

JURADO DE LA PUBLICIDAD

RESOLUCIÓN



Reclamante	Asociación de Usuarios de la Comunicación
Reclamado	James Lover
Título	James Lover Influencer
Nº de asunto	16/R/ FEBRERO 2021
Fase del proceso	Primera instancia – Sección Cuarta
Fecha	19 de febrero de 2021

Resolución de 19 de febrero de 2021 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima una reclamación presentada por AUC contra una publicidad de la que es responsable el *influencer* James Lover. La Sección consideró que la publicidad resultaba contraria a la norma 2 (Principio de legalidad), en relación con el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, y a la norma 13 (principio de autenticidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.

RESUMEN

Resolución de 19 de febrero de 2021 de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima una reclamación presentada por AUC contra una publicidad de la que es responsable el *influencer* James Lover.

La reclamación se dirigió contra una publicación, a través de los denominados *stories*, difundida en Instagram. En dicha publicación, sobre un fondo negro en el que aparecían varios emoticonos, se iban sucediendo los siguientes textos: “Hazme una pregunta. Jajajajaj como [sic.] mientes tanto? 1 meti [sic.] los 30 € a estos partidos que dijo y salieron”, “con lo que fui ganando iba metiendo a lo que iba diciendo. Y acabe [sic.] con 1046 € ósea [sic.] de locos jajaja”. Asimismo, de manera intercalada, aparecían insertadas diferentes imágenes en las que se visualizaban varios pronósticos de apuestas.

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

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

- (i) No se desprendía de forma clara e inequívoca el carácter publicitario de la comunicación.

- (ii) Se inducía a error respecto a las posibilidades de resultar premiado.
- (iii) No se incluía un mensaje relativo a jugar con responsabilidad.
- (iv) La publicación realizada por un *influencer* vulneraba la prohibición general de aparición de personas con relevancia o notoriedad pública.
- (v) No quedó acreditado ninguno de los requisitos que regulan las comunicaciones comerciales de las actividades del juego a través de las redes sociales.

TEXTO COMPLETO

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

RESOLUCIÓN

I. Antecedentes de hecho.

1. El pasado 11 de febrero de 2021, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante, “AUC”) presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable el *influencer* James Lover (en adelante, “el reclamado”).
2. La reclamación se dirige contra una publicación, a través de los denominados *stories*, difundida en Instagram. En dicha publicación, sobre un fondo negro en el que aparecen varios emoticonos, se van sucediendo los siguientes textos: “Hazme una pregunta. Jajajajaj como [sic.] mientes tanto? 1 meti [sic.] los 30 € a estos partidos que dijo y salieron”, “con lo que fui ganando iba metiendo a lo que iba diciendo. Y acabe [sic.] con 1046 € ósea [sic.] de locos jajaja”.

Asimismo, de manera intercalada, aparecen insertadas las siguientes imágenes en las que se visualizan varios pronósticos de apuestas:

30,00€ Triples Apuesta cerrada
109,32€

- Real Betis** 1.60
Se clasificará
Sporting de Gijón v Real Betis
- Valencia** 1.67
Se clasificará
Alcorcón v Valencia
- Villarreal** 1.40
Se clasificará
Tenerife v Villarreal

Imp: 30,00€ Ganancias: 109,32€

109,32€ Triples Ganancias pot. obtenidas
326,51€

- ✓ **AC Milan** 1.60
Resultado final
Cagliari v AC Milan
2 goles de ventaja **Recibido**
- ✓ **Fenerbahce** 1.40
Resultado final
Fenerbahce v Ankaragücü
- ✓ **Empate o NAC Breda** 1.33
Doble oportunidad
PSV - B v NAC Breda

Imp: 109,32€ Ganancias: 326,51€

326,00€ Simple Ganancias pot. obtenidas
1043,20€

- ✓ **Crear apuesta** 3.20
Real Betis v Celta de Vigo
 - ✓ Más de 0 córners en los primeros 10 minutos para Real Betis
10 minutos - Equipo local - Córners - Adicional - 3 opciones
 - ✓ Encuentro - Resultado - Real Betis o Empate
Doble oportunidad

Imp: 326,00€ Ganancias: 1043,20€

En adelante, aludiremos a esta publicación como la “**Publicidad reclamada**”.

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

Una vez aclarado lo anterior, considera que la Publicidad reclamada contraviene la legislación vigente y, por ende, el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (en adelante, el “Código de AUTOCONTROL”). AUC sostiene que la publicidad es ilícita por las siguientes razones:

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

4. Trasladada la reclamación, la parte reclamada ha presentado escrito de contestación en plazo, en el que se opone totalmente a las pretensiones de la reclamante alegando las razones que se exponen a continuación.

Por un lado, el reclamado considera que él no puede controlar la fiabilidad o la legalidad de los contenidos que publica en sus redes sociales, por ello, no hay dolo en su conducta.

