

Retail

Primeros efectos del «Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad»

Resumen y principales conclusiones de las primeras resoluciones y dictámenes jurídicos no vinculantes emitidos por Autocontrol de conformidad con el «Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad».

SOFÍA MARTÍNEZ-ALMEIDA Y ALEJOS-PITA

Socia

Área de Propiedad Industrial de GA_P

ISABEL BANDÍN BARREIRO

Abogada

Área de Propiedad Industrial de GA_P

PAULA RUIZ-COTORRO SAGASTIZABAL

Abogada

Área de Propiedad Industrial de GA_P

El pasado 1 de enero del 2021 entró en vigor el «Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad», aprobado por la Asociación Española de Anunciantes y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) mediante acuerdo con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Consumo, con la

finalidad de establecer el marco deontológico que deberá aplicarse en la publicidad de personas con influencia.

Apenas seis meses después de su publicación, los primeros efectos del código no se han hecho esperar. El Jurado de la Publicidad y el Pleno de Autocontrol han emitido ya más de diez resoluciones o dictámenes jurídicos no vinculantes,

en los que se han analizado las publicaciones realizadas por ciertas personas con influencia. Las conclusiones más relevantes son las siguientes:

1. Incluir el *hashtag* #ad no es siempre suficiente¹

El jurado consideró que añadir la etiqueta #ad cuando hacemos referencia a un contenido publicitario es insuficiente, ya que «se trata de una abreviatura de un término expresado en otro idioma, que puede no resultar entendible para la totalidad de los destinatarios, que por tanto difícilmente podrán deducir de ella una advertencia sobre el carácter o propósito publicitario de aquélla». Por ello, se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como «publicidad», «publi», «en colaboración con» o «patrocinado por» (en español, tal y como recomienda el código).

Por ejemplo, en uno de los casos analizados, la reclamación se dirigió contra tres piezas publicitarias difundidas en la red social Instagram por la presentadora de televisión Sandra Barneda con las siguientes alegaciones:

- **Primer «post»:**

¿Y si pintamos esta Navidad con una sonrisa haciendo videollamada a los amigos, a la familia, a los compañeros con los que no te puedes reunir en este año tan especial? Porque una videollamada acerca las miradas, te abraza a pesar de la distancia. No pierdas la

oportunidad de hacer algo diferente en estas fiestas y aprovecha para llamarlos y desearles Feliz Navidad con una gran sonrisa. Yo ya tengo claro a quién voy a llamar: a mi amiga Concha, a mi amiga Laia y a mi amigo Andrés. ¿Y tú a quién vas a llamar? ¡Feliz Navidad! ¡Felices Fiestas! @samsungespana. #GalaxyS20 #TeamGalaxy #somosSmartgirl #ad [...].

- **Segundo «post»:**

Estoy feliz con mi nuevo #GalaxyS21. Es el *smartphone* que convierte lo cotidiano en momentos épicos, perfecto para llenar de momentazos el 2021. Top. Top. Top. ¿Que cómo puedes convertir un momento cotidiano en algo épico? Graba en 8k y lo verás —. #TeamGalaxy. #ad. @samsungespana [...].

- **Tercer «post»:**

La inspiración existe, pero tiene que encontrarte trabajando, esta frase de Pablo Picasso es uno de mis lemas en la vida. La constancia y el esfuerzo son dos valores que van muy unidos y que nos ayudan a conseguir las metas que nos proponemos. Por ese motivo voy siempre acompañada de mi #GalaxyTabS7 que se ha convertido en mi inseparable

¹ Véanse el Dictamen de 5 de marzo del 2021 (particular contra Samsung Electronics Iberia, S. A.), la Resolución de 19 de enero del 2021 (particular contra Unidad Editorial, S. A.) o el Dictamen de 16 de abril del 2021 (particular contra Chocolates Valor, S. A.).

compañera de trabajo. @samsungespana. #TeamGalaxy.
#somosSmartgirl. #ad [...].

