

# JURADO DE LA PUBLICIDAD

## DICTAMEN



Solicitante	Asociación de Usuarios de la Comunicación
Responsable de la publicidad	Westapuesta, S.L.
Título	Influencers
Nº de asunto	13/R/ FEBRERO 2021
Fase del proceso	Primera instancia – Sección Cuarta
Fecha	19 de febrero de 2021

Dictamen de 19 de febrero de 2021 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por el que expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Westapuesta, S.L. La Sección consideró que la publicidad resultaría incompatible con la norma 2 (principio de legalidad), en relación con el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, y la norma 13 (principio de autenticidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

### RESUMEN

Dictamen de 19 de febrero de 2021 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por el que expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Westapuesta, S.L.

La reclamación se dirigía contra diversas publicaciones, a través de los denominados *stories*, difundidos en Instagram, en los que varios *influencers* formulaban preguntas del tipo: “¿Cuánto ganas al mes con Instagram?/¿Cuánto ganas al mes con las redes sociales (...)?”, a las cuales los propios *influencers* respondían, con pequeñas variaciones, que estaban ganando más dinero realizando apuestas deportivas. Seguidamente, en los propios *stories* aparecían ejemplos de varias apuestas deportivas. Las publicaciones finalizaban con la inserción de un enlace a un canal de Telegram a través del cual se podían recibir pronósticos de apuestas deportivas.

Por un lado, el Jurado consideró que las publicaciones infringían la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL ya que no se desprendía de forma clara e inequívoca su carácter publicitario. Por lo demás, tampoco se incluía ninguna etiqueta o advertencia que pudiese solventar esta falta de claridad acerca de la naturaleza publicitaria.

Por otro lado, el Jurado consideró que la publicidad infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con los artículos 7.1, 10, 15 y 26 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego ya que:

- (i) No se desprendía de forma clara e inequívoca el carácter publicitario de las comunicaciones.
- (ii) Se presentaba la actividad de juego como una actividad económica paralela a la actividad económica principal como *influencers*.
- (iii) Se inducía a error respecto a las posibilidades de resultar premiado.
- (iv) No se incluía un mensaje relativo a jugar con responsabilidad.
- (v) Las publicaciones realizadas por los *influencers* vulneraban la prohibición general de aparición de personas con relevancia o notoriedad pública.
- (vi) No quedó acreditado ninguno de los requisitos que regulan las comunicaciones comerciales de las actividades del juego a través de las redes sociales.

## TEXTO COMPLETO

En Madrid, a 19 de febrero de 2021, reunida la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Manuel Rebollo Puig, emite el siguiente

### DICTAMEN

#### I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 11 de febrero de 2021, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante, “AUC”) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Westapuesta, S.L.
2. La reclamación se dirige contra diversas publicaciones, a través de los denominados *stories*, difundidos en Instagram, en los que varios *influencers* formulan preguntas del tipo: “¿Cuánto ganas al mes con Instagram?/¿Cuánto ganas al mes con las redes sociales (...)?”, a las cuales los propios *influencers* responden, con pequeñas variaciones, que están ganando más dinero realizando apuestas deportivas. Seguidamente, en los propios *stories* aparecen ejemplos de varias apuestas deportivas. Las publicaciones finalizan con la inserción de un enlace a un canal de Telegram a través del cual se pueden recibir pronósticos de apuestas deportivas.

En adelante, aludiremos a estas publicaciones como la “**Publicidad objeto del presente Dictamen**”.

3. Según expone en su escrito de reclamación, AUC manifiesta que la Publicidad objeto del presente Dictamen enlaza con un canal de Telegram, en el cual diversos pronosticadores (*Tipsters*) comercializan a través de suscripciones su asesoramiento para apostar en determinados eventos deportivos.

Una vez aclarado lo anterior, considera que la Publicidad objeto del presente Dictamen

contraviene la legislación vigente y, por ende, el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (en adelante, el “Código de AUTOCONTROL”). AUC sostiene que la publicidad es ilícita por las siguientes razones:

- (vii) En primer lugar, considera que dicha publicidad no resulta claramente identificable.
- (viii) En segundo lugar, manifiesta que la Publicidad objeto del presente Dictamen induce a error sobre la posibilidad de resultar premiado, asimila la actividad del juego a una actividad económica e incumple la obligación de incluir un mensaje relativo a jugar con responsabilidad, lo cual infringiría los apartados 2 e); 2 f); y 3 del artículo 10 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego (en adelante, “RD 958/2020”).
- (ix) En tercer lugar, arguye que el artículo 15 del citado RD 958/2020 prohíbe la aparición de personajes de relevancia o notoriedad pública en las comunicaciones comerciales sobre juegos y apuestas.
- (x) En cuarto lugar, afirma que está prohibido difundir publicidad de operadores de juego en servicios de la sociedad de la información –y en concreto en las redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos– por lo que la Publicidad objeto del presente Dictamen infringiría el artículo 26 del RD 958/2020.

