



Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales^{*}

INFLUENCERS AND COVERT ADVERTISING ON SOCIAL MEDIA

Leticia Cabrera Caro

Universidad de Cádiz

leticia.cabrera@uca.es 0000-0002-1087-8496

Recibido: 9 de agosto de 2021 | Aceptado: 6 de diciembre de 2021

RESUMEN

El empeño por garantizar el principio de autenticidad en la publicidad difundida por *influencers* en las redes sociales ha tenido como resultado la redacción y aprobación del *Código de conducta sobre el uso de 'influencers' en la publicidad*, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, que entró en vigor en enero de 2021. En los pocos meses de vida, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol ha emitido seis dictámenes y cuatro resoluciones en aplicación de la norma cinco, referida precisamente a la exigencia de la identificación clara e indubitada del carácter publicitario de cualquier comunicación que pretenda este fin, dada la creciente tendencia de las marcas comerciales a utilizar perfiles de *influencers* para realizar publicidad (encubierta) sin que los usuarios sean conscientes de ello.

En este trabajo se analiza la suficiencia de las medidas actuales de autorregulación para garantizar el principio de autenticidad de la publicidad, en particular cuando ésta tiene lugar a través de redes sociales y bajo la apariencia de imparcialidad de un *influencer*.

ABSTRACT

The effort to guarantee the principle of authenticity in advertising disseminated by influencers on social networks has resulted in the drafting and approval of the Code of Conduct on the use of influencers in advertising, promoted by the Spanish Association of Advertisers (AEA), Autocontrol and the Secretary of State for Digitalization and Artificial Intelligence, which came into force in January 2021. In the few months of life, the Advertising Jury of Autocontrol has issued six opinions and four resolutions in application

PALABRAS CLAVE

Publicidad encubierta
Influencers
Código de conducta publicitaria
Jóvenes
Abuso publicitario
Redes sociales

KEYWORDS

Covert advertising
Influencers
Advertising Code of Conduct
Young users
Advertising abuse
Social media

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación financiado *Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica*; Ref. PID2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033; del que es investigadora principal la Dra. Margarita Castilla Barea.

of rule five, referring precisely to the requirement of clear and unequivocal identification of the advertising nature of any communication that intends this purpose, given the growing trend of commercial brands to use influencers' profiles to carry out (covert) advertising without users being aware of it. This paper analyzes the adequacy of current self-regulatory measures to guarantee the principle of authenticity of advertising, particularly when it takes place through social networks and under the appearance of impartiality of an influencer.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios éticos más importantes en la publicidad es el de autenticidad, del que deriva la exigencia de identificabilidad del carácter publicitario en cualquier comunicación. Se trata de una obligación positiva del anunciante, hacer transparente al consumidor el carácter publicitario de sus comunicaciones comerciales, complementada con otras obligaciones negativas (abstenerse de) o restrictivas (prohibición) de determinadas prácticas publicitarias, entre las que se encuentran todas aquellas que generen confusión sobre el carácter publicitario de la comunicación en cuestión. Lo que se prohíbe es lo que algunos autores denominan publicidad velada (Serra, 2011: 550), que persigue, precisamente, que el mensaje no sea percibido como publicidad.

Actualmente, en España, estas prácticas también están prohibidas por las normas legales. En concreto, por el artículo 9 de la Ley General de Publicidad (LGP), el artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y el artículo 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Para la publicidad en medios electrónicos, contamos con los artículos 18 a 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (LSSI).

Sin embargo, durante los últimos años se ha acrecentado el uso de estas prácticas ilícitas en las redes sociales, tanto en los contenidos dirigidos a los jóvenes como en los generados por éstos, que se dejan seducir por las ofertas de los anunciantes (Megías, 2014: 70-72; Gómez-Nieto, 2018: 153; Tur-Viñes et al., 2019: 15; Feijoo et al., 2021: 100; Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2021: 1613). El motivo de este incremento puede obedecer a distintas causas como, por ejemplo, al interés de ciertos anunciantes en promocionar de forma encubierta productos o servicios que están sometidos a prohibiciones o restricciones legales, como el tabaco o el alcohol¹. En otras ocasiones, la causa puede estar motivada por la propia naturaleza de las redes sociales, cuya agilidad y contenidos la diferencia notablemente de la publicidad tradicional (Perlado et al., 2019: 106;

1. Por ejemplo, la Sentencia 334/2019, de 30 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid se pronunció sobre la publicación de numerosos artículos (aparentemente informativos) en prensa y en redes sociales sobre un producto relacionado con el tabaco. Tras un profundo análisis concluyó que en realidad no existía el carácter informativo, sino que se trataba de una auténtica campaña promocional de dicho producto, lo que la convertía en ilícita por la prohibición legal expresa de publicitar el tabaco (FJ 6º, 46).

Martínez-Sala et al., 2019: 1345) Estas prácticas son especialmente delicadas si se realizan en un contexto lúdico, ya que estudios anteriores demuestran que, en esos casos, el mensaje publicitario se tolera mejor (Martí-Pellón & Saunders, 2015: 172). Si se encubre deliberadamente la finalidad publicitaria del mensaje, se puede captar más fácilmente la atención de los usuarios que, al no identificar claramente el mensaje como publicidad, no pueden formarse una opinión libre sobre el producto o servicio anunciado, ni valorar objetivamente la información que están recibiendo.

Por último, y quizás el motivo más probable (aunque sutil) del aumento de la publicidad encubierta en las redes sociales sea la intención del anunciante de transferir la imagen del personaje de notoriedad y éxito en las redes (el *influencer*) al producto utilizado, nombrado, alabado, mostrado, etc., a cambio de una remuneración que ha sido ocultada. Así, el producto o servicio se muestra con una aparente naturalidad, como si nunca hubiera existido la intención de promocionarlo, y el mensaje gana en credibilidad. Estas ventajas de la publicidad encubierta frente a la publicidad tradicional han sido evidenciadas recientemente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC)².

El principio de autenticidad, que se recoge en la norma 13 del *Código de Conducta Publicitaria* de Autocontrol (en adelante, CCPA), fue modificado en 2019 precisamente para incluir una referencia expresa a las redes sociales. Así, actualmente exige que

“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 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”³.

La mención explícita de las redes sociales ha sido un gran paso en el empeño de velar por una publicidad responsable, empeño que se ha visto completado con la entrada en vigor, en enero de 2021, del *Código de conducta sobre el uso de ‘influencers’ en la publicidad*, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Este Código sectorial recoge y desarrolla el principio de autenticidad de la publicidad en su norma 5. Desde su entrada en vigor, el Jurado de la Publicidad (en adelante, JPA), ha emitido seis dictámenes y cuatro

2. Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, Resolución SNC/DTSA/128/19, de 8 de octubre de 2020, Procedimiento Sancionador incoado a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., por incluir publicidad encubierta durante la emisión del programa “El Hormiguero” del día 3 de octubre de 2019, Fundamentos Jurídicos III, 3.1, párrafo 4º. https://www.cnmc.es/sites/default/files/3196473_12.pdf.

3. La modificación, muy acertada por adaptarse a las redes sociales, reproduce el contenido del artículo 7 del Código Consolidado ICC, modificado en 2018. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/03/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

resoluciones relacionados con estos asuntos, lo que pone de manifiesto que la ocultación de la finalidad publicitaria de determinados contenidos emitidos por *'influencers'* constituye una práctica más habitual de lo deseable.

Ante esta evidencia, este trabajo pretende, de un lado, esclarecer los conceptos de publicidad encubierta y principio de autenticidad siguiendo la interpretación y aplicación que de ellos hace el Jurado de la Publicidad en sus resoluciones y dictámenes más recientes, así como en las resoluciones judiciales de aquellos asuntos que han llegado a los Tribunales españoles. Por otro, analizar si la interpretación de este principio puede verse afectado por la utilización de las redes sociales y de los *'influencers'* como vehículos de comunicación y, por último, determinar si las medidas de autorregulación actuales son o no suficientes para proteger a los usuarios del abuso publicitario, sobre todo si tenemos en cuenta que buena parte de los *followers* suelen ser menores de edad, lo que los hace especialmente vulnerables a este tipo de malas prácticas (Iniesta-Alemán, 2019: 156).