En este caso, el Jurado de la Publicidad sostuvo que el término *ad* no resultaba suficiente para identificar correctamente la publicidad, máxime cuando «la propia plataforma en la que la *influencer* publica su *post*, prevé una etiqueta descriptiva destinada a aquellos supuestos en los que se quiera identificar una publicación como el resultado de una colaboración pagada con alguna marca».

2. «Diluir» o «disimular» un #ad entre otros hashtags o indicaciones no es suficiente²

El jurado consideró «insuficiente» la inclusión del *hashtag* «#ad» al final del mensaje, de manera diluida entre otros *hashtags* adicionales, dado que dicha inclusión no es suficiente para cumplir la exigencia de transparencia en las comunicaciones comerciales patrocinadas. En este sentido, el dictamen afirma que «si bien con ella se informa claramente de la naturaleza publicitaria del mensaje, su ubicación al final del texto y no al inicio del mismo o en el título de la imagen publicada, hace que quede diluida entre el resto de [las] indicaciones incluidas por la *influencer*, provocando que pueda pasar fácilmente desapercibida para los destinatarios». Es decir, la identificación debía ser visible por el destinatario y en este caso no lo era.

3. El hashtag #ad no puede estar ubicado en cualquier parte (sino junto al título de la fotografía o al inicio del mensaje)³

El Jurado de la Publicidad ha establecido en varias ocasiones cómo debería

señalizarse la publicidad en las redes sociales, entendiendo que el *hashtag* «#ad» contenido en la publicidad reclamada debía incluirse de manera inmediata, junto al título de la fotografía o al inicio de los mensajes, de manera que el destinatario conociese desde el primer momento que se trataba de un contenido publicitario. Por ello, el jurado rechazó situar el *hashtag* a) en un enlace de «más» para poder acceder al texto completo (caso particular contra Chocolates Valor, S. A., de 16 de abril del 2021) o b) en último lugar y diluido entre otras indicaciones y *hashtags*, con un elevado riesgo de que pasase fácilmente inadvertido (caso particular contra Samsung Electronics Iberia, S. A., de 5 de marzo del 2021). Aunque, en este último caso, la presentadora modificó con posterioridad el #ad por #publi, la publicación controvertida era la siguiente:

¿Y si pintamos esta Navidad con una sonrisa haciendo videollamada a los amigos, a la familia, a los compañeros con los que no te puedes reunir en este año tan especial? Porque una videollamada acerca las miradas, te abraza a pesar de la distancia. No pierdas la oportunidad de hacer algo diferente en estas fiestas y aprovecha para llamarlos y desearles Feliz Navidad con una gran sonrisa. Yo ya tengo claro a quién voy a llamar: a mi amiga Concha, a mi amiga Laia y a mi amigo Andrés. ¿Y tú a quién vas a llamar? ¡Feliz Navidad! ¡Felices Fiestas! @samsungespana.

² Dictamen de 28 de noviembre del 2019 (en el caso de un particular contra Paulina Eriksson).

³ Dictamen de 5 de marzo del 2021 (particular contra Samsung Electronics Iberia, S. A.).

#GalaxyS20 #TeamGalaxy #so-
mosSmartgirl #publi.

En este sentido, cabe recordar que el propio código va más allá a la hora de recomendar una ubicación de la identificación del contenido publicitario, recomendando (en el propio anexo del código), para el caso particular de Instagram, «incluir la palabra o etiqueta identificativa en el título encima de la foto o al inicio del texto que se muestra. Si únicamente se ve una imagen, la propia imagen debe incluir la palabra o etiqueta identificativa al inicio del mensaje. También puede utilizarse la etiqueta identificativa de la publicidad establecida por la propia plataforma (“Paid partnership tag”)».

