

RESPONSABILIDAD DEL INFLUENCIADOR DIGITAL A LA LUZ DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR COLOMBIANO

MARÍA CAMILA MOLANO PARÍS*

RESUMEN

Los influenciadores digitales se han convertido en referentes de opinión con un potencial para influir en las decisiones de consumo de sus audiencias. Por lo tanto, estos sujetos utilizan sus redes sociales digitales para difundir información espontáneamente y de manera casi imperceptible sobre productos y/o servicios propios o de un tercero. Esta dinámica, que está desafiando las formas tradicionales de publicidad, se denomina *Influencer Marketing*. A pesar de que dichas actuaciones constituyen una práctica cada vez más recurrente en Colombia, actualmente no hay una normativa específica que defina los parámetros de esta conducta o que delimite el alcance de su responsabilidad. En octubre de 2020 la Superintendencia de Industria y Comercio expidió una serie de recomendaciones no vinculantes orientadas a establecer una eventual responsabilidad de los influenciadores digitales bajo la normatividad vigente, particularmente a la luz del Estatuto del Consumidor. Por ello, resulta de interés puntualizar la manera en que el contenido de dicho cuerpo normativo les puede ser aplicado a las actuaciones de estos sujetos, y así llevarlos a responder a la luz del derecho del consumo.

Palabras claves: Influenciadores digitales; redes sociales digitales; *influencer marketing*; publicidad; derecho del consumo.

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana y magíster en Propiedad Intelectual de la de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC. (Colombia). Correo-e: camimolanop@hotmail.com. Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2020. Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2021. Para citar el artículo: MOLANO PARÍS, MARÍA CAMILA. "Responsabilidad del influenciador digital a la luz del estatuto del consumidor colombiano" en *Revista de la propiedad inmaterial* n.º 31, Universidad Externado de Colombia, enero-julio 2021, pp. 157-193. doi: <https://doi.org/10.18601/16571959.n31.06>

LIABILITY OF THE DIGITAL INFLUENCER UNDER
THE COLOMBIAN CONSUMER STATUTE

ABSTRACT

Digital influencers have become opinion referents with the potential of affecting their audiences' consumer decisions. Hence, they use their digital social networks to spontaneously and almost unnoticeably diffuse information regarding goods or services of their own or belonging to a third party. This dynamic, defiant of traditional forms of publicity, is known as *Influencer Marketing*. Even though these publications issued by digital influencers constitute an increasingly recurring practice in Colombia, currently, there is no specific regulations that defines the parameters of this conduct or the scope of their liability. On October 2020, the Superintendence of Industry and Commerce issued a series of non-binding recommendations that aim to establish an eventual responsibility of the digital influencers under the current regulations, particularly in light of the Consumer Statute. Therefore, it is of interest to develop how the content of said regulation may be apply to the actions of those subjects, and thus that they respond in the light of consumer law.

Keywords: Digital influencers; Digital social networks; Influencer Marketing; Publicity; Consumer Law.

INTRODUCCIÓN

El surgimiento de Internet ha dado paso a la dinamización de diferentes esferas de la vida de las personas. Puntualmente en Colombia esta red ha sido el espacio propicio para nuevas prácticas mediante las cuales las personas se informan e interactúan. Esto ha llevado, a su vez, a que se diversifiquen tanto la materialización como el ejercicio de ciertos derechos fundamentales¹.

En este escenario han surgido las redes sociales digitales (RRSS o RS cuando se hable en singular), que son herramientas de interacción entre distintos usuarios con un enfoque e intención específicos que pueden ir de lo profesional al simple entretenimiento². A su vez, las RRSS han fomentado la aparición de los Influencia-

1 Mañanas Blu. “¿Es posible limitar los insultos en redes sociales?”, Blu Radio. Disponible en [<https://www.bluradio.com/analisis/es-posible-limitar-los-insultos-en-redes-sociales-205570-ie435>], consultada el 7 de febrero de 2019.

2 PEÑA VALENZUELA, DANIEL et al. “Las redes sociales como instrumento en la lucha contra la corrupción”, en HENAO, JUAN CARLOS y ORTIZ ESCOBAR, DAVID A. (eds.). *Corrupción en Colombia*, t. II, *Enfoques sectoriales sobre corrupción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

dores Digitales (ID), que son sujetos con la capacidad de convertirse en líderes de opinión e influir en el comportamiento de los receptores de sus mensajes³.

El surgimiento de los ID en las RRSS está amparado por los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad, consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 y protegidos por el Estado colombiano. En efecto, el ejercicio de estos derechos permite que los ID se expresen libremente sobre temas políticos, culturales, sociales, entre muchos otros, logrando así consolidar una influencia significativa sobre la opinión pública, incluso hasta el punto de convertirse en referentes para los consumidores a la hora de tomar decisiones de consumo⁴.

El hecho de que los ID se hayan convertido en referentes de opinión ha despertado el interés de la industria del mercadeo, que a su vez ha optado por aprovechar el potencial de los ID para influir en las decisiones de consumo al momento de publicitar bienes y servicios –que antes se promocionaban a través de medios tradicionales de comunicación como la radio y la televisión–⁵.

En ese sentido, actualmente los ID están siendo contratados para que, por medio de la publicación de contenido –que puede ser un video o una imagen temporal o permanente– en sus perfiles de RRSS, espontáneamente den a conocer al consumidor las bondades, propiedades, rasgos y/o características de un producto o una marca⁶. Por la importancia de estos conceptos, nos referiremos a bienes y servicios como *producto(s)*, y a la publicación como *contenido* en cursiva.

La importancia de esta connotación del ID se sustenta en el hecho de que la publicación de *contenido* en alguna de sus RRSS tendrá un alcance más amplio y un despliegue mayor que una publicación de un usuario común. Por lo tanto, más allá de la relevancia de los ID en términos del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en Colombia, para los efectos de este artículo, su relevancia radica en la posibilidad que tienen de publicitar *productos* a través de su *contenido* en RRSS⁷. Esta dinámica, que está desafiando las formas tradicionales de publicidad, ha sido denominada Influencer Marketing (IM).

Así las cosas, con ocasión de la expedición de la *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores* de la Superintendencia de Industria y Co-

3 PATIÑO, LINDA. ¿Qué diablos hacen los influencers?, Intermedio Editores, 2019.

4 Ídem.

5 NARVÁEZ, ÁLVARO. “¿Qué es un influencer?”, Blogs de *El Tiempo*, 11 de octubre de 2017. Disponible en [<http://blogs.eltiempo.com/pillaesto/2017/10/11/que-es-un-influencer/>], consultada el 28 de marzo de 2019.

6 Mexican Fake Blogger. “Guía de Influencer Marketing”, 2018. Disponible en [https://gallery.mailchimp.com/67fb232243cd86a1dfad27bd4/files/f49793f9-7d77-4b14-8f7f-198b3c72ff5e/Guia_de_Influencer_Marketing_MFB.pdf], consultada el 23 de noviembre de 2019. ZUCKERBERG, MARK. “Los valores corporativos tienen que estar en sintonía con el perfil del influencer”, citado en Brand Manic. “Estudio sobre Marketing de Influencers en España. El mercado español de influencers, según los responsables de marketing”, 2018, p. 27. Disponible en [https://www.brandmanic.com/wp-content/uploads/Estudio_Marketing_de_Influencers_en_Espa%C3%B1a_2018.pdf], consultada el 23 de noviembre de 2019,

7 Mexican Fake Blogger. Op. cit.

mercio (sic)⁸, resulta pertinente analizar la responsabilidad que le corresponde a los ID al incurrir en prácticas propias del IM. Lo anterior en tanto estos actores están desafiando las formas tradicionales de hacer publicidad.

En el presente artículo se describen los aspectos más importantes de los lineamientos formulados por la sic, y se analiza la manera en que la regulación en materia de publicidad contenida en el Estatuto del Consumidor (EC) se debe aplicar a los ID, tomando como base los lineamientos referidos.

A. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCIADORES EXPEDIDA POR LA SIC

En octubre de 2019 la sic afirmó estar trabajando en una guía de autorregulación de publicidad para influenciadores. Un año después, la Delegatura para la Protección del Consumidor publicó la “Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores” (GBPI)⁹. La gestación de ese documento se adelantó de la mano de ID, agencias de medios y publicidad digital, y también de agentes de la industria¹⁰. La intención de la sic es cubrir los vacíos, ofreciéndole al consumidor una protección adecuada. Esto último, buscando evitar la redacción de una norma legal que resultaría inconveniente dado que, según el Superintendente, el mundo de los ID es un fenómeno aún desconocido¹¹.

Es importante mencionar que la sic ha sido clara en señalar que con la expedición de la referida guía no se limitarán injustificadamente los derechos de los ID –tales como la libertad de expresión–, sino que su finalidad será brindar las herramientas necesarias para proteger al consumidor¹².

Sobre el particular, en una entrevista en W Radio, grabada en enero de 2020^[13], María Carolina Corcione, Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor, fue enfática al afirmar que a los ID que realicen actos publicitarios les aplicará la normativa vigente sobre protección al consumidor prevista en el EC, siempre y cuando entre él y el anunciante exista una relación comercial, la cual se presenta si convergen dos elementos: i) que el ID reciba un pago o beneficio de un

8 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, 2020. Disponible en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/GUÍA%20DE%20BUENAS%20PRÁCTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAVÉS%20DE%20INFLUENCIADORES%20004%20(1).pdf], consultada el 19 de octubre de 2020.

9 Ídem.

10 OLAYA, MARTA. “Regulación de publicidad para influenciadores quedaría lista este año: sic”, rcn Radio. Disponible en [https://www.rcnradio.com/economia/regulacion-de-publicidad-para-influenciadores-quedaría-lista-este-año-sic], consultada el 28 de noviembre de 2019.

11 Ídem.

12 Ídem.

13 CORCIONE, MARÍA CAROLINA. “Influencers: ¿al filo de la ilegalidad?”, podcast, 16 de enero de 2020. Disponible en [https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/influencers-al-filo-de-la-ilegalidad/20200116/nota/4003713.aspx], consultada el 8 de marzo de 2020.

tercero, y ii) que ese tercero tenga cierto control sobre el *contenido* a ser publicado. Estos elementos se reiteran en la GBPPI.

Corcione agregó que en estas situaciones el ID tendrá que aclarar que lo que está publicando e informando sobre una marca o un *producto* no es espontáneo, sino que proviene de un acuerdo con un tercero y, además, tendrá que especificar quién es ese tercero. De lo contrario, en opinión de la SIC, el ID se estaría comportando como un anunciante, razón por la cual le resultaría aplicable el respectivo régimen de responsabilidad¹⁴. Finalmente, la delegada reiteró que la guía buscará fomentar unas buenas prácticas y no expedir una nueva regulación, y que además el propósito de la entidad es instruir a los ID y a los consumidores en lugar de sancionar o perseguir ese tipo de mercadeo¹⁵.

En la GBPPI se hace una recopilación de los lineamientos expedidos en distintos países y se pone de presente que la motivación recurrente ha sido establecer si la normativa vigente es suficiente para proteger a los consumidores frente a las prácticas de los ID¹⁶. De esa manera, la GBPPI reitera que el objetivo de tales lineamientos es

[...] prevenir que los influenciadores incurran en actos de competencia desleal o violen los derechos de los consumidores a partir de la materialización de actos constitutivos de publicidad engañosa, en tanto que ocultan la existencia de la relación contractual o atribuyen bondades a ciertos productos sin contar con los soportes técnicos o científicos necesarios¹⁷.