II. IDEAS BÁSICAS SOBRE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Como ya se ha dicho, la legislación española prohíbe la publicidad encubierta en varios preceptos de diferentes leyes. La definición legal más completa de publicidad encubierta y más acomodada a la actualidad, se encuentra en el artículo 2.32 de la LGCA, que se refiere a la “comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta”, y la define como

“La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”.

El contenido de este artículo ha sido perfilado y adaptado a las nuevas formas de comunicación a través de las resoluciones y dictámenes del JPA que es el organismo que ha ofrecido desde hace años una de las definiciones más completas del principio de autenticidad (Megías & Cabrera, 2013: 186).

En este sentido, el JPA ha declarado ilícita toda comunicación comercial que presente de forma escrita, verbal, visual o sonora –en cualquier tipo de formato o medio– “bienes, servicios, nombre, marca, actividad o elementos comerciales propios de un empresario con propósito publicitario, pudiendo inducir al público a error en cuanto a su naturaleza por no identificar las piezas publicitarias como tales” (Megías, 2014: 68). Con su prohibición se pretende que el consumidor no resulte engañado y “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”⁴. El JPA estima que, para

4. Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 30 de octubre de 2014, Particular vs. Indemnización Directa, “Indemnización Directa”, FD 2º. Reproduce esta afirmación, por ejemplo, en Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 30 de mayo de 2017, Particular vs Grupo Prisa (M80 Radio)

que un mensaje pueda ser calificado como publicidad encubierta, deben cumplirse tres presupuestos:

“En primer lugar, el mensaje (...) 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, (...) cuando, además de tener 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”⁵.

En dos resoluciones más recientes sobre publicidad encubierta, el Jurado ha afirmado que son dos los presupuestos que deben concurrir para que una publicidad pueda ser considerada ilícita por vulnerar el principio de autenticidad.

“En primer lugar, el mensaje difundido ha de tener un propósito o finalidad publicitaria. En segundo lugar, dicha finalidad publicitaria ha de permanecer oculta, de suerte que el mensaje se presente ante los ojos de los consumidores como un mensaje de naturaleza diferente, induciéndoles así a error sobre el valor y la naturaleza de la información proporcionada”⁶.

En el fondo no existen divergencias entre ambos modos de concretar los presupuestos, pues el carácter publicitario oculto resulta precisamente de no haber incluido la advertencia de que se trata de publicidad.

Desde hace años es frecuente la publicidad encubierta en los medios escritos de comunicación, aparentando ofrecer información sobre un producto o servicio cuando en realidad se trata de publicidad (Labio, 2006: 57-63). Es cierto que se puede combinar publicidad e información, pero se exige en estos casos la advertencia sobre su carácter publicitario para evitar confusiones. El CCPA utiliza en su nueva norma 13 la expresión *publicidad nativa* para referirse a esta práctica que consiste en ofrecer información u opinión editorial con una finalidad publicitaria, exigiendo que el mensaje sea etiquetado como publicidad “cuando sea necesario”, es decir, cuando no resulte patente para el consumidor su carácter publicitario⁷. Esta exigencia no es obligatoria únicamente para los

(“Lovely Creatures. Internet”), FD 1º y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 7 de mayo de 2019, Particular vs. Unidad Editorial (Marca) “Publicidad Encubierta Marca. Internet”, FD 2º.

5. Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 28 de noviembre de 2019, Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, FD 3º.

6. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 3 de junio de 2020, Particular vs. BP Oil España, “Reimaginar la Energía. Prensa”, FD 3º y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 24 de septiembre de 2020, Particular vs. Luik Iberamericana de Revistas, “Sillitas Rivekinds. Prensa”, FD 2º.

7. El Jurado es muy claro en sus resoluciones sobre este aspecto: “el principio [de autenticidad] pretende delimitar con precisión las manifestaciones que realicen los medios de información en cumplimiento de su función informativa respecto de aquellas otras que realicen cumpliendo una función publicitaria. Por tanto, en virtud de tal principio, el formato elegido por el anunciante como soporte de su publicidad ha de permitir la indiscutible identificación como tal de la misma; es decir, su presentación general debe desvelar inequívocamente el carácter publicitario del mensaje que se envía al consumidor destinatario, de forma que éste no pueda atribuir a la comunicación recibida un carácter informativo o cualquier otro distinto del estrictamente publicitario”. Resolución de la Sección

medios impresos, sino que se extiende, y con más razón, a los medios online, que ofrecen la posibilidad de incluir enlaces que redirijan al lector a contenidos publicitarios⁸. No obstante, no siempre es sencillo determinar si estamos ante un artículo informativo acompañado de un inevitable efecto publicitario secundario o si se trata de publicidad revestida de apariencia informativa. Esta imprecisión en los límites entre la información y la publicidad encubierta exige analizar las circunstancias y características de la información (configuración de la noticia, apariencia, lugar en el que aparece, etc.) para determinar cuándo estamos ante una práctica ilícita o no⁹. Sería lícito cuando el objetivo del artículo es únicamente informar, aunque se produzca un efecto publicitario secundario no buscado, pero sería ilícito, en cambio, cuando se pretenden los dos objetivos simultáneamente y no se advierte de ello¹⁰. La prueba de una contraprestación (económica o no) por parte del anunciante sería suficiente para declararla ilícita¹¹, pero en ocasiones resulta imposible demostrarlo, por lo que será el análisis del contexto y circunstancias lo que permita determinar si existe o no publicidad encubierta (Arias Máiz, 2012: 169-196). En este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia calificó como publicidad encubierta las informaciones publicadas en diversos diarios generalistas sobre unas técnicas avanzadas en tratamientos dentales. Las informaciones habían sido remitidas por el propio director de unas clínicas dentales aparentando carácter técnico-informativo, pero los diarios seleccionados para su remisión (publicados únicamente en el territorio donde las clínicas desarrollaban su actividad), la configuración de la noticia y el lenguaje utilizado (accesible a todos los públicos), las alabanzas injustificadas hacia las técnicas, etc., desvelaban su carácter publicitario y la intención de captar pacientes¹². Una práctica más sutil es la consistente en enviar o facilitar a los medios información (texto e imágenes) sobre un producto que puede ser de interés para los consumidores, pero de tal modo

Cuarta del Jurado, de 26 de enero de 2006, Particular vs. Daimlerchrysler-Mercedes Benz, "Mercedes Clase S", FD 1º.

8. Vid., por ejemplo, Resolución de la Sección Primera del Jurado, de 16 de enero de 2014, Particular vs. Marcandi LTD, "MadBid", FD 3º. Se trataba de una página web que incluía un link para enlazar con una información más completa, pero era correcta porque se advertía claramente la palabra "publicidad".

9. Cf. Dictamen de la Sección Quinta del Jurado, de 21 de mayo de 2015, Particular vs. Alquiler Seguro, S.A.U., "Alquiler Seguro", FD 4º, en el que se examinan todos esos indicios para declarar ilícita una publicidad revestida de apariencia de artículo informativo.

10. Cf. Resolución "Lovely Creatures. Internet", cit., FD 2º ("no existen en el artículo reclamado elementos que permitan concluir que estamos en presencia de publicidad de un disco o artista y menos aún de El Corte Inglés, al que no se hace referencia, ni directa ni indirecta, en ningún momento") y Resolución "Publicidad Encubierta Marca. Internet", cit., FD 4º ("no ha encontrado indicio alguno que permita intuir la existencia de un propósito publicitario. Antes al contrario, este Jurado considera que los mensajes que nos ocupan son artículos que simplemente revisten naturaleza periodística").

