

GUÍA LEGAL SOBRE

NIÑOS

INFLUENCERS



ÍNDICE

1. Introducción

2. ¿Cómo se regula?

- 2.1 Ley General de Publicidad y publicidad dirigida a menores
- 2.2 Publicidad encubierta
- 2.3 Publicidad engañosa
- 2.4 Emplazamiento de producto
- 2.5 Protección de datos
- 2.6 Derechos de imagen
- 2.7 Normativa sectorial
 - 2.7.1 Los juguetes
 - 2.7.2 La alimentación
 - 2.7.3 Los videojuegos

3. Propiedad intelectual y respeto de derechos de terceros

- 3.1 El *influencer* como autor
- 3.2 El *influencer* como intérprete
- 3.3 El *influencer* como mero participante

4. La importancia de los contratos

- 4.1 Contenido básico
- 4.2 Otros elementos importantes
- 4.3 Impuestos y Tributos

5. ¿Qué sucede en otros países?

6. Recomendaciones finales



1. Introducción

Internet ha generado un cambio de paradigma en la manera de comunicarnos y relacionarnos con los demás, y también con las marcas.

Determinados blogueros, usuarios de redes sociales o creadores de contenidos (en Youtube, Vimeo, Vine, Instagram, Twitter, por poner algunos ejemplos) tienen la capacidad de llegar a miles (sino millones) de posibles consumidores con cada una de sus publicaciones, lo que ha derivado en un interés más que creciente de los anunciantes de utilizar esta vía de comunicación. No se trata por tanto de contratar un espacio publicitario en una determinada red social, sino de que “alguien” con influencia en la misma posicione el producto o lo presente ante sus seguidores o lectores. Hablamos de lo que se ha venido a denominar como Marketing de *influencers*, fenómeno sobre el que IAB publicó una [Guía legal](#) con los principales aspectos a tener en cuenta.

Estos *influencers* pueden encontrarse tanto en espacios más tradicionales (un periodista especializado que escribe posts en su blog) como en forma de personajes famosos (las conocidas celebrities) con múltiples seguidores, o especialistas reconocidos en un sector cuya opinión es tenida en consideración de forma relevante.

Aunque en ocasiones hablarán de los productos por propia iniciativa (como parte de un análisis de los mismos o simplemente porque también son “fans” de ellos) es habitual que, una vez alcanzada la categoría de *influencer*, sea necesaria una contraprestación (económica o de otro estilo) para que esto suceda.

Este fenómeno no se ha escapado a los niños, que utilizan las redes para expresarse, generar contenido y, también en muchos casos, trabajar de la mano con las marcas.

Según los datos ofrecidos por IAB del primer estudio [Content & Native Advertising de IAB Spain](#), el 60% de los profesionales del marketing digital en España utiliza *influencers* en las campañas y se prevé que esta cifra incremente en los próximos meses.

Hoy también los niños están actuando como *influencers*. Y para entender cuándo se considera qué es un niño, debemos atender a la [Convención de los Derechos del Niño](#) –adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989– y que constituye el marco universal de la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia. En ella se establece que un niño es todo ser humano, menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.



En la actualidad, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo (a excepción de Estados Unidos).

En España, nuestro Ordenamiento Jurídico, reconoce la mayoría de edad en la Constitución Española y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que se aplica a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Pese a que, desde un punto de vista jurídico, se entiende por menor de edad todo sujeto por debajo de los 18 años de edad, no podemos obviar que el grado de madurez no será el mismo en un niño de 15 años que en uno de 7.

Por ello, muchas de las plataformas que mencionábamos permiten el acceso a sus servicios a partir de los 13 años, edad en la que se presume ya goza de una madurez suficiente.

Desde todas las perspectivas es fundamental proporcionar un entorno social y digital favorable y seguro para los menores, potenciar sus capacidades y prevenir los riesgos para su bienestar, garantizando el respeto a todos sus derechos.