4. Trasladada la reclamación a Westapuesta, S.L., ésta parte no ha presentado escrito de contestación, por lo que, en aplicación del artículo 18.2 del Reglamento del Jurado de AUTOCONTROL, procede la emisión del presente Dictamen.

## II. Fundamentos deontológicos.

1. Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que en la medida en que el escrito que ha dado origen al presente procedimiento se dirige contra una empresa que no es socia de AUTOCONTROL ni se encuentra por otros motivos vinculada al Jurado, el presente dictamen carece de carácter vinculante para la misma.

A este respecto, debe indicarse que, como en el resto de los organismos de autorregulación publicitaria existentes en todos los países del entorno UE, y con el fin de crear sistemas abiertos a la sociedad, el Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, el cual rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como el anunciante, no adherida al sistema de autodisciplina, este dictamen constituye una mera opinión, no vinculante, sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia.

En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de los dictámenes que emite este Jurado son cumplidos de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida

fuerza moral de que gozan tales dictámenes. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario (véase el Considerando 18, y los artículos 6 y 8 de la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Exposición de Motivos y artículos 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico) como a nivel estatal (véase la Exposición de Motivos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); previsiones normativas a las que se ha sumado el reconocimiento explícito de los códigos de conducta y el fomento de la autorregulación introducidos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (véase su nuevo Capítulo V), así como por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (véase su Exposición de Motivos y su artículo 12). Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre los dictámenes y resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos

2. Entrando ya en el fondo del asunto planteado y en atención a los antecedentes de hecho expuestos, la primera cuestión que debe analizar este Jurado es la de saber si las publicaciones objeto del presente Dictamen tienen o no carácter publicitario.

Pues bien, al acometer esta tarea, no se pueden obviar las circunstancias suficientemente acreditadas en las que se ha producido la difusión de los mensajes que nos ocupan, y que, a juicio de este Jurado, revelan de forma inequívoca su propósito publicitario.

En efecto, en el caso que nos ocupa, varios *influencers*, de manera prácticamente coincidente en el tiempo, han publicado o difundido mensajes con un contenido prácticamente coincidente. En este sentido, ha de destacarse que las publicaciones de estos *influencers*, además de coincidir en el tiempo, seguían todas el mismo esquema: abrir publicaciones en las que se pueden hacer preguntas, responder a ellas con idénticas expresiones, tratando cuestiones como cuántos ingresos se obtienen, y que este contexto de actividad económica dé pie a referirse a las ganancias que están obteniendo a través de las apuestas, gracias a haber conocido un grupo en una red social en la que son aconsejados.

Esta coincidencia en el tiempo y en el contenido en la difusión de mensajes prácticamente idénticos por parte de distintos *influencers* revela, por sí sola, su naturaleza publicitaria.

3. Una vez aclarado lo anterior, esta Sección debe determinar si la Publicidad objeto del presente Dictamen resulta o no compatible con el principio de autenticidad de la publicidad.

Para llevar a cabo esta labor, debemos acudir a la norma 13 del Código de AUTOCONTROL, en virtud de la cual:

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

Este precepto se encuentra en línea con lo dispuesto, en la legislación vigente, en la Ley sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y en la Ley de Competencia Desleal. El primero de estos dos textos, en su artículo 20, establece que *“Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”*.

Por su parte, en la Ley de Competencia Desleal la publicidad encubierta es considerada una modalidad de engaño al amparo de los artículos 5 y 7 de la LCD, al tiempo que se regulan algunas modalidades específicas de publicidad encubierta (como la publicidad redaccional) en su artículo 26.

4. Pues bien, este Jurado, tras un análisis detallado de la Publicidad objeto de este Dictamen, ha podido constatar, en primer lugar, que no existe ninguna advertencia explícita de su finalidad publicitaria, como podrían ser las conocidas menciones “publicidad” o “publi”, ni cualquier otro mensaje equivalente.

Es cierto que este tipo de advertencias explícitas no son siempre necesarias. En particular, no serán precisas cuando el carácter publicitario de una publicación resulte evidente por su contexto y características. De suerte que una advertencia explícita como las antes indicadas o cualesquiera otras similares sólo será necesaria cuando el carácter publicitario del mensaje o de la publicación no sea clara e inequívocamente perceptible por un consumidor medio.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, entiende el Jurado que la naturaleza publicitaria de las publicaciones tampoco resulta clara e inequívocamente perceptible para un destinatario medio. Antes al contrario, las publicaciones se presentan de manera aparentemente improvisada, como continuación de las preguntas que se van planteando –que como hemos advertido inicialmente eran prácticamente idénticas para todos los *influencers*– y narrando los hechos como sorprendentes.