Por otro lado, el reclamado indica que, al haber consistido su publicación en un “Instagram Stories”, no puede proceder a su cese o rectificación, ya que estos “Instagram Stories” por naturaleza duran 24 horas y transcurrido ese periodo de tiempo desaparecen.

II. Fundamentos deontológicos.

1. En atención a los antecedentes de hecho expuestos, la primera cuestión que debe analizar este Jurado es la de saber si la publicación objeto de la presente Resolución tiene o no carácter publicitario.

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

En efecto, en el caso que nos ocupa, varios *influencers*, de manera prácticamente coincidente en el tiempo, han publicado o difundido mensajes con un contenido prácticamente coincidente. En este sentido, ha de destacarse que las publicaciones de estos *influencers*, además de coincidir en el tiempo, seguían todas el mismo esquema: abrir publicaciones en las que se pueden hacer preguntas, responder a ellas con idénticas expresiones, tratando cuestiones como cuántos

ingresos se obtienen, y que este contexto de actividad económica dé pie a referirse a las ganancias que están obteniendo a través de las apuestas, gracias a haber conocido un grupo en una red social en la que son aconsejados. Por otra parte, 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 sí sola, su naturaleza publicitaria. Pero, en el concreto caso que nos ocupa, y a mayor abundamiento, ha de destacarse que el propio *influencer* ha reconocido la existencia de una colaboración con la empresa Best Analistas.

2. Una vez aclarado lo anterior, esta Sección debe determinar si la publicación objeto de la presente Resolución resulta o no compatible con el principio de autenticidad de la publicidad.

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, entiende el Jurado que la naturaleza publicitaria de la

publicación tampoco resulta clara e inequívocamente perceptible para un destinatario medio. Antes al contrario, la publicación se presenta de manera aparentemente improvisada, como continuación de las preguntas que se van planteando –que como hemos advertido inicialmente eran prácticamente idénticas para todos los *influencers*– y narrando los hechos como sorprendentes.

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

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

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

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

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

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

Pues bien, como ya ha quedado expuesto en el fundamento deontológico 3º, al cual nos remitimos, la comunicación comercial llevada a cabo por el *influencer* en cuestión a través de sus publicaciones no resulta reconocible como tal.

6. Por su parte, el artículo 10 del RD 958/2020 señala en su apartado primero que el diseño y difusión de las comunicaciones comerciales de los operadores de juego perseguirá el equilibrio entre la promoción de la actividad de juego y la necesaria protección de las personas consumidoras frente a los riesgos de esa actividad y, a este respecto, el apartado segundo considera prohibida entre otras aquellas comunicaciones que induzcan a error sobre la posibilidad de resultar premiado o sugieran que la repetición del juego aumenta la probabilidad de ganar.

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

Sin entrar a valorar la veracidad de las afirmaciones, el aspecto relevante que se ha de tener en cuenta a la hora de analizar este precepto no es otro que la posible inducción a pensar que en las actividades de juego y apuestas se puede ganar fácilmente, siguiendo unas pautas y eliminando o reduciendo al mínimo la aleatoriedad propia del juego. Y es éste, y no otro, el mensaje que claramente trasladan las comunicaciones realizadas objeto de este procedimiento.

Por otra parte, el tercer apartado de este mismo artículo señala que *“las comunicaciones comerciales deberán incluir un mensaje relativo a jugar con responsabilidad, tipo «si juegas, juega con responsabilidad», «jugar sin control puede tener consecuencias perjudiciales a nivel psicosocial» o similar”*. Del visionado de la publicidad, es patente que no se incluye ninguna advertencia en este sentido.

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

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

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

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

En virtud de lo anterior, la mera aparición del *influencer*, unida a la prescripción realizada de la actividad de las apuestas deportivas, sería contraria al artículo 15 del RD 958/2020.

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

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

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

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

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

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

- a) Utilicen todos los mecanismos disponibles en las redes sociales desde las que difundan su actividad para evitar el acceso de menores de edad.
- b) Difundan de manera periódica mensajes sobre juego seguro.

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

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

A este respecto, en el presente procedimiento no ha quedado acreditado el cumplimiento de ninguno de los requisitos establecido en el artículo 26 del RD 958/2020.

9. En virtud de lo anteriormente expuesto, este Jurado considera acreditada la infracción de la norma 2 del Código de AUTOCONTROL en relación con los artículos 7, 10, 15 y 26 del RD 958/2020.

En atención a todo lo anterior, la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL

ACUERDA

1. Estimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente al *influencer* “James Lover”.
2. Declarar que la Publicidad reclamada infringe las normas 2 y 13 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL.
3. Instar a Diego (“James Lover”) al cese y la no reiteración futura de la Publicidad reclamada.