Tal como afirma **5Rights** -coalición de las principales organizaciones orientadas a la protección de menores- *los niños tienen derecho a una educación que desarrolle a todos los individuos a su máximo potencial, a que los jóvenes interactúen con el mundo digital no solo como usuarios y consumidores, sino también como creadores, con la confianza y la destreza suficiente para crear sitios web, aplicaciones, juegos y/u otros materiales.*

Por todo ello, la Universidad Rey Juan Carlos e IAB Spain han elaborado esta guía para conocer en profundidad los derechos y deberes de los menores como generadores de contenido, y los principales aspectos legales a tener en cuenta por parte de las marcas, así como de los padres y tutores.



2. ¿Cómo se regula?

2.1 Ley General de Publicidad y publicidad dirigida a menores

Los menores de edad son un público especialmente vulnerable por su credulidad y su inmadurez ante la publicidad. Por este motivo la publicidad dirigida a ellos debe ser especialmente exigente. La Ley General de Publicidad así lo recoge de manera explícita, y aunque no se refiera al entorno online, la presencia de marcas y productos en los que intervienen niños *influencers* debería tratarse aún con mayor atención debido a la flexibilidad del formato.

Por su importancia se reproduce a continuación el artículo 3.b) referido a la publicidad dirigida a menores de la Ley General de Publicidad que declara como ilícita:

“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 tercero”.

Por lo tanto, cuando los niños *influencers* muestran, por ejemplo, juguetes deberían evitar que estos se presenten como algo deseable. Así mismo los padres, que en ocasiones intervienen en los vídeos de los niños *influencers*, deberían igualmente evitar esta posible incitación (por ejemplo, eludiendo primeros planos de los juguetes o evitando dirigirse a los padres para sugerirles su compra). Si algo no debe hacerse en la publicidad convencional (prensa, radio, televisión...) también debe evitarse en Internet.

Así mismo, tal y como recoge la Ley General de Publicidad, es necesario que se eviten situaciones de riesgo. Hay que pensar que los videos que se difunden por Internet mediante niños *influencers* se convierten en modelos de otros menores. Dejan de ser supuestas situaciones cotidianas, grabadas en la intimidad de una familia, para ser escenarios en los que los otros niños se sienten identificados. Situaciones en la cocina, el baño, con herramientas o similares deberían advertirse siempre como situaciones potencialmente peligrosas para un menor y que no deben realizarse o, en todo caso, bajo la estricta vigilancia de un adulto para evitar que puedan ser reproducidas por los niños en sus casas. Estas recomendaciones, a las que los profesionales de la información están absolutamente acostumbrados, deben trasladarse al ámbito de Internet de igual manera, ya sea en el contexto de un *influencer* respaldado por una marca o en el ámbito de actuación de un *influencer* que simplemente genera contenidos.



2.2 Publicidad encubierta

La Ley de Competencia Desleal expresa la prohibición de la publicidad encubierta cuando dice en el artículo 26:

“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”.

Por tanto, en el entorno digital, al igual que sucede en la publicidad convencional (Ley General de Publicidad), se produce publicidad encubierta cuando concurren los siguientes supuestos:

- 1.** Hay un propósito publicitario, pero no se diferencian claramente los contenidos de entretenimiento de los anuncios, pudiendo llevar a error a los menores y hacerles creer que un contenido publicitario es un contenido de ficción¹.
- 2.** Hay una contraprestación (que puede ser de muy diferente tipo como un contrato económico, envío de regalos, invitaciones a eventos o recintos, etc.). No obstante, la jurisprudencia más reciente ha establecido que la remuneración (o un pago similar) no es lo que determina que se trate de publicidad. Dicho de otra forma: es posible que un juez considere una acción como publicitaria, aún sin haber un pago de por medio. Es importante resaltar que el concepto de publicidad se aplica a todas las comunicaciones comerciales, incluidas las realizadas a través de Internet, aunque la normativa apenas incluya referencias a este medio. Es por ello que será preciso extrapolar los límites del mundo offline al online, para aumentar la seguridad jurídica de cada acción.

Para ello, al igual que en la publicidad convencional, las producciones de los niños influencers deben incluir elementos que diferencien con claridad cuándo están creando contenidos y cuándo están promocionando un producto, incluso en el caso de que dicha promoción tenga como objetivo el agradecimiento al regalo que le haya podido hacer una marca, porque, tal vez sin saberlo, el niño influencer está realizando un acto de contraprestación (regalo x promoción).

