de *influencers* para unificar criterios y mejorar la credibilidad y eficacia de un sector que evoluciona a un ritmo superior al del propio mercado.

Como indica la citada guía, podemos diferenciar dos tipos de *influencers* en función del origen de su popularidad: por una parte, nos encontramos la figura del *influencer* nativo, que se da a conocer en redes sociales y que por tanto su volumen de seguidores se debe al contenido que comparte, y por otro lado, la figura del *influencer* no nativo, cuya popularidad puede derivar tanto por su carrera profesional en cualquier ámbito como, por ejemplo, el cine o el deporte, como por el contenido de interés que publica en sus redes.

Es reseñable tener en cuenta que la aparición de este tipo de profesionales no solo ha generado empleo en torno a los mismos, ya que a ciertos niveles suelen ir acompañados de un equipo de maquilladores, peluqueros, fotógrafos, etc., sino que también ha permitido la aparición de agencias dedicadas a su asesoramiento y que actúan como nexo de unión entre los *influencers* y las compañías de moda, creando de este modo una red de contactos y, por tanto, de relaciones jurídicas entre los mismos; destacan las siguientes (IAB Spain, 2021, p. 7):

- Agencias de representación: este tipo de agencias actúan como *influencers hunters*, creando una cartera de los mismos en función de sus intereses, como pueden ser moda, estilo de vida saludable, deporte, etc., e intervienen poniendo en contacto al *influencer* con la marca o anunciante, presentado, por un lado, a este último un perfil que se adapte a sus objetivos y, por otro, representando, orientando y asesorando en exclusiva al *influencer* en la creación de contenido y explotación comercial del mismo. Asimismo, pueden asumir funciones de agencia creativa, producción y difusión publicitaria.
- Agencias de medios: son las encargadas de definir la estrategia del tipo de *influencer* que mejor se adapte al tipo de campaña que quiera desarrollar la compañía de moda; en ocasiones recurren a agencias especializadas en la búsqueda de *influencers* y definen tanto los intereses del anunciante como las necesidades del *influencer*.

- **Agencias especializadas:** son las que definen la estrategia de la compañía, el número de perfiles con los que van a contar, los formatos de creación y las redes sociales en las que se va a crear el contenido y que haga más atractivos los productos y servicios del anunciante. Este tipo de agencias aportan un *know-how* único, que supone un valor diferencial gestionando la campaña del *influencer*, permitiendo de este modo a la compañía desentenderse de este cometido. Suelen presentar un *hunting* provisional de *influencer* que sea acorde a los objetivos, aunque luego no se materialice la colaboración con los mismos.

Las citadas agencias facilitan la negociación entre las partes, y una vez aceptados los servicios, se firmarán los contratos correspondientes entre las agencias expuestas con los *influencers* (contrato de agencia o colaboración) y con las compañías de moda (el tipo de contrato dependerá de si se prestan o no servicios adicionales por parte de la agencia a los prestados por el *influencer* a la compañía de moda); en caso de que no intervenga una agencia, el contrato de servicios se puede efectuar directamente entre el *influencer* y la compañía de moda.

Aunque en la práctica es común que se celebren pactos verbales, el peso que está adquiriendo esta figura en el mercado recomienda que los mismos consten por escrito, a efecto de evitar conflictos y dudas sobre lo acordado. De acuerdo con las peculiaridades de este tipo de relaciones, podemos considerar como contratos acordes para estipular el acuerdo de voluntades entre la marca y el *influencer* los de arrendamiento de obra o servicio, con lo cual la normativa aplicable podrá ser laboral o mercantil, dependiendo del caso concreto (Estatuto de los Trabajadores⁹, Código de Comercio¹⁰ y Código Civil¹¹). El contrato ha de formularse por escrito, deberá ir firmado por ambas partes y en sus cláusulas es recomendable que se precisen extremos como, por ejemplo, identificación de las partes (*influencer*, anunciante y tipo de agencia en caso de que intervenga alguna), descripción del servicio que se va a prestar (objetivos, limitaciones, vías de promoción, libertad o supervisión del contenido, exclusividad o no, limitación de prestación de servicios a competidores y su duración, etc.), obligaciones de las partes, régimen de responsabilidad, protección de datos, duración, remuneración y forma de pago, fuero aplicable y sometimiento a tribunales, así como otros aspectos, como, por ejemplo, que el *influencer* garantice que se van a respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros en las plataformas que utilice.

Como expone la citada guía, la finalidad de contar con *influencers* para una campaña publicitaria radica en la consecución de una serie de objetivos (IAB Spain, 2021, p. 15), como pueden ser:

⁹ Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11430

¹⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. GAZ núm. 289, de 16 de octubre de 1885. BOE-A-1885-6627.

