

JURADO DE LA PUBLICIDAD

RESOLUCIÓN



Reclamante	Particular
Reclamado	Chocolates Valor, S.A.
Título	Valor 99 % Negro Influencer Internet
N.º de asunto	47/R/MARZO 2021
Fase del proceso	Primera Instancia – Sección Séptima
Fecha	16 de abril de 2021

Resolución de 16 de abril 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 Chocolates Valor, 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 16 de abril 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 Chocolates Valor, S.A.

La reclamación se dirige contra una pieza publicitaria difundida en Instagram por parte de la actriz e influencer Patry Montero en la que se promociona una tableta de chocolate de la marca Valor.

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 (diluido entre otras indicaciones finales 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 16 de abril de 2021, reunida la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Manuel Rebollo Puig, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por un particular en relación con una publicidad de la que es responsable la empresa Chocolates Valor, S.A., emite la siguiente

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 27 de marzo de 2021, un particular presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable Chocolates Valor, S.A.
2. La reclamación se dirige contra una publicación difundida por parte de la actriz e influencer Patry Montero en su perfil de Instagram. En la misma, podemos ver a la actriz sosteniendo una tableta de chocolate de la marca reclamada y leemos: *“Me gusta vivir la vida intensamente, con naturalidad y sin rodeos. Dicen que soy una mujer fuerte, exigente y perfeccionista. Mi pasado como bailarina y mi afición por el yoga, me han hecho ver que la vida es más simple y sencilla de lo que parece y eso me ha convertido en una disfrutona. Los que me conocéis sabéis que soy una fan incondicional que roza la adicción por el chocolate. Desde hace años, no perdono mi ritual nocturno: una onza de chocolate negro, una vez consigo el silencio en casa y oscuridad (de ahí, mi antifaz cantoso, pero súper cómodo). Dicen que cada persona tiene un gusto por el chocolate en función de su personalidad y que marca su manera de vivir la vida. Yo soy de la tableta 99 % de chocolate Valor, y pensándolo, puede tener mucha relación con mi manera de vivir extrema. Y vosotros, ¿de qué tipo de chocolate sois? ¿Se parece el gusto a vuestra manera de vivir? #TuTabletaGemela #ChocoLover @chocolatesvalor. #Cacao. #ad #ChocolatesValor #PlaceresDeLaVida”*.

Según reconoce en su escrito el reclamante, en la publicación se incluye el hashtag “Ad”, así como la etiqueta de la marca promocionada como único medio de advertencia de que se trata de un post promocional patrocinado, no quedando lo suficientemente claro, a su juicio, que se trata de contenido publicitario. Asimismo, advierte de que tanto si se visualiza el post desde un dispositivo móvil como si se hace desde un ordenador de sobremesa, dichas etiquetas quedan ocultas, siendo necesario desplegar todo el texto para poder verlas.

3. A juicio del particular que ha instado el presente procedimiento, el mensaje transcrito no identifica suficientemente su naturaleza publicitaria e invoca distintas resoluciones de este Jurado pronunciándose sobre supuestos análogos al que hoy nos ocupa para amparar su reclamación.

Por todo ello, el particular entiende que la Publicidad reclamada contraviene el Código de Conducta sobre el uso de Influencers en Publicidad (en adelante, el **“Código de Influencers”**) en la medida en que la publicidad reclamada no resulta claramente identificable como tal.

4. Trasladada la reclamación a Chocolates Valor, la reclamada no ha presentado escrito de contestación. Sin embargo, en la medida en que la misma, en su condición de entidad adherida a la Asociación Española de Anunciantes (AEA), se encuentra sometida al Código de Influencers, cuya aplicación tiene encomendada el Jurado de la Publicidad, procede la emisión de la presente resolución, con carácter vinculante para la reclamada, con base en lo previsto en la norma A.1 del citado Código.

II. Fundamentos deontológicos.

1. Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse que, tal y como se ha indicado en los antecedentes de hecho, el escrito que ha dado origen al presente procedimiento se dirige contra una empresa que, en su condición de adherida a la AEA, se encuentra sometida al Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, cuya aplicación se ha encomendado 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”*.

Por lo tanto, procede la emisión de la presente resolución, que tendrá carácter vinculante para Chocolates Valor. 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”*.

2. Una vez aclarado lo anterior, entrando ya en el fondo del asunto planteado, y a la vista de los antecedentes expuestos, esta Sección debe analizar el mensaje objeto de resolución a la luz del principio de autenticidad recogido en 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. (...)”*.

Además, es necesario señalar que el principio de identificación que recoge la citada norma no supone sino 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 del artículo 9 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que determina: *“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”*, y que conlleva la prohibición a nivel legal de la publicidad encubierta a través de los artículos 5, 7 y 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

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”*.

3. Así las cosas, en el caso que nos ocupa, 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 o insuficiente para desvelar dicho propósito.
4. En relación con la primera de estas cuestiones, esta Sección ha analizado con detenimiento el mensaje objeto de la presente Resolución con el objetivo de valorar si el *post* de Instagram escrito por la actriz e influencer Patry Montero contiene una mera opinión personal con un objetivo simplemente informativo o si por lo contrario se trata de un mensaje con finalidad publicitaria.

Pues bien, según ha podido comprobar esta Sección, parece evidente que en el mensaje objeto de la reclamación no concurren los rasgos propios de un mensaje de carácter estrictamente editorial, sino que, al contrario, se dan elementos suficientes como para afirmar su carácter publicitario y ello por los dos motivos que se expondrán a continuación. 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.

Por lo tanto, este Jurado considera que el caso que nos ocupa se dan los elementos suficientes como para afirmar que el mensaje objeto de la presente Resolución es efectivamente publicidad.