Por tanto, elementos como un texto que lo aclare, un sonido que marque la promoción o una imagen que especifique que se trata de un mensaje publicitario (y no de estricto entretenimiento) es necesario, y tales elementos deben estar siempre adaptados a la edad del menor (por ejemplo, si por su edad aún no sabe leer o lo hace con dificultad).

¹ Artículo 9 de la LGP “los anunciantes deberán (...) desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios



2.3 Publicidad engañosa

La publicidad engañosa se regula en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, como "Actos de engaño", y literalmente establece 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 alguno de los siguientes aspectos: (...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, la consideración de publicidad engañosa podrá venir determinada por la falta de información sobre la finalidad publicitaria, pudiendo inducir a error a los consumidores sobre su naturaleza y la forma de presentación del mensaje (que, no resultando evidente por su contexto) pueda alterar su comportamiento económico. Este aspecto resulta especialmente importante en aquellos contenidos en los que la marca que está "detrás del contenido", no aparece de forma clara, pero tiene un objetivo publicitario evidente. Este aspecto es especialmente relevante en combinación con el artículo 3 de la Ley General de Publicidad en relación con la madurez de los menores.

2.4 Emplazamiento de producto

Aunque no resulta aplicable a muchas de las plataformas en las que los menores *influencer* publican contenidos (como Instagram o YouTube), no podemos olvidar que la Ley General de la Comunicación Audiovisual prohíbe expresamente el emplazamiento del producto en la programación televisiva infantil. A este respecto su artículo 4 dice así:

"1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar a cambio de contraprestación emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento (...)

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil."

La razón por la que se prohíbe el emplazamiento cuando la audiencia son los menores se debe a la incapacidad que tienen los niños para comprender que un producto (incluido aparentemente como un elemento necesario en un contexto de ficción) en realidad aparece porque es un producto promocionado (a través de un acuerdo entre la productora de un programa y una marca). El Código de la publicidad de juguetes de forma más abierta prohíbe la utilización del emplazamiento de productos en programas infantiles en su norma 16:

"La publicidad de juguetes no debe hacer un llamamiento directo a los menores a la compra del producto anunciado, ni incitarles a que pidan o persuadan a sus padres o a otras personas para que compren los productos anunciados. Estos anuncios tampoco deben sugerir que un padre o un adulto que compra un producto a un niño es un padre o un adulto mejor, más inteligente o más generoso que el que no lo hace."

Dada la finalidad de la prohibición, las marcas deberían evaluar si resulta éticamente aceptable realizar este tipo de prácticas en las plataformas de Internet frecuentadas por menores, aunque formalmente no estén prohibidas.

Por otro lado, la propuesta de reforma de la Directiva de Contenido Audiovisual establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, los Estados miembros velarán por que las plataformas de distribución de videos exijan a los usuarios que transfieren contenidos que declaren si en estos hay algún tipo de publicidad, contenido patrocinado o emplazamiento de producto.





2.5 Protección de datos

La protección de datos en Internet es fundamental para proteger la dignidad del menor. De hecho, la población escolar y juvenil es seguramente el colectivo más expuesto a los riesgos derivados del mal uso de redes sociales.

El Reglamento General de Protección de Datos amplía hasta los 16 años de edad la prohibición de recabar datos de un menor sin el consentimiento del padre o tutor. Sin embargo, el legislador europeo ha dejado margen a los Estados Miembros para establecer una edad inferior, siempre que ésta no esté por debajo de los 13 años. España ha manifestado su intención de aprovechar esta posibilidad. Así, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de protección de datos de carácter personal, que tiene por objeto la adaptación del RGPD al ordenamiento jurídico español, fija la edad mínima del consentimiento del menor en 13 años, para asimilar el sistema español al de otros Estados miembros de nuestro entorno.

A partir de esta edad se pueden recabar datos directamente del menor siempre que se le informe previamente de los detalles exigidos en la Ley –en un lenguaje comprensible para la edad del menor y cuando no se recojan datos de su familia o tutores–. No obstante, uno de los retos que plantea el entorno de internet es la verificación de la edad de los usuarios.