La GBPPI circunscribe su alcance a

[...] orientar a los anunciantes e influenciadores, para que, en desarrollo de la actividad publicitaria, garanticen la protección de los derechos de los consumidores, con la observancia de las disposiciones contenidas en el Estatuto del Consumidor y sus demás normas concordantes¹⁸.

En ese orden de ideas, a través de este documento se busca “[...] lograr que la actividad publicitaria de los influenciadores en el mundo digital no induzca en error, engaño o confusión a los consumidores y así garantizar la salvaguarda de sus derechos”¹⁹.

14 Ídem.

15 Ídem.

16 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, Cit.

17 Ídem.

18 Ídem.

19 Ídem. En ese sentido, la GBPPI tiene como objetivos específicos los siguientes: “[...] 1. Orientar a los anunciantes e influenciadores, sobre las pautas que se deben observar a la hora de emitir mensajes publicitarios, en especial en las redes sociales y plataformas digitales, de manera que se garanticen los derechos de los consumidores. 2. Promover el uso responsable de las nuevas prácticas publicitarias a través de influenciadores, en particular en el entorno digital, de manera que se adopten políticas de autorregulación

Igualmente, la GBPTI plantea una sección de definiciones y precisiones normativas en las que se definen conceptos de interés²⁰. Se rescata de esta sección lo que sostiene de manera explícita²¹:

[l]a Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor, es la norma encargada de proteger al consumidor tanto en entornos de publicidad tradicional como en entornos digitales, puesto que las disposiciones contenidas en esta norma de orden público, son aplicables a todas las relaciones de consumo, en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, tal y como es el caso del contenido y los mensajes comerciales que se emiten a través de influenciadores.

Ahora bien, este documento²² se ocupa igualmente de distinguir las diferentes connotaciones que el ID puede adquirir. Por ejemplo, el ID podrá considerarse anunciante en dos escenarios: si entre el anunciante y él existe una relación comercial que no es clara para el consumidor, y si el ID publica un *contenido* publicitario sin que le anteceda una relación comercial. Adicionalmente, cuando sea posible determinar la existencia de una relación comercial entre el anunciante y el ID, este último se considerará como el medio empleado para incidir en la decisión de consumo, y su responsabilidad se circunscribirá a este rol.

De igual manera, la GBPTI señala que en caso de incumplimiento de lo previsto en el EC la entidad tiene la facultad de imponer las sanciones previstas en el artículo 61^[23]. En relación con la normatividad sobre publicidad, se precisa que algunos

que se ajusten a lo establecido en la Ley 1480 de 2011 y demás normas concordantes.
3. Brindar herramientas a los consumidores, que les permita identificar en los mensajes que reciben de los influenciadores, cuándo están ante un mensaje publicitario y cuándo se trata de una recomendación espontánea del influenciador, para salvaguardar el derecho que tienen a la libre elección y a la protección contra mensajes que puedan inducirlos en error, engaño o confusión”.

20 Por ejemplo, ‘anunciante’ se define como “[...] toda persona natural o jurídica que por cuenta propia o en cuyo nombre se haga o divulgue publicidad comercial con el propósito de promover los productos que produce o comercializa con el propósito de influir en el comportamiento del consumidor”; ‘influenciador’ como “[...] toda persona que publique contenido en medios de comunicación, en particular en las redes sociales o plataformas digitales, compartiendo sus experiencias y opiniones, capaces de influir de manera predominante en las decisiones de consumo, generando credibilidad ante sus seguidores”; y que hay una ‘relación comercial entre anunciante e influenciador’ cuando “[...] el anunciante ofrece al influenciador, algún tipo de pago o compensación a cambio de una publicación de contenido en un medio de comunicación, en especial en las redes sociales del influenciador, sobre un producto y con las pautas del anunciante, con la finalidad de que el influenciador a través de dichos contenidos influya en una decisión de consumo de su audiencia. El pago que el anunciante realiza al influenciador, puede consistir en una suma de dinero, o comprender otras modalidades tales como: regalos, préstamos, incentivos, comisiones, ventajas, préstamos de productos, pagos en especie, descuentos o cupones, préstamo de servicios, entre otros”.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Congreso de la República. Ley 1480, cit.: “Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes

productos como medicamentos, bebidas energizantes y alcohólicas, y tabaco tienen regulaciones especiales que igualmente resultan aplicables a los ID²⁴.

En ese orden de ideas, frente a la aplicación de lo previsto en el EC a los ID, en opinión de la SIC²⁵

... es claro [...] que la normatividad existente en Colombia es ya suficientemente amplia y comprensiva para garantizar la protección de los consumidores en el entorno digital, especialmente en lo relativo a su derecho de información y protección contra la publicidad engañosa en los mensajes que se emiten en este tipo de medios, en particular, en la publicidad que se haga a través de influenciadores. Por lo anterior, no considera esta

que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios: 1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción; 2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días; 3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado; 4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad; 5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores; 6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía. Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción. Parágrafo 1o. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios: 1. El daño causado a los consumidores; 2. La persistencia en la conducta infractora; 3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor; 4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores; 5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes; 6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción; 7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos; 8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes. Parágrafo 2o. Dentro de las actuaciones administrativas solo serán admisibles las mismas causales de exoneración de responsabilidad previstas en el Título 1 de esta ley. Parágrafo 3o. El cincuenta por ciento (50%) de las sanciones que impongan la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales de protección al consumidor, incluidas las impuestas por incumplimiento de reglamentos técnicos, servicios de telecomunicaciones, servicios postales, falta de registro o no renovación del registro en las Cámaras de Comercio y de protección de datos personales o habeas data, tendrán como destino el presupuesto de cada Superintendencia y el otro cincuenta por ciento (50%) se destinará para fortalecer la red nacional de protección al consumidor a que hace referencia el artículo 75 de la presente ley, y los recursos serán recaudados y administrados por quien ejerza la secretaría técnica de la red".

24 Ídem.

25 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. "Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores", cit.

autoridad que sea necesario que se expida una normatividad para disciplinar la forma como se debe hacer la publicidad a través de influenciadores sino que, con las normas existentes y una serie de recomendaciones para su correcta aplicación, los derechos de los consumidores estarían salvaguardados.

Así las cosas, con la intención de cumplir con los objetivos propuestos, la GBPPI divide sus recomendaciones en dos secciones. La primera dirigida a los anunciantes, y la segunda a los ID.

Frente a las recomendaciones a los anunciantes, se les sugiere, a modo de ejemplo, acatar la normatividad vigente en materia de protección al consumidor, destacando la regulación sobre publicidad y productos especiales. Igualmente, de existir una relación comercial con el ID, el mensaje deberá ser claro en cuanto a que el mismo se trata de una pieza publicitaria. La relación comercial se determina si se acumulan dos condiciones: una remuneración a favor del ID, que puede darse en formas distintas a un pago en dinero, y que el anunciante tenga una incidencia sobre el *contenido*. En la GBPPI también se indica que el anunciante deberá exigirle al ID que sea claro con su audiencia sobre la relación comercial entre las partes, y que debe cerciorarse de que el ID cumpla con tal exigencia. Para esto se describen algunas características en las que se debe dar tal divulgación²⁶, y se dan algunos ejemplos –utilizando el “#” acompañado de términos como “publicidad”, “patrocinado por” entre otros–²⁷.

Las anteriores recomendaciones se complementan aconsejándole al anunciante verificar permanentemente el mensaje que se ha identificado como publicitario y revisar las reacciones de la audiencia del ID con el propósito de confirmar que el mensaje publicitario se está entendiendo como tal²⁸.

Una vez revisadas las recomendaciones para los anunciantes, resulta pertinente hacer referencia a los lineamientos que propone la GBPPI frente a los ID²⁹. Como primera recomendación se plantea que el ID debe identificar cuándo tiene una relación comercial con un anunciante, para lo cual será necesario que se presenten los dos elementos referidos. Adicionalmente, en el documento se le recomienda al ID que exija al anunciante o a la agencia indicar las pautas que debe cumplir para identificar en el *contenido* que se trata de un mensaje publicitario. En consecuencia, se le sugiere, igualmente, abstenerse de difundir *contenido* cuando el anunciante le

26 La divulgación de tal relación comercial deberá ser visible y comprensible en español, de fácil lectura y con la misma visibilidad que el mensaje principal que el ID está dando al momento en que se dé la información publicitaria; es decir, se debe presentar de tal forma que sea clara para quien está observando el *contenido*, y debe ser legible y visible, sin importar el dispositivo desde el que se esté accediendo. Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, cit.

27 Ídem.

28 Se incluyen recomendaciones adicionales como, por ejemplo, que se implemente una política de transparencia con base en la GBPPI, o que se socialicen los lineamientos allí indicados con las agencias de publicidad.

29 Ídem.

haya propuesto ocultar la naturaleza publicitaria del mensaje. Lo anterior en aras de evitar que el ID adquiera la calidad de anunciante ya descrita en líneas anteriores. Finalmente, y guardando coherencia con las dos recomendaciones anteriores, se le sugiere al ID abstenerse de disfrazar un *contenido* publicitario como si fuera una impresión espontánea que ha surgido de su experiencia con el *producto*.

Es importante aclarar que si bien estos lineamientos tienen un carácter relativamente informal, en realidad buscan complementar códigos o leyes expedidos formalmente, con el fin de no tener que expedir una nueva normativa que regule las actuaciones de los ID. El propósito es, por el contrario, ampliar, interpretar o aclarar la aplicabilidad de la normatividad vigente a las actuaciones de los ID, aportando pautas y directrices que se espera sean tenidos en cuenta por ellos y otros sujetos involucrados en la cadena del IM.

En esa medida, sería interesante saber si en el futuro los lineamientos previstos en la GBPPI protegerán al consumidor frente a las diversas situaciones que se puedan presentar con las publicaciones de los ID en el marco del IM. Si los lineamientos resultan eficaces en ese sentido, no habrá necesidad de fijar una regulación positiva o coercitiva en relación con esa temática.

La guía resolvería lo relativo a la responsabilidad aplicable a los ID, por ejemplo, al publicitar un *producto* cuyas características no corresponden a las anunciadas. En esa medida, se espera que con la puesta en práctica de la GBPPI el consumidor pueda distinguir entre la recomendación que el ID hace de una manera libre y espontánea, de la recomendación motivada por un patrocinio acordado con un proveedor –porque, además, hay restricciones impuestas a la publicidad de ciertos productos, como el tabaco y el alcohol–.

Teniendo en cuenta que expresamente la GBPPI sostiene que el EC será aplicable a las actuaciones publicitarias de los ID, resulta de interés mencionar esta regulación y la manera en que aplicaría.

B. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PUBLICIDAD CONFORME AL EC Y OTRAS REGULACIONES

El Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 (EC), establece una serie de responsabilidades concernientes a actos de publicidad. En efecto, el EC define la publicidad como “[t]oda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”³⁰. A simple vista, de tal definición se puede deducir que la noción de *publicidad* cobija las actuaciones de los ID en RRSS que tienen como finalidad dar a conocer información sobre un *producto*. Esto,

30 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, cit. Otra definición de publicidad es “[...] conjunto de mensajes que se emiten a través de diversos medios de comunicación con el fin de aumentar o mantener las ventas de un determinado producto o servicio”. Cfr. ARMSTRONG, GARY y KOTHEER, PHILIP. *Marketing*, 10.ª ed., Madrid, Pearson Prentice Hall, 2005, p. 498, citado por TOBÓN, NATALIA y VARELA, EDUARDO. *Derecho de autor para creativos. Propiedad intelectual en campañas publicitarias*, Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 233.

en la medida en que con dichas actuaciones se busca influir en las decisiones de consumo de sus seguidores.