11. El criterio de nuestros tribunales es el mismo que el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que, en su Sentencia de 9 de junio de 2011, asunto C-52/10, declaró encubierta no sólo aquella por la que el anunciante ha realizado un pago, sino toda la que lo sea realmente, aunque se haya insertado de forma gratuita. Por ejemplo, vid. Sentencia del Tribunal Supremo 4384/2013, de 30 de julio, FJ 4º.

12. Vid. SAP de Valencia 403/2019, de 28 de marzo, FJ 3º.

que encubren un objetivo promocional por parte del remitente. De este modo, los periodistas redactan sus informaciones ajenas a cualquier intención publicitaria, pero el resultado final en su conjunto es claramente publicitario sin que los consumidores sean conscientes de ello. Así sucedió, por ejemplo, con la campaña informativa de Philips Morris sobre uno de sus productos relacionados con el tabaco. Los tribunales estimaron que el envío de la información e imágenes del producto a los medios de comunicación (publicada en numerosos diarios, nacionales y locales) había tenido desde el principio una intención publicitaria y sólo pretendía la promoción del producto salvando las restricciones legales¹³.

En relación a los medios audiovisuales, la doctrina del Jurado sobre la aplicabilidad de la norma 13 CCPA a programas, concursos, entrevistas, etc., es clara, pues se debe extender a las “nuevas modalidades publicitarias en las que el carácter publicitario del mensaje no aparece adecuadamente revelado. Sobre todo, cuando entre estas nuevas modalidades y las hipótesis tradicionales de publicidad encubierta existe una identidad de fondo”¹⁴.

En estos medios, las últimas modificaciones legales hacen más sencilla la identificación de la publicidad, pues exigen, entre otras medidas, la inserción en pantalla de una advertencia sobre su carácter publicitario. Prueba de ello son las constantes y elevadas sanciones que durante los últimos años ha venido imponiendo la CNMC a las cadenas televisivas por insertar contenidos aparentemente informativos o de entretenimiento siendo en realidad publicitarios, sanciones que posteriormente han sido ratificadas por la Audiencia Nacional al resolver los correspondientes recursos¹⁵.

También se puede apreciar falta de autenticidad en la publicidad realizada a través del correo electrónico y otras modalidades de mensajería personal, y no nos referimos al *spam*, comunicación comercial ilícita en sí misma por no haberse prestado consentimiento expreso para su recepción, sino al envío de comunicaciones previamente consentidas

13. Para el juez, la cuestión se centraba “en determinar si el conjunto de informaciones recogidas en los hechos probados de esta resolución suponen una promoción del uso de IQOS. La respuesta únicamente puede ser afirmativa; dichas informaciones, bajo la apariencia de información sobre un nuevo invento tecnológico, contienen un importante mensaje publicitario, tanto por su contenido, como por su forma, como por el carácter generalizado e indiscriminado de las mismas”. Sentencia 334/2019, de 30 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, FJ 5º, 28. En los nn. 29-40 analizan todos los factores que determinan, por su contexto, el carácter promocional perseguido por la tabaquera al que eran ajenos los informadores.

14. Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 15 de diciembre de 2005, AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, FD 4º. Las normas contemplan medidas para evitar estas confusiones intencionadas, como es, por ejemplo, el uso de *cortinillas* en televisión. El problema es el alto nivel de incumplimiento. Vid., al respecto, el Informe IE-AC 09/34 *Sobre identificación de la publicidad en operadores bajo la competencia del Consejo Audiovisual de Andalucía*, de 18 de septiembre de 2009.

15. Vid., por ejemplo, SAN 131/2015, de 15 de junio (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Deportes Cuatro), SAN 3339/2017, de 4 de julio (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Qué tiempo tan feliz), SAN 3958/2018, de 8 de octubre (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Sálvame Diario), SAN 5016/2018, de 9 de octubre (sanción a RTVE por encubrir publicidad en el programa Masterchef), SAN 5023/2018, de 9 de octubre, y 4082/2018, de 23 de octubre (sanciones a RTVE por encubrir publicidad en el programa La Mañana), etc.

pero que, para captar la atención del destinatario, ocultan su carácter publicitario a fin de lograr una mayor atención (y que no sea borrado sin ser leído). Se produce, por ejemplo, cuando en el “asunto” del correo electrónico se incluye alguna alegación que oculta su carácter publicitario y logra captar la atención del receptor¹⁶. En esta línea, el Jurado consideró ilícita la publicidad remitida por un anunciante mediante mensajes sms que ocultaban la identidad del emisor e incluían una alegación desconcertante para sus destinatarios (“Hace dos noches te estuve siguiendo”), moviéndoles a leer el mensaje para conocer el contenido¹⁷.

III. REDES SOCIALES Y PUBLICIDAD

Las controversias en torno a las prácticas de publicidad encubierta en las redes sociales son más recientes. Las primeras se sirvieron de los *posts* publicados en webs o en blogs sin advertir que existía una relación económica entre el bloguero, que ofrecía un contenido atractivo, y el anunciante que lo promocionaba en la sombra. El desarrollo de las redes facilitó la proliferación de estas prácticas encubiertas entre *youtubers*, *instagrammers*, *tuiteros*, etc., e hizo que el Parlamento Europeo denunciara en 2010 “el desarrollo de una publicidad encubierta en Internet (...) mediante la difusión de comentarios en redes sociales, foros y blogs, que se distinguen difícilmente por su contenido de una simple opinión (...)”, con el “riesgo de que los consumidores tomen decisiones equivocadas en la creencia de que la información en que se basan deriva de una fuente objetiva”; y previno sobre:

“los casos en que ciertos operadores de empresas financian directa o indirectamente acciones para favorecer la difusión de mensajes o comentarios en forma electrónica sobre los productos o servicios que parezcan emanar de los propios consumidores cuando se trate realmente de mensajes de carácter publicitario o comercial”¹⁸.

16. Para el Jurado “el asunto del correo electrónico le sirve normalmente y por regla general para identificar de forma inmediata la naturaleza y objetivo del mensaje. Por esta razón, si en dicho asunto se emplean términos como el de *comunicado importante*, se sugiere al consumidor que el mensaje persigue una finalidad distinta de la puramente publicitaria o comercial, infringiéndose así la obligación de que la publicidad sea claramente identificable”. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 5 de septiembre de 2019, Particular vs. Just-Eat Spain, S.L. “Email Comunicado Importante”, FD 3º.

17. “La empresa no especifica en el asunto del mensaje de texto enviado a los teléfonos móviles de los destinatarios que el contenido del mismo es publicitario. Al contrario, la afirmación “*Hace dos noches te estuve siguiendo*” que figura en ellos como asunto, y el nombre “Vlad” con el que se identifica el remitente, inducen claramente a su receptor a pensar que se trata de una comunicación de una naturaleza muy distinta a la comercial”. Dictamen de la Sección Primera del Jurado, de 5 de diciembre de 2019, Asociación de Consumidores en Red vs. Play Hawkers, S.L., “Hace dos noches te estuve siguiendo. SMS”, FD 3º. El mensaje generó temor en los destinatarios.

18. Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 2010 sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI)), nº 17. Documento P7_TA (2010)0484.

Aunque la normativa europea específica no ha sido modificada aún para obligar a un control más eficaz de los comentarios patrocinados, sí se ha realizado en algunas legislaciones nacionales, pues estas prácticas no sólo implican una falta de honestidad del *influencer* hacia sus seguidores (que confían en la sinceridad de sus comentarios), sino también un abuso del anunciante, que oculta de este modo la práctica publicitaria (Gómez Nieto, 2018: 155).