4. ¿Mera opinión personal o mensaje con finalidad publicitaria? Mencionar sólo una marca no es suficiente⁴

La *influencer* Patry Montero mencionó la empresa Chocolates Valor en una de sus publicaciones de Instagram. Sin embargo, una «mera» mención de la marca del producto concreto no revela de forma suficientemente clara e inequívoca el propósito promocional de una publicación (ya que puede ocurrir que el *influencer* simplemente quiera expresar una opinión personal sin necesidad de que exista previamente un acuerdo de colaboración suscrito con una marca o sin que exista un propósito comercial o publicitario). No obstante, en el caso analizado, el Jurado

de la Publicidad de Autocontrol entendió lo siguiente:

... se dan elementos suficientes como para afirmar su carácter publicitario y ello por los dos motivos: en primer lugar, la protagonista *no informa sin más sobre su debilidad por el chocolate negro ni comparte las distintas variedades de chocolate negro que se pueden encontrar en el mercado, sino que se focaliza en un único producto*, la tableta de chocolate negro de la marca reclamada y lo muestra claramente a través de una fotografía. Junto con esta fotografía, la *influencer* recomienda además la marca promocionada mediante la inclusión del texto «Yo soy de la tableta de 99 % de Chocolate Valor» y de diversos *hashtags* «#@chocolatesvalor», «#ChocolatesValor». En segundo lugar, tal y como ha podido comprobar el jurado, la propia *influencer* incluye la palabra «ad» (abreviatura utilizada para referirse al término anglosajón «publicidad») en uno de los *hashtags* que acompañan a la fotografía, reconociendo por lo tanto que el contenido publicado tiene un propósito publicitario fruto de una colaboración suya con la reclamada.

⁴ Dictamen de 16 de abril del 2021 (particular contra Chocolates Valor, S. A.).

5. El concepto de ‘remuneración’ se interpreta de manera muy amplia⁵

En concreto, la Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad afirmó que «en relación con la ausencia de contraprestación económica, este jurado siguiendo la doctrina tradicional en materia de publicidad encubierta, debe advertir que para firmar la naturaleza publicitaria de un mensaje no precisa la prueba de que se ha producido una contraprestación económica. Antes, al contrario, la naturaleza publicitaria de un mensaje puede afirmarse atendiendo a las características y circunstancias específicas de éste». De hecho, la propia *influencer* (Paulina Eriksson) reconoció en su escrito que estaba negociando un posible acuerdo de colaboración con la empresa comercializadora de los auriculares controvertidos para otro producto, lo que fue interpretado como un indicio claro de que podía haber otras cuestiones o intereses —más allá de los puramente personales— que hubiesen motivado el *post* impugnado. Por lo tanto, el hecho de que no se haya recibido una contraprestación económica no impide considerar el *post* como un acto de naturaleza publicitaria (máxime porque demostrar que ha existido un pago puede resultar muy difícil). Por lo tanto, la naturaleza publicitaria del mensaje se deriva de sus «características y circunstancias específicas» y no necesariamente de la recepción de una contraprestación económica por él. En este caso, la *influencer* centró su *post* en un único producto empleando un tono claramente laudatorio sobre las ventajas y características de los auriculares inalámbricos, sin mencionar o sugerir siquiera inconveniente

alguno con respecto al mismo o apuntar otras alternativas. El Dictamen emitido por el Pleno de Autocontrol de 8 de enero del 2020 confirmó el dictamen de noviembre en que rechazaba las alegaciones de la *influencer*, ya que ésta «identificó su contenido como un contenido publicitario y reconoció la existencia de una posible futura colaboración con la empresa comercializadora de los auriculares, lo que demostraba la existencia de un interés particular en la publicación del *post*».

6. Especial atención a los sectores regulados, como, por ejemplo, el de la publicidad en juegos y apuestas

- *No se puede inducir al público a pensar que en las actividades de juego y apuestas se puede ganar fácilmente*⁶

El artículo 10 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, establece que las comunicaciones comerciales de los operadores de juego perseguirán el equilibrio entre la promoción de la actividad del juego y la necesaria protección de las personas consumidoras frente a los riesgos de esa actividad, quedando prohibidas las comunicaciones que induzcan a error sobre la posibilidad de resultar premiado o que sugieran que la repetición del juego aumenta la probabilidad de ganar. Pues bien, la Sección Cuarta del jurado estableció que la publicidad realizada por la *influencer* Genissa González por medio de sus *stories* generaba una posible

⁵ Dictamen de 28 de noviembre del 2019 (caso de un particular contra Paulina Eriksson).