Con el objetivo de profundizar en esta idea, en primer lugar se analiza la responsabilidad general sobre actos de publicidad a la luz del EC, y posteriormente se revisa la manera en que los artículos sobre publicidad del EC se pueden aplicar por analogía a los ID. Para hacerlo se especifica el *contenido* sobre el que versará el análisis.

El EC³¹ regula primordialmente los derechos y obligaciones que surgen entre los productores/proveedores³² y los consumidores. Sus disposiciones aplican en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad que asumen los productores/proveedores frente a los consumidores en los sectores de la economía en los que no existe una regulación especial³³. Las disposiciones del EC son de orden público y se deben interpretar en favor del consumidor³⁴.

Entre las distintas secciones del EC se encuentra el Título VI sobre publicidad, que debe ser leído y analizado para efectos de establecer cuál es la responsabilidad de los ID al llevar a cabo prácticas de IM.

En primer lugar, en su artículo 29 indica que las condiciones objetivas y específicas que se den a conocer en la publicidad obligan al anunciante en dichos términos³⁵. Esto implica que:

[...] las condiciones objetivas y específicas contenidas en toda publicidad, obligan al anunciante contractual y extracontractualmente, en los términos establecidos en esta. Con ello, se vuelve irrelevante el medio utilizado por el anunciante para promover sus productos [...] En tal sentido, la publicidad obliga al anunciante precontractualmente

31 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, cit.

32 Productor se define como “[q]uien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”, y proveedor como “[q]uien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”. Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 5.º, numerales 9 y 11.

33 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 2.º.

34 El EC lo define como “[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”. Cfr. Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 5.º, numeral 3.

35 Debido a que la normativa que precedió el EC vigente contemplaba elementos que se consideraban como propaganda, les resultaba aplicable el estatuto. Sin embargo, con este artículo y el nuevo alcance que se le dio al concepto de publicidad, es “[...] irrelevante el medio utilizado por el anunciante para promover sus productos, cubriendo por igual la publicidad transmitida a través de los medios masivos de comunicación, como la fijada en tableros y avisos en el mismo lugar de expendio de los productos”. Cfr. GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINEL, CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA, RAMÓN EDUARDO. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011*, 1.ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2012, p. 90. Dado el alcance de la cita anterior, es viable extenderlo a medios digitales y a RRSS, entornos de especial interés para el presente trabajo.

a no cambiar los términos particulares y que sean no hiperbólicos o subjetivos de su publicidad, respecto de cualquier consumidor que se acerque a realizar una operación de consumo con base en los términos anunciados³⁶.

De lo anterior llama la atención la importancia que se le da al contenido de la publicidad como medio para influir en las decisiones de consumo³⁷, es decir, su importancia frente al consumidor. Además, el cumplimiento de aquellas condiciones objetivas y específicas primará con independencia del medio del que se trate³⁸.

El artículo 30 del EC prohíbe la publicidad engañosa, concepto que se define como “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”³⁹.

Al respecto es necesario precisar que el EC consagra los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, entre los cuales se encuentra el derecho a ser protegido contra la publicidad engañosa⁴⁰. Consecuentemente, este texto normativo contempla la acción de protección al consumidor, que es una acción jurisdiccional⁴¹ mediante la cual se deciden asuntos contenciosos relacionados con la violación a los derechos del consumidor; un ejemplo de esto último es la reparación de los daños causados por información o publicidad engañosa. De igual manera, una de las facultades administrativas de la SIC es ordenar, ya sea como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión en condiciones correctas de la publicidad que no cumpla con las condiciones previstas en el EC.

Además de prohibir la publicidad engañosa, el artículo citado indica que, en caso de presentarse, el anunciante debe responder por los perjuicios causados y el medio de comunicación será solidariamente responsable cuando se compruebe que ha habido dolo o culpa grave de su parte. Sobre esta responsabilidad vale indicar que, “[...] a diferencia de los anunciantes, la responsabilidad de los medios de

36 Ibid., pp. 90-91.

37 Ibid., p. 90.

38 Tal obligación que se le asigna al anunciante coincide con la intención del principio contenido en el artículo 1.º del EC según el cual, “Artículo 1. Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: [...] 2. El acceso a los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas [...]”. Cfr. Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 1.º.

39 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 5.º, numeral 12. En la respuesta que dio a una consulta planteada en el 2017, la SIC indicó los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de definir si se está incurriendo en publicidad engañosa. El documento es el siguiente: Superintendencia de Industria y Comercio. “Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012, *Boletín Jurídico*. Disponible en [<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/17170706xdel25Julio2017consum.PDF>], consultada el 8 de marzo de 2020.

40 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 3.º, numeral 1.4.

41 Ibid., artículo 56, numeral 3.

comunicación es de carácter subjetivo y el nivel de culpabilidad exigido por la ley, debe ser demostrada dentro del proceso respectivo⁴².

En su última parte la norma en cuestión establece que si el anunciante no cumple con las condiciones objetivas declaradas –sin perjuicio de las sanciones administrativas a las que haya lugar–, será responsable por los perjuicios y daños causados al consumidor, puesto que “[...] la sanción por publicidad engañosa no requiere de la existencia de un daño a los consumidores, sino de la demostración de la inconsistencia entre lo indicado en la publicidad y la realidad”⁴³.

Con base en lo indicado, es posible identificar que el sujeto individual que puede verse afectado por la publicidad engañosa es el consumidor que adquirió el *producto*. En este caso, existiría una responsabilidad de naturaleza contractual del comerciante, siendo aplicable lo dispuesto en el Título VII del EC.

Adicionalmente, habrá casos en los que el perjuicio generado por la publicidad engañosa constituya un daño que se considere colectivo. En ese escenario, si bien los consumidores afectados no son identificables, hay certeza sobre su existencia⁴⁴.

Para comprender el alcance de esta norma, en primer lugar se debe tener en cuenta que el artículo 23 del EC se refiere a la información mínima que debe ser suministrada a los consumidores en la publicidad⁴⁵:

Artículo 23. Información Mínima y Responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, *clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea* sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano [...] (cursivas fuera de texto).

Considerando lo previsto en el artículo 23, la información publicitaria sobre un *producto* deberá ser “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”, por lo que una publicidad será engañosa si el mensaje no corresponde a la realidad o si su *contenido* resulta insuficiente para el consumidor.

Por su parte, el consumidor es

[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una

42 GIRALDO LÓPEZ, CAYCEDO ESPINEL y MADRIÑÁN RIVERA. Op. cit., p. 94.

43 Ibid., p. 93. Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Expediente 2500023210000200220059801, M. P.: María Claudia Rojas Lasso, Bogotá, citada por GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINEL, CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA, RAMÓN EDUARDO. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor...*, cit., p. 93.

44 LÓPEZ RESTREPO, JULIETA y DEL RÍO VÁSQUEZ, ALAN. *Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa*, Cali, Editorial Bonaventuriana, Universidad de San Buenaventura, 2015, pp. 65-69.

45 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 23.

necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica⁴⁶ (cursivas fuera de texto).

En consecuencia, el anunciante y el medio de comunicación (de ser el caso) deben responder si el contenido publicitario no refleja de algún modo la realidad o resulta insuficiente.

En este caso, así el consumidor no necesariamente se vea afectado, el solo hecho de que el mensaje transmitido pueda inducirlo a error o confusión es suficiente para que la SIC considere que se ha incurrido en publicidad engañosa. Esto último se reitera mediante la Resolución 93967 de 2013 expedida por esta autoridad, en la que se menciona que “[...] el daño causado a los consumidores, difiere del cierto y resarcible, y más bien obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede afectar a un universo de consumidores –daño contingente– [...]”⁴⁷.

Igualmente, hay que tener en cuenta lo previsto por la SIC sobre este asunto en la Sentencia 1518 de 2019:

[...] es pertinente señalar que el derecho del consumidor precisa que sus normas sean aplicadas usando un estándar de consumidor medio [...]. Estos son indicativos de que la parte débil de la relación, en cuanto tal, no está exenta de actuar con autorresponsabilidad y de abstenerse de adoptar conductas que resulten irrazonables o insanas [...]⁴⁸.

Al respecto, en dicha providencia la SIC acoge la definición propuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sostiene que el *consumidor medio* “está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”⁴⁹. En ese sentido, la SIC identifica los siguientes criterios para definir al *consumidor medio*: i) su nivel de comprensión frente al *producto* que se desea adquirir, y ii) su relación con la publicidad y la manera de presentar el producto⁵⁰.

46 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 5.º, numeral 3.

47 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 93967 del 31 de diciembre de 2013, Radicación n.º 12-178101, Bogotá. Disponible en [https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2013/Resolucion_93967_2013.pdf], consultada el 8 de marzo de 2020, citada por LÓPEZ RESTREPO, JULIETA y DEL RÍO VÁSQUEZ, ALAN. *Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa*, cit., pp. 61-64.

48 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518 del 11 de febrero de 2019, Radicación n.º 17-295251, Bogotá. Disponible en [[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20\(17-295251\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20(17-295251).pdf)], consultada el 8 de marzo de 2020.

49 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2005/29/CE, Considerando n.º 18. Disponible en [<https://www.boe.es/boe/2005/149/L00022-00039.pdf>], consultada el 8 de marzo de 2020, citada por Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518. Radicación n.º 17-295251, Bogotá. Disponible en [[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20\(17-295251\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20(17-295251).pdf)], consultada el 8 de marzo de 2020.

50 JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS. “Construcción antiformalista del consumidor medio”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 54, 2015, p. 15, citado por

Con base en lo anterior, la SIC dispone que en Colombia el juez debe asumir como referente el consumidor *normalmente informado*, quien “[...] usualmente no planifica sus decisiones de consumo y solamente consulta aquellos aspectos de la información que son esenciales para realizar la elección [...]”⁵¹. Por su parte, un consumidor *razonablemente atento y perspicaz* será quien no “[...] hace análisis detallados y tampoco se encuentra en la capacidad de tener una comprensión total de la información, por lo que puede incurrir en yerros permanentes respecto de los aspectos que demandan un mayor cuidado”⁵².

De las anteriores consideraciones es posible resaltar dos ideas principales. La primera es que, si bien la regulación que busca proteger al consumidor parte de la base de que entre los productores/proveedores y los consumidores hay una relación asimétrica, no “[...] es dable otorgar tutela a aquellos consumidores que actúan de manera descuidada o insensata [...]”⁵³. Por lo tanto, si en la publicidad comunicada hay información que evidentemente es errónea, esta situación no podrá ser invocada por el consumidor para que el(los) responsable(s) resarza(n) perjuicios, así se hayan vulnerado sus derechos al haber incluido en la publicidad información ajena a la realidad. La segunda idea implica que cada presunta afectación a un consumidor se debe analizar teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

En ese sentido, según el artículo 32 del EC, el anunciante queda exonerado de responsabilidad cuando se demuestra fuerza mayor o caso fortuito, o que la publicidad fue alterada sin que él lo pudiera evitar. “A manera de ejemplo, no será causal de exoneración el argumento del anunciante de no haber revisado la publicidad antes de su difusión o que su software de precios no operó en debida forma respecto al precio publicitado”⁵⁴.

Los artículos 31 y 33 se refieren a temas específicos como la publicidad de productos nocivos, y lo concerniente a promociones y ofertas. En primer lugar, con respecto a la publicidad de productos nocivos, el EC dispone:

[e]n la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contradicciones del caso⁵⁵.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518, cit.

51 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518, cit.

52 Ídem.

53 Ídem.

54 Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Expediente 2500023210000200220059801, M. P: María Claudia Rojas Lasso, Bogotá, citada por GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINEL, CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA, RAMÓN EDUARDO. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor...*, cit., p. 97.

55 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011, artículo 31.