Sin embargo, es usual ver en los contenidos de los *influencers* sorteos o concursos en los que solicitan datos de menores para poder participar en estas actividades, sin control alguno. Al respecto el RGPD establece que el responsable del tratamiento deberá esforzarse para verificar que el consentimiento fue dado o autorizado por sus padres o tutores, algo que, en la práctica resulta bastante complicado de demostrar en el mundo online, si bien debería trabajarse en posibles medidas tecnológicas para resolverlo.

La participación en los sorteos y concursos de los menores que tengan 13 años o más es posible, siempre y cuando no medie contraprestación.

2.6 Derechos de imagen

Los niveles de protección jurídica se refuerzan cuando la exposición de los menores se efectúa a través de los medios de comunicación. Esta protección es adoptada a nivel internacional y así se recogió en la Carta Europea de Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992, donde se reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

Tal y como indica la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada precisamente por tratarse de personas más vulnerables.

La 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 establece que el consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. Se persigue que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten de la forma más restrictiva posible y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Aún así, para garantizar al máximo la imagen del menor, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor determina que se considerará intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen, o su nombre, en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

En el entorno de las redes sociales habrá que prestar especial cuidado a la utilización de imágenes de otros menores sin su consentimiento

Por ejemplo, mediante el uso de vídeos de otros niños (que pueden ser propietarios de los derechos de esos contenidos) o en los que su honor o propia imagen se pueda ver vulnerada.



2.7 Normativa Sectorial

Es importante indicar determinados sectores que de forma recurrente se observan en los *influencer* infantiles, como son los juguetes, los videojuegos y la alimentación, que deben respetar las normas de los códigos de autorregulación sectoriales. Para este público queda prohibida la publicidad de juegos de azar² (para prevenir conductas adictivas), la de bebidas alcohólicas (como vino³, cerveza⁴ o espirituosas⁵) o el tabaco⁶ (prohibido en general).

Hay que ser cuidadoso con el concepto de anuncio dentro del contexto de un niño *influencer* pues, como se mencionaba anteriormente, el mero hecho de recibir una contraprestación (un regalo) y hablar de él (como agradecimiento por dicho regalo) puede considerarse una acción publicitaria. Y en este sentido ha de respetarse tanto la Ley como los diferentes códigos.



²Código de conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego

³Código de autorregulación del Vino.

⁴Código de autorregulación publicitaria de cerveceros de España.

⁵Código de autorregulación publicitaria de las Federación Española de Bebidas Espirituosas FEBE.

⁶Artículo 18.3 de la LGCA

2.7.1 Los juguetes⁷

Los *influencers* que anuncien juguetes deben indicar claramente que el contenido ha sido patrocinado, regalado o pagado por la marca para que el menor entienda que es un contenido publicitario, según el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes (CAPIJ).

Información básica

La información sobre lo que incluye y no incluye el juguete (accesorios, pilas, si se entrega montado o no...) debe mostrarse a través de un texto o con una imagen o señal visual⁸.

Ficción

Además, la ficción animada que pudiera emplearse para acompañar la presentación y recrear al juguete debe ser diferenciada del propio juguete, porque los niños pueden equivocarse con las imágenes ficticias frente a la realidad del producto. Por ejemplo: Es legal que el niño aparezca jugando con una muñeca, pero no animar a un muñeco en la ficción publicitaria que pueda hacer pensar al niño espectador que el muñeco se mueve por sí mismo.

Prescriptores

Se considera como prescriptores a los padres, profesores, presentadores de programas infantiles o personajes reales o de ficción reconocidos por los menores, así como protagonistas reales o ficticios de películas o series de ficción conocidos y admirados por los menores. En el caso de los *influencers* menores, podría considerárseles a su vez como prescriptores ya que los menores tienen depositada en ellos una confianza asociada a los productos que anuncian.

Es importante resaltar que el código de juguetes indica la prohibición del uso de prescriptores en la publicidad de juguetes porque puede generar en los menores un impulso de compra por el líder de opinión que lo publicita.

¿Puede, por tanto, un niño influencer (un prescriptor) mostrar (promocionar) un juguete cuando las normas éticas de los propios jugueteros lo prohíben? Es necesario reflexionar sobre ello y valorar este nuevo contexto comunicativo para buscar las alternativas que permitan que cuanto se ha prescrito para los medios convencionales sea también válido para Internet y para los futuros contextos.