¹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763

- Visibilidad (*awareness*): para conseguir impresiones en formato foto y visualizaciones en formato vídeo.
- Tráfico: para conseguir clics a plataformas externas.
- *Engagement*: para conseguir interacciones.
- Conversión: para conseguir objetivos muy específicos como compra, *leads*, etc.

Como sabemos, lo que más interés despierta a nivel comercial es que por medio de las redes sociales se pueden obtener muchos datos, los cuales suelen ser interpretados por las agencias expuestas y traducidos en resultados obtenidos de conformidad a los objetivos expuestos, siendo los mismos de especial transcendencia en la toma de decisiones de cualquier compañía (IAB Spain, 2021, p. 15).

2.2. Regulación jurídica

Desde un punto de vista jurídico, no se contaba a nivel nacional o europeo con una normativa especializada en la regulación de la actividad de *influencers*, es decir, que hasta la entrada en vigor de la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual¹² en España únicamente se contemplaban códigos de conducta y de buenas prácticas para tratar de orientar la actividad, junto con otras normas aplicables por analogía.

En el citado cuerpo normativo aparece por primera vez expuesta la figura del *influencer* y se regulan ciertos aspectos funcionales de especial transcendencia social y económica, otorgándole de este modo un merecido reconocimiento profesional y legal. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que dan respuesta a muchos de los interrogantes motivadores de la misma y que giran en torno a estos usuarios de especial relevancia, por lo que habrá de esperar su desarrollo reglamentario para ver su efectividad junto a otras normas aplicables, como las siguientes:

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad¹³.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal¹⁴.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁵.

¹² Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual. BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹³ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

¹⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

- 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 complementarias¹⁶.
- Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Códigos de autorregulación específicos relativos a publicidad de juguetes, cervezas o bebidas espirituosas.

La normativa es aplicable tanto a personas físicas como a personas jurídicas que promocionen bienes y servicios a través de redes sociales, siendo indiferente si hay una contraprestación económica o en especie y la buena o mala fe del *influencer*, en el sentido de que no sea consciente de la transcendencia publicitaria de sus recomendaciones. Sin embargo, no serán aplicables a quienes en un plano personal o doméstico recomienden algún producto sin interés publicitario.

Sin embargo, con cierto nivel de seguidores va a ser complicado para el consumidor diferenciar cuando se está ante una promoción o no, o cuándo actúa el *influencer* en un plano doméstico o si ha habido una remuneración o no, aspectos sobre los cuales no se suele dejar constancia evidente. En estos casos es habitual especificar la marca del producto, pero ello no desvela si existe o no un acuerdo previo entre las partes.

Ante esta realidad, aparece la citada Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual¹⁷, la cual deroga a su antecesora, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, incorporando al derecho español la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual, y también, de manera completa, la Directiva (UE) 2018/1808 de 14 de noviembre.

En el citado cuerpo normativo,

se incluye en el Título V una previsión para los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Estos servicios que, en muchos ámbitos, son agrupados bajo el concepto de «*vloggers*», «*influencers*» o «prescriptores de opinión», gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente entre el público más joven. La propia norma repara en que la irrupción y consolidación de estos nuevos agentes requiere de un marco jurídico que refleje el progreso del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a estos servicios, la

¹⁶ 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 noviembre de 2007.

¹⁷ Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual. BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

protección del consumidor y la competencia; especificando que la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual señala que: «(...) los canales o cualquier otro servicio audiovisual que estén bajo la responsabilidad editorial de un prestador pueden constituir servicios de comunicación audiovisual en sí mismos, aunque se ofrezcan a través de una plataforma de intercambio de vídeos». El desarrollo aún incipiente de estos servicios aconseja el establecimiento de una serie de obligaciones básicas relativas a los principios generales de la comunicación audiovisual, a la protección del menor, a la protección del consumidor y a su inscripción en el Registro¹⁸.

En este sentido, como indica el artículo 94 de la citada norma¹⁹, el cual hasta su desarrollo reglamentario no se encuentra en vigor, tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos:

- a) Que el titular obtenga unos ingresos significativos derivados de su actividad.
- b) Que sea el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.
- c) Que el servicio prestado esté destinado a una parte significativa del público en general y pueda tener un claro impacto sobre él.
- d) Que la función del servicio sea la de informar, entretener o educar y su principal objetivo sea la distribución de contenidos audiovisuales.
- e) Que el servicio se ofrezca a través de redes de comunicaciones electrónicas; incorporando el apartado una previsión legal de efectos tributarios destinada a evitar migraciones económicas a países de carga impositiva leve, con la consideración de que un prestador del servicio de comunicación audiovisual se encuentra establecido en España en los siguientes supuestos:
 - Cuando tenga su sede central en España y las decisiones editoriales las tome en España.
 - Cuando tenga su sede central en España, aunque las decisiones editoriales se tomen en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.
 - Cuando tenga su sede central en otro Estado miembro de la Unión Europea, las decisiones editoriales se tomen en España y una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.