1. Medidas reguladoras pioneras

Para velar por la autenticidad y la transparencia, EEUU modificó en 2010 su *Guide Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*¹⁹. La Guía consideraba lícitos los comentarios o posts patrocinados siempre que se hiciera constar en ellos la existencia de una relación con el titular del producto, permitiendo a los seguidores valorar con objetividad la imparcialidad del comentario. Por lo general existirá una contraprestación de la que se beneficia el *influencer*, contraprestación que debe entenderse no sólo como dineraria, sino como cualquier tipo de compensación (productos regalados, invitaciones a eventos, viajes, etc.). En años sucesivos se han adoptado diversas guías que sugieren una publicidad más leal con los consumidores en este campo (Vilajoana, Rom, & Miotto, 2019: 123-124).

También la Advertising Standards Authority (ASA) aprobó en 2018 para el Reino Unido una Guía de conducta²⁰ en la que concretaba exigencias éticas para evitar que los *influencers* pudieran engañar a sus seguidores en las redes sociales sobre la naturaleza publicitaria de sus comentarios, mensajes, imágenes, etc., debiendo revelar, cuando existiera, su colaboración con una marca. La Guía fue el resultado de los análisis realizados por la ASA desde que en el año 2012 observara que diversas *celebrities* –con millones de seguidores en Twitter– habían publicado tuits en los que aparecían consumiendo barras de chocolate Snickers y el mensaje “no eres tú cuando tienes hambre”, utilizado en la campaña publicitaria de Mars para promocionar su producto. Meses después emitió su primera resolución declarando publicidad encubierta los tuits de futbolistas con el *hashtag* de una campaña de Nike y el enlace a la web de la marca²¹. La nueva Guía de 2018 obliga a incluir las advertencias “Ad” o “Sponsored” en los mensajes o publicaciones de un *influencer* cuando exista intención publicitaria y, entre éste y la marca, medie una relación económica de cualquier tipo (Vilajoana, Rom, Miotto, 2019: 124).

También los prestadores de servicio de las redes sociales han tratado de frenar la publicidad encubierta de modo diverso. Unos prestadores, como es el caso de Twitter, prohíben expresamente en sus normas de uso que puedan insertarse comentarios con

19. Federal Trade Commission, 16 CFR Part 255, FTC Act (15 U.S.C. 45), Section 5.

20. *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads (Legal, decent, honest and truthful)*, aprobada por la ASA el 28 de septiembre de 2018.

21. Cf. Resolución de la ASA de 20 de junio de 2012, Particular vs. Nike. Obligaba a Nike a cesar en estas prácticas publicitarias y le recordaba la obligación de identificar siempre la publicidad: “We told Nike to ensure that its advertising was obviously identifiable as such”.

finalidad publicitaria Otros, como Youtube, ofrecen la posibilidad de marcar el vídeo subido con una advertencia sobre su carácter publicitario, de modo que quien vaya a visionarlo esté informado previamente. En el mismo sentido, también Facebook, Instagram o TikTok facilitan esta posibilidad, aunque los resultados no sean muy eficaces, tal y como han puesto de relieve estudios recientes (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2020: 1619; Tur-Viñes, V., Núñez-Gómez, P., & Martínez-Pastor, E., 2019: 334). Otra muestra de la ineficacia de estas medidas la constituye el Informe del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre los contenidos ofrecidos por tiktokers españoles titulado "Presencia de publicidad en el contenido de los vídeos generados por tiktokers", en el que se pone de manifiesto la práctica publicitaria encubierta en los perfiles con más seguidores²².

2. Medidas reguladoras en España

España se demoró hasta octubre de 2020 para aprobar un Código de Conducta regulador de la publicidad en redes sociales, Código que establecía su entrada en vigor en enero de 2021. En el terreno jurídico, no se ha aprobado aún una norma legal específica para regular las prácticas publicitarias en las redes sociales, aunque no han faltado propuestas en tal sentido en el Parlamento. Así, en julio de 2018, el Grupo Parlamentario Popular registraba una Proposición no de ley que instaba al Gobierno a: "1. Trabajar en la definición de los supuestos de publicidad encubierta en Internet. 2. Designar el órgano competente para las denuncias. 3. Definir el marco legal que regule las actividades publicitarias en la red"²³. Más recientemente, el 16 de marzo de 2021, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la *Proposición no de Ley sobre referentes infantojuveniles en internet*, para su debate en la Comisión de Derechos de la Infancia y la Adolescencia. En ella, se insta al Gobierno a velar por el cumplimiento del Código de conducta sobre el uso de 'influencers' en la publicidad, así como a fomentar la adhesión voluntaria a estos protocolos de autorregulación y a impulsar campañas educativas que permitan aumentar la capacidad de crítica racional de los contenidos difundidos por las redes sociales²⁴.

A pesar de que estas proposiciones no han llegado a más, contamos con lo establecido por la LSSI para las comunicaciones electrónicas, que en la letra f) de su Anexo (Definiciones) afirma que "no tendrán la consideración de comunicación comercial (...) las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando

22. Vid. Área de Contenidos del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Informe 122/2020, de 28 de agosto de 2020, "Presencia de publicidad en el contenido de los vídeos generados por tiktokers".

23. Proposición no de Ley 161/003454 del Grupo Parlamentario Popular a la Comisión de Economía y Empresa del Congreso, relativa a ordenar y aumentar la transparencia en la publicidad lucrativa en las redes sociales, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General, de 18 de julio de 2018, Núm. 393, pp. 91-92. <http://www.infocoponline.es/pdf/BOCG-12-D-393.pdf>

24. Proposición 161/002226 no de Ley sobre referentes infantojuveniles en internet, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General, de 16 de marzo de 2021, Núm. 240, pp. 149-150. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-240.PDF#page=149

sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”, lo que viene a coincidir con el trato que reciben estas comunicaciones en los medios escritos, como se ha visto antes, por ejemplo, cuando una revista publica un artículo de información o entretenimiento en el que se cita un producto, un servicio, una marca, etc., sin fin publicitario, aunque pueda tener este carácter de forma secundaria sin haber sido buscado por el medio ni contratado por el presunto anunciante. Pero debe entenderse, *sensu contrario*, que, de existir algún tipo de contraprestación, tales comentarios tendrán la consideración de publicidad y debe ser advertido, pues, de no hacerlo, constituiría publicidad encubierta prohibida por el artículo 20.1 LSSI. Aun así, algunos expertos ponen de relieve que es necesario que, en aras de la protección del consumidor, se aprueben normas específicas para estas prácticas publicitarias (Vilajoana, Rom, & Miotto, 2019: 125-126). Otros autores como Tur-Viñes, V., Núñez-Gómez, P., & Martínez-Pastor, (2019: 345) o González-Vázquez (2021: 9), abogan por una legislación armonizada a nivel internacional o europeo, respectivamente, a fin de que coincidan las medidas regulativas de este tipo de prácticas con el ámbito geográfico en el que se producen.

En la realidad española, la prensa se había venido haciendo eco desde 2012 de estas prácticas publicitarias, por ejemplo, de los tuits de algunos futbolistas famosos que aludían e incluían enlaces a los anuncios de una cerveza o una bebida refrescante colgados en Youtube sin advertencia alguna sobre su carácter publicitario (Megías Quirós, 2014: 72). Esta práctica se ha extendido no sólo entre personajes de relevancia pública con gran número de seguidores, sino también entre *microcelebridades* o titulares de cuentas que, sin ser famosos y sin enormes cifras de seguidores, cuentan con los suficientes como para hacerlas atractivas a las marcas con productos relacionados con sus contenidos habituales²⁵. Aunque no alcancen un impacto considerable, no deja de constituir publicidad encubierta cuando se omite la advertencia sobre su carácter publicitario, por lo que debería figurar al menos la advertencia #publi o #promo, acomodándolo así a las exigencias genéricas del artículo 20.1 LSSI.