De esta manera,

[...] cuando la publicidad de un producto no se encuentre regulada de manera particular y por su naturaleza o componentes sea nocivo para la salud, el anunciante debe indicar en la misma, las condiciones sobre su nocividad y las condiciones o indicaciones para su correcto uso, incluidas las contraindicaciones a las que haya lugar⁵⁶.

Adicionalmente, la norma establece que el Gobierno podrá regular la publicidad de productos de esta naturaleza. Actualmente existen normas sectoriales y específicas sobre la publicidad de ciertos productos; este es el caso, por ejemplo, de las bebidas alcohólicas. En ese sentido, el Decreto 1686 de 2012 constituye el reglamento relativo a la cadena de producción de bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano. De ese decreto llama la atención que se destine todo un capítulo a la publicidad. Por ejemplo, su artículo 54^[57] establece las condiciones que se deben cumplir cuando la publicidad verse sobre ese tipo de productos, partiendo de la base de que debe estar orientada a la protección de derechos relevantes como la vida, la salud y la seguridad humanas.

Por su parte, el artículo 55^[58] se refiere a las prohibiciones de publicidad emitidas por cualquier medio. Por último, el artículo 56 identifica cuáles son los

56 GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINEL, CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA, RAMÓN EDUARDO. Op. cit., p. 95.

57 Decreto 1686 de 2012. “Artículo 54. Toda publicidad e información de las bebidas alcohólicas debe orientarse a la protección de la vida, la salud y la seguridad humana y deben cumplir con los siguientes requisitos: 1. Declarar las leyendas ‘Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad’ y ‘El exceso de alcohol es perjudicial para la salud’. 2. La declaración de las leyendas obligatorias para la publicidad de bebidas alcohólicas debe ser clara, comprensible, visible, legible, en contraste y el audio emitido a la misma velocidad que el resto de la pieza publicitaria, según corresponda. 3. La ubicación de las leyendas sanitarias en un material publicitario debe ser de forma horizontal y ser leída de igual manera. Parágrafo. Se exceptúa del cumplimiento de los requisitos señalados en el presente artículo a los recordatorios de marca”. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, “Por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano”, *Diario Oficial*, n.º 48.517, Bogotá, 2012. Disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1331587>], consultada el 20 de marzo de 2020.

58 Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1686 de 2012. “Artículo 55. Prohibiciones de la publicidad. La publicidad que se emita por cualquier medio de comunicación, estará sujeta a las siguientes prohibiciones: 1. El empleo de frases, palabras, signos o emblemas como toda representación gráfica que pueda producir confusión, engaño o duda al consumidor sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del producto. Así mismo, el uso de términos calificativos que sugieran calidades o propiedades que no posea la bebida alcohólica. 2. En cualquier medio de publicidad o incentivo promocional de las bebidas alcohólicas, se prohíbe hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas, curativas, nutritivas, terapéuticas o productoras de bienestar y salud. 3. La comunicación comercial debe respetar los valores culturales y las diferencias de raza, sexo y religión. No debe violar los principios de la ética, ni impugnar la integridad o dignidad humana, ni usar temas, imágenes, símbolos o figuras que se consideren ofensivas, dañinas o denigrantes. 4. No debe incorporar imágenes de personas que sean o que parezcan ser menores de edad. 5. No debe incluir mujeres en embarazo. 6. No debe

sujetos destinatarios del reglamento, a saber: “[l]os titulares de registro sanitario, fabricantes, envasadores, importadores, distribuidores y comercializadores que realicen cualquier tipo de publicidad”⁵⁹.

En segundo lugar, el artículo 33⁶⁰ del EC dice que los términos de las ofertas y promociones⁶¹ obligan a quien las realice y deben sujetarse a la regulación prevista en el EC sobre la información y publicidad que el anunciante suministre al consumidor respecto de esas actividades. En tal sentido, con el propósito de “evitar que el anunciante pueda excluir su responsabilidad ante información poco clara o insuficiente, el párrafo segundo del artículo, (*sic*) prescribe que las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta deberán ser informadas al consumidor en la publicidad”⁶².

Sobre este asunto, y teniendo en cuenta que la definición de promociones y ofertas del EC incluye rifas, sorteos, concursos y otros similares, es pertinente aclarar que, por ejemplo, los juegos promocionales encaminados a publicitar una marca o *producto* están vigilados y regulados por la empresa industrial y comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar (Coljuegos)⁶³. Al respecto, la Resolución 135 de 2012⁶⁴ expedida por dicha entidad establece los requisitos que debe cumplir toda persona que desee adelantar un juego promocional.

En ese orden de ideas, es posible constatar la existencia de reglamentaciones específicas que complementan el marco general consagrado en el EC, las cuales

sugerir que el consumo de bebidas alcohólicas es esencial para obtener éxito empresarial, académico, deportivo o social”.

59 Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1686 de 2012, artículo 56.

60 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. “Artículo 33. Promociones y ofertas. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente”.

61 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. “Artículo 5.º [...] 10. Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos”.

62 GIRALDO LÓPEZ, CAYCEDO ESPINEL y MADRIÑÁN RIVERA. Op. cit., p. 98.

63 Ministerio de Hacienda. “Coljuegos”. Disponible en [https://www.coljuegos.gov.co/publicaciones/coljuegos_nuevavisioan_pub], consultada el 8 de marzo de 2020.

64 Comisión de Regulación de Energía y Gas. Resolución 135 del 16 de noviembre de 2012, “Por la cual se adoptan normas aplicables al servicio público domiciliario de gas combustible con Biogás”, *Diario Oficial* 48657, 16 de noviembre de 2012. Disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/4019996>], consultada el 12 de julio de 2020.

tienen como finalidad proteger al consumidor y garantizar que tenga toda la información necesaria para tomar decisiones de consumo informadas y de acuerdo con la realidad.

Una vez descritas las generalidades de la regulación sobre publicidad del EC, ahora es oportuno explicar cómo dicha regulación es extensiva a los ID en el marco de las prácticas de IM.

C. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD FIJADA EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR A LOS INFLUENCIADORES DIGITALES

Para efectos de la presente sección se parte de la premisa según la cual, al realizar actos de publicidad, los ID deben someterse a lo previsto en el artículo 78 de la Constitución Política, que dispone que la ley debe regular lo concerniente a la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como a la información que se debe suministrar sobre su comercialización⁶⁵. En ese orden de ideas, la publicidad puede ser entendida como el conjunto de actividades cuya finalidad es anunciar bienes y servicios, lo cual ocurre precisamente con el IM.

Ahora bien, de acuerdo con la GBPPI, es claro que las regulaciones previstas para la publicidad tradicional deben aplicarse analógicamente a los ID⁶⁶. Por lo tanto, es posible aplicar el EC a los ID por analogía, por cuanto no hay una ley específica que regule las actuaciones de estos individuos y el EC contempla las condiciones en las que se debe dar la publicidad, asunto de carácter esencial en las prácticas de IM.

Tomando como punto de partida los artículos del EC concernientes a los actos de publicidad, en la presente sección se analiza la responsabilidad aplicable a los ID, y para hacerlo, en primer lugar, es pertinente delimitar el *contenido* por el cual tendrá que responder. Sobre esto último hay que aclarar que, si bien en ciertos casos el ID se refiere a algún *producto*, marca o proveedor específico en su *contenido*, el ID no necesariamente está recibiendo un beneficio a cambio.

En ese sentido, en cada publicación se debe analizar la existencia o no de un ánimo de lucro, por no ser esta inherente al ID. Esto es indispensable para efectos de determinar cuándo un *contenido* hace parte de una estrategia de IM. Lo anterior, por cuanto es posible encontrar un ID sin un ánimo de lucro evidente que en una de sus publicaciones se refiera a un *producto* a cambio de un beneficio, caso en el

65 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Colombia de 1991, artículo 78.

66 La interpretación analógica está consagrada en el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, que dispone que “[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Disponible en [<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%20153%20de%2015%20de%20agosto%20de%201887.pdf>], consultada el 7 de julio de 2020.

cual se configuraría una práctica de IM. Por lo tanto, aquí sí habría un ánimo de lucro respecto de tal publicación, aun cuando no sea evidente.

También es posible encontrar casos en los que un ID normalmente involucrado en estrategias de IM publique de manera desinteresada una referencia sobre una marca o *producto*. En este caso, la comercialización potencial del *producto* no favorecerá al ID, sin perjuicio de que probablemente sí beneficie a su comerciante.

Recapitulando: es válido afirmar que un *contenido* no tiene ánimo de lucro cuando el ID no recibe contraprestación alguna del proveedor y entre ellos no existe ninguna relación. En este caso el ID es un consumidor más del *producto* ofertado por el proveedor. Por el contrario, se puede entender que un *contenido* publicado por el ID se encontrará en el marco del IM si:

a. Se promueve directa o indirectamente una marca, un *producto* o a su proveedor, generándole un beneficio a este último.

b. La causa de la publicación es que el ID ha recibido o recibirá un pago o beneficio que puede ser en dinero –un pago como tal o un descuento en la adquisición de los *productos* del proveedor– o en especie –la entrega de *productos* de la marca o una invitación– a título de canje⁶⁷.

c. Para la audiencia y el consumidor que pueda acceder al *contenido* no es evidente que entre el ID y el proveedor contratante exista una conexión⁶⁸.

La relevancia práctica de lo planteado se ejemplifica en la variación de la descripción de un *contenido* cargado por Kylie Jenner a su perfil de Instagram en el 2016^[69].

Si bien de la descripción actual “thanks for the gift of a lovely birthday home, @airbnb” resulta claro que la estadía de Jenner en esta casa fue un regalo de la reconocida empresa de hospedaje Airbnb, esto no coincide con la descripción original del *contenido*.

En un principio, la foto estaba acompañada de la siguiente descripción: “thanks for the birthday home, @airbnb”⁷⁰, sin que fuera del todo clara la relación entre Airbnb y Jenner. Según el *New York Times*, el sentido de la descripción cambió

67 Revista *Dinero*. “¿Cuál es la mejor red social para ser influenciador?”, video. Disponible en [<https://www.dinero.com/emprendimiento/multimedia/cual-es-la-mejor-red-social-para-ser-influenciador-en-al-tablero/259806>], consultada el 2 de diciembre de 2019.

68 Los elementos descritos se proponen a partir de los lineamientos que sobre la materia se han dado en Estados Unidos. Cfr. Federal Trade Commission. 16 CFR Part 255. “Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising”. Disponible en [<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>], consultada el 4 de enero de 2020.

69 JENNER, KYLIE. Instagram Kylie @kyliejenner, 15 de agosto de 2016. Disponible en [<https://www.instagram.com/p/Bj1IXeShRIq/>], consultada el 2 de diciembre de 2019.

70 MAHESHWARI, SAPNA. “Endorsed on Instagram by a Kardashians, but Is It Love or Just an Ad?”, *The New York Times*, 30 de agosto de 2016. Disponible en [<https://www.nytimes.com/2016/08/30/business/media/instagram-ads-marketing-kardashian.html>], consultada el 2 de diciembre de 2019.

después de que el abogado de Jenner recibiera una carta de *Truth in Advertising* que exigía claridad sobre una publicación patrocinada por una marca⁷¹.

ILUSTRACIÓN I. PUBLICACIÓN INICIAL DE @KYLIEJENNER EN INSTAGRAM
(CONTENIDO PATROCINADO POR AIRBNB)



Hasta ese punto quedaría planteado el escenario en el que el ID publicita a un tercero. Sin embargo, ¿qué sucede si el ID publica información en sus RRSS sobre un *producto* cuya comercialización lo beneficiará directamente? Es decir, ¿qué ocurre cuando los ID utilizan sus perfiles en RRSS para publicitar una marca propia?