¹⁸ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹⁹ Véase nota anterior.

- Cuando tenga su sede central en España y una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España y en otro Estado miembro.
- Cuando el prestador inició por primera vez su actividad en España, siempre y cuando mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de España, aunque una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual no trabaje ni en España ni en ningún Estado miembro.
- Cuando el prestador tenga su sede central en España, pero las decisiones sobre el servicio de comunicación audiovisual se tomen en un Estado que no forma parte de la Unión Europea, o viceversa, siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.
- Tendrá la misma consideración el prestador del servicio al que no se le aplique lo anteriormente expuesto, pero utilice un enlace ascendente con un satélite situado en España o utilice una capacidad de satélite perteneciente a España, aunque no use un enlace ascendente con un satélite situado en España.

Además de ello, estará sujeto a lo dispuesto en la norma siempre que se encuentre establecido en España, de conformidad con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²⁰, y cuando no esté establecido en un Estado miembro, se considerará establecido en España en los casos que:

- a) Tenga una empresa matriz o una empresa filial establecida en España, o
- b) Forme parte de un grupo y otra empresa de ese grupo esté establecida en España.

Ante la posibilidad de que existan varias empresas filiales repartidas en Estados miembros diferentes, se establecen diversos condicionantes para su vinculación a España, como, por ejemplo, que la filial española iniciase la actividad en primer lugar, siempre que mantenga relación con el país.

Otra de las novedades que presenta la citada ley es que estos usuarios de especial relevancia deberán inscribirse en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual. Sin embargo, estas disposiciones entrarán en vigor con la aprobación del reglamento que concrete los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia y especifique la organización y funcionamiento del registro.

Por otro lado, mantiene el fomento de la adopción de códigos de conducta de auto y correulación por parte de estos usuarios de especial relevancia, las asociaciones que los

²⁰ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

agrupen o sus representantes. Siendo importante reseñar que, más allá de los mismos, se impone la obligatoriedad de garantizar la observancia de principios como el respeto a la dignidad humana y los valores constitucionales, sin fomentar el odio, la violencia o la discriminación, el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen, se abstendrán de incitar a la comisión de delitos, transmitirán una imagen igualitaria de hombres y mujeres, promoverán la alfabetización mediática recomendando a los padres o personas a cargo de los menores que controlen un uso responsable de las redes sociales, así como su propensión a la autorregulación y corregulación a convenios y su adhesión a códigos de conducta; protegiendo de este modo al público general de este tipo de contenidos audiovisuales dañinos y evitando perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de menores de edad. Para el cumplimiento de tales obligaciones, los prestadores de servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas deberán establecer mecanismos transparentes y de fácil uso que permitan al usuario notificar la vulneración de los principios expuestos, calificar sus contenidos, establecer sistemas de verificación de edad, sistemas de control parental, sistemas para el trámite y seguimiento de reclamaciones, facilitar el sometimiento de conflictos a litigios de consumo; todo ello sin perjuicio de la aplicación del régimen jurídico de responsabilidad previsto en el artículo 73 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre²¹, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio²².

En cuanto a protección de datos, se establece que los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por este tipo de prestadores de servicios no podrán ser tratados con fines comerciales.

En este sentido, es interesante tener en cuenta que la edad de acceso a redes sociales es cada vez más temprana, y si pecamos los adultos consumiendo productos promocionados por gurús de a pie, el menor que ya ve como opción futura profesionalizarse en redes sociales e idolatra a sus *influencers* favoritos resulta más vulnerable en términos de consumo y justifica una mayor protección.

Además de ello, para tratar de lograr la transparencia comercial perseguida durante todos estos años, la norma establece la obligatoriedad de hacer constar de forma clara cuándo se está ante una comunicación comercial audiovisual, entendiéndose que forman parte de la misma las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, que acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por el usuario a cambio de una remuneración o contraprestación similar a favor del prestador del servicio de comunicación

²¹ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021, pp. 133.204-133.364.

²² BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

audiovisual, o bien con fines de autopromoción; prohibiéndose la comunicación audiovisual encubierta, subliminal o de productos nocivos como el tabaco, el cigarrillo electrónico o medicamentos sin observancia de la normativa prevista para este tipo de publicaciones. Nos parece igualmente destacable la prohibición de promover el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen por vía de la promoción de tratamientos estéticos o adelgazantes, ya que a ciertas edades se puede ser más sensible en términos de autoaceptación física; en este sentido, no hemos encontrado una previsión legal, pero entendemos igualmente dañino el uso de determinados filtros en promociones de productos que pueden distorsionar la efectividad de los mismos.

Sin embargo, la norma supedita la exigibilidad de su contenido a la trascendencia del prestador del servicio valorando su tamaño, volumen de usuarios, naturaleza de los contenidos o servicios ofrecidos, lo cual se especificará reglamentariamente.