Uno de los supuestos más comentados en España por la ocultación del carácter publicitario fue el de la campaña realizada por Amstel con su pentatrillones de Radler. La agencia encargada de la campaña publicitaria solicitó a numerosas microcelebridades que generaran contenidos divertidos e ingeniosos con la palabra pentatrillones como telón de fondo sin advertir a sus seguidores que recibirían una contraprestación. El objetivo era que los seguidores de estas microcelebridades se hicieran eco y participaran en el juego, realizando así, sin saberlo, “un trabajo inmaterial para una marca comercial” (Caro Castaño, 2016: 137). El problema fue que uno de los tuiteros contactados por la

25. “La utilización de las microcelebridades en este tipo de campañas constituye una estrategia de transferencia de los capitales de autenticidad, credibilidad y/o autoridad construidos por estas figuras hacia los productos, eventos, marcas y/o organizaciones que son mostradas, mencionadas o sugeridas indirectamente por ellas. Como sucede con las campañas de contenido generado por el usuario (UGC), donde los fans y/o consumidores participan como «multiplicadores» de la marca, produciendo contenidos relativos a ella, difundiéndolas entre sus redes y pudiendo influir sobre los significados de esta en las plataformas de medios sociales (McCracken, 2009: 91), las microcelebridades también ofrecen a las marcas este efecto multiplicador” (Caro Castaño, 2016: 128).

agencia reveló el carácter publicitario encubierto de los comentarios, lo que desencadenó una oleada de críticas centradas en los tuitstars que habían participado y manipulado a sus seguidores, pero no resultaron afectados por las críticas los verdaderos responsables, es decir, la agencia publicitaria y el anunciante (Caro Castaño, 2016: 139).

En el terreno deontológico, la modificación de la norma 13 CCPA en 2019 introdujo una referencia que ha supuesto un gran avance:

“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 publicidad y, cuando sea necesario, etiquetada como tal. (...) Por tanto, una comunicación que promueve la venta de un bien o la contratación de un servicio no debe hacerse pasar, por ejemplo, por (...) contenido generado por el usuario, blog privado, publicación privada en redes sociales o análisis independiente”.

No sólo contempla explícitamente la *publicidad nativa*, frecuente entre los *influencers* que incluyen información u opiniones personales con un fin publicitario, sino que también hace referencia directa a las redes sociales y a los contenidos generados por los usuarios y blogueros privados (por ejemplo, comentarios remunerados por la marca por ser positivos en relación a alguno de sus productos o servicios)²⁶.

En enero de 2020 se publicó el primer Dictamen del Jurado sobre publicidad encubierta por parte de una *influencer* en Instagram. La protagonista aparecía en una imagen con unos auriculares inalámbricos sobre los que hacía únicamente comentarios elogiosos, sin referencia comparativa a ningún otro producto similar. Cuando la *instagrammer* fue advertida por un seguidor del posible carácter publicitario de su contenido, la propia *influencer* incluyó la etiqueta indicativa, pero en lugar poco visible. Reclamada como publicidad encubierta, el Jurado afirmó que no había dudas sobre el carácter publicitario, aunque no hubiera recibido contraprestación alguna:

“el contenido del mensaje se focaliza en un único producto, los auriculares de la marca Urbanista, y se limita a exaltar sus ventajas, elogiando su comodidad, su práctico uso y los bonitos colores de los distintos modelos disponibles. En ningún momento la reclamada menciona un solo inconveniente de estos auriculares, ni alude a productos de competidores informando sobre otras posibles alternativas de forma neutral y objetiva. Dicho con otras palabras, el mensaje objeto del presente Dictamen se focaliza en un único producto, omitiendo cualquier alternativa; y una vez focalizado en él, se extiende en una constante alabanza de sus virtudes y beneficios, con omisión de cualquier revisión crítica. No parece, así pues, que concurren en el caso que nos ocupa los rasgos propios de un mensaje de carácter estrictamente editorial. Por el contrario, este Jurado

26. Conviene aclarar que el Código Confianza Online establece normas propias para juzgar la publicidad en Internet desde 2003 pero no incluye referencias a las redes sociales. Desde su modificación en 2018, éste Código remite directamente a las exigencias establecidas en el CCPA. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/ct-confianza-online.pdf>

considera que el caso que nos ocupa se dan los indicios suficientes como para afirmar un propósito publicitario en el mensaje²⁷.

La razón de la ilicitud por ser contraria a la nueva norma 13 CCPA fue puesta de manifiesto por el Jurado:

“no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web o redes sociales de la empresa fabricante de los auriculares). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de la *influencer*, 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, con carácter editorial, y junto a otras de la misma naturaleza, difunde la *influencer* en su red social. Por otra parte, tampoco el contenido del post revela su propósito promocional, en la medida en que no hay apelaciones a la compra u otras circunstancias similares. 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 publicitaria²⁸.”

El hecho de que la *influencer* hubiera incluido el *hashtag* “#ad” para advertir sobre el carácter publicitario de su comentario no fue considerado suficiente, pues lo había insertado al final del texto, lo que suponía otorgar una visibilidad insuficiente para que sus seguidores pudieran ser conscientes de tal carácter²⁹.

El paso definitivo en la regulación deontológica de esta publicidad se dio en octubre de 2020 con la aprobación del ya citado *Código de conducta sobre el uso de ‘influencers’ en la publicidad*, promovido por la AEA, Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. En su introducción destaca, a efectos de aplicación del Código, la definición de *influencer*, identificándolo como aquella persona con “alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de *tweets*, videos y *posts*, como a través de mensajes en *blogs* u otros”, entre los que cita expresamente “*bloggers*”, “*Youtubers*”, “*Instagrammers*” y “*Facebookers*”. También ofrece una lista, no cerrada, de posibles conductas o modos utilizados para influir publicitariamente en sus seguidores, como “entre otros, mencionando productos o servicios, ubicando productos en sus mensajes, participando en la producción de un contenido, o difundiendo

27. Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 28 de noviembre de 2019, Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, FD 5°.

28. Dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, cit., FD 6°.

29. “Este Jurado considera insuficiente dicha advertencia, en la medida en que, si bien con ella se informa claramente de la naturaleza publicitaria del mensaje, su ubicación al final del texto y no al inicio del mismo o en el título de la imagen publicada, hace que quede diluida entre el resto de indicaciones incluidas por la *influencer*, provocando que pueda pasar fácilmente desapercibida para los destinatarios”. Dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, cit., FD 7°. El Pleno del Jurado confirmó, punto por punto, las consideraciones de la Sección Cuarta. Vid. Dictamen del Pleno del Jurado, de 8 de enero de 2020, Solicitud de Paulina Eriksson de revisión de Dictamen de la Sección Cuarta de 28 de noviembre de 2019, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”.

contenidos relacionados con el producto o servicio, con la finalidad de su promoción". Se trata de una lista abierta, por lo que en el futuro se podrán incorporar otros modos de actuación innovadores pero que persigan también un fin publicitario. Por último, aclara que quedan sometidos a las obligaciones establecidas por el Código no sólo los ya adheridos a la AEA y a Autocontrol, sino cualquier otra empresa del sector (anunciantes, agencias, representantes, medios) e *influencers* que soliciten la adhesión al mismo y las empresas e *influencers* que contraten con ellos.

De la parte dispositiva del Código nos interesan fundamentalmente tres de sus normas. La primera de ellas es la Norma 3, que establece que:

"se considerarán menciones o contenidos publicitarios 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)".

Llama la atención que, según esta norma, deban concurrir acumulativamente los tres requisitos (intención publicitaria, compromiso remunerativo y control del anunciante) para considerarla como publicidad encubierta, pues no dejaría de ser publicidad encubierta según lo que hemos expuesto anteriormente, aquella comunicación en la que, por ejemplo, faltara el tercer elemento, es decir, aquel contenido publicitario que se deja a la plena creatividad del *influencer*. En todo caso, parece claro que deja de considerarse publicitaria cualquier comunicación que tenga un carácter puramente editorial o que responda a la propia y única iniciativa del *influencer*, que es libre de hacer cuantos comentarios crea oportunos sobre productos, servicios, marcas, establecimientos, etc., aunque se derive de ellos un efecto publicitario, pues, en estos casos, lo fundamental es la información imparcial o personal (opinión) que trata de ofrecer sinceramente a sus seguidores.