Contenidos

En todo caso, los niños *influencers*, los padres que los gestionan y las empresas que los promocionan deben considerar que el Código de autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes y la Ley General de la Comunicación Audiovisual, en su caso, prohíbe expresamente que mediante los juguetes:

- Se traten de forma negativa aspectos como la discapacidad, o se exalte el racismo, el peligro, la violencia o la agresividad.
- Se creen falsas expectativas a los menores en relación a la adquisición de fortaleza, estatus, popularidad, crecimiento, habilidad e inteligencia.
- Se incite al consumo, evitando para ello expresiones como "de regalo" o "gratis".
- Se realicen telepromociones de juguetes con ocasión de programas dirigidos a menores de hasta 14 años.
- Se produzca el emplazamiento de producto en la programación infantil (LGCA).

En concreto, la Ley General Comunicación Audiovisual establece que *Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, está prohibida toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.*

⁷Código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes (2015).

⁸Código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes (Normas éticas 16 y 21). También sobre los juguetes el Código establece cuatro cuestiones fundamentales que hay que cuidar en relación a los menores y el propio juguete: los requerimientos de montaje, el funcionamiento en sí del producto, la necesidad de baterías para dicho funcionamiento y la inclusión o no tanto de las pilas como de complementos al juguete (que puedan aparecer en el video pero no pertenecer al producto).

2.7.2 La alimentación

El Código de correulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigidas a menores, prevención de la obesidad y salud (PAOS) identifica diferentes edades, tipos de mensaje y valores. A estos efectos se consideran los 15 años como el límite de edad para una especial protección para los contenidos publicitarios difundidos por Internet.

Los mensajes de publicidad de alimentos o bebidas:

- No deben promover o presentar hábitos de alimentación o modos de vida poco saludables tales como comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva, ni deberán fomentar, aprobar o presentar de forma condescendiente hábitos de vida sedentarios.
- Tampoco debe mostrarse el alimento o bebida en cantidades excesivas o desproporcionadas.
- Deben evitar en sus mensajes que los menores no puedan claramente diferenciar entre fantasía y realidad (art. 7).
- El producto no deberá generar una fortaleza, estatus, popularidad, crecimiento, habilidad e inteligencia
- Ni podrá haber descripciones de violencia gratuitas ni presentaciones excesivamente agresivas.
- Ni podrán los anuncios sugerir que un padre o un adulto que compra un producto alimenticio o una bebida a un niño es un padre o un adulto mejor, más inteligente o más generoso que el que no lo hace.

2.7.3 Los videojuegos

Son habituales los *influencers* niños *players/ gamers* que juegan en sus canales con videojuegos mostrándoles a sus padres el juego, los trucos o simplemente las diferentes pantallas y escenarios del mismo. Es necesario que estos menores indiquen o muestren claramente la caja del mismo en la que se indica para qué edad se encuentra recomendado el videojuego y qué tipo de contenidos se pueden encontrar, tal y como establecen las Directrices de buenas prácticas publicitarias de productos del software interactivo y el Código PEGI (Pan European Game Information).



2.8 Condiciones de uso de las plataformas y responsabilidad

Las plataformas de redes sociales según la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI) solo tienen la obligación de retirar un contenido en el caso de que la plataforma tenga “conocimiento efectivo” de que se trata de un contenido ilícito y no actúe con diligencia para suprimirlo.

El “conocimiento efectivo” al que se refiere el artículo 16 de la LSSI hace referencia al momento en el que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. Sin embargo, esta obligación de retirada se extiende en la práctica a los requerimientos enviados por particulares, cuando la ilicitud de los contenidos sea evidente y notoria.

Las plataformas advierten de la obligación de indicar la publicidad en los videos a sus creadores tal y como hace Google en su canal Creator Academy, donde se explica claramente que hay que poner en los contenidos publicitarios que “son publicitarios”. También lo muestran las condiciones legales de Google: “Paid product placements and endorsements” que advierten a los creadores de contenidos su obligación de indicar que se trata de contenidos publicitarios y de qué manera incluirlo en la aplicación de Google al subir el vídeo. También dejan claro que si los creadores no lo ponen son los únicos responsables de esta omisión, aunque sería conveniente que las plataformas tuvieran una participación más activa.