En estos casos, aunque no hay un proveedor involucrado en la publicación del *contenido*, el ID sí se está beneficiando. Aquí, debido a la intención del ID y a la invitación de consumo que su audiencia está recibiendo, es posible sostener que también se configura una práctica de IM⁷². Para ejemplificar esto último se traen a colación algunas publicaciones de la cuenta de Instagram de la reconocida ID mexicana Mariand Castrejón, mejor conocida como Yuya, quien en esta RS sobrepasa los 15 millones de seguidores⁷³. Ella tiene una marca de maquillaje lla-

71 Ídem.

72 Esto coincidiría con la guía del Indecopi, según la cual en estos casos el ID se debe entender como un anunciante porque hace referencia a un servicio o bien que él mismo comercializa u ofrece. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. “Guía de Publicidad para Influencers”, 2019. Disponible en [https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42], consultada el 5 de enero de 2020.

73 Yuya creada para crear @yuyacst, perfil de Instagram. Disponible en [https://www.instagram.com/yuyacst/], consultada el 2 de diciembre de 2019.

mada *Bailando Juntos*, a la cual alude permanentemente en sus publicaciones de Instagram. A continuación, se muestran algunas de estas publicaciones⁷⁴:

ILUSTRACIÓN 2. PUBLICACIONES DE @YUYACST EN INSTAGRAM (CONTENIDO SOBRE SU MARCA PROPIA BAILANDO JUNTOS)



Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta el momento, se pueden identificar dos posibles escenarios en los que la publicación del *contenido* hace parte de una práctica de IM: en primer lugar, cuando se cumplen los supuestos para que se entienda que, por la alusión directa o indirecta a una marca o un *producto* de un tercero o al proveedor como tal, el ID está recibiendo un beneficio, escenario que se denominará *estrategia de IM en favor de un tercero*; y en segundo lugar, cuando la comercialización del *producto* significa un beneficio directo para el ID sin que haya un tercero interesado en la inclusión de esa información; este escenario se denominará *estrategia de IM en beneficio del ID*.

Así las cosas, el régimen de responsabilidad en el ámbito del derecho de consumo debería versar sobre el *contenido* que el ID publique en sus RRSS como parte de una estrategia de IM en favor de un tercero o en beneficio propio. Vale aclarar que, en sentido estricto, para la SIC la regulación contenida en el EC será aplicable a los ID siempre que se entienda que existe una relación comercial con el anunciante, es decir que se presenten las dos condiciones referidas líneas atrás⁷⁵.

En esos casos el ID debe responder ante cualquier receptor de su *contenido* que sufra algún tipo de perjuicio. A pesar de ello, la SIC puede iniciar de oficio la investigación a que haya lugar con ocasión del incumplimiento del EC.

Teniendo claro cuál es el *contenido* objeto de interés, y cuál el sujeto que se puede ver afectado en términos de responsabilidad derivada del derecho del consumo, es posible aplicar los artículos del EC sobre publicidad a las actuaciones de los ID.

Con respecto al artículo 29 del EC, se proponen dos posibles escenarios frente a los ID. El primero corresponde a la publicación del ID cuya intención es dar a conocer un *producto* en favor de un tercero, y este tercero tenga control sobre el *contenido*, caso en el cual las características objetivas y específicas que el ID incluye

74 *Bailando juntos @bailandojuntos*, perfil de Instagram. Disponible en [<https://www.instagram.com/bailandojuntos/>], consultada el 2 de diciembre de 2019.

75 Recordemos que, según la SIC, se entenderá que entre el ID y el anunciante hay una relación comercial si convergen dos elementos: i) que el ID reciba un pago o beneficio de un tercero, y ii) que ese tercero tenga cierto control sobre el contenido a ser publicado. Ciertas condiciones que se describen más adelante.

en el *contenido* vinculan a quien lo contrató para los efectos del EC, es decir, al anunciante; en este caso, al ID no se le atribuiría, en principio, ninguna responsabilidad. El segundo escenario es aquel en el que la información publicada por el ID implica un beneficio propio, cuyo efecto será vincularlo a él como anunciante.

En este escenario es necesario evaluar la posible aplicación a los ID de lo mencionado en el texto *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor* sobre la responsabilidad de los anunciantes⁷⁶. En primer lugar, desde la perspectiva precontractual, la publicidad obliga a los anunciantes a no cambiar los términos particulares y no subjetivos de la información que se está publicitando. Esta obligación existe frente a cualquier consumidor que quiera adelantar una operación de consumo con base en la información que ha recibido⁷⁷. En tal sentido, si en calidad de anunciante el ID no cumple con los términos que ha publicado en el *contenido*, le serán aplicables las sanciones administrativas o penales a que haya lugar.

En segundo lugar, desde la perspectiva contractual, los elementos objetivos y concretos de una publicidad se convierten en cláusulas del contrato porque, de resultar favorables para el consumidor, se deben interpretar a su favor⁷⁸. Por lo tanto, no respetar lo anunciado implica un incumplimiento del anunciante del respectivo contrato y la consecuente responsabilidad civil contractual⁷⁹.

Para el análisis del que se ocupa este estudio, el ID debe mantener los términos de la información que ha difundido en su cuenta en Instagram, respetando así la información suministrada al consumidor y con base en la cual este último puede tomar una decisión de consumo.

En ambos casos, ante el incumplimiento del ID el consumidor afectado podrá adelantar la acción especial de protección con el fin de que “[...] el anunciante le repare los daños ocasionados al consumidor por el quebrantamiento del deber de buena fe que le impone la obligación de respetar su propia publicidad comunicada o puesta a disposición del público”⁸⁰.

En relación con el artículo 30 sobre publicidad engañosa, es válido afirmar que el ID tiene prohibido adelantar publicidad engañosa sobre un *producto* propio y, en caso de incumplir las condiciones objetivas transmitidas al consumidor promedio, será responsable por los perjuicios causados y le serán aplicables las sanciones administrativas que imponga la SIC⁸¹. De acuerdo con el artículo 29 del EC, la información objetiva y específica anunciada en lo publicitado es vinculante. Sin perjuicio de lo anterior, si se llega a demostrar que respecto de la publicación del

76 Cfr. GIRALDO LÓPEZ, CAYCEDO ESPINEL y MADRIÑÁN RIVERA. Op. cit., p. 90-91.

77 *Ibid.*, p. 91.

78 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. El artículo 4.º del Estatuto del Consumidor indica que las normas en él contenidas se deben interpretar de manera favorable al consumidor y que, en caso de duda, se deberá resolver a su favor.

79 Cfr. GIRALDO LÓPEZ, CAYCEDO ESPINEL y MADRIÑÁN RIVERA. Op. cit., p. 92.

80 *Ibid.*, p. 91.

81 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. El artículo 61 del Estatuto del Consumidor señala las sanciones que la SIC puede imponer, previa investigación, por la inobservancia de sus normas.

ID se presentó una situación de fuerza mayor o caso fortuito, o que el *contenido* fue alterado sin que el ID pudiera evitarlo, en su calidad de anunciante, queda exonerado de responsabilidad⁸².

Por el contrario, si el *producto* que el ID está publicitando de forma engañosa pertenece a un tercero y la publicación se dio con base en un intercambio a favor del ID –ya sea en dinero o en especie–, es claro que el anunciante tiene que responder por los perjuicios causados a los consumidores. Sin embargo, el análisis resulta aún más interesante frente al ID en la medida en que cabe preguntarse si, al invocar el artículo citado, el ID puede ser asimilado a un medio de comunicación.

Para responder este interrogante es preciso remitirse a la Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012^[83], fallo en el cual la Corte Constitucional de Colombia (ccc)⁸⁴ resolvió una acción de constitucionalidad en la que se demandó la responsabilidad solidaria de los medios de comunicación al comprobarse los eventos de dolo o culpa grave previstos en el artículo 30.

Varias de las intervenciones contempladas en la sentencia coincidieron en que esta norma del EC no busca que el medio de comunicación corrobore la veracidad de la información del comercial que se va a transmitir. Por el contrario, lo que pretende es que el medio exija que los anunciantes suministren los soportes documentales necesarios para respaldar la información que se dará a conocer a la ciudadanía. Esto último se deriva del deber de diligencia de los medios, que “[...] consiste en verificar que el mensaje publicitario *per se* no tenga la clara potencialidad de inducir a error, de confundir o engañar al consumidor”⁸⁵.

Dichas intervenciones también convergieron en que la responsabilidad solidaria prevista en el EC no es objetiva y que se dará únicamente en los casos en que se

82 Congreso de la República. Ley 1480 de 2011. Lo indicado, al aplicar el artículo 32 del Estatuto del Consumidor.

83 Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012, Expediente D-8908, M. P: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-592-12.htm>], consultada el 11 de noviembre de 2019.

84 De manera general, el accionante consideró que el texto demandado desconoce el derecho constitucional a la libertad de expresión porque, al imponer tal responsabilidad, los medios de comunicación ejercerían una censura previa sobre el *contenido* a ser difundido. De igual manera, sostuvo que con esta reglamentación también se violaba el artículo 78 de la Constitución Política en la medida en que extiende a los medios la responsabilidad que, de acuerdo con dicha norma, les corresponde a los productores y comercializadores de bienes y servicios. Por lo anterior, la Corte Constitucional tuvo que analizar si tal solidaridad imponía una censura previa a los medios de comunicación, contrariando así el artículo 20 y desconociendo, además, el artículo 78 de la Constitución Política. “Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

85 Intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, cit.

compruebe que el medio incurrió en dolo o culpa grave⁸⁶. En tal sentido, y con el ánimo de defender la disposición demandada, el MINTIC sostuvo que esta norma es una materialización de la responsabilidad social que el artículo 20 de la Constitución Política les asigna a los medios de comunicación⁸⁷. Además, agregó que:

Los medios de comunicación deben tener la mínima precaución de averiguar de qué trata el anuncio, si los bienes o servicios cuentan con los registros y licencias requeridos para ser comercializados, o sobre los riesgos objetivos o documentados que puedan generar para la seguridad o para la salud de los consumidores.

Al medio de comunicación no le corresponde la tarea de certificar o de validar los bienes y servicios que se anuncian, pero sí deben tener la *mínima diligencia* de constatar que los bienes y servicios anunciados cuenten con los certificados y validaciones, los cuales se deben obtener luego de entregar evidencia objetiva, técnica y científica, tanto de las condiciones y calidades del producto y del servicio como de los riesgos que genera⁸⁸ (cursivas fuera de texto).

Esta postura resulta llamativa porque es claro que los medios de comunicación deben ser mínimamente diligentes con respecto a la información publicitaria que han de divulgar, imponiéndoles así un deber frente al público consumidor.

En contraposición, los medios expresaron las razones por las cuales la CCC debía declarar la norma inexecutable. Para estos últimos, los productores deberían ser los únicos llamados a responder frente a las actuaciones de publicidad engañosa, pues los medios fungen únicamente como vehículos para lograr la difusión de la información⁸⁹.

Sobre este razonamiento la CCC argumentó, por una parte, que al ejercicio de la libertad de expresión no subyace un efecto patrimonial, razón por la cual no es posible hablar de libertad de expresión al hacer referencia a la publicidad. Para esta entidad hay una diferencia entre el ejercicio de la libertad de expresión y la propaganda comercial o publicidad, que radica en que la razón de ser de cada una y su protección son distintas, y en que el control que el Estado puede ejercer sobre la segunda es más intenso. En ese fallo, se intensificó aún más esta afirmación con la referencia a otras sentencias expedidas por la misma autoridad, con base en las cuales se concluyó que:

86 Vale mencionar el concepto del Procurador General de la Nación, según el cual el texto objeto de estudio debe declararse executable en la medida en que cualquier persona que actúe con dolo debe ser llamada a responder; es decir, si se llega a comprobar que el anunciante, la agencia de publicidad y el medio crearon una estrategia para difundir anuncios considerados engañosos, todas las personas involucradas deberían responder, no únicamente el anunciante.