⁶ Dictamen de 19 de febrero del 2021 (caso de la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Genissa González).

inducción a que el público pensara que en las actividades de juego y apuestas se puede ganar fácilmente siguiendo unas pautas y eliminando o reduciendo al mínimo la aleatoriedad propia del juego, generando error en el consumidor. En concreto, la reclamación se dirigió contra una publicación, a través de los denominados *stories*, difundida en Instagram. En dicha publicación, sobre una fotografía de la propia *influencer* y varios emoticonos, se iban sucediendo los siguientes textos:

«Hazme una pregunta. Explica un poco más del tema eso [sic] de donde apuestas y tal. Pues estoy en un canal de Telegram que me recomendó un amigo, y las copio de ahí y gano bastante». «Hazme una pregunta. Es mentira no? Nono [sic], es surrealista lo sé. Pero mirad las capturas [...]». «Metí 30 € a estos partidos que dijeron y salieron». «Y con lo que iba ganando lo iba metiendo donde decían y acabe [sic] con 1043 € estaba casi llorando [...]», «Hazme una pregunta. Cual [sic] es el nombre o el canal de Telegram donde los copias? No suelo promocionar nada, pero como estoy viendo que os interesa bastante.. [sic] os dejo su canal gratuito, en el *link* de mi biografía. O para más rápido desliza! [...]». «Hola!! He visto que has promocionado mi canal de Telegram jajajajaj muchas gracias y me alegro que ganases esos 1000 € ya

viste que fue bastante fácil. Que [sic] te parece si hago otro reto gratuito de 30 € a 1000 € para las 500 primeras personas que se metan a mi canal de tu parte? Me acaba de hablar!! Va a hacer otro reto de 30 € a 1000 € para los 500 primeros que se unan a su canal de Telegram. Desliza rápido! O *link* en la bio».

- *En las comunicaciones sobre el juego, es necesario incluir determinadas advertencias*⁷

En ese mismo dictamen, el jurado estableció que es necesario que las comunicaciones comerciales sobre juegos y apuestas incluyan un mensaje relativo a jugar con responsabilidad, como por ejemplo: «Si juegas, juega con responsabilidad», «Jugar sin control puede tener consecuencias perjudiciales a nivel psicosocial» o similares.

- *Las publicaciones aparentemente «improvisadas» sin identificar no son aceptables*⁸

En otro caso analizado —sustancialmente idéntico al de Genissa González, pero respecto del *influencer* James Lover—, el Jurado de la Publicidad afirmó que no se podía considerar que la publicidad fuera clara e inequívocamente perceptible para un destinatario medio, ya que «la publicación se presenta de manera aparentemente improvisada, como continuación de las preguntas que se van planteando —que como hemos advertido inicialmente

⁷ Dictamen de 19 de febrero del 2021 (caso de la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Genissa González).

⁸ Dictamen de 19 de febrero del 2021 (caso de la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra James Lover).

eran prácticamente idénticas para todos los *influencers*— y narrando los hechos como sorprendentes. En la medida en que de la publicación no se desprende de forma clara e inequívoca su carácter publicitario y no se incluye ninguna etiqueta o advertencia sobre la naturaleza promocional de la misma, este jurado no tiene duda que la publicidad analizada en el caso que nos ocupa es incompatible con la norma 13 del Código de Autocontrol».

Las anteriores resoluciones nos permiten extraer conclusiones claras respecto a la

posición que Autocontrol ha adoptado ante el uso de personas con influencia en la publicidad, y es que a) el idioma usado por los *influencers* en sus publicaciones no es una cuestión baladí (especialmente en lo que al #ad se refiere); b) la ubicación de la etiqueta no puede colocarse en cualquier sitio (sino en las ubicaciones recomendadas en el código, de manera que resulten evidentes para el destinatario); c) el concepto de remuneración debe interpretarse de manera amplia, y d) debe prestarse especial atención a los sectores regulados (como, por ejemplo, el de las actividades de juego y apuestas).