De hecho, las plataformas establecen la obligación de que, aquellos canales que participen en los patrocinios tienen la responsabilidad de cumplir sus condiciones y políticas, incluidas las normas de la comunidad y normativa local.

Entre los muchos aspectos que se deben abordar al analizar la actividad de los *influencers* está, como no podía ser otra forma, su interacción con los derechos de propiedad intelectual. Dependiendo de su grado de implicación en la creación de los contenidos que publiquen, y simplificando al máximo, podemos hablar de tres situaciones paradigmáticas:



3. Propiedad intelectual y respeto de los derechos de terceros

3.1 El *influencer* como autor

En caso de que el menor sea el autor de sus propios contenidos, contará con todos los derechos morales y de explotación que reconoce la normativa a cualquier otro autor. Así, si alguna empresa o *influencer* quisiese utilizar sus creaciones, debería firmar los acuerdos pertinentes con los padres o tutores, pues los menores carecen de capacidad para contratar: si se contrata con el propio niño, la cesión podría ser anulada.

Debemos tener en cuenta que los términos de uso de plataformas como Instagram, YouTube, Facebook, etc... prevén la concesión a su favor de una licencia gratuita de los derechos de explotación de los contenidos que el *influencer* publique, lo que permite a la red social en cuestión (y en ocasiones, también al autor) sacar un rendimiento económico de estas obras.

Aunque estas plataformas fijan una edad mínima de 13 años para el registro, las cesiones sólo son válidas siempre y cuando los padres o tutores lo autoricen.

Los menores influencers deben, por otra parte, ser respetuosos con la propiedad intelectual de terceros: precisan del consentimiento de los autores cuyas obras incorporen a sus contenidos, lo que afecta a la música, a los fragmentos de otros vídeos, etc. (por ejemplo, los influencers utilizan muchas veces música en licencia básica de YouTube, que no permite su comercialización, pero hacen uso de ella en un producto (un vídeo) que en realidad puede estar sujeto a un contrato comercial o del que se está obteniendo alguna contraprestación (regalos, etc.).

Como ya establecía la Guía Legal de *Influencers* elaborada por IAB, la responsabilidad por una vulneración de autor debe quedar claramente bajo el ámbito de las obligaciones o garantías del *influencer*. Como aconsejábamos anteriormente, en la revisión o validación de contenidos por la marca o el anunciante se podría suavizar o eliminar esa responsabilidad, devolviéndosela a la marca.

La protección que confieren los derechos de autor es, por lo demás, automática: no depende de ningún registro, y se extiende durante toda la vida del autor y los setenta años posteriores a su fallecimiento.



3.2 El *influencer* como intérprete

Puede ocurrir que el *influencer* menor de edad se limite a interpretar algún tipo de guión: por ejemplo, si se le contrata para su participación en un anuncio publicitario o para el desarrollo de ciertas actividades en eventos. Incluso pueden considerarse coautores si en dichas grabaciones, fruto de la improvisación, el *influencer* crea contenido propio.

En los casos en los que el *influencer* se constituya como interprete o ejecutante, la normativa le reconoce ciertos derechos económicos, si bien con una protección más limitada que la que se les reconoce a los autores. La cesión de estos derechos (de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública) debe pactarse por contrato, que como ocurría en el caso anterior, cuando sea menor de 13 años debe ser firmado por los padres o tutores.

La duración de estos derechos será de cincuenta años a contar desde la fecha de la interpretación o ejecución, a no ser que estemos ante un fonograma (grabación musical), en cuyo caso la duración sería de setenta años desde la primera publicación o comunicación pública de su contenido.

3.3 El *influencer* como mero participante

El tercer supuesto se daría cuando el *influencer* simplemente preste su imagen (por ejemplo, como modelo en una foto), y un tercero se encargue de llevar a cabo todo el contenido creativo. En este caso, el menor solo verá afectados sus derechos de imagen; y si la acción conlleva algún tipo de contraprestación, el contrato que se formalice para cesión de estos derechos debe estar firmado por los representantes legales del menor.