87 Ídem.

88 Ídem.

89 Ídem.

[...] *las limitaciones a la publicidad comercial pueden ser particularmente intensas, por cuanto no están relacionadas directamente con restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión* consideradas fundamento de la democracia y del derecho a la participación política, sino como un mecanismo de difusión de las calidades y propiedades de los bienes y servicios ofrecidos a través de los medios de comunicación. El examen constitucional de esta clase de medida legislativa se lleva a cabo desde una perspectiva económica antes que desde un punto de vista político propio del estudio sobre los valores y principios del Estado democrático y considerando la razonabilidad de la misma⁹⁰ (cursivas fuera de texto).

A lo anterior es posible agregar que la publicidad está relacionada con actividades productivas y el mercadeo de bienes y servicios, razón por la cual en la práctica representa un incentivo para actos de comercio. Al respecto, la CCC ha sido enfática en advertir que⁹¹:

La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro⁹² (cursivas fuera de texto).

Adicionalmente, en relación con el artículo 78 de la Constitución Política, la CCC ha dicho lo siguiente:

[...] *los medios de comunicación son destinatarios de esta norma, por cuanto hacen parte, muchas veces en forma inescindible, de la cadena de comercialización de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores*. En esta medida es razonable que el legislador [...] establezca el ámbito de responsabilidad de quienes conforman el circuito que empieza en la producción de un bien o en la oferta de un servicio y concluye en su consumo o utilización, más aún (*sic*) cuando el inciso primero del artículo 78 superior consagra

90 Ídem.

91 Ídem.

92 Corte Constitucional. Sentencia C-445 del 4 de octubre de 1995, Expediente D-872, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm>], consultada el 8 de marzo de 2020. Corte Constitucional. Sentencia C-176 del 30 de abril de 1996, Expediente D-1043, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-176-96.htm>], consultada el 8 de marzo de 2020. Corte Constitucional. Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, Expediente D-2431, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>], consultada el 8 de marzo de 2020.

el deber del legislador de ejercer control sobre la información que debe suministrarse al público⁹³ (cursivas fuera de texto).

Con fundamento en esta argumentación queda claro que, en opinión de la CCC, lejos de violarse, el artículo 78 de la Constitución Política se ratifica. Esta corporación agrega que esta norma es muy importante porque advierte la condición de inferioridad de los consumidores frente a los productores y comerciantes de bienes y servicios, teniendo en cuenta que,

[a] partir de la relación asimétrica que se presenta entre productores y consumidores, la disposición que se examina busca proteger a quien es considerada su parte débil, es decir, al consumidor, protección que está a cargo del Estado y que se ejerce, en buena medida, mediante normas de intervención en el circuito económico⁹⁴.

De esa manera, para la CCC, la intención del artículo 30 demandado es hacer efectivo el derecho que tienen los consumidores a recibir información completa, veraz, precisa e idónea sobre los *productos* ofrecidos con el fin de protegerlos de la publicidad engañosa. En este orden de ideas, los productores, proveedores y quienes hagan parte de la cadena de comercialización del *producto*, lo cual incluye los medios de comunicación, se consideran solidariamente responsables⁹⁵. Finalmente, la CCC concluyó que la norma demandada era exequible⁹⁶ en la medida en que:

[...] *la responsabilidad solidaria de los anunciantes y los medios de comunicación es adecuada para cumplir el fin de protección al consumidor*, más aun cuando el artículo 20 superior establece la responsabilidad social de los medios de comunicación [...] la medida es proporcional, ya que *es necesario vincular a los medios de comunicación en la custodia de los derechos de los consumidores, teniendo en cuenta su poder de difusión y, eventualmente, de convicción sobre el adquirente del bien o del servicio ofertado*⁹⁷ (cursivas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, la CCC aclaró que la responsabilidad que se le impone al medio no es objetiva, razón por la cual depende de que se demuestre que el comportamiento del medio fue doloso o con culpa grave. Al respecto, la máxima autoridad de los asuntos constitucionales definió la culpa grave y el dolo en los siguientes términos: “[...] la negligencia grave consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia

93 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, cit.

94 Ídem.

95 Ídem.

96 Teniendo en cuenta que la publicidad es una actividad económica, la CCC llevó a cabo un test de proporcionalidad débil en este caso.

97 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, cit.

suelen emplear en sus negocios propios [...]” y el dolo como “[...] la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”⁹⁸.

Al desglosar las generalidades de la sentencia se deben considerar dos asuntos. El primero es que es posible entender al ID como un medio de comunicación cuando publicita en sus RRSS un *producto* de un tercero a cambio de un beneficio. Por otra parte, el ID se debe concebir como un anunciante cuando la publicación se refiera a un *producto* cuya comercialización va a beneficiarlo directamente. En cuanto al ID como anunciante, surgirán los escenarios ya analizados con respecto a los artículos 29 y 30.

Lo segundo que se debe tener en cuenta es la posibilidad de entender a los ID como medios de comunicación. En primer lugar, se debe precisar que esta consideración no es viable para las RRSS por cuanto estas no tienen ningún tipo de control sobre la información que los usuarios publican en sus perfiles y, además, no obtienen un beneficio directo por dichas publicaciones, lo cual sí ocurre con los ID. Según un concepto de la SIC del año 2017 sobre este asunto⁹⁹,

[...] las páginas web informativas que promocionan la publicidad de ciertos anunciantes o establecimientos de comercio, serán consideradas como medio de comunicación al tenor de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 y la jurisprudencia previamente referenciada, y en tal sentido, los propietarios de los aludidos sitios virtuales serán solidariamente responsables por la publicidad engañosa que ocasione perjuicios a los consumidores solo si se comprueba dolo o culpa grave en su comportamiento¹⁰⁰.

En ese orden de ideas, queda claro que la postura de la SIC sobre las páginas web debe extenderse a las personas que tienen un perfil en RRSS y lo utilizan para publicar información comercial, que es lo que ocurre con los ID. Adicionalmente, es posible afirmar que el ID tendrá que resarcir los perjuicios causados y responder solidariamente junto con el anunciante si se demuestra que hubo dolo o culpa grave en el desarrollo y/o publicación de un *contenido* que se refiere a un *producto* de un tercero.

En todo caso, y de conformidad con la sentencia, la aplicación de tal sistema de responsabilidad no se debe entender como una censura a la información que el ID desee publicar en RRSS en ejercicio de su libertad de expresión; lo que se busca es que el ID tenga la mínima diligencia de verificar que el mensaje que va a publicar no inducirá al consumidor a error. De acuerdo con el fallo en cuestión, tales actuaciones del ID no estarían amparadas por el derecho a la libertad de expresión por la presencia de un beneficio patrimonial para el medio de comunicación a través del cual se está transmitiendo el *contenido* engañoso.

98 Ídem.

99 Superintendencia de Industria y Comercio. “Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012”, cit.

100 Ídem.

Así, con tal apreciación no se violaría el derecho previsto en el artículo 20 de la Constitución Política, sino que más bien se materializaría lo establecido en el artículo 78 constitucional. Esto último es atribuible al hecho de que, como lo señaló la CCC, los medios de comunicación –el ID en este caso– hacen parte de la cadena de comercialización del *producto* que se ofrece al consumidor.

Así las cosas, y considerando la intención de la CCC con esta sentencia, se puede concluir que con esta aplicación se haría efectivo el derecho de los consumidores a recibir información publicitaria completa, veraz e idónea. En esa medida, se reitera que la posible responsabilidad del ID estará supeditada a que se demuestre que en sus actuaciones hubo dolo o culpa grave conducentes a la comunicación de un mensaje engañoso a su audiencia, es decir, a los consumidores.

Con el propósito de ejemplificar lo indicado es pertinente mencionar que en mayo de 2020 la SIC inició una investigación formal en contra de la reconocida modelo, empresaria e ID Elizabeth Loaiza Junca¹⁰¹. Lo que motivó dicha investigación fue que Loaiza Junca publicó un video en su perfil de Instagram con el fin de promocionar pruebas rápidas de COVID-19. En esta RS Loaiza tiene casi dos millones de seguidores¹⁰². A continuación se muestra una de las imágenes que fue incluida en la respectiva Resolución 20006 de 2020 expedida por la SIC¹⁰³:

ILUSTRACIÓN 3. FRAGMENTO DEL CONTENIDO PUBLICADO POR
@ELILOAIZAFOUNDATION EN INSTAGRAM SOBRE PRUEBAS RÁPIDAS DE COVID-19



101 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 20006 del 5 de mayo de 2020, Radicación n.º 20-88777. Disponible en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/2088777%20pliego%20ELIZABETH%20LOAIZA%20final%20rev%20papv%20firmada.pdf], consultada el 14 de junio de 2020.

102 Elizabeth Loaiza @eliloaizafoundation, perfil de Instagram. Disponible en [https://www.instagram.com/elizabethloaiza/], consultada el 14 de junio de 2020.

103 Como se indica en la Resolución de la SIC, la descripción del *contenido* es la siguiente: “PRUEBAS COVID 19 SOLO VENTAS INSTITUCIONALES!!! GOBERNACIONES-ALCALDÍAS-HOSPITALES Y CLÍNICAS. REGISTRO INVIMA Y FDA. 8 DÍAS DE ENTREGA DESPUÉS DE ORDEN DE PEDIDO. VENTAS A PARTIR DE 5000 UNIDADES. INFO CEL: 319 5619747 [...]”. Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 20006, cit.

En el *contenido* publicado la ID aseguraba que las pruebas contaban con el registro sanitario expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA); sin embargo, dicha entidad negó haber expedido dicho registro¹⁰⁴. Ante la acusación, ella aseguró que la prueba de COVID-19 que aparecía en su publicación tenía fines ilustrativos, pues realmente su intención era que el consumidor adquiriera otra prueba del mismo proveedor que sí contaba con el papeleo necesario de la entidad¹⁰⁵.

Con base en dicha publicación, la SIC le formuló una serie de requerimientos, que la ID nunca contestó. Además, una de las imputaciones fácticas que la SIC le hizo a la ID se refería a un presunto incumplimiento de los artículos 29 y 30 del EC. En ese sentido, la SIC analizó dos aspectos en su resolución. En primer lugar, si la intención de la señora Loaiza Junca era promocionar una prueba distinta a la que aparecía en el *contenido* que publicó en Instagram, lo que debió haberse plasmado de manera clara en su publicación; sin embargo, de la información efectivamente publicada el consumidor podía asumir que la prueba comercializada correspondía a la que aparecía en el video¹⁰⁶.

En segundo lugar, al analizar el *contenido* de la ID en su totalidad, la SIC identificó varias condiciones objetivas. A partir de ello, la autoridad expuso las razones por las cuales, presuntamente, algunas de esas condiciones no se ajustaban a la realidad. Por una parte, contrario a lo que se afirmaba en la publicación de Instagram, las pruebas ofrecidas no contaban con el registro sanitario del INVIMA, y por otra, en la publicación se indicaba que la venta de las pruebas estaba dirigida únicamente a entidades gubernamentales; sin embargo, la SIC pudo constatar que, como condición para su adquisición, el comprador debía solicitar más de 5.000 unidades¹⁰⁷. Con el incumplimiento de estas dos condiciones objetivas se estaría induciendo al consumidor a error, lo cual constituye un acto de publicidad engañosa sancionada por el EC, y concretamente un incumplimiento de su artículo 29.

