

JURADO DE LA PUBLICIDAD

RESOLUCIÓN

Reclamante	Particular
Reclamado	Samsung Electronics Iberia, S.A.
Título	Samsung influencer
N.º de asunto	30/R/FEBRERO 2021
Fase del proceso	Primera Instancia – Sección Séptima
Fecha	5 de marzo de 2021

Resolución de 5 de marzo de 2021 de la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una comunicación comercial de la que es responsable la empresa Samsung Electronics Iberia, S.A. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad infringía la norma 5 del Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad.

RESUMEN

Resolución de 5 de marzo de 2021 de la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una comunicación comercial de la que es responsable la empresa Samsung Electronics Iberia, S.A.

La reclamación se dirige contra tres piezas publicitarias difundidas en Instagram por parte de Sandra Barneda en las que se promocionan dos teléfonos móviles y una Tablet de la marca Samsung.

El Jurado entendió que la publicidad reclamada no resultaba por sí sola, dadas sus características, clara y manifiestamente reconocible como tal publicidad, no siendo además suficiente la advertencia “ad” para informar de su propósito promocional. En particular, dicha advertencia no era identificable ni por su tenor literal (término expresado en otro idioma) ni por su ubicación (insertado en último lugar diluido entre otras indicaciones y hashtags), y por lo tanto no era explícita, inmediata ni adecuada al medio en el que se insertaba (Instagram), resultando contraria a la norma 5 del Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad.

TEXTO COMPLETO

En Madrid, a 5 de marzo de 2021, reunida la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D^{ña}. María José Morillas Jarillo, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por un particular en relación con una publicidad de la que es responsable la empresa Samsung Electronics Iberia, S.A., emite la

RESOLUCIÓN

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 21 de febrero de 2021, un particular presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable Samsung Electronics Iberia, S.A.
2. La reclamación se dirige contra tres piezas publicitarias difundidas en Instagram por parte de Sandra Barneda en las que se promociona un teléfono móvil y se realizan las siguientes alegaciones: en el primer *post*, se indica: “¿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 (...)”.

En el segundo *post*, Sandra Barneda escribió: “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. ¿Qué cómo puedes convertir un momento cotidiano en algo épico? Graba en 8k y lo verás 😊. #TeamGalaxy. #ad. @samsungespana. (...)”.

En el tercer *post*, Sandra Barneda escribe: “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 compañera de trabajo. @samsungespana. #TeamGalaxy. #somosSmartgirl. #ad (...)”.

3. Trasladada la reclamación a Samsung Electronics Iberia, S.A., la reclamada presentó escrito de contestación en el que rechaza expresamente la competencia del Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL para resolver sobre la presente reclamación, si bien a continuación expone los argumentos con base en los que considera que la reclamación no debería prosperar.

Y así, sostiene que la publicidad realizada por Sandra Barneda en su perfil de Instagram resulta compatible con la norma 13 del Código de Conducta de AUTOCONTROL habida cuenta que:

- a) La naturaleza publicitaria de los mensajes que conforman la publicidad resulta clara y manifiesta, según la reclamada, en la medida en que cada mensaje se acompaña del concreto *hashtag* del producto Samsung anunciado.
- b) Por otro lado, esgrime la reclamada que todos los textos que acompañan a las fotografías van seguidos de forma clara y perfectamente visible de una mención a Samsung empleando la fórmula “@samsungespana”, extremo que revelaría claramente el vínculo existente entre Samsung y Sandra Barneda. Además, Samsung alega que el texto de cada una de las imágenes

incorpora el *hashtag* #TeamGalaxy, en clara referencia a la gama de productos Galaxy de Samsung, circunstancia de la que se desprende la pertenencia de Sandra Barneda al equipo Galaxy de Samsung.

- c) En cuarto lugar, la reclamada defiende la inclusión en la publicidad del *hashtag* “Ad” como advertencia explícita o expresa de la naturaleza publicitaria del *post*, esgrimiendo además que el citado *hashtag* es perfecta y claramente visible, no confundiendo con el resto del texto, de manera que no pasa desapercibido para los destinatarios de la publicidad.
- d) Por último, alega la reclamada que en todas las fotografías que publicó Sandra Barneda se etiquetó a la marca Samsung, de tal modo que si un consumidor hace clic en la fotografía aparece la etiqueta “Samsungespana”, revelando una vez más, según Samsung, la naturaleza publicitaria de las publicaciones reclamadas.
- e) En definitiva, Samsung entiende que los argumentos expuestos con anterioridad son lo suficientemente concluyentes para que un consumidor habituado a seguir a un *influencer* entienda que se trata de contenido publicitario.

Por todo ello, Samsung entiende que la publicidad objeto de reclamación se ajusta a lo dispuesto en la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL y reitera su rechazo a la competencia de este Jurado para conocer del asunto.

II. Fundamentos deontológicos.

1. Antes de emitir una resolución sobre el fondo del asunto planteado ante esta Sección, debe advertirse que la parte reclamada comienza su escrito de contestación rechazando expresamente la competencia del Jurado para resolver la presente controversia.

Sin embargo, esta alegación debe ser desestimada en la medida en que Samsung se encuentra vinculada por el Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, cuya aplicación se ha encomendado asimismo a este Jurado.

En efecto, la norma de aplicación A.1 del Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad establece lo siguiente: “Las empresas socias de la aea y AUTOCONTROL, y otras empresas que voluntariamente se adhieran al mismo, se comprometen a respetar en sus acciones publicitarias con influencers las normas en él recogidas, así como a acatar y cumplir de forma inmediata el contenido de las resoluciones que el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL pueda emitir para la resolución de las reclamaciones que le sean presentadas en relación a este Código”.

Pues bien, este Jurado ha podido comprobar que la empresa reclamada, Samsung, es socia de la Asociación Española de Anunciantes (AEA) y en consecuencia, está adherida al Código de *influencers*, cuya aplicación tiene encomendada el Jurado de la Publicidad. En consecuencia, no procede admitir el rechazo de la competencia de este Jurado efectuado por la reclamada.

Es más, la resolución que adopte este Jurado tendrá carácter vinculante para Samsung. Así se desprende de la norma de aplicación A.1 del Código de *influencers* antes transcrita. Y así lo establece también el artículo 29 del Reglamento del Jurado que establece que: *“Las resoluciones*

del Jurado de la Publicidad serán vinculantes para todos los asociados de AUTOCONTROL, para cualesquiera otras personas que se encuentren vinculadas a las mismas, y para aquellas personas no vinculadas que hayan aceptado expresa o tácitamente su competencia". Dicha resolución será hecha pública a través de su inserción en la página web u otros medios de la aea y AUTOCONTROL, tal y como establece la norma de aplicación C.4 del Código de *influencers*.

2. Una vez aclaradas estas cuestiones previas y a la vista de los antecedentes de hecho expuestos, corresponde a este Jurado analizar la publicidad reclamada a la luz de la norma 5 del Código de *influencers*, según la cual *"La naturaleza publicitaria de las menciones realizadas por influencers o de los contenidos digitales divulgados por estos, que tengan tal consideración publicitaria, deberá ser identificable para sus seguidores. En aquellos casos en los que dicha naturaleza publicitaria no sea clara y manifiesta a la vista de la propia mención o contenido, se deberá incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos. (...)"*.

Ha de señalarse, por lo demás, que el principio de identificación de la publicidad que recoge esta norma no supone más que la aplicación -en el ámbito específico de la publicidad a través de *influencers*- del principio general de identificación que rige para toda actividad publicitaria en virtud el artículo 9 de la Ley General Publicidad, y que conlleva la prohibición a nivel legal de la publicidad encubierta, a través de los artículos 5, 7 y 26 de la Ley de Competencia Desleal.

Idéntica obligación de identificabilidad se recoge en el artículo 20.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, según el cual *"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"*.

3. Así las cosas, tal y como indica la norma 5 del Código de *influencers* antes transcrita, todo contenido digital divulgado por un *influencer*, que tenga consideración publicitaria, deberá ser identificable para sus seguidores.

Pues bien, a efectos de aplicación del Código de *influencers*, se entenderá que tienen consideración publicitaria según su norma 3 *"todas aquellas menciones o contenidos -gráficos, de audio o visuales- que acumulativamente:*

- a. Estén dirigidos a la promoción de productos o servicios;
- b. sean divulgados en el marco de colaboraciones o compromisos recíprocos, siendo la divulgación del citado contenido objeto de un pago u otra contraprestación por parte del anunciante o sus representantes;
- c. el anunciante o sus agentes ejerzan un control editorial sobre el contenido divulgado (estableciendo previamente todo o parte del mismo y/o validándolo).

Por el contrario, no tendrán la consideración de publicitarios y, por tanto, no les resultará de aplicación el presente Código, a los contenidos que tengan naturaleza puramente editorial, ni a los contenidos divulgados por influencers que respondan a su propia y única iniciativa, sin relación con la empresa anunciante o sus agentes".

En el caso que nos ocupa, la consideración publicitaria de los *posts* reclamados, publicados por Sandra Barneda en su red social de Instagram, es una cuestión reconocida expresamente por la empresa reclamada en su escrito de contestación. En efecto, la parte reclamada basa todo su escrito de contestación en alegar que el carácter publicitario de los *posts* es fácilmente reconocible, por lo que admite aquel carácter publicitario. Por otro lado, en el mismo escrito alude en varias ocasiones al vínculo existente entre Sandra Barneda y Samsung, así como a la pertenencia de Sandra Barneda al “equipo” Galaxy de Samsung como prueba de la colaboración de la presentadora con la marca Samsung. En estas circunstancias, no existe duda posible sobre el hecho de que la publicación de los *posts* es efectivamente publicidad.

4. Así las cosas, en la medida en que el carácter publicitario de los *posts* es una cuestión no controvertida entre las partes, esta Sección ha de analizar si la publicidad es clara y fácilmente identificable por el público destinatario y, por tanto, si resulta o no compatible con la norma 5 del Código de *influencers* anteriormente mencionada.

A juicio del particular, no se indica de forma clara e inequívoca del carácter publicitario de los *posts*, mientras que la empresa reclamada entiende que la naturaleza publicitaria es fácilmente reconocible por las características de los distintos mensajes.

Pues bien, es cierto que, en algunos casos, la naturaleza publicitaria de un mensaje es por si sola clara y manifiesta por circunstancias tales como el contenido o la ubicación del mensaje; de manera que el destinatario puede deducir el carácter publicitario del mismo sin necesidad de una advertencia expresa. En el mismo sentido se pronuncia la citada norma 5 del Código de Conducta sobre *influencers*, en la medida en que el precepto prevé la obligación de incluir indicaciones o advertencias expresas sobre la naturaleza publicitaria del mensaje, sólo «cuando dicha naturaleza publicitaria no sea clara y manifiesta».

Sin embargo, a juicio de esta Sección, la publicidad reclamada no resulta por si sola, dadas sus características, clara y manifiestamente identificable como tal publicidad.

5. Como ha podido comprobar este Jurado, no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web de Samsung o redes sociales de la empresa tecnológica). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de la presentadora, junto con otras imágenes personales de su vida y actividad cotidiana. En consecuencia, su ubicación no permite apreciar a simple vista que se trata de publicidad. Antes bien, su ubicación lleva a pensar que se trata de una opinión o experiencia más que la presentadora difunde en su red social con el fin de compartirla con sus seguidores.

Por otro lado, el contenido, una vez que el destinatario accede a los *posts*, no resulta tampoco claro en cuanto a su carácter publicitario. Al contrario, en la medida en que la presentadora realiza estas menciones en su red social de Instagram, alterna opiniones, sensaciones y reflexiones personales con las ventajas de los productos con los que posa, así como *hashtags* con la marca de los mismos, tratando de integrar las menciones publicitarias como parte natural del contenido editorial de sus *posts*. A modo de ejemplo, la reclamada, que publica estos *posts* en el periodo navideño, se dirige a los destinatarios para compartir la siguiente reflexión: “¿Y si pintamos esta Navidad con una sonrisa haciendo una 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 (...) aprovecha para llamarlos (...) yo ya tengo claro a quién voy

a llamar: a mi amiga (...)” y termina con las alusiones a “Samsung España, Team Galaxy”. O bien comienza trasladando cómo se siente “Estoy feliz con mi nuevo Galaxy S21 (...) es el Smartphone (...) perfecto para llenar de momentazos el 2021” y continúa dirigiéndose al usuario: ¿Qué cómo puedes convertir un momento cotidiano en algo épico? Graba en 8k y lo verás. Team Galaxy. Samsung España”. En el tercer post, la presentadora comienza compartiendo este pensamiento: “La inspiración existe pero tiene que encontrarte trabajando (...) es uno de mis lemas en la vida (...) la constancia y el esfuerzo nos ayudan a conseguir las metas que nos proponemos”, y finaliza luego con la alegación: “Por eso voy siempre acompañada de mi Galaxy Tab S7”. De esta manera, el destinatario comienza leyendo reflexiones personales de la presentadora (como puede ser información sobre uno de sus lemas de la vida o cómo piensa celebrar el día de Navidad), pensando que se trata de una opinión más de las que publica en su cuenta, cuando, realmente, hay un propósito final de promocionar la marca Samsung Galaxy que se presenta bajo la apariencia inicial de un mensaje personal e informativo.

6. Sostiene a estos efectos la parte reclamada que existen distintas menciones en la publicidad de las que se desprendería la naturaleza publicitaria de ésta. En particular, la parte reclamada alude a algunas expresiones como “#Galaxys21”, “#GalaxyTab27”, “#TeamGalaxy”, “@Samsungespaña”.

Sin embargo, este Jurado no puede aceptar estas alegaciones de la reclamada. La mención de la marca del producto concreto no revela de forma suficientemente clara e inequívoca el propósito promocional de la publicación. Esto es así porque el hecho de que los *influencers* aludan a las marcas de productos en sus *posts* editoriales es una práctica habitual, sin que muchas veces exista detrás un acuerdo de colaboración previamente suscrito con la marca ni un propósito publicitario. Dicho con otras palabras, la mención de Samsung o de Galaxy no descarta por sí sola que nos encontremos ante un mensaje informativo que pueda generar la *influencer* para reflejar simplemente su opinión o experiencia sobre ese producto. Lógicamente, si la *influencer* quiere reflejar su opinión puramente editorial (y no publicitaria) sobre un producto, lo hará mencionando su marca. De donde se desprende que la mención de la marca de un producto se puede producir tanto en *posts* de contenido editorial como en *posts* de contenido publicitario, lo que a su vez debe llevar a rechazar que la simple mención de una marca revele por sí sola el carácter publicitario de un mensaje.

Por otro lado, en este punto también cabe señalar que esta práctica consistente en incluir en el mensaje una etiqueta (*hashtag*) con el nombre o marca del producto ya ha sido considerada insuficiente en otros países de nuestro entorno para revelar el carácter publicitario de un mensaje. Así sucedió en Alemania, donde dicha práctica fue considerada insuficiente para revelar la naturaleza publicitaria del mensaje por el *Landgericht* de Hagen en su Resolución de 13 de septiembre de 2017 (Tribunal de Distrito en la Jurisdicción ordinaria de Alemania).

7. En consecuencia, dado que en el caso que nos ocupa la naturaleza publicitaria de los *posts* reclamados no puede ser identificada por el público destinatario a primera vista de forma clara e inequívoca, resulta necesaria, tal y como obliga la norma 5 del Código de *influencers*, la inserción de una advertencia expresa y adecuada que informe del propósito promocional.
8. Respecto de la advertencia incluida en la publicidad reclamada, Samsung sostiene que el *hashtag* “#ad” que acompaña al texto de las fotografías es perfecta y claramente visible, de forma que no pasa desapercibido para los destinatarios. No obstante, este Jurado no puede compartir tampoco este argumento. Al contrario, a ojos de esta Sección, ni el tenor literal de la advertencia, ni su

ubicación, permiten al público destinatario identificar de forma clara e inequívoca la naturaleza publicitaria de los *posts*.

9. En primer lugar, respecto del tenor literal, tal y como ya señaló el Jurado de la Publicidad en su Resolución de 19 de enero de 2021, no hay que olvidar que *“el término anglosajón “ad” para supuestamente desvelar la naturaleza promocional del mensaje que se difunde no es un recurso que permita al consumidor medio advertir inequívocamente su carácter publicitario, ya que no puede descartarse que aquél desconozca su significado”*.

Por su parte, el propio Código de *influencers* recomienda, en su norma 5, para aquellos casos en los que la naturaleza publicitaria deba indicarse mediante una advertencia explícita e inmediata, lo siguiente: *“A tal fin se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales 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]”, “Regalo de [marca]”, “Viaje patrocinado”, etc.). b. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo “información”, “legal” o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”)*”.

En este caso, la advertencia utilizada por la reclamada en la publicidad no consiste en una indicación genérica clara, ni tampoco descriptiva de la colaboración entre empresa e *influencer*, sino 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 aquella.

En segundo lugar, tampoco la ubicación resultaría conforme con las previsiones de la norma. En efecto, el *hashtag* “#ad” contenido en la publicidad reclamada no se incluye de manera inmediata, junto al título de la fotografía o al inicio de los mensajes, de manera que el destinatario conozca desde el primer momento que se trata de un contenido publicitario, sino que aparece en último lugar y diluido entre otras indicaciones y *hashtags*, con un elevado riesgo de que pase fácilmente desapercibido.

Al aparecer en último lugar, la advertencia “ad” no resultará además legible en función del dispositivo a través del cual el usuario acceda a la red social. En efecto, si el destinatario accede al *post* desde un teléfono inteligente, únicamente podrá acceder a la primera línea del texto, y para poder leer el resto del texto descriptivo deberá producirse una conducta activa por su parte (pinchando en enlace “más”) en contra de lo recomendado por el Código. De esta forma, en los pantallazos recogidos por la reclamada en su propio escrito de contestación, este Jurado ha podido comprobar que la advertencia “#ad” no está visible bajo las fotografías en un primer momento, sino que aparece un enlace “más” sobre el que se debería pinchar para poder acceder al texto completo y, por tanto, a la identificación de la publicidad.

En este punto, cabe recordar que el Código de *influencers* va más allá a la hora de recomendar una ubicación de la identificación del contenido publicitario, aconsejando, para el supuesto 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”)*”.

Para finalizar, debemos señalar que la opinión hasta aquí reflejada del Jurado en torno a la insuficiencia del *hashtag* #ad incluido al final del mensaje y diluido entre otros *hashtags* coincide con la que han expresado también Tribunales de Justicia en nuestro entorno. En este sentido cabe citar, por ejemplo, la sentencia del *Oberlandesgericht* de Celle, de 8 de julio de 2017, en la que consideró insuficiente que el carácter publicitario de un tuit se desvelara a través de una etiqueta («hashtag») con el término «ad» que se incluía al final del mensaje y acompañada de otras múltiples etiquetas o «hashtags», entre las cuales se diluía.

En consecuencia, en la medida en que la advertencia “#ad” no resulta identificable ni por su tenor literal ni por su ubicación, no siendo explícita, inmediata ni adecuada al medio en el que se inserta, resultaría contraria a la obligación contenida en la norma 5 del Código de *influencers*.

En atención a todo lo anterior, la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

1. Estimar la reclamación presentada por una particular frente a Samsung Electronics Iberia, S.A.
2. Declarar que la Publicidad Reclamada infringe la norma 5 del Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad.
3. Instar al anunciante la rectificación de la Publicidad Reclamada en el sentido expuesto en los fundamentos deontológicos de la presente Resolución.