4. Importancia de los contratos

Muchas personas, tanto padres como los propios menores, pueden ver la realización de un contrato como algo innecesario o contraproducente para la relación con la marca pero, como se aconsejaba en la Guía Legal de *influencers*, es recomendable que la relación entre un *influencer* y las marcas queden reguladas por escrito y en forma de contrato ya que la ausencia de un documento por escrito es la principal causa de problemas, reclamaciones e incumplimientos en cualquier relación contractual.

4.1 Contenido básico

Si se contrata a un *influencer* para participar en una grabación, debemos tener en cuenta que el Estatuto de los Trabajadores prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años. Sin embargo, la ley prevé una excepción en su apartado cuarto en el caso de intervención en espectáculos públicos siempre y cuando no suponga un perjuicio para su salud y formación profesional y humana.

Pero, ¿cuándo puede aplicarse dicha excepción? Según el art. 1.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, se entenderá como tal, aquella establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquellos, a cambio de una retribución.

En estos casos excepcionales se deberá contar con la autorización del representante legal y una autorización previa de la autoridad laboral competente, que deberá constar por escrito especificando el espectáculo.

Por otro lado, en relación a los derechos de propiedad intelectual debemos tener en cuenta que cuando el menor sea el creador, es muy recomendable que el contrato recoja todas las especificaciones relacionadas con la explotación de la obra, es decir, el ámbito territorial de la cesión, las modalidades de explotación y la duración de la misma. Si se omiten estos términos, se entenderá que la transmisión estará limitada a cinco años, que solo se puede utilizar la obra en el país en el que se realiza la cesión (lo que puede resultar problemático en Internet) y que las modalidades de explotación quedarán limitadas a las necesarias e indispensables para cumplir con la finalidad del contrato.



4.2 Otros elementos importantes

El contenido del contrato permite delimitar claramente la relación entre la marca y el *influencer*, así como las obligaciones de ambas partes. No hay obligación de ajustarse a un determinado modelo de contrato, lo que permite una regulación flexible de las cláusulas y condiciones que las partes quieran incluir (número de publicaciones, guion, exigencia de unos objetivos medibles, no competencia, difusión, plataformas, etc.).

El contrato, al fin y al cabo, ayudará a deslindar responsabilidades en caso de que el contenido o las actuaciones del *influencer* en cuestión puedan molestar a terceros o suponer posibles ilícitos por su parte como, por ejemplo, amenazar, denigrar o insultar a otras personas o marcas.

4.3 Impuestos y Tributos

No debemos olvidar las obligaciones tributarias que en muchos casos se originan en este tipo de actividades. Es habitual que la relación con el menor sea en forma de autónomo y en tal caso, su tutor o representante legal deberá darlo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores y la Seguridad Social para emitir las facturas con el IVA e IRPF pertinente.

Su tutor o representante legal deberá darlo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores y la Seguridad Social para emitir las facturas con el IVA e IRPF pertinente.

Pero, y si hace cosas de forma esporádica, ¿tengo que darme de alta y pagar la cuota de autónomos?

En este tipo de casos deberemos atender al criterio de habitualidad según el cual, en palabras del Tribunal Supremo “no se aprecia dicho requisito –a falta de otros indicios relevantes– cuando los ingresos recibidos por dicha actividad no superen el umbral del SMI”.

La nueva Ley 6/2017 de Medidas Urgentes para el autónomo, en su disposición adicional cuarta titulada “Estudio del concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”, establece: “En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual”. Por tanto, habrá que estar atentos a ese estudio del concepto de habitualidad.



5. ¿Qué sucede en otros países?

Ante esta realidad, las entidades que podemos considerar como referentes en el correcto funcionamiento de la publicidad en el mercado, han realizado una serie de recomendaciones para salvaguardar a los consumidores de contenidos, que pueden hacerse extensibles igualmente a los menores.

- La **Comisión Federal de Comercio (FTC)** de los Estados Unidos publicó unas directrices "*Endorsement Guides. What people are asking*" (2015) fruto de la anterior "Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising" (2009) en la que establece que los menores *influencers* deben identificar y explicar que se trata de publicidad en los siguientes casos:

- Si el producto es un regalo gratuito de una marca (comidas gratis o invitación a parques de atracciones, etc.).
- Si el *influencer* es el embajador de una marca.
- Si un concurso o premio o link lo promueve una marca.