Con base en lo anterior, y ante la negativa a responder a los requerimientos de la SIC, la entidad formuló cargos en contra de la señora Loaiza Junca. En la resolución mencionada, la SIC dijo que, de encontrarse probada la violación a la normativa de protección al consumidor, y de no probarse ninguna causal de exoneración, se impondrían las sanciones previstas en el artículo 61 del EC, entre ellas “multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción”.

Por su parte, el abogado de la señora Loaiza Junca alegó que la publicación no podía ser entendida como publicidad, pues ella tenía la intención de ayudar en

104 Ídem.

105 PULZO. “¿Por qué Invima calificó de fraudulentas pruebas COVID-19 que publicó Elizabeth Loaiza?”, 16 de abril de 2020. Disponible en [<https://www.pulzo.com/nacion/pruebas-coronavirus-elizabeth-loaiza-que-pasa-realmente-con-registro-invima-PP881083>], consultada el 21 de junio de 2020.

106 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 20006, cit.

107 Ídem.

la lucha contra la pandemia y la publicación del *contenido* no le generó ninguna clase de beneficio. Según el abogado, de acuerdo con la *Guía para la Comunicación Comercial Responsable a través de Influenciadores*¹⁰⁸ (GCCRI) de la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia¹⁰⁹ (ANDA), para que el *contenido* proveniente de un ID se entienda como publicidad debe cumplir esa última condición.

Ahora bien, independientemente del desenlace de la investigación que actualmente adelanta la SIC, resulta interesante señalar que entre los requerimientos previos a la formulación de cargos, dicha autoridad le solicitó a la ID: “[...] 2. Indicar si tiene una relación comercial con el productor y/o comercializador del producto antes citado y en caso afirmativo remitir los términos de dicha relación comercial y los documentos que sustenten su respuesta”¹¹⁰. Tal requerimiento evidencia la importancia que tiene para la entidad saber si entre la señora Loaiza Junca y el comercializador de las pruebas rápidas existió algún acuerdo económico que motivó la publicación del *contenido* en cuestión en el perfil de Instagram de la ID, requerimiento que estaría acorde con los lineamientos planteados en la GBPPI.

Al respecto, si llegase a ser cierto que la señora Loaiza Junca publicó el *contenido* sin ningún ánimo económico, para la SIC será un desafío determinar si su mensaje puede interpretarse como publicidad o no, y así entrar a definir si aplica algún tipo de sanción con base en el EC. En esta tarea sin duda serán de gran utilidad los lineamientos explicados atrás planteados en la GBPPI. No obstante, teniendo en cuenta que la GBPPI se publicó con posterioridad a la formulación de cargos y al inicio de la investigación, esta entidad tendrá que definir y eventualmente explicar si los criterios allí previstos son aplicables para fundamentar su posición.

Por otro lado, si entre la ID y el proveedor existió algún tipo de negociación y él tuvo cierto control sobre el *contenido* publicado en Instagram, se debería interpretar que el proveedor es el anunciante y ella el medio de comunicación, como lo sugiere la GBPPI. En tal sentido si se llega a comprobar que la ID actuó con dolo

108 Antes de la publicación de la GBPPI, la GCCRI era un referente a la hora de estudiar las actuaciones de los ID. De hecho, la ANDA le compartió a la SIC este documento, así como su experiencia en la materia, con parte del estudio que esta entidad adelantó para expedir la GBPPI. Cfr. Anda Colombia @andacol, 10 de marzo de 2020, tuit. Disponible en [<https://twitter.com/andacol/status/1237496037461327876>], consultada el 16 de junio de 2020. Superintendencia de Industria y Comercio. @sicsuper, 10 de marzo de 2020, tuit. Disponible en [<https://twitter.com/sicsuper/status/1237430847990571008>], consultada el 16 de junio de 2020. La GCCRI se fundamenta en el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la International Chamber of Commerce, que dispone que la responsabilidad recaerá sobre todos los involucrados en la cadena de la estrategia de mercadeo directo o de mercadeo digital, entre los cuales se encuentran expresamente los “influenciadores del mercado, bloggers y vloggers”; cfr. International Chamber of Commerce. Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la ICC, 2018. Disponible en [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>], consultada el 8 de marzo de 2020, citado por Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia. “Guía para una comunicación comercial responsable a través de influenciadores”, 2020, p. 10. Disponible en [https://www.andacol.com/images/stories/2020/2020.03.25_GUIA_FINAL_INFLUENCIADORES_VE.pdf], consultada el 17 de junio de 2020.

109 PULZO. Op. cit.

110 Ídem.

o incumplió su deber de diligencia en calidad de medio de comunicación –deber que consiste en garantizar que el mensaje no tenga la potencialidad de inducir a error, confundir o engañar al consumidor¹¹¹–, ambos tendrían que responder solidariamente, a menos que haya existido alguna causal que exonere al anunciante.

En todo caso, además de la investigación que adelanta la SIC por publicidad engañosa e incumplimiento del artículo 29, se esperaría que el INVIMA también abra una investigación por la publicidad de productos que no son de venta libre y que requieren su autorización para ser ofertados en el mercado.

Rescapitulando, se puede concluir que la posición de la SIC que exige que el ID aclare cuándo su *contenido* es resultado de una negociación con un tercero se debe precisamente a la finalidad de los artículos 29 y 30 del EC. Por una parte, el artículo 29 establece que las características objetivas y específicas vinculan al anunciante, razón por la cual las declaraciones que el ID incluya en el *contenido* deben estar respaldadas y, en efecto, corresponder al *producto* publicitado. Por otra parte, de conformidad con el artículo 30, el *contenido* debe ser claro en la medida en que debe decir expresamente, cuando sea el caso, que existe una relación entre el tercero contratante y el ID pues, de lo contrario, el consumidor asumirá que el *contenido* es genuino y no motivado por un beneficio para el ID, lo que se traducirá en una publicidad engañosa porque el mensaje no corresponderá a la realidad y será insuficiente.

Retomando el análisis, en relación con el artículo 31 del EC se puede afirmar que el ID que publique información sobre un producto propio que se considere nocivo debe identificar en su *contenido* las condiciones relativas a su nocividad y las indicaciones generales para su uso. Esta regla busca proteger al consumidor de una situación que le genere algún tipo de riesgo o daño. Por el contrario, en caso de que el producto sea de un tercero, se entiende que ese tercero, en calidad de anunciante del producto nocivo, es quien se debe asegurar de que la publicación del ID incluya la información referente a su nocividad.

D. ALGUNAS REGULACIONES ESPECÍFICAS SOBRE PUBLICIDAD

Frente a la regulación sobre la publicidad de bebidas alcohólicas contenida en el Decreto 1686 de 2012 antes mencionado, es pertinente indicar que, de acuerdo con la GBPPi es viable extenderla a los ID frente a las publicaciones que pueden llegar a hacer de ese tipo de productos. En efecto, es posible afirmar que el ID debe cumplir con el reglamento en cuestión si él es el titular del registro sanitario, el fabricante, el envasador, el distribuidor o el comercializador del producto alcohólico que está publicando. Por el contrario, si su publicación se refiere a un producto de esta naturaleza a su vez perteneciente a un tercero, este tercero debe

¹¹¹ Intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, cit.

garantizar que en la publicidad respectiva se cumplan los requisitos del artículo 54 y no se realicen los actos prohibidos por el artículo 55 del decreto mencionado.

Como se puede ver, a diferencia del artículo 30 del EC sobre publicidad engañosa, este decreto no extiende al medio de comunicación una responsabilidad solidaria, por lo que el análisis respecto del ID es distinto.

En ese orden de ideas, en su calidad de anunciantes de una oferta o promoción que verse sobre un *producto* o marca propia, los ID se deben atener a lo previsto en el artículo 33 del EC. Caso distinto sería si esas actividades recaen sobre un *producto* de un tercero, siendo este último el responsable de corroborar la veracidad de la información contenida en la publicación del ID con el fin de darle seguridad al consumidor acerca de la oferta y promoción que se está anunciando.

En lo concerniente a la Resolución 135 de 2012, es válido cuestionarse qué sucedería con las publicaciones de los ID referentes a una actividad con propósitos comerciales. De manera general, en caso de que el sorteo, la rifa o el concurso recaigan sobre un *producto* del ID, es viable sostener que este último debe cumplir con lo indicado en dicha resolución y lo dictado por Coljuegos sobre la materia. En caso de que dicha actividad verse sobre un bien o servicio de alguien más, vale la pena preguntarse si ese tercero debe cumplir con tales condiciones aunque sea un ID quien promocióne o realice la actividad.

Como se analizó en esta sección, si bien al momento de la consolidación del EC el IM no era una forma de publicidad digna de mención expresa, actualmente es posible aplicar el alcance de los artículos sobre publicidad a las actuaciones de los ID. Tal aplicación debe efectuarse con algunas variaciones, dependiendo de si se trata de un *contenido* que versa sobre un *producto* propio o de un tercero.

CONCLUSIÓN

Con base en la guía expedida por la SIC se puede concluir que el ID debe cumplir con los lineamientos del EC, que a su vez buscan que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo informada y ajustada a la realidad. En virtud de la protección al consumidor, el ID debe aclarar en el *contenido* publicado en RRSS, de ser el caso, que tiene una relación con el proveedor del *producto* o directamente con el *producto*. Sin embargo, los deberes que le corresponden como anunciante o medio de comunicación van más allá de tal aclaración. A manera de ejemplo, para las bebidas alcohólicas existen normas que contemplan particularidades sobre su publicidad, que a su vez deberían ser observadas por los ID cuando promocionen ese tipo de productos mediante el perfil de cualquier RS.

Vale resaltar que el ID no podrá escudarse en su derecho fundamental a la libertad de expresión para incumplir la legislación que actualmente existe en Colombia sobre la materia. Si bien la libertad de expresión, junto con el libre desarrollo de la personalidad, han permitido que los ID surjan en Colombia y se posicionen en las RRSS, esto no significa que estos sujetos estén exonerados de cumplir con los

deberes y obligaciones que les corresponden según esta normatividad. El alcance de la libertad de expresión de los ID se restringe cuando sus actuaciones están motivadas por un ánimo de lucro, restricción que aplica para sus actuaciones en el campo de la publicidad¹¹², con los efectos que esto implica.

De igual manera, se debe tener presente que la responsabilidad que se puede configurar en cabeza del ID varía dependiendo de la titularidad del *producto* del que se trate: si se trata de un producto propio, el ID puede ser asimilado a un anunciante. Por el contrario, si el *producto* es de un tercero puede ser asimilado a un medio de publicidad, con los efectos ya analizados que esto implica. Ello conlleva que las actuaciones del ID deban ser analizadas caso a caso desde estas dos perspectivas.

Ahora bien, como quedó descrito, es posible aplicar a los ID la regulación sobre actos de publicidad del EC y otras sectoriales, sin perjuicio de que se susciten nuevos interrogantes como ¿le llama la atención al ID un producto y genuinamente lo recomienda a sus seguidores sin recibir ningún beneficio del proveedor ni tener relación alguna con la marca?, o ¿puede incluir esa información en su contenido sin ningún tipo de exigencia, aun si con ello induce a su audiencia a tomar determinada decisión de consumo y, consecuentemente, genera un beneficio para el comerciante del producto?; ¿este contenido puede entenderse como publicitario por el efecto que produce, o estaría respaldado por el ejercicio de la libertad de expresión? Así mismo, es viable plantearse la posibilidad de que los ID también sean responsables a la luz de otros regímenes de responsabilidad, como el previsto en materia de marcas y derecho de autor.