Para controlar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la norma, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar actuaciones inspectoras para evaluar la idoneidad de medidas adoptadas, ya que la actuación contraria a las mismas puede dar lugar a infracciones muy graves, graves y leves, cuya sanción puede ir desde los 10.000 euros hasta 600.000 euros. En este ámbito, tienen competencia sancionadora tanto el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tal como indica el artículo 155 de la ley²³. Las infracciones y sanciones que se impongan prescribirán, en función de su gravedad, a los tres años las muy graves, a los dos años las graves y al año las leves.

Además de la norma expuesta, merece especial atención el artículo 20 de la Ley de servicios de la sociedad de la información²⁴, el cual establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deberán ser identificadas claramente como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan.

Asimismo, cuando las comunicaciones incluyan ofertas promocionales, descuentos, premios y regalos, concursos o juegos promocionales, previa autorización, se deberán asegurar de que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación.

El incumplimiento del precepto legal expuesto se cataloga en el artículo 38.4 c) del citado cuerpo normativo como infracción leve, lo cual puede dar lugar a sanciones de hasta 30.000 euros²⁵.

²³ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

²⁴ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

²⁵ Artículo 39 c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Paralelamente, la Ley de competencia desleal²⁶ establece en su artículo 5 que se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre aspectos como, por ejemplo, la existencia o naturaleza del bien o servicio, sus características principales, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el precio, los derechos de los consumidores, etc. También se reputan desleales, en primer lugar, el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta al que se esté vinculado mediante un compromiso firme y verificable, cuando dicho incumplimiento sea susceptible de distorsionar el comportamiento económico de sus destinatarios. En segundo lugar, cualquier operación de comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos. En tercer lugar, la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Y, en cuarto lugar, se tendrá en cuenta si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

Para la determinación del carácter engañoso de los actos se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características, circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

También se hace alusión a la obligación de transparencia en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, el cual establece que se consideran desleales por engañosas las prácticas que incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario, y las que faciliten resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsqueda, entendiendo por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación.

²⁶ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Por otro lado, la Ley general de publicidad²⁷ establece, en su artículo 3, que se considerará ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución española. En este sentido, se entenderán incluidos los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad.

En relación con esta medida, es curioso cómo algunas redes sociales como Instagram censuran una misma parte del cuerpo a la mujer pero no al hombre, lo que ha dado lugar a diversas reivindicaciones por la igualdad a través del hashtag, *#freenipple*, por parte de numerosas celebridades e *influencers* que, por ejemplo, han compartido en sus redes sociales portadas de revistas en las que aparecía el pecho descubierto, en el contexto artístico que permite la moda y la fotografía, y han sido eliminadas por la propia aplicación. En este sentido, nos preguntamos: ¿qué ocurre cuando, por ejemplo, es el propio *influencer* el que libre, voluntariamente y en su mirada artística promociona un producto en una actitud vejatoria o estereotipada a ojos de un determinado público? En nuestra opinión, la publicidad ha de ser arriesgada y polémica siempre que no atente contra derechos de terceros o incite a ello, en el sentido de que la libertad de uno termina cuando trasgrede la de los demás, pero una persona puede a sí misma exponerse a su riesgo y ventura gracias a la libertad de expresión de que dispone; otra cuestión será si esa libertad está permitida o no por contrato con la marca, ya que este es un extremo importante que puede dar lugar a que una publicación se elimine por no estar permitida en los términos y condiciones de la plataforma empleada, o por denuncia de los usuarios de la plataforma, y que ello pueda dañar la reputación que la marca tiene en el mercado o para un determinado público objetivo al que se dirige la campaña.

También se considera ilícita la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros; tampoco permite la ley la publicidad subliminal, la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal.

²⁷ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

Todas estas normas se traducen en la obligación por parte del *influencer* de actuar de manera transparente, permitiendo al consumidor que sea consciente de que se encuentra ante un producto publicitado.

Si bien parece que las disposiciones expuestas resultan claras en cuanto a su obligado cumplimiento, la realidad revela que, en la práctica, existe una tendencia generalizada y al parecer consentida de publicidad encubierta que vulnera lo que la doctrina ha denominado «principio de autenticidad» o «principio de identificación de la publicidad». Por ello, el 1 de enero de 2021 entró en vigor el Código de conducta sobre el uso de *influencers*, creado por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Consumo para fomentar el cumplimiento de los principios expuestos. Las normas deontológicas contenidas en el citado código serán de aplicación al contenido de carácter publicitario de las empresas adheridas a las asociaciones creadoras del mismo (las cuales deben informar al *influencer* de su existencia y aplicación) y a otras empresas del sector e *influencers* que voluntariamente se vinculen al mismo. En la actualidad se encuentran 900 entidades adheridas al código (AEA, 2023).