La Norma 4 establece qué debe entenderse por contraprestación, haciendo mención expresa del "pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes". Pero se trata también de una lista abierta, por lo que será preciso juzgar y analizar en cada caso si el *influencer* ha recibido algo del anunciante favorecido o de su agencia que pueda ser interpretado como contraprestación, o que persiga favorecerle publicitariamente por alguna otra razón (amistad, por ejemplo) que desvirtúe la imparcialidad o neutralidad del contenido que esperan sus seguidores.

Por último, la Norma 5 indica cómo debe advertirse a los seguidores sobre el carácter publicitario del contenido en cuestión, debiendo "incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos". En esta norma el Código se refiere a dos grupos de modalidades de advertencias genéricas, uno de ellos integrado por las recomendadas y otro por las

desaconsejadas. Las advertencias recomendadas son *publicidad, publi, en colaboración con o patrocinado por*, u otras que indiquen la concreta colaboración con el anunciante, como, por ejemplo, *Embajador de [Mercadona], Gracias a [Lidl], Regalo de [Supersol], Viaje patrocinado por [Globalia]*, etc. En sentido contrario, el código desaconseja utilizar advertencias que han venido usándose hasta ahora y que resultan poco claras para los seguidores, como *Colab, Sponso, sp*, etc., o que exijan al usuario pinchar un link (bajo denominaciones como *información, legal*, etc.) para conocer el carácter publicitario del contenido ofrecido. En definitiva, el Código pone el acento, una vez más, en resaltar la necesidad de evidenciar el carácter publicitario de la comunicación realizada por el *influencer*, de ahí que recomiende el uso de las fórmulas de advertencia que menos esfuerzo cognitivo necesiten por parte de los destinatarios de los mensajes.

Por último, es de destacar que la obligación de advertir a los seguidores sobre el carácter publicitario del contenido no afecta solamente a los que son creados por el propio *influencer*, sino también a aquellos contenidos ajenos procedentes de otras redes, plataformas o webs que comparte o *repostea*. En estos supuestos, si el contenido compartido ya incluye la advertencia de su carácter publicitario, deberá mantenerlo. En caso de que el original no contenga la advertencia exigida por el código, deberá ser incluida por el *influencer* que la comparte en su sitio con sus propios seguidores. De esta forma se evita que el *influencer* pueda eludir la responsabilidad (en caso de reclamación) con el argumento de que se ha limitado a reproducir un contenido en cuya creación no ha participado.

III. LA REALIDAD DE LAS REDES

Según estudios recientes, las redes sociales más utilizadas en España en 2020 han sido, en primer lugar YouTube y, en cuarto lugar, después de WhatsApp y Facebook, Instagram³⁰. A pesar de su cuarto puesto, por sus características propias, Instagram “se ha convertido en la red líder para la publicidad y el marketing” (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2021: 1613) y, por ende, en un caldo de cultivo para la publicidad encubierta, sobre todo, a través de los *influencers*. Entre los jóvenes y, en especial, los menores, Instagram se sitúa en el segundo puesto de las redes sociales frente a las que más tiempo consumen (Feijoo et al., 2021: 100). Además, de los estudios de Sixto-García (2020:1618)), Perlado et al. (2019:106), Segarra-Saavedra e Idalgo-Marí (2018: 323) y Gómez-Nieto (2018: 155), por ejemplo, se desprende que más del noventa por ciento de las publicaciones de Instagram oculta su finalidad publicitaria al usuario. Estos datos pueden explicar el hecho de que todas las resoluciones y dictámenes del JPA relacionadas con la publicidad a través de *influencers* desde enero de 2021 hasta la fecha, tengan como escenario únicamente la red social Instagram. Del análisis de todas ellas, podemos comprobar que el JPA es coherente con la aplicación de los principios deontológicos que se recogen en el CCPA

30. <https://www.hootsuite.com/es/pages/digital-2020> (25-03-2021)

y en los códigos sectoriales, como el que entró en vigor el 1 de enero de 2021 sobre el uso de *influencers* en la publicidad.

Durante el mes de febrero se emitieron cinco dictámenes y una resolución sobre una serie de publicaciones realizadas el mismo día, el 11 de febrero de 2021, por distintos *influencers* a través de sus *stories* en Instagram. Todas las *stories* participaban del mismo formato: el *influencer* publicaba una fotografía y lanzaba el reto: “Hazme una pregunta”, para ir conduciendo a sus seguidores, a través de las respuestas, a la convicción de que ganaba más dinero con las apuestas deportivas que con las redes sociales. Igualmente, en el contexto de la interacción con sus seguidores, el *influencer* terminaba recomendando y enlazando su comunicación con el perfil de una empresa dedicada a las apuestas. En sus fundamentos deontológicos, el JPA primeramente analiza el mensaje y determina si se trata o no de una comunicación de naturaleza publicitaria. Para ello, tiene en cuenta sobre todo el tiempo y el modo en que se produjeron estas publicaciones para concluir que:

“(…) no sólo todas las publicaciones seguían el mismo orden y esquema, sino que hacían alusión a los mismos partidos, dinero invertido inicialmente y ganancias obtenidas.

Esta coincidencia en el tiempo y en el contenido en la difusión de mensajes prácticamente idénticos por parte de distintos *influencers* revela, por si sola, su naturaleza publicitaria”³¹.

Una vez determinada la naturaleza publicitaria de la comunicación, el Jurado entiende que todas estas publicaciones han contravenido la norma 2 (principio de legalidad) y la norma 13 (principio de autenticidad) del CCPA. Por lo que respecta a la Norma 2, el JPA tiene en cuenta las restricciones legales impuestas a la publicidad sobre juegos de azar y apuestas establecidas por la legislación española y, en cuanto al principio de autenticidad, la ausencia de cualquier tipo de advertencia pone en evidencia la existencia de publicidad encubierta y, por tanto, el incumplimiento de la norma 13 del CCPA.

Sin embargo, no toda mención de una marca realizada por un *influencer* en su perfil tiene la consideración de publicidad. Como hemos afirmado anteriormente, es esencial discriminar una comunicación con contenido publicitario directo de otra en la que, exponiendo una opinión personal, se produce la publicidad de una marca como un efecto secundario. Sólo en el primer caso podrían darse los presupuestos para calificar

31. Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. James Lover, “James Lover Influencer”, FD 1º. Los mismos términos se recogen en el Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Westapuesta, S.L., “Influencers”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Ggpica, “Ggpica Influencer”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Jesuseda, “Jesuseda Influencer”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Marina Yers, “Marina Yers Influence”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Paulagarciamaciaa, “Paulagarciamaciaa Influencer”, FD 2º.

tal publicación de publicidad encubierta. El problema es que esto debe ser apreciado caso por caso y en función de las circunstancias concretas en las que se produce la comunicación.

En la Resolución de la Sección Séptima del JPA, de 12 de marzo de 2021, Particular vs. Nestlé España, S.A., “Nesquik. Internet”, el JPA entiende que la mención de la marca Nesquik en la receta de cocina difundida por un *influencer* no constituye publicidad encubierta puesto que no puede calificarse de publicitario el contenido emitido a través de su perfil. Basa su argumentación en la valoración conjunta de cuatro circunstancias. En primer lugar, el mensaje reclamado no contiene ninguna mención a las características del producto, ni alabanzas, ni lisonjas, ni se le da especial relevancia al mismo. Más bien, su presencia obedece “(...) al simple hecho de que es el ingrediente principal de la receta presentada y, como tal, es mostrado repetidamente”. Además, queda acreditado que no existe relación alguna entre la marca reclamada y el *influencer* Alex Chía. No le ha sido abonada “(...) contraprestación alguna para la creación y difusión del video, ni le ha proporcionado la receta mostrada, ni muestras del producto”. En tercer lugar, otra razón que aduce el JPA para entender que se trata de una comunicación no publicitaria es la “(...) la falta de control por su parte [Nestlé] sobre la publicación del *influencer* y, consecuentemente, su falta de responsabilidad sobre el mismo: el hecho de que el propio nombre del producto se encuentre mal escrito en una de las redes sociales” y que aparezca en la publicación una nata de una marca competidora de Nestlé, son reveladores en este sentido. Por último, “(...) la cuenta oficial de ‘Nesquik’ no se encuentra mencionada en ninguna de las dos redes sociales (Instagram y TikTok)”³². Por tanto, concluye el Jurado, al no tener una finalidad publicitaria, la comunicación no incumple el principio de autenticidad, ya que éste sólo es aplicable a los mensajes publicitarios cuando su finalidad permanece oculta. Igualmente, no le es aplicable al caso la norma 3 del *Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*, pues este sólo se aplica a los mensajes publicitarios.