Por consiguiente, en la medida en que de las publicaciones no se desprende de forma clara e inequívoca su carácter publicitario y no se incluye ninguna etiqueta o advertencia sobre la naturaleza promocional de las mismas, este Jurado no tiene duda que la Publicidad objeto del presente Dictamen en el caso que nos ocupa es incompatible con la norma 13 del Código de AUTOCONTROL.

5. En segundo lugar, AUC plantea la infracción de determinados preceptos del RD 958/2020. Estas supuestas infracciones deben ponerse en relación con la norma 2 del Código de AUTOCONTROL, que señala:

*“Las comunicaciones comerciales deben respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”*.

En relación con el RD 958/2020, AUC considera que se han infringido los artículos 7 (Principio de identificación de las comunicaciones comerciales y del anunciante), 10 (Principio de juego seguro), 15 (Aparición de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública en comunicaciones comerciales) y 26 (Reglas específicas sobre comunicaciones comerciales en redes sociales).

6. El principio de identificación recogido en el artículo 7.1 del RD 958/2020 señala:

*“Las comunicaciones comerciales de los operadores de juego deben ser claramente identificables y reconocibles como tales. Sin perjuicio de que se puedan utilizar distintas fórmulas, términos o presentaciones a tal fin, se entenderá cumplida la obligación prevista en este apartado cuando en la comunicación comercial figure clara y apreciablemente, de manera adecuada al soporte a través del cual se difunda, la palabra «publicidad», la abreviatura «publi» o similar, o bien cuando aquella se inserte en bloques publicitarios o espacios publicitarios claramente identificables como tales por el receptor”.*

Pues bien, como ya ha quedado expuesto en el fundamento deontológico 3º, al cual nos remitimos, las comunicaciones comerciales llevadas a cabo por los *influencers* en cuestión a través de sus publicaciones no resultan reconocibles como tal.

7. Por su parte, el artículo 10 del RD 958/2020 señala en su apartado primero que el diseño y difusión de las comunicaciones comerciales de los operadores de juego perseguirá el equilibrio entre la promoción de la actividad de juego y la necesaria protección de las personas consumidoras frente a los riesgos de esa actividad y, a este respecto, el apartado segundo considera prohibida entre otras aquellas comunicaciones que:

- (i) *Induzcan a error sobre la posibilidad de resultar premiado o sugieran que la repetición del juego aumenta la probabilidad de ganar.*

A este respecto, no cabe duda que una publicación en la que se traslada que simplemente siguiendo unos pasos determinados, siguiendo las indicaciones de una tercera persona, se puede llegar a conseguir sin problema y rápidamente más de mil euros habiendo realizado una apuesta inicial de 30€, es susceptible de inducir a error respecto a la posibilidades reales del juego.

Sin entrar a valorar la veracidad de las afirmaciones, el aspecto relevante que se ha de tener en cuenta a la hora de analizar este precepto no es otro que la posible inducción a pensar 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. Y es éste, y no otro, el mensaje que claramente trasladan las comunicaciones realizadas objeto de este procedimiento.

- (ii) *Presenten o asimilen la actividad de juego como una actividad económica o de inversión financiera, o una alternativa al empleo, o una forma de recuperar las pérdidas económicas de cualquier tipo.*

En este caso debemos tener en cuenta que las preguntas planteadas por los seguidores de los *influencers* comienzan centrándose en cuánto dinero ganan como *influencers*. Ante estas preguntas, se desvía la atención rápidamente para indicar que es privado, pero que sí puede comentar que con lo que está logrando ganar más dinero es con las apuestas. Es decir, se presenta como una actividad económica paralela a su actividad económica principal como *influencers*, que incluso reporta mayores beneficios económicos.

Por otra parte, el tercer apartado de este mismo artículo señala que *“las comunicaciones comerciales deberán incluir un mensaje relativo a jugar con responsabilidad, tipo «si juegas, juega»*

con responsabilidad», «jugar sin control puede tener consecuencias perjudiciales a nivel psicosocial» o similar”. Del visionado de la Publicidad objeto del presente Dictamen, es patente que no se incluye ninguna advertencia en este sentido.

8. El artículo 15 del RD 958/2020 dispone:

*“Se prohíbe la aparición en las comunicaciones comerciales de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública, sean aquellos reales o de ficción Sólo se permitirá su aparición cuando estos:*

- a) Hayan adquirido esa condición a consecuencia de la propia comunicación comercial.*
- b) Sean quienes narren las retransmisiones en directo previstas en el artículo 19, en cuyo caso, además de ajustarse de manera específica a lo previsto en el mencionado artículo, solo podrán emitirlas en el contexto de la narración del evento.*
- c) Sean quienes presenten los concursos emitidos a través de medios televisivos o radiofónicos, en cuyo caso solo podrán emitirlas durante el programa que sirve de soporte al concurso”.*

El citado artículo parte de una prohibición general de aparición de personas con relevancia o notoriedad pública excepto en tres situaciones muy concretas, pero ninguna de ellas se da en el procedimiento objeto de este Dictamen.