Tanto el citado código como el *Libro blanco marketing de influencia* dejan constancia de la inexistencia de una obligación estricta de marcar una promoción como «publi» o «publicidad», o mencionar expresamente al anunciante o marca, ya que el cumplimiento de la obligación de transparencia que impone la LSSI²⁸ se puede satisfacer por diversas vías, siendo clave que quede claro que un determinado contenido es publicidad de una marca determinada, por ejemplo, cuando el contenido se encuentra en el perfil oficial de la marca. Además, se ha de tener en cuenta el público objetivo receptor de la publicidad,

ya que no será lo mismo contratar a un influencer cuyos seguidores son en su mayor parte menores de edad (en principio, menos dados a distinguir lo que es publicidad y lo que no), que si se trata de un bloguero especializado en un sector cuyos lectores son también expertos del mismo sector, y tienen mayor facilidad para darse cuenta de que una determinada comunicación sobre las cualidades del producto en cuestión es publicitaria. Cuanto más vulnerable a la confusión sea el público o el consumidor medio al que va dirigida la publicidad, mayor debe ser la claridad con la que se identifique la misma y la marca (IAB Spain, 2021, p. 51).

En estos casos se recomienda el uso de indicaciones genéricas claras como «Publicidad», «publi», «en colaboración con» o «patrocinado por», o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate, por ejemplo, «Embajador de [marca]», «Gracias a [marca]», «Viaje patrocinado», etc. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo «información», «legal» o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejem-

²⁸ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

plo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como «Colab», «Sponso» o «sp»). La indicación relativa a la naturaleza publicitaria de la mención o contenido debe mantenerse o añadirse cuando el influencer comparte o «repostea» el contenido publicitario en otras redes, plataformas o páginas web (Autocontrol, 2020, p. 5).

En nuestra opinión, si hay margen de duda, apreciación o interpretación, lo mejor es que se deje constancia de que detrás de esa promoción ha habido una contraprestación en dinero o en especie, es decir, que estamos ante una publicidad recompensada y que se identifique en todo momento la marca que responde a la misma. Entendemos que el *influencer* va a tratar de difuminar tal información, ya que su credibilidad puede verse denostada si el consumidor detecta que la información que comparte es fruto de una contraprestación y no de un sincero gusto o predilección ante una determinada marca. En el sector de la moda y cosmética, los *influencers* hacen todo tipo de combinaciones de prendas, complementos, estilos, vídeos de maquillaje o cuidado de la piel y consideramos que la publicidad no es tan evidente por cuanto su popularidad ha evolucionado, precisamente por compartir ese mismo contenido y hacer recomendaciones, por ello, tender hacia una posición simplista y por tanto clarificadora es siempre la mejor opción, ya que una costumbre unitaria por parte de todo el sector permitiría una asociación instantánea por parte de un consumidor, que al ver el término «Publicidad» o «publi» permitirá su convicción inmediata de que se le está tratando de vender un producto y al *influencer* la tranquilidad de que su contenido no roza ningún límite de ilegalidad, exponiéndose de este modo a posibles sanciones.

Se ha de señalar que las empresas adheridas al código establecerán medidas de control interno que aseguren el cumplimiento de las normas del mismo, pudiendo todos los agentes implicados someter sus dudas respecto a su cumplimiento al Gabinete Técnico de Autocontrol. Asimismo, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol tendrá la competencia para resolver las reclamaciones por incumplimiento de las normas deontológicas y sus resoluciones serán públicas.

Por lo que respecta a los *influencers*, han de saber que su imagen está dotada de protección; así consta en el primer artículo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁹, el cual establece que este derecho fundamental garantizado en el artículo 18 de la Constitución será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, así como que estarán protegidos por Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal³⁰. De igual modo, deberán respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros, proteger su propia marca si la tienen registrada, defender el derecho de autor de sus creaciones y saber con exactitud los derechos de explotación que cede tanto a las redes sociales o plataformas que utiliza como los que cede a las empresas de moda.

²⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

³⁰ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

Para concluir, consideramos que hay bastante legislación aplicable a este tipo de relaciones comerciales, pero, aun así, por la novedad de la que se caracterizan, cuentan con ciertas prerrogativas que sería conveniente perfilar jurídicamente; en nuestra opinión, el tiempo y la jurisprudencia permitirán unos criterios de tratamiento unificado a cada una de las cuestiones que vayan surgiendo dentro del sector.

3. El *influencer* catalogado como producto: vías de protección

Como se ha expuesto en el presente artículo, parece que la profesión de *influencer* va ganando credibilidad en el mercado, y lo que es más importante, a nivel jurídico, y poco le importa al sector que ve crecer sus cifras exponencialmente año tras año que una parte de la ciudadanía no lo considere un trabajo, puesto que son los mismos que ven influenciados sus impulsos de compra cada vez que les aparece un vídeo *random* promocional en la red social a la que han entrado en el descanso de un trabajo de «verdad».