Algo más compleja resulta la valoración de la necesaria advertencia del carácter publicitario de la publicación realizada por un *influencer*. Tanto las normas jurídicas que impiden la publicidad encubierta como el CCPA hacen referencia a que la advertencia sea “suficiente” para desvelar el carácter de publicidad del mensaje, pero ¿cómo interpretar este término? ¿Cómo saber cuándo una advertencia es o no suficiente para respetar el principio de autenticidad? En este sentido, aunque la norma 5 del Código de conducta sectorial, a través de sus recomendaciones, ha arrojado cierta luz al problema, será necesario, una vez más, acudir a los criterios de interpretación que el JPA aplica en sus resoluciones y dictámenes.

En marzo y abril de 2021, el JPA ha emitido dos resoluciones y un dictamen en el que declara publicidad encubierta varias publicaciones de dos conocidas periodistas y una actriz con numerosos seguidores en su perfil³³. En concreto, entiende el Jurado que en

32. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 12 de marzo de 2021, Particular vs. Nestlé España, S.A., “Nesquik. Internet”, FD 3º.

33. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 5 de marzo de 2021, Particular vs. Samsung Electronics Iberia, “Samsung influencer”; Dictamen de la Sección Quinta del Jurado, de 9 de abril de

los tres supuestos se infringe la norma 5 del Código sectorial que exige que, en los casos en que la naturaleza publicitaria de la comunicación no sea clara ni evidente, ésta se indique de forma “explícita, inmediata y adecuada al medio y al mensaje” que se utiliza. El tenor literal de la advertencia elegida por las *influencers* en todos los casos fue el *hashtag* “#ad”, como abreviatura del término inglés *advertising* que significa publicidad. El JPA es muy claro respecto a la inconveniencia de su uso:

“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”³⁴.

Por el contrario, hubiera bastado que se utilizara cualquiera de las indicaciones genéricas recomendadas en el primer apartado de la norma 5 (reproducidas en el epígrafe anterior) o las propias herramientas que contienen los prestadores de servicio de las redes sociales, como se advierte por el JPA:

“(…) 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”³⁵.

Lo que preocupa al Jurado es que el término que se utilice para advertir del contenido publicitario del mensaje sea lo más claro posible, de modo que no requiera, por parte del receptor, ningún esfuerzo añadido para su identificación. Para ello, tan importante es el tenor literal de la advertencia en sí, como el lugar en el que se ubique. En las tres decisiones citadas, las *influencers* habían colocado el *hashtag* #ad al final de la publicación, lo que impedía que el usuario tuviera conocimiento del carácter publicitario de la misma desde el primer momento, ya que aparecía diluido entre otros *hashtags* y, según el dispositivo a través del cual se accediera a la publicación, se podía incluso requerir una acción adicional: pulsar en un enlace con la palabra más, para poder leer el texto completo que acompañaba al post, donde se había colocado la pretendida advertencia.

Precisamente, como garantía de seguridad, el propio Código de los *influencer* ha incorporado un anexo que contiene recomendaciones expresas al modo y lugar en que

2021, Particular vs. Brand New Ways Comunicaciones, S.L, “Oppo influencer internet” y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 16 de abril de 2021, Particular vs Chocolates valor S.A., “Valor 99 % Negro Influencer Internet”.

34. Resolución “Samsung influencer”, cit., FD 9º. Reproduce el mismo argumento en el Dictamen “Oppo influencer internet”, cit., FD 7º y en la Resolución “Valor 99 % Negro Influencer Internet”, cit., FD 7º.

35. Resolución “Valor 99 % Negro Influencer Internet”, cit., FD 7º.

debe realizarse la advertencia preceptiva según que se trate de una red social o de otra. En el caso de Instagram, la identificación de los contenidos publicitarios debe:

“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”).”

Un estudio publicado en 2020 sobre la publicidad encubierta en Instagram indica que “(...) en la gran mayoría de publicaciones (93,4%) se oculta esta información al usuario. Cuando se indica que el contenido es publicitario se utiliza siempre (100%) el mismo formato: el *hashtag* #ad” (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2020: 1618). Esto nos lleva a pensar que probablemente, la norma 5 sea la que más repercusión tenga en el cambio de las comunicaciones publicitarias a través de *influencers* tal y como hasta ahora se vienen produciendo. De hecho, supone una concreción de los principios que el JPA venía aplicando en decisiones anteriores a la entrada en vigor del Código sectorial, como el ya aludido dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”. El hecho de que estos principios y criterios se recojan ahora en un Código deontológico contribuye a afianzar la posición que el propio Jurado ha venido manteniendo en relación a la publicidad encubierta y de la que se han hecho eco algunos Tribunales de Justicia³⁶. Hay que notar que la fuerza moral de las resoluciones del Jurado influye en la percepción que tienen los usuarios de las marcas y esta confianza resulta fundamental a la hora de determinar los hábitos o las decisiones de compra. Los consumidores se inclinan mayoritariamente hacia aquellos productos que transmiten autenticidad (Marti-Pelló & Saunder-Uchoa-Craveiro, 2015: 176), de ahí que, aunque un anunciante no se haya adherido a Autocontrol y a pesar de que, en estos casos, los dictámenes del Jurado no sean de obligado cumplimiento, normalmente, sus decisiones suelen ser aceptadas por los afectados, ya que normalmente también son respaldadas por los Tribunales en aquellos asuntos que han sido conocidos por éstos. Además, cuando están implicados *influencers* conocidos por el público en general, estas decisiones suelen adquirir repercusión mediática e influyen negativamente en el comportamiento de los consumidores, que cada vez más desconfían de los productos recomendados por los ellos: “un 80% de las personas confiaría en la opinión de una persona anónima antes que en la de un influencer, al percibir que estas no son auténticas. Un 92% de ellos interactúan con los

36. La Resolución “Samsung *influencer*”, cit., FD 9º y la Resolución “Valor 99 % Negro *Influencer* Internet”, cit., FD 7º coinciden en 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”.

influencers, aunque un 43% nunca han comprado nada de lo que les han recomendado” (Iniesta-Alemán, 2019: 154).

Por otra parte, a pesar de que aún no contemos con una legislación que, de forma expresa contemple los supuestos de publicidad encubierta a través de las redes sociales y con el empleo de *influencers*, la agilidad y flexibilidad de las actuaciones del JPA, lo convierte en un instrumento eficaz en el control de la publicidad encubierta, ya que “al no estar sujeto a la literalidad de las normas, puede establecer criterios que las complementen y permiten declarar la ilicitud de nuevas prácticas que no vulneran la legalidad porque no están contempladas en ellas, pero que son idóneas para generar confusión y, por lo tanto, contrarias a la ética” (Megías, 2014: 80).