En virtud de lo anterior, la mera aparición de los *influencers*, unida a la prescripción realizada de la actividad de las apuestas deportivas, sería contraria al artículo 15 del RD 958/2020, salvo que la Publicidad objeto del presente Dictamen pudiese acogerse al régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria tercera del citado RD 958/2020, la cual dispone: *“Los operadores de juego podrán seguir realizando comunicaciones comerciales con personas o personajes de relevancia o de notoriedad pública derivados de contratos publicitarios suscritos con anterioridad a dicha entrada en vigor hasta el 1 de abril de 2021”.*

9. En último lugar, teniendo en cuenta que la Publicidad objeto del presente Dictamen fue llevada a cabo en redes sociales, este Jurado debe analizar el supuesto incumplimiento del artículo 26 del RD 958/2020, que señala:

*“1. Las entidades que difundan comunicaciones comerciales de los operadores de juego en redes sociales con perfil de usuario solo podrán hacerlo en aquellas que dispongan de:*

- a) Instrumentos para evitar que esas comunicaciones se dirijan a menores de edad.*
- b) Mecanismos de bloqueo u ocultación de anuncios emergentes por parte de sus usuarios.*
- c) Herramientas que permitan segmentar el público al que se dirigen esas comunicaciones comerciales en alguno de los modelos previstos en el apartado 2.*

*2. Las entidades que difundan comunicaciones comerciales de operadores de juego en redes sociales con perfil de usuario solo podrán remitir dichas comunicaciones:*

- a) A las personas que sigan, en dichas redes, las cuentas o canales oficiales de un operador o de alguno de los prestadores señalados en el párrafo primero del artículo 23.1.b).*
- b) A las personas que hayan manifestado un interés activo en las actividades de juego definidas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, siempre y cuando esas personas puedan eliminar, en cualquier momento, la preferencia por ese interés activo a través de los mecanismos habilitados para ello por la red social.*
- c) A quienes se hayan registrado con un operador y formen parte de su cartera de clientes existentes o con alguno de los prestadores señalados en el párrafo primero del artículo 23.1.b).*

*3. Las cuentas o canales en redes sociales sólo podrán realizar comunicaciones comerciales de operadores de juego cuando su actividad principal consista en ofrecer información o contenidos sobre las actividades de juego definidas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, y, además:*

- a) Utilicen todos los mecanismos disponibles en las redes sociales desde las que difundan su actividad*

*para evitar el acceso de menores de edad.*

*b) Difundan de manera periódica mensajes sobre juego seguro.*

*4. Cuando una red social tenga, además, la consideración de prestador de servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma, las comunicaciones comerciales previstas en el artículo 25.2 se ajustarán a lo dispuesto en dicho precepto, sin que resulten de aplicación las reglas contenidas en el artículo 26.2.*

*5. Cuando una red social incorpore un motor de búsqueda entre sus aplicaciones, los resultados ofrecidos por este se ajustarán exclusivamente a lo dispuesto en el artículo 23.1.c), sin que resulten de aplicación las reglas contenidas en el artículo 26.2”.*

A este respecto, el Jurado debe concluir que, si en el marco de un procedimiento contradictorio que de momento no se ha podido producir, la parte frente a la que se presentó la reclamación aportase pruebas suficientes que acreditasen el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 del RD 958/2020, la Publicidad objeto del presente Dictamen sería compatible con dicho artículo, y por ende con la norma 2 del Código de AUTOCONTROL. En caso contrario (esto es, si en el marco de un procedimiento contradictorio en el que participase la parte frente a la que se presentó la reclamación esas pruebas no fuesen aportadas o las aportadas fueran insuficientes) la Publicidad objeto del presente Dictamen debería ser considerada incompatible con la norma antes indicada.

10. En virtud de lo anteriormente expuesto, este Jurado considera que la Publicidad objeto del presente Dictamen resultaría incompatible con la norma 2 del Código de AUTOCONTROL en relación con los artículos 7, 10, y eventualmente, 15 y 26 del RD 958/2020.

Este Dictamen se emite únicamente con la información aportada por el solicitante, careciendo de cualquier naturaleza de carácter vinculante. El Dictamen expresa el parecer del Jurado sobre la corrección deontológica de la publicidad sometida a su análisis, el cual, como es habitual, queda sometido a cualquier otro mejor fundado.