5. En segundo lugar, y una vez asentado que el mensaje difundido por la actriz e *influencer* tiene naturaleza publicitaria, 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 reclamante, no se indica de forma clara e inequívoca el carácter publicitario del *post*.

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 el mismo sentido se pronuncia la norma del Código de Conducta sobre Influencers, en la medida en que citado precepto prevé la obligación de incluir indicaciones o advertencias expresas sobre la naturaleza publicitaria del mensaje, solo “cuando dicha naturaleza no sea clara y manifiesta”.

En cambio, en otros casos, el carácter publicitario del mensaje no es apreciable a simple vista por el destinatario. 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.

6. 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 Chocolates Valor o sus redes sociales). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de la actriz e influencer Patry Montero, junto con otras imágenes personales de su vida y actividad cotidiana en las que muestra a su familia, comparte su rutina y el ejercicio físico que realiza, así como sus reflexiones y consejos. 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, experiencia o reflexión más de las que la actriz e influencer acostumbra a difundir en su red social con el fin de compartirla con sus seguidores.

Por otro lado, el contenido, una vez que el destinatario accede al *post*, no resulta tampoco claro en cuanto a su carácter publicitario. Al contrario, en la medida en que la actriz e influencer realiza estas menciones en su cuenta de Instagram, comienza expresando opiniones y reflexiones personales para terminar mencionando el producto con el que posa, así como hashtags con la marca del mismo, tratando de integrar las menciones publicitarias como parte natural del contenido editorial de su *post*. En concreto, en la publicidad reclamada la actriz e influencer informa sobre lo que le gusta: *“Me gusta vivir la vida intensamente, con naturalidad y sin rodeos”*, sobre cómo es: *“Dicen que soy una mujer fuerte, exigente y perfeccionista”*, sus aficiones: *“Mi pasado como bailarina y mi afición por el yoga, me han hecho ver que la vida es más simple y sencilla de lo que parece y eso me ha convertido en una disfrutona”* y sus costumbres: *“Los que me conocéis sabéis que soy una fan incondicional que roza la adicción por el chocolate. Desde hace años, no perdono mi ritual nocturno: una onza de chocolate negro, una vez consigo el silencio en casa y oscuridad (de ahí, mi antifaz cantoso, pero súper cómodo)”*. Y finalmente, cuando el destinatario piensa que se trata de información personal de la protagonista, termina leyendo: *“Dicen que cada persona tiene un gusto por el chocolate en función de su personalidad y que marca su manera de vivir la vida. Yo soy de la tableta 99 % de chocolate Valor, (...) #TuTabletaGemela #ChocoLover @chocolatesvalor. #Cacao. 3ad #ChocolatesValor #PlaceresDeLaVida”*. De esta manera, el destinatario comienza leyendo reflexiones personales de la actriz en la línea de sus publicaciones habituales, pensando que se trata de una opinión o reflexión más de las que publica en su red social, cuando realmente existe un propósito final de promocionar la marca Chocolates Valor que se presenta bajo la apariencia inicial de un mensaje personal e informativo.

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. Dicho de otro modo, la mención de Chocolates Valor no descarta por sí sola que nos encontremos ante un mensaje informativo que pueda generar la actriz para reflejar simplemente su opinión 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 *post* de contenido editorial como en *post* de contenido publicitario, lo que a su vez debe llevar a rechazar que la simple mención de una marca revele por sí misma el carácter publicitario de un mensaje.

7. En consecuencia, dado que en el caso que nos ocupa la naturaleza publicitaria del post reclamado 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.

En el caso que nos ocupa, el particular que ha instado el presente procedimiento alega que se incluye el hashtag “ad” como único medio de advertencia del propósito promocional del post.

Pues bien, cabe poner de manifiesto, en relación con la inclusión del hashtag “ad” que acompaña al texto de las fotografías que, tal y como recoge el particular en su escrito, este Jurado ya ha tenido la ocasión de advertir en supuestos análogos al que hoy nos ocupa, 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”*.

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”)”*.

Este Jurado se pronunció nuevamente sobre este aspecto 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”*.

Por lo tanto, el término “Ad” no resultaría suficiente a juicio de esta Sección como para identificar correctamente la publicidad, máxime cuando, tal y como indica el particular, 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.

Por otro lado, respecto de la ubicación de la advertencia “#Ad” en la publicidad reclamada, el Jurado ha podido comprobar que la misma no se incluye de manera inmediata, junto al título de la fotografía o al inicio del mensaje. Al contrario, tal y como indica el reclamante, el usuario debe pinchar en el enlace “más” para poder acceder al texto completo y, por tanto, a la identificación

de la publicidad, extremo que sucede tanto si se accede a la publicidad a través de un smartphone como de un ordenador de mesa. Dicho con otras palabras, el usuario no tiene posibilidad alguna de conocer el carácter publicitario del post desde un primer momento.

Sobre la ubicación de esta advertencia también ha tenido ocasión de pronunciarse este Jurado en ocasiones anteriores; así, en su Dictamen 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”*.

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.

8. En consecuencia, la advertencia “#ad” no resulta suficiente para la identificación de la publicidad, ni por su tenor literal ni por su ubicación, no siendo explícita, inmediata ni adecuada al medio en el que se inserta. Por consiguiente, la publicidad objeto de la presente resolución debe ser considerada incompatible con la norma 5 del Código de influencers en tanto no se introduzca en la misma una advertencia que por su tenor literal y ubicación revele de forma inmediata e inequívoca la naturaleza publicitaria del mensaje.

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

ACUERDA

1. Estimar la reclamación presentada por una particular frente a Chocolates Valor, 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.