Sea como fuere, y opiniones aparte, no cualquier creador de contenido es capaz de consolidar una comunidad de seguidores susceptible de dotarlo de la credibilidad suficiente para que una marca confíe en ellos su mercado.

Si bien las normas expuestas han tratado de regular esta figura aplicando sus estipulaciones con calzador hasta darse cuenta de la necesidad de enfocarse en su problemática a través de una ley especializada, tendremos que esperar al desarrollo y desenvolvimiento de la nueva Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual³¹ para valorar su efectividad.

El problema es que la comunidad de seguidores de la que hablamos está dotada de ciertas opiniones, en muchas ocasiones negativas, que son verdidas con cierto aire de impunidad, traspasando unas barreras cívicas susceptibles de dañar la integridad física y mental del propio *influencer*. Ello nos permite llegar al planteamiento de que la sociedad ha desnaturalizado a la persona que se encuentra detrás de la pantalla convirtiéndola en un mero producto, prestándole un trato similar al que se pueda hacer en relación con objetos que se exhiben en un escaparate de tienda, de los cuales podemos apreciar aspectos que no nos gustan y manifestar alegremente nuestra disconformidad. El problema es que cuando se deja constancia de esas opiniones en una red social, y lo que es más importante, respecto de una persona, no se tiene en cuenta la trascendencia que dicho comentario pueda tener a nivel personal para la misma. Así nace la figura del *hater*, la cual podría asociarse a la crueldad y falta de madurez de la temprana edad, pero que puede abarcar a cualquier consumidor de contenido en redes sociales.

Los *haters* u odiadores son personas que muestran sistemáticamente actitudes negativas u hostiles ante cualquier asunto o persona y que, amparados en la ausencia de trato directo y personalizado que brindan las redes sociales, se valen de la burla, el insulto o la ironía para desacreditar o dañar a otras personas.

³¹ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

La fama y repercusión mediática no justifica ese trato y en teoría nuestro sistema jurídico tampoco. Lo que ocurre en la práctica es que en la mayoría de casos resulta complicado atribuir el hecho delictivo a la persona que se encuentra detrás de una cuenta en una red social, por lo que la existencia de una amplia gama de conductas delictivas que les puedan ser atribuidas no asegura la efectividad de las penas adheridas a las mismas.

Aun así, encontramos avances, ya que como indica la asociación Stop Haters (2020), «Internet ya no es un terreno baldío de responsabilidad para aquellos acosadores que utilizan las redes sociales para sus fechorías, y los juzgados cada vez son más conscientes de ello, procurando castigar este tipo de acciones».

Parece que para estos *haters* o *trolls*³², que se escudan en la libertad de expresión para *troleo*³³, llegando incluso a hacer ciberacoso a sus víctimas, el Tribunal Constitucional tiene una respuesta clara al respecto en su Sentencia 203/2015, de 5 de octubre³⁴, en la cual se expone lo siguiente:

Es doctrina invariable y constante de este Tribunal la que señala que fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito (por todas, SSTC 20/2002, de 28 de enero [NormaCEF NSJ010458], FJ 4.º; 181/2006, de 19 de junio [NormaCEF NSJ020812], FJ 5.º, y las allí citadas). En la STC 65/2015, de 13 de abril (NormaCEF NCJ059841), FJ 3.º, declaramos en ese sentido que la libertad de expresión no está exenta de límites fijados o fundamentados en la Constitución y que con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, «pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades, y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)».

³² Un *troll* es una persona que aprovecha cualquier lugar en la red en el que se puedan hacer comentarios para crear controversia y fomentar el enfrentamiento entre otros usuarios. Su objetivo es llamar la atención y molestar. El objetivo del *troll* en internet es sembrar la discordia, crear enfrentamientos y, en general, molestar desviando la conversación del resto de usuarios y atrayendo la atención hacia él (Grupo Ático 34, 2022).

³³ *Trolling* es lo que hace el *troll* y que podemos «traducir» como «troleo», es decir, comenzar todo el proceso de controversia y conflicto en una sección de comentarios, publicando una respuesta provocativa, para atraer la atención sobre él y comenzar una discusión que, a veces, nada tiene que ver con el tema original (Grupo Ático 34, 2022).

³⁴ Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 203/2015, de 5 de octubre de 2015, recurso de amparo núm. 4337/2013 (NormaCEF NCJ060489). Promovido por don Juan Carlos Robles Chaves en relación con las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un Juzgado de lo Social de Málaga en proceso por despido. Supuesta vulneración de la libertad sindical en conexión con los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y con las libertades de expresión e información: despido disciplinario del autor de un escrito que incluía apelativos vejatorios para otra empleada de la misma empresa. (BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2015).

Por ello, y antes tales situaciones, el *influencer* hostigado en una red social puede manifestar por las mismas vías de comunicación por las que recibió el comentario hiriente su disgusto ante el mismo y la petición de que cese en su repetición, y en caso de que tal actuación por su parte no lo evite, proceder al bloqueo del perfil de esa persona o denunciar ante la red social en la que se hayan producido los hechos o la policía.