Así las cosas, si bien Colombia cuenta con un sistema normativo en materia de derecho del consumo que se compone de insumos y bases legales generales y específicas, que, de acuerdo con la posición de la SIC, son suficientes para reglar las conductas de los ID con ocasión del IM, sería ideal que otras autoridades, además de la SIC, empiecen a referirse de manera expresa a la aplicación de la normatividad vigente, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual. Lo anterior en aras de la seguridad jurídica. De esa manera, habría más conciencia y claridad sobre su aplicabilidad a los ID y sobre las consecuencias legales correspondientes.

Un avance en la materia es la publicación de la GBPPI. En todo caso, en opinión de la autora, este documento debería ser más claro y riguroso en algunos aspectos que son de especial relevancia para el IM. A manera de ejemplo, sería conveniente que la guía hiciera referencia a los lineamientos aplicables cuando un *contenido* verse sobre *productos* cuya comercialización beneficia directamente al ID. Igualmente, al ser la SIC la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre marcas, sería una gran contribución que el alcance de la GBPPI se extendiera a dicha normatividad, como sucede, por ejemplo, con la guía del Indecopi en Perú¹¹³.

112 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012, cit.

113 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. “Guía de Publicidad para Influencers”, 2019. Disponible en [https://

De igual manera, en relación con los elementos que se plantean para que se entienda que existe una relación comercial entre el anunciante y el ID, en opinión de la autora, el control del anunciante sobre el *contenido* no debería ser indispensable para determinar tal relación. De serlo, tanto el anunciante como el medio –que en este caso sería el ID– buscarán la manera de evadir dicho requisito y así lograr que del *contenido* no se predique una naturaleza publicitaria, y por lo mismo no se les aplique el EC. En la práctica lo que va a ocurrir es que, así el tercero contratante no tenga un control efectivo sobre el *contenido*, éste mantendrá su naturaleza publicitaria, teniendo un efecto determinante en el público consumidor. Esto último, porque la intención de estos sujetos seguirá siendo la misma. Lo propuesto coincide con los parámetros de la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos, que no incluye el control sobre el *contenido* como un requisito¹¹⁴.

Por último, en cuanto a los escenarios que se plantean en la GBPI sobre las connotaciones que el ID puede adquirir, se apreciaría que los mismos fueran más específicos. Por ejemplo, al referirse a que el ID “[...] será considerado un medio para transmitir el mensaje [...]”¹¹⁵, ¿se debe entender que el ID es un medio de comunicación que, de ser el caso, responderá solidariamente con el anunciante ante un acto de publicidad engañosa? De ser así, esta calidad debería predicarse siempre que el ID sea contratado por un tercero para que publicite un *producto*.

REFERENCIAS

- ARMSTRONG, GARY y KOTHER, PHILIP. *Marketing*, 10.^a ed., Madrid, Pearson Prentice Hall, 2005, p. 498, citado por TOBÓN, NATALIA y VARELA, EDUARDO. *Derecho de autor para creativos. Propiedad intelectual en campañas publicitarias*, Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 233.
- ANDA Colombia. @andacol, 10 de marzo de 2020, tuit. Disponible en [<https://twitter.com/andacol/status/1237496037461327876>], consultada el 16 de junio de 2020.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE ANUNCIANTES DE COLOMBIA. “Guía para una comunicación comercial responsable a través de influenciadores”, 2020. Disponible en [https://www.andacol.com/images/stories/2020/2020.03.25_GUIA_FINAL_INFLUENCIADORES_VF.pdf], consultada el 17 de junio de 2020.

www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42, consultada el 5 de enero de 2020.

114 Federal Trade Commission. “Divulgaciones 101 para influenciadores de los medios sociales”. Disponible en [<https://www.ftc.gov/es/system/files/documents/plain-language/influencer-guide-es-508.pdf>], consultada el 4 de enero de 2020.

115 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, cit.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 del 15 de agosto de 1887, artículo 8.º. Disponible en [<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%20153%20de%2015%20de%20agosto%20de%201887.pdf>].
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Expediente 2500023210000200220059801, M. P.: María Claudia Rojas Lasso.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, Expediente D-2431, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>], consultada el 8 de marzo de 2020.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 del 30 de abril de 1996, Expediente D-1043, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, consultada el 8 de marzo de 2020. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-176-96.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-445 del 4 de octubre de 1995, Expediente D-872, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm>], consultada el 8 de marzo de 2020.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012, Expediente D-8908, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-592-12.htm>], consultada el 11 de noviembre de 2019.
- COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 135 del 16 de noviembre de 2012. “Por la cual se adoptan normas aplicables al servicio público domiciliario de gas combustible con Biogás”, *Diario Oficial* 48657. Disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/4019996>], consultada el 12 de julio de 2020.
- CORCIONE, MARÍA CAROLINA. “Influencers: ¿al filo de la ilegalidad?”, podcast, 16 de enero de 2020. Disponible en [<https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/influencers-al-filo-de-la-ilegalidad/20200116/nota/4003713.aspx>], consultada el 8 de marzo de 2020.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 16 CFR Part 255, “Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising”. Disponible en [<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>], consultada el 4 de enero de 2020.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. “Divulgaciones 101 para influenciadores de los medios sociales”. Disponible en [<https://www.ftc.gov/es/system/files/documents/plain-language/influencer-guide-es-508.pdf>], consultada el 4 de enero de 2020.
- GIRALDO LÓPEZ, ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINEL, CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA, RAMÓN EDUARDO. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011*, 1.ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2012.

- INSTAGRAM. @bailandojuntos, perfil de Instagram. Disponible en [<https://www.instagram.com/bailandojuntos/>], consultada el 2 de diciembre de 2019.
- INSTAGRAM. @eliloaizafoundation, perfil de Instagram. Disponible en [<https://www.instagram.com/elizabethloaiza/>], consultada el 14 de junio de 2020.
- INSTAGRAM. Yuya creada para crear @yuyacst, perfil de Instagram. Disponible en [<https://www.instagram.com/yuyacst/>], consultada el 2 de diciembre de 2019.
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. “Guía de Publicidad para Influencers”, 2019. Disponible en [<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42>], consultada el 5 de enero de 2020.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. “Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la ICC”, 2018. Disponible en [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>], consultada el 8 de marzo de 2020.
- JENNER, KYLIE. @kyliejenner, 15 de agosto de 2016. Disponible en [<https://www.instagram.com/p/BJI1XeShRIq/>], consultada el 2 de diciembre de 2019.
- LÓPEZ RESTREPO, JULIETA y DEL RÍO VÁSQUEZ, ALAN. *Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa*, Cali, Editorial Bonaventuriana, Universidad de San Buenaventura, 2015.
- MAHESHWARI, SAPNA. “Endorsed on Instagram by a Kardashian, but Is It Love or Just an Ad?”, *The New York Times*, 30 de agosto de 2016. Disponible en [<https://www.nytimes.com/2016/08/30/business/media/instagram-ads-marketing-kardashian.html>], consultada el 2 de diciembre de 2019.
- MAÑANAS BLU. “¿Es posible limitar los insultos en redes sociales?”, Blu Radio. Disponible en [<https://www.bluradio.com/analisis/es-posible-limitar-los-insultos-en-redes-sociales-205570-ie435>], consultada el 7 de febrero de 2019.
- MEXICAN FAKE BLOGGER. “Guía de Influencer Marketing”, 2018. Disponible en [https://gallery.mailchimp.com/67fb232243cd86a1dfad27bd4/files/f49793f9-7d77-4b14-8f7f-198b3c72ff5e/Guia_de_Influencer_Marketing_MFB.pdf], consultada el 23 de noviembre de 2019.
- MINISTERIO DE HACIENDA. “Coljuegos”. Disponible en [https://www.coljuegos.gov.co/publicaciones/coljuegos_nuevavisioan_pub], consultada el 8 de marzo de 2020.
- NARVÁEZ, ÁLVARO. “¿Qué es un influencer?”, Blogs de *El Tiempo*, 11 de octubre de 2017. Disponible en [<http://blogs.eltiempo.com/pillaesto/2017/10/11/que-es-un-influencer/>], consultada el 28 de marzo de 2019.
- OLAYA, MARTA. “Regulación de publicidad para influenciadores quedaría lista este año: SIC”, RCN Radio. Disponible en [<https://www.rcnradio.com/economia/regulacion-de-publicidad-para-influenciadores-queraria-lista-este-ano-sic>], consultada el 28 de noviembre de 2019.

- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/29/CE, Considerando n.º 18. Disponible en [<https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>], consultada el 8 de marzo de 2020.
- PATIÑO, LINDA. ¿Qué diablos hacen los *influencers*? *La batalla por la confianza*, Intermedio Editores, 2019.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL et al. “Las redes sociales como instrumento en la lucha contra la corrupción”, en HENAO, JUAN CARLOS y ORTIZ ESCOBAR, DAVID A. (eds.). *Corrupción en Colombia*, t. II, *Enfoques Sectoriales sobre Corrupción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- PERILLA GRANADOS, JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO. “Construcción antiformalista del consumidor medio”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 54, 2015.
- PULZO. “¿Por qué Invima calificó de fraudulentas pruebas COVID-19 que publicitó Elizabeth Loaiza?”, 16 de abril de 2020. Disponible en [<https://www.pulzo.com/nacion/pruebas-coronavirus-elizabeth-loaiza-que-pasa-realmente-con-registro-invima-PP881083>], consultada el 21 de junio de 2020.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, artículo 54. “Por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano”, *Diario Oficial*, n.º 48.517, Bogotá, 2012. Disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1331587>], consultada el 20 de marzo de 2020.
- REVISTA DINERO. “¿Cuál es la mejor red social para ser influenciador?”, video. Disponible en [<https://www.dinero.com/emprendimiento/multimedia/cual-es-la-mejor-red-social-para-ser-influenciador-en-al-tablero/259806>], consultada el 2 de diciembre de 2019.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012, Boletín Jurídico. Disponible en [<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/17170706xdel25Juli2017consum.PDF>], consultado el 8 de marzo de 2020.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para la Protección del Consumidor. “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, 2020. Disponible en [[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/GUÍA%20DE%20BUENAS%20PRÁCTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAVÉS%20DE%20INFLUENCIADORES%20004%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/GUÍA%20DE%20BUENAS%20PRÁCTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAVÉS%20DE%20INFLUENCIADORES%20004%20(1).pdf)], consultada el 19 de octubre de 2020.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518 del 11 de febrero de 2019, Radicación n.º 17-295251. Disponible en [[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20\(17-295251\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Sentencia%201518%20febrero%2011%20de%202019%20(17-295251).pdf)], consultada el 8 de marzo de 2020.

- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 20006 del 5 de mayo de 2020, Radicación n.º 20-88777. Disponible en [<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/2088777%20pliego%20ELIZABETH%20LOAIZA%20final%20rev%20papv%20firmada.pdf>], consultada el 14 de junio de 2020.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 93967 del 31 de diciembre de 2013 Radicación n.º 12-178101. Disponible en [https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2013/Resolucion_93967_2013.PDF], consultada el 8 de marzo de 2020.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. @sicsuper, tuit del 10 de marzo de 2020. Disponible en [<https://twitter.com/sicsuper/status/1237430847990571008>], consultada el 16 de junio de 2020.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, 2 ed., Bogotá, Legis Editores, 2007.
- ZUCKERBERG, MARK. “Los valores corporativos tienen que estar en sintonía con el perfil del influencer”, p. 27, citado en BRAND MANIC. “Estudio sobre Marketing de Influencers en España. El mercado español de influencers, según los responsables de marketing”, 2018. Disponible en [https://www.brandmanic.com/wp-content/uploads/Estudio_Marketing_de_Influencers_en_Espa%C3%B1a_2018.pdf], consultada el 23 de noviembre de 2019.