IV. CONCLUSIONES

Respecto a los objetivos que nos marcamos en la introducción de este trabajo, las conclusiones que podemos obtener son:

1. La publicidad debe ser inmediatamente reconocida como tal por cualquier usuario medio, sin necesidad de realizar ningún esfuerzo cognitivo adicional. Por eso, no toda comunicación que pretenda este fin precisa ser advertida expresamente por el anunciante o el *influencer* para cumplir con las exigencias del principio de autenticidad, tan sólo aquella que, por su contenido o por su ubicación, pueda confundir al receptor del mensaje respecto a su finalidad. No toda información que cause un efecto publicitario, sin advertirlo, constituye publicidad encubierta o velada, ya que se considera lícito el efecto publicitario que puede derivarse indirecta o secundariamente de una publicación cuya finalidad primera sea transmitir información objetiva sobre cualquier producto. La constatación de algún tipo de compensación entre el informante y el dueño del producto será determinante para declarar la publicación como publicidad encubierta.
2. La utilización de las redes sociales y, más concretamente, de los *influencers* por parte de los anunciantes ha revolucionado la gestión de la publicidad (Iniesta-Alemán, 2019: 165) lo que ha provocado el aumento de la publicidad encubierta y de las prácticas que, sin ser completamente ilícitas (por no estar descritas en el tenor literal de las normas jurídicas que regulan la publicidad), son contrarias a la ética y al principio de autenticidad por generar deliberadamente confusión al usuario respecto a la finalidad que persiguen. En todas las resoluciones y dictámenes emitidos por el JPA desde enero de 2021 hasta la fecha, se analizan publicaciones realizadas a través de Instagram que, o bien no incluyen la debida advertencia, o bien utilizan únicamente el *hashtag* “#ad”, ubicándolo al final del post. Esta práctica es claramente contraria al principio de autenticidad de la publicidad y constituye publicidad encubierta, por lo que debe erradicarse.
3. El hecho de que aún no exista una legislación que contemple expresamente la publicidad encubierta a través de las redes sociales no puede ser un obstáculo

para exigir transparencia y autenticidad en las comunicaciones que se realizan a través de cualquier medio (escrito o audiovisual). La legislación actual contiene indicaciones generales que, para algunos, no son suficientes. Sin embargo, conviene recordar que la naturaleza de las leyes es necesariamente generalista, pues un exceso de concreción en las mismas las convertiría en inaplicables. La realidad es enormemente compleja y ágil, y las prácticas que pueden instrumentarse para tratar de salvar los obstáculos y las limitaciones legales en la publicidad a través de las redes sociales, pueden llegar a ser innumerables y absolutamente imposibles de prever por un texto legislativo. Por ello, la labor de concreción de las normas que realizan los jueces y tribunales cuando deben intervenir en un conflicto resulta esencial, máxime en un tema como el que nos atañe, como es el de las redes sociales, que cambia rápidamente. En la resolución de estos conflictos, las decisiones adoptadas por los órganos de control de Autocontrol suelen ser tenidas en cuenta, con lo que podemos concluir que contribuyen adecuadamente a la resolución de los mismos. Actualmente, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital está trabajando en un Anteproyecto para una nueva Ley General de Comunicación Audiovisual que el 29 de junio pasó nuevamente el trámite de Audiencia Pública. No sabemos qué recorrido tendrá, pero no parece que el texto publicado satisfaga las expectativas de los que abogan por una regulación más exhaustiva³⁷.

4. Por último, entendemos que, en este campo, las medidas de autorregulación son esenciales porque su flexibilidad permite actuar rápidamente allí donde la rigidez de la ley no alcanza. Para ello, es preciso contar con el compromiso de los anunciantes, de las grandes y pequeñas marcas, por respetar la ética de la publicidad. Entendemos que sería deseable que se fomentara la adhesión voluntaria a dichas medidas de autorregulación, en el sentido al que apuntan las Proposiciones no de Ley citadas, a través de campañas de concienciación. En definitiva, aumentar los mecanismos de control, más que la propia regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, V. (2012): "Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011 (caso "Alter Channel")", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, N°. 66: 169-196.
- CARO CASTAÑO, L. (2016): "Microcelebridades y comunicación encubierta online en España. El caso de #Pentatrillones", *adComunica, Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 11: 121-144. <http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2016.11.8>

37. En su artículo 134 recoge la necesidad de una publicidad que respete el principio de autenticidad, pero no hace mención expresa a las redes sociales ni al empleo de *influencers*, ni concreta los modos en los que este principio puede salvaguardarse. En su artículo 119 remite a las normas que regulan cada sector de actividad. Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/210629-APL-comunicacion-audiovisual.aspx> (11/07/2021).

- FEIJOO, B., BURGUEÑO, S., SÁBADA, C., & GARCÍA-GONZÁLEZ, A. (2021): "La percepción de padres e hijos sobre la publicidad en redes sociales", *Comunicar*, 67: 99-109. <https://doi.org/10.3916/C67-2021-08>
- GÓMEZ NIETO, B. (2018): "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *Methaodos.revista de ciencias sociales*, 6 (1): 149-156. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>
- GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, L. (2021): ¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?, *La Ley Unión Europea*, 88: 1-10.
- INIESTA ALEMÁN, I. (2019): "Eficacia de los influencers como recurso publicitario en la estrategia de los anunciantes locales", *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 46: 149-169. DOI: 10.12795/Ambitos.2019.i46.09
- LABIO, S. (2006): "Publicidad encubierta. La información que vende", *Questiones Publicitarias*, 1 (11): 51-65.
- MARTÍNEZ-SALA, A.M., MONSERRAT-GAUCHI, J., SEGARRA-SAAVEDRA, J. (2019): "El influencer 2.0 turístico: de turista anónimo a líder de opinión", *Revista Latina de Comunicación Social*, 74: 1344-1365. <http://www.revistalatinacs.org/074paper/1388/71es.html> DOI: 10.4185/RLCS-2019-1388
- MARTI-PELLÓN, D., & SAUNDERS-UCHOA-CRAVEIRO, P. (2015): "Exposición infantil a anuncios en webs de juegos de Brasil y de España", *Comunicar*, 45: 169-177. <https://doi.org/10.3916/C45-2015-18>
- MEGÍAS, J.J. (2014): "El principio de autenticidad en la comunicación comercial", *Comunicación. Revista Internacional de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Estudios Culturales*, 12: 65-81. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/58590/A5_Megias-Quiros_El-principio-de-autenticidad-en-la-comunicacion-comercial.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- MEGÍAS, J.J., & CABRERA, L. (2013): *Ética y Derecho en la publicidad*, Granada: Comares.
- PERLADO, M., PAPÍ, N., & BERGAZ, M. (2019): "Del planificador de medios al experto en medios: El efecto digital en la publicidad", *Comunicar*, 59: 105-114. <https://doi.org/10.3916/C59-2019-10>.
- SEGARRA-SAAVEDRA, J., & HIDALGO-MARÍ, T. (2018): "Influencers, moda femenina e Instagram: el poder de la influencia en la era 2.0", *Revista Mediterránea de Comunicación*, 9 (1), 313-325. <https://doi.org/10.14198/MEDCOM2018.9.1.17>
- SERRA, P. (2011): "La confusión entre información y publicidad: el caso de las "revistas"", *Actas del I Congreso Internacional de Ética de la Comunicación*. Sevilla: Mad.: 548-560.
- SIXTO-GARCÍA, J., & ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, A. (2020): "Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular", *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 26 (4): 1611-1622. <http://dx.doi.org/10.5209/esmp.66921>
- TATO-PLAZA, A. (2019): "Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en las redes sociales", *Revista de Derecho Mercantil*, 311: 49-74.
- TUR-VIÑES, V., NÚÑEZ-GÓMEZ, P., & MARTÍNEZ-PASTOR, E. (2019): "YouTube, menores y cultura colaborativa. Revisión bibliográfica de la investigación académica", *Historia y Comunicación Social*, 24 (1): 331-351. <https://doi.org/10.5209/HICS.64498>
- VILAJOANA, S., ROM, J., & MIOTTO, G. (2019): "Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers", *Revista Mediterránea de Comunicación*, 10: 115-129. Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo.