



JURADO DE LA PUBLICIDAD

DICTAMEN

Solicitante	Particular
Responsable de la publicidad	Brand New Ways Comunicaciones, S.L.
Título	Oppo Influencer Internet
N.º de asunto	39/R/MARZO 2021
Fase del proceso	Primera Instancia – Sección Quinta
Fecha	9 de abril de 2021

Dictamen de 9 de abril de 2021 de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL, por el que expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable Brand New Ways Comunicaciones, S.L. La Sección consideró que la publicidad reclamada resultaría incompatible con la norma 13 del Código de Autocontrol, vulnerando por tanto el principio de autenticidad.

RESUMEN

Dictamen de 9 de abril de 2021 de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL por el que expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Brand New Ways Comunicaciones, S.L.

La reclamación se formuló contra dos piezas publicitarias difundidas en Instagram por parte de la periodista y youtuber Carolina Denia en el perfil de Instagram Clipset, en las que se promocionan dos nuevos lanzamientos de dispositivos tecnológicos de la marca Oppo.

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, entendió que dicha advertencia no sería 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). Por tanto, en la medida en que no se incluía una advertencia explícita, inmediata y adecuada al medio en el que se insertaba la publicidad (Instagram), la misma resultaba contraria a la norma 13 del Código de Conducta de AUTOCONTROL.

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^ª. 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 el siguiente

DICTAMEN

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 23 de marzo de 2021, un particular presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Brand New Ways Comunicaciones S.L.
2. La reclamación se dirige contra dos piezas publicitarias difundidas en Instagram por parte de la periodista y youtuber Carolina Denia en el perfil de Instagram Clipset. En la primera de las publicaciones vemos a la periodista sosteniendo una piruleta y leemos: *“En pocos días todo se llenará de COLOR, y... No por la primavera precisamente... (y más...)”*. En la segunda de las publicaciones, podemos ver a la influencer rodeada de unas letras en miniatura, así como la mención “Oppo” formada por dichas letras. Asimismo, hay un texto en la publicación en el que leemos: *“Mañana descubriremos el color de una manera muy diferente. No te pierdas el lanza... (Y más...)”*.

Según reconoce en su escrito el reclamante, en ambas publicaciones se incluye el hashtag “Ad” como único medio de advertencia de que se trata de un post promocional patrocinado.

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

3. A juicio del particular que ha instado el presente procedimiento, los mensajes transcritos no identifican suficientemente su naturaleza publicitaria. Además, sostiene que la red social utilizada como medio para difundir la publicidad, es decir, Instagram, dispone de una herramienta para el correcto etiquetado de los posts publicitarios, de manera que se podría incluir junto al nombre de la persona que realiza la publicación un texto en el que se afirme que se trata de una colaboración pagada con la marca promocionada y, a mayor abundamiento, sostiene que la influencer sí ha procedido a realizar tal aclaración en anteriores ocasiones.

Por todo ello, el particular entiende que la Publicidad objeto del presente Dictamen contraviene el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (en adelante, el **“Código de AUTOCONTROL”**) en la medida en que la publicidad reclamada no resulta claramente identificable.

4. Trasladada la reclamación a la influencer que difundió el mensaje y a la empresa Brand New Ways Comunicaciones, S.L., mientras la primera aceptó la reclamación y se comprometió a la modificación de la publicidad, la segunda no ha presentado escrito de contestación, por lo que, exclusivamente en relación con la misma, y 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 empresa 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 y personas 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, 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 a la vista de los antecedentes expuestos, esta Sección debe analizar el mensaje objeto de dictamen a la luz del principio de autenticidad recogido en la Norma 13 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en lo sucesivo, el “Código de Autocontrol”).

Este precepto dispone lo siguiente: *“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”.

La citada norma tiene igualmente reflejo en el ordenamiento jurídico español. Así, por ejemplo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en su art. 9 establece que: *“Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.*

Idéntica obligación de identificabilidad se recoge en el artículo 20 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”.*

Como consecuencia de este principio de identificabilidad, nuestro Ordenamiento también incorpora una clara prohibición de la publicidad encubierta, a través de los artículos 5, 7 y 26 de la Ley de Competencia Desleal.

Sentado lo anterior, esta Sección considera conveniente recordar que este Jurado ha declarado en numerosas ocasiones que el principio de autenticidad obliga a procurar que todo mensaje publicitario sea fácilmente identificable como tal. La razón última de este principio es que el consumidor pueda captar la naturaleza publicitaria del mensaje, para así poder tenerla presente a la hora de valorar el origen y el valor de la información que se le proporciona. Por tanto, cuando se infringe el principio de autenticidad, esto es, cuando debido a la presentación y al contenido, sus destinatarios no la perciben claramente como publicidad, se incurre en un supuesto de publicidad encubierta incompatible con la norma 13 del Código de Autocontrol.

3. Así las cosas, con carácter previo al análisis del asunto, cabe advertir que existirá un supuesto de publicidad encubierta, contrario al principio de autenticidad que recoge la norma 13 del Código de Autocontrol, si concurren tres presupuestos. En primer lugar, el mensaje sometido a análisis debe perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional. En segundo lugar, se exige que esa finalidad o propósito publicitario no sea claramente identificable por el público destinatario de la publicidad. Por último, un mensaje publicitario debe ser calificado como publicidad encubierta cuando, además de tener una finalidad publicitaria y no ser ésta claramente identificable por los destinatarios, no incluye ninguna advertencia que informe de forma explícita y suficiente al público de los consumidores de aquella finalidad. Esta última exigencia, por lo demás, es especialmente exigible en el ámbito de la denominada “publicidad nativa”; esto es, aquella publicidad que se inserta como parte de un contenido editorial. En este caso, y como dispone la norma 13 del Código de Autocontrol, la publicidad deberá ser “etiquetada como tal”, “cuando sea necesario”.
4. Pues bien, en el caso que nos ocupa, los mensajes que han de analizarse han sido difundidos por una conocida periodista y youtuber especializada en tecnología. Así, de conformidad con lo expuesto hasta ahora, para poder calificar dichos mensajes como un supuesto de publicidad encubierta, esta Sección del Jurado debe dilucidar si nos encontramos ante un mensaje de carácter publicitario y, en su caso, analizar si es apto para inducir a error al público destinatario acerca de su auténtica naturaleza. Una vez llegados a este punto, se deberá comprobar si se ha

omitido en éste cualquier advertencia expresa sobre su propósito promocional o si la advertencia incluida resulta suficiente para desvelar dicho propósito.

5. En relación con la primera de estas cuestiones, esta Sección ha analizado con detenimiento los mensajes objeto del presente Dictamen con el objetivo de valorar si los *posts* de Instagram escritos por la especialista tecnológica contienen una mera opinión personal con un objetivo simplemente informativo o si por lo contrario se trata de mensajes con finalidad publicitaria.

Para ello y dado que no ha quedado acreditado en el presente procedimiento que exista una contraprestación económica por parte de la empresa fabricante de los dispositivos en favor de la “influencer” (circunstancia que acreditaría por sí sola el carácter publicitario del mensaje), este Jurado debe analizar las características y circunstancias específicas de los mensajes difundidos, para determinar si los mismos carecen de justificación editorial y persiguen por tanto un propósito única y puramente publicitario.

Pues bien, según ha podido comprobar esta Sección, parece evidente que en los mensajes objeto del presente Dictamen no concurren los rasgos propios de un mensaje de carácter estrictamente editorial, sino que, al contrario, se dan indicios suficientes como para afirmar su carácter publicitario. En efecto, no se trata de mensajes informativos en los que la influencer expone las características, particularidades, ventajas o inconvenientes de un producto tecnológico frente a otro, sino que se focaliza en cualidades positivas (tales como la variedad de colores) de un producto (sin desvelar cuál) y se limita a anunciar un acontecimiento futuro, sin desvelar tampoco a qué se refiere ni en qué consiste.

Este tipo de mensaje, que busca atraer la atención del consumidor y despertar su curiosidad, encaja, a juicio de esta Sección, en un formato publicitario conocido como *teaser*, cuyo principal objetivo es anticipar una campaña, ofreciendo pequeñas porciones de información acerca de un producto, (sin mostrarlo todavía) y es muy frecuente en los lanzamientos de nuevos productos y servicios. Como ha podido comprobar este Jurado, la influencer comenta en sus posts “*En pocos días todo se llenará de color y no por la primavera precisamente*”, así como “*Mañana descubriremos el color de una manera muy diferente*” y “*no te pierdas el lanzamiento...*”. Estas alegaciones se hacen a modo de enigma, con el fin de provocar expectación entre los usuarios ante un próximo lanzamiento y sin mostrar ningún producto en particular pero sí alguna característica de la marca, tal y como se aprecia con las letras de colores que muestra la influencer en una de las imágenes y que forman la palabra “Oppo”.

Por lo tanto, este Jurado considera que en el caso que nos ocupa se dan los indicios suficientes como para afirmar un propósito publicitario en los mensajes objeto del presente Dictamen. Conclusión ésta que se ve claramente reforzada si tenemos presente que es la propia influencer la que -como veremos más adelante- introduce en sus mensajes la etiqueta “ad”.

6. En segundo lugar, y una vez asentado que el mensaje difundido por la *influencer* tiene naturaleza publicitaria, esta Sección ha de analizar si la publicidad es clara y fácilmente identificable por el público destinatario.

Pues bien, es cierto que, en algunos casos, la naturaleza publicitaria de un mensaje es por sí 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 cambio, en otros casos, el carácter publicitario del mensaje no es apreciable a simple vista por un destinatario medio. Y éste es precisamente el caso que nos ocupa, en el que ni la ubicación ni el contenido del mismo ayudan a identificar su carácter publicitario.

En efecto, en cuanto a la ubicación, no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web de Oppo o sus redes sociales). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en una red social especializada en tecnología, en la que la influencer habitualmente comparte con los usuarios sus conocimientos en tecnología, las novedades de los dispositivos, sus ventajas o desventajas tras haber experimentado con los distintos productos. Por lo tanto, la ubicación por sí sola no permite apreciar a simple vista que se trata de publicidad. Antes bien, su ubicación lleva a pensar que se trata de una opinión más sobre dispositivos tecnológicos que la influencer comparte en la 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, mediante las alegaciones “*En pocos días todo se llenará de color y no por la primavera precisamente*” o “*Mañana descubriremos el color de una manera muy diferente*” la influencer se focaliza en cualidades positivas (las variedades de color) de un producto, y en anunciar su lanzamiento futuro. De esta manera, si bien el usuario espera encontrar información objetiva sobre las particularidades de dispositivos tecnológicos (en este caso y debido a la alusión al color, podría entenderse referida al diseño o la calidad de fotografía de los dispositivos de la marca Oppo) se encuentra con unos mensajes que esconden el propósito final de promocionar dicha marca y que se presentan inicialmente bajo la apariencia de mensajes informativos.

Cabe recordar en este punto, que 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 y más en supuestos como el que nos ocupa, en los que la red social en la que se publican los *posts* se dedica a valorar las características de los distintos productos del mercado, identificando sus marcas de forma expresa. Dicho con otras palabras, la mención de Oppo 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 los dispositivos de esa marca; al contrario, en el caso que nos ocupa, será lo que inicialmente esperará el seguidor habitual de la influencer. De donde se desprende que la mención de una marca, pudiéndose producir tanto en *posts* de contenido editorial como en *posts* de contenido publicitario, no revela por sí sola el carácter publicitario de un mensaje.

En consecuencia, y en atención a una valoración conjunta de todas las circunstancias hasta aquí descritas, podemos concluir que el destinatario no percibirá a primera vista que se encuentra ante un mensaje de naturaleza publicitaria.

7. En consecuencia, dado que en la publicidad objeto del presente Dictamen la naturaleza publicitaria de los *posts* no puede ser identificada por el público destinatario a primera vista de

forma clara e inequívoca, ésta debería haber sido desvelada a través de una advertencia explícita o expresa. Así lo dispone la norma 13 del Código de Autocontrol, que obliga a etiquetar la publicidad nativa “cuando sea necesario” para desvelar su naturaleza publicitaria.

En el caso que nos ocupa, el particular que ha instado el presente procedimiento alega que se incluye el hastag “ad” como único medio de advertencia del propósito promocional de los posts, alegación que no ha sido rechazada por la anunciante en la medida en que no ha participado en el presente procedimiento. Respecto de este tipo de advertencia, esto es, el *hashtag* “#ad” que acompaña al texto de las fotografías, y en ausencia de prueba alguna que acredite que la advertencia incluida fuera otra, este Jurado ya ha tenido la ocasión de advertir en supuestos análogos al que hoy nos ocupa, de que su tenor literal no permitiría al público destinatario identificar de forma clara e inequívoca la naturaleza publicitaria de los *posts*.

En efecto, 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”*.

Posteriormente, este Jurado se pronunció nuevamente al respecto en la Resolución de 5 de marzo de 2021 en la que argumentó: *“En este caso, la advertencia utilizada por la periodista en la publicidad no consiste en una indicación genérica clara como podría ser “Publicidad” o “Publi”, ni tampoco descriptiva de la colaboración entre la empresa y la 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 el caso que nos ocupa, el Jurado no alcanza a ver en la publicidad aportada ninguna advertencia que identifique a la publicidad de manera inmediata, junto al título de la fotografía o al inicio del mensaje. Adicionalmente, si la misma estuviera incluida mediante el término “ad”, tal y como sostiene el particular que ha instado el presente procedimiento, además de estarse expresando mediante un término anglosajón (no entendible para la totalidad de los destinatarios) no resultaría legible en un primer momento, sino que el usuario debería pinchar en el enlace “más” para poder acceder al texto completo y por tanto, a la identificación de la publicidad. Dicho con otras palabras, el usuario no tendría posibilidad alguna de conocer el carácter publicitario de los posts desde un primer momento.

Sobre la ubicación de esta advertencia también ha tenido ocasión de pronunciarse este Jurado en ocasiones anteriores; así, en su Resolución de 5 de marzo de 2021, indicaba *“En segundo lugar, tampoco la ubicación de la advertencia permite desvelar a primera vista el carácter promocional de la publicidad. En efecto, el hashtag “#ad” contenido en la publicidad objeto del presente Dictamen 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 el enlace “más”). De esta forma, en los pantallazos recogidos en el 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”.

8. De conformidad con todo lo expuesto, en la medida en que los posts objeto del presente Dictamen no incluyen ninguna advertencia respecto de su naturaleza publicitaria, ni la advertencia “#ad” resultaría suficiente para revelar el carácter publicitario de la misma, ni por su tenor literal ni por su ubicación, y en ausencia de prueba alguna que acredite que la identificación del contenido publicitario fuera otra, este Jurado considera que la publicidad resultaría incompatible con la norma 13 del Código de Autocontrol, vulnerando por tanto el principio de autenticidad.

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.