En estos casos, según la FTC, el *influencer* debe indicar en el video un texto que diga:

- "Este producto me lo ha enviado...", "la empresa X me envió [nombre del producto] para probar, y creo que es genial", "algunos de los productos que voy a utilizar en este video me fueron enviados por sus fabricantes"
- "Patrocinado", "Promoción", "Anuncio pagado", "Ad".

No es suficiente poner un hipervínculo legal que lo explique; hay que indicarlo claramente en el video (sobreimpresionado) no en un texto en los comentarios o descripción del video.

Los textos deben situarse cerca de los productos que se anuncian, en una letra que resulte fácil de leer, destacado en el video y durante un tiempo suficiente para que lo lea y lo entienda un menor.

Por su parte, en Reino Unido la **Autoridad de Estándares Publicitarios (ASA)**, elaboró una serie de recomendaciones -*Guidance on the remit, presentation and content of Advertisement features*- (2017) así como el informe *Recognising ads: Blogs and vlogs* (2016) cuyo propósito es que los anuncios se identifiquen como publicidad y no induzcan a error entre los contenidos de entretenimiento y contenidos comerciales con un texto como "Gracias a la marca X por hacer que este video sea posible" o "Ad".

De otro lado, este organismo elaboró la *Guía "Children and age restricted ads online"* (2017) en donde se orienta a las marcas las restricciones publicitarias que hay respecto a los menores a la hora de anunciarles determinados productos y se realizan recomendaciones a la hora de segmentar sus públicos para que no se alcance a los menores.



6. Recomendaciones finales

Como anunciante, industria, pero también si eres padre, madre, tutor, o representante⁹ ten en cuenta que la actividad que llevas a cabo con el menor en internet puede considerarse como publicidad. Por tanto, te aconsejamos que tengas en cuenta las siguientes recomendaciones:

Diferenciar como publicidad (mediante texto, audio o imagen). Incluir elementos que diferencien con claridad cuándo están creando contenidos y cuándo están promocionando un producto.

Identificarse como anunciante (la marca claramente indicada).

Los *influencers* que anuncien juguetes deben indicar claramente que el contenido ha sido patrocinado, regalado o pagado por la marca para que el menor entienda que es un contenido publicitario.

Mostrarse veraz respecto a las características. Mostrarse leal respecto a sus competidores (sin denigrar, imitar o apropiarse de la reputación ajena pudiendo provocar confusión).

En las ficciones animadas estas deben ser diferenciadas del propio juguete, para evitar confusiones entre las imágenes ficticias y la realidad del producto.

Evitar la posible incitación a compra (por ejemplo, eludiendo primeros planos de los juguetes o evitando dirigirse a los padres para sugerirles su compra).

No deben promover o presentar hábitos de alimentación o modos de vida poco saludables y deben evitar situaciones de riesgo.

Las marcas deberían evaluar si resulta éticamente aceptable llevar a cabo emplazamiento de producto en las plataformas de Internet frecuentadas por menores, aunque formalmente no estén prohibidas.

Tener especial atención con el tratamiento de datos de menores a la hora de recabar datos para sorteos o suscripciones.

Cuidar los derechos de imagen de los menores, tanto de los propios *influencers* como de terceros.

Para que las empresas puedan utilizar creaciones de los menores, debería firmar los acuerdos pertinentes con los padres o tutores.

Los menores *influencers* deben ser respetuosos con la propiedad intelectual de terceros.

Respetar los horarios de los menores a la hora de contratar a un menor como *influencer*.

Declarar los impuestos generados de la actividad comercial.

Contacto:

IAB Spain

Paula Ortiz

Directora Jurídica y Relaciones Institucionales IAB Spain
paula@iabspain.net

Alegria Riba

Departamento legal y Relaciones Institucionales IAB Spain
alegria@iabspain.net

URJC

Esther Martínez Pastor

Docente e Investigadora. Profesor Titular de
Universidad.
esther.martinez.pastor@urjc.es

Ricardo Vizcaino-Laorga

Docente e Investigador. Profesor Contratado Doctor.
ricardo.vizcaino@urjc.es