Es importante tener en cuenta, en este sentido, que si bien cualquier persona puede estar expuesta al ciberacoso, los *influencers* con cuentas abiertas destinadas a llegar al mayor número posible de seguidores son más propensos a padecer este tipo de conductas, en su mayoría delictivas, y para las cuales el Código Penal³⁵ establece unas penas cuyo conocimiento sería, en general, adecuado como método disuasorio de tales prácticas.

Dentro del catálogo de conductas delictivas a las que se exponen, son comunes las siguientes:

- Amenazas: muchos *influencers* sufren continuamente amenazas en sus redes sociales de causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, aunque las más comunes están enfocadas a reclamar un dinero a cambio de no publicar algún contenido de su vida que pueda dañar su imagen.

Este es un delito castigado con la pena de prisión de uno a cinco años si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición; las mismas penas se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o, como en este caso, por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos; y en caso de no existir condición, la pena será de seis meses a dos años³⁶.

Además de ello, la norma prevé el caso común expuesto, especificando que si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si se consigue la entrega de todo o parte de lo exigido, ya que en caso contrario, la pena será de cuatro meses a dos años³⁷.

- Coacciones: este tipo delictivo consiste básicamente en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, castigándose con la pena de prisión de seis meses a tres

³⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁶ Artículo 170 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁷ Artículo 171 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados³⁸.

Además de ello, la norma concreta unas conductas bastante recurrentes que entendemos motivadas por la falsa creencia de que el *influencer*, por compartir su vida y localización, es un conocido o amigo. Nos referimos a un acoso insistente y reiterado efectuado a través de su vigilancia, persecución, búsqueda de su cercanía física, intentos de contacto por cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas o atentando contra su patrimonio, y que puede dar lugar a penas de prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses.

Además de ello, en los casos en los que se utilice la imagen del *influencer* para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, sometiendo de este modo a la persona a situaciones de acoso, hostigamiento o humillación, se impondrán penas de prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses. Siendo aplicada en su mitad superior, en los casos en los que la víctima sea un menor o persona discapacitada³⁹.

- Agresiones sexuales a menores: dentro de esta categoría de delitos, nos parece interesante la previsión de que si alguien a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacta con un menor de 16 años y le propone concertar un encuentro con el fin de cometer algún delito de tipo sexual, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos; imponiéndose la pena en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Además de lo expuesto, y teniendo en cuenta la cantidad de menores de edad que comparten vídeos de variada índole en las redes y por ello los riesgos a los que se pueden ver expuestos, la norma penal establece una pena de prisión de 6 meses a 2 años para el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor⁴⁰.

Asimismo, la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de este tipo de delitos será castigada con la pena de multa de 6 a 12 meses o pena de prisión de 1 a 3 años.

³⁸ Artículo 172 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁹ Artículo 172 ter del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁴⁰ Artículo 183 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

- Calumnia: se considera calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad y será castigada con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses, si se propaga con publicidad y, en otro caso, con multa de 6 a 12 meses⁴¹.
- Injuria: por otro lado, la injuria consiste en la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

- Descubrimiento y revelación de secretos: reviste especial relevancia este tipo de delito mediante el cual una persona no autorizada se apodera, utiliza o modifica en perjuicio del *influencer* datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, estableciéndose una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. Iguales penas se impondrá a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Pese a encontrar una previsión punitiva de las conductas delictivas expuestas perpetradas a través de internet, en la práctica es complicado encontrar seguridad jurídica en la efectividad de su aplicabilidad. Ello se debe, por un lado, a que el gran volumen de actos que, en este sentido, han de enfrentar los *influencers* los llevaría a pasar más tiempo en los juzgados que creando contenido, y por otro, la dificultad de recabar las pruebas de identificación de la persona que se encuentra detrás de una cuenta, en ocasiones localizadas fuera de España.

Por ello, consideramos que tales conductas se podrían reducir con una implicación y colaboración más estrecha por parte de la dirección de las propias redes sociales, las cuales, si bien han de procurar un buen sistema de protección de datos, también deben solicitar una identificación real a los usuarios de las cuentas, por medio de vías, como, por ejemplo, el documento nacional de identidad, de tal forma que ante estas situaciones se permita su localización indubitada; con la advertencia previa a los usuarios de la posibilidad de que sus datos sean transferidos a una autoridad policial o judicial si así es requerido en el curso de un procedimiento judicial.

⁴¹ Artículos 205 y 206 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

4. Conclusiones

Los comienzos del *fashion law* y la figura del *influencer* presentan una gran sincronía, ya que ambos fueron subestimados y en la actualidad destacan por haber alcanzado un merecido reconocimiento social y jurídico.

Los abogados especializados en esta rama jurídica emergente pueden erigirse como grandes aliados de los *influencers* del sector de la moda, para prestarles el mejor asesoramiento jurídico a la hora de desempeñar su profesión, de conformidad con la normativa vigente y la que se vaya desarrollando a fin de dar respuesta a la problemática propia de su actividad, la cual implica la creación de numerosas relaciones jurídicas, tanto con la red social en la que actúan como con las agencias, marcas u otros prestadores de servicios. Dichas relaciones serán materializadas en contratos de variada índole, que darán lugar a una serie de derechos y obligaciones que han de tener en cuenta, a fin de mostrar una profesionalidad que invite a posteriores colaboraciones. Para ello, contamos con un amplio abanico normativo, cuya aplicación adecuada requiere de ciertas destrezas que solo un abogado familiarizado con la materia es capaz de asociar a la voluntad de las partes, por lo que obtener el beneficio de su consejo desde el inicio puede permitir evitar conflictos, abusos o llamadas de atención por parte de Hacienda.

Dentro de la normativa referida, reviste especial transcendencia la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual⁴², en la cual aparece por primera vez expuesta la figura del *influencer* para tratar de regular ciertos aspectos funcionales de especial transcendencia social y económica para la profesión, reflejar el progreso del mercado y tratar de lograr un equilibrio entre los servicios prestados, la protección del consumidor, con especial atención a menores de edad, y la competencia. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que prestan atención a estos usuarios de especial relevancia, por lo que se ha de esperar a su desarrollo reglamentario para valorar su efectividad.

Para concluir, consideramos esperanzador que la legislación preste una atención por menorizada a las nuevas realidades de consumo surgidas a través de redes sociales, pero consideramos que el *influencer* se ve expuesto a una serie de conductas por parte de sus seguidores o *haters*, susceptibles de posicionarlos en una situación de inseguridad jurídica. Ello se debe a que a pesar de que las mismas se hallan previstas en nuestra normativa penal con su correspondiente reproche jurídico, en muchas ocasiones resulta complicado identificar o localizar a la persona que se esconde tras la cuenta de una red social empleada para desacreditar o dañar la integridad física o mental del *influencer*.

Por ello, consideramos fundamental el fomento en centros educativos de un uso responsable de redes sociales, una información accesible a todos los públicos sobre posibles riesgos

⁴² BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

y vías de protección ante este tipo de conductas delictivas y exigir a los administradores de redes sociales que soliciten a sus usuarios una identificación oficial indubitada para obtener acceso, la cual podrá ser transferida a la autoridad policial o judicial si es requerida en el curso de un procedimiento jurídico, permitiendo de este modo el abandono de la consideración del *influencer* como producto para otorgarle una protección jurídica efectiva como persona.

Referencias bibliográficas

- AEA (Asociación Española de Anunciantes). (2023). Más de 900 personas asisten a la Jornada sobre «La regulación y la autorregulación del marketing de Influencers» organizada por la AEA y Autocontrol. <https://www.anunciantes.com/noticia/mas-800-personas-asisten-la-jornada-la-regulacion-la-autorregulacion-del-marketing-influencers-organizada-la-aea-autocontrol/>
- Autocontrol. (2020). Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>
- Consejo General de la Abogacía Española. (17 de enero de 2022). «Legal influencers»: Juristas que triunfan en redes sociales acercando el derecho al ciudadano. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/legal-influencers-juristas-que-triunfan-en-redes-sociales-acercando-el-derecho-al-ciudadano>
- Echeverría, P. (2015). ¿Qué es el Derecho de la Moda? En S. Bello Knoll y P. Echeverría (Coords.), *Derecho y Moda*. Marcial Pons.
- Garrigues y Boletín Oficial del Estado. (2023). Código de la Moda, Selección y ordenación.
- Grupo Ático 34. (2022). Trolls en Internet: los tipos de trolling que encontrarás en la red. <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/trolls-internet-tipos-trolling>
- IAB Spain. (2021). *Libro blanco marketing de influencia*.
- Kemp, S. (2023). Instagram users, stats, data & trends. <https://datareportal.com/essential-instagram-stats>
- RAE (Real Academia Española). Influencer. En *Observatorio de palabras*.
- Scafidi, S. (2015). Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina. En S. Bello Knoll y P. Echeverría (Coords.), *Derecho y Moda*. Marcial Pons.
- Stop Haters. (2020). Éxito legal de StopHaters. <https://www.stophaters.es/post/%C3%A9xito-legal-de-stophaters>

Marina Lorenzo Luna. Abogada de propiedad industrial, doctora en Derecho por la Universidad de Murcia y Máster Universitario en Abogacía por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia. Ha participado en seminarios y conferencias de ámbito universitario nacional e internacional y es autora de diversos artículos publicados en revistas a nivel nacional e internacional. <https://orcid.org/0009-0008-8409-090X>