

# CONTRATOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LOS *INFLUENCERS*

---

---

NATALIA MIRANDA\*

## RESUMEN

El auge de los *influencers* deriva de su éxito como aliados de las marcas, al emplear las plataformas digitales y su cercanía con los consumidores para transmitir diversas ideas y mensajes, desarrollando funciones de entretenimiento, creación de contenido y publicidad. Así, su popularidad adquirida por medio de *likes* y seguidores denota implicaciones económicas relacionadas con la creación de nuevos modelos de negocio, con los que celebran contratos cuyo objeto es la explotación de derechos de Propiedad Intelectual. Por ello, este artículo identifica a los *influencers*, expone sus modelos de negocio y los contratos empleados en ellos, dando cuenta de su relación con la Propiedad Intelectual y otras ramas del derecho.

*Palabras clave:* *influencers*; *marketing*; entretenimiento; redes sociales; derecho de imagen; *merchandising*; patrocinio.

## INTELLECTUAL PROPERTY CONTRACTS IN THE *INFLUENCERS*' BUSINESS MODELS

## ABSTRACT

The rise of *influencers* is due to their success as allies of brands, using digital platforms and their proximity to consumers to communicate all kinds of ideas and messages,

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con experiencia en consultoría y litigios en asuntos de Propiedad Intelectual y competencia desleal. Candidata a especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Actualmente está vinculada como abogada junior en la firma Diego Guzmán Abogados. Bogotá, Colombia. Contacto: nataliamirandag@gmail.com. Fecha de recepción: 13 de julio de 2021. Fecha de aceptación: 6 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: MIRANDA, NATALIA, “Contratos de propiedad intelectual en los modelos de negocio de los *influencers*”, en *Revista de la propiedad inmaterial* n.º 32, Universidad externado de Colombia, julio-diciembre 2021, pp. 111-148. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n32.04>

developing entertainment, content creation and advertising activities. Thus, their popularity acquired through likes and followers denotes economic implications related to the creation of new business models, for which they enter into contracts whose object is the exploitation of Intellectual Property rights. For this reason, this article identifies influencers, exposes their business models and the contracts involved in them, and explains their relationship with Intellectual Property and other branches of Law.

*Keywords:* Influencer; Marketing; Entertainment; Social Media; Persona; Merchandising; Sponsoring.

## INTRODUCCIÓN

En el 2019, los medios de comunicación colombianos advirtieron que existía un verdadero negocio detrás de cada publicación de un *influencer* en redes sociales, y mencionaron la posibilidad de que haya nacido una “nueva profesión” y las distintas maneras como una celebridad digital se lucra de su fama<sup>1</sup>. Lo anterior evidencia el especial interés de las marcas en los *influencers*, pues son importantes aliados comerciales al momento de promocionar sus bienes y servicios. En este sentido, el *influencers marketing* surgió como una industria en la que los agentes del mercado se aprovechan de la inmediatez y disponibilidad de las redes sociales para transmitir mensajes de publicidad por medio de usuarios cuya opinión influye en la toma de decisiones de los consumidores –*influencers*–. A partir del reconocimiento en internet basado en *likes* y seguidores, paulatinamente han surgido importantes modelos de negocio, relacionados o no con la publicidad. En ese contexto, la creatividad de los influenciadores trasciende lo digital y muchas veces se relaciona con la creación y explotación de distintos bienes inmateriales protegidos por la Propiedad Intelectual. Así las cosas, el análisis de su identificación y el régimen jurídico aplicable a sus actividades económicas resulta necesario para esclarecer su protección y asegurar la eficiencia en su explotación.

Como se muestra, la opinión de las celebridades digitales impacta el mercado, dado que el contenido –imágenes o videos– que comparten en sus redes sociales, así como su asistencia a eventos y las reseñas que elaboran, estimula y construye la imagen de las marcas entre los consumidores<sup>2</sup>. En ese sentido, la importancia económica de un *influencer* –*prima facie*– estriba en el posicionamiento y aumento del consumo de bienes y servicios de una marca en el mercado. Sin embargo, la popularidad de las celebridades digitales puede aprovecharse más allá de lo digital y la asociación de su imagen con un origen empresarial específico, en cuanto permite la construcción de modelos de negocio relacionados con la explotación bienes

1 Caracol Radio. “Influencers, el negocio de moda en las redes” [en línea], 12 de julio de 2021. Disponible en: [https://caracol.com.co/programa/2019/06/11/hoy\\_por\\_hoy/1560275611\\_458687.html](https://caracol.com.co/programa/2019/06/11/hoy_por_hoy/1560275611_458687.html)

2 DE VEIRMAN, MARIJKE *et al.* “Marketing through instagram influencers: The impact of number of followers and product divergence on brand attitude”. *International Journal of Advertising*, vol. 36, n.º 5, 2017, p. 801 [traducción de la autora].

inmateriales. De este modo, la imagen de las celebridades digitales es el primer derecho a explotar, al lado del contenido que crean para redes sociales, el cual puede ser protegido por el Derecho de Autor. De igual forma, son numerosos los casos en los que las celebridades digitales crean y registran su propia marca empleada para la comercialización de bienes y servicios de diversas maneras. Así, es irrefutable que en las actividades de una celebridad digital se ven inmersos diversos derechos de Propiedad Intelectual que son objeto de diferentes contratos. Vista la importancia económica de un *influencer*, es imperante su análisis, de manera que los negocios que desarrollen no impliquen desventajas para uno u otro extremo de la relación contractual. Por lo anterior, este artículo identifica los *influencers* de redes sociales, explica sus funciones y características, expone su medio y su forma de clasificación. Luego de ello, se estudian los contratos cuyo objeto permite desarrollar sus modelos de negocio, identificando en cada uno de ellos el bien intangible inmerso y advirtiendo algunos de los riesgos de su ocupación.

## I. LOS *INFLUENCERS*

La influencia de una persona en internet demuestra una utilidad comercial y social específica, en cuanto forma la opinión de los consumidores y afecta el mercado<sup>3</sup>. De ese modo, su estudio es meritorio y parte de la identificación de estos usuarios, para lo cual se emplean diversas fuentes doctrinarias acompañado del análisis de casos dada la cotidianidad de las redes sociales. Por ello, este acápite define quién es *influencer*, señala sus funciones, explica sus características, expone el medio en que se desenvuelven y delimita algunos criterios de clasificación existentes.

### A. DEFINICIÓN, FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS

Los *influencers* se definen como “individuos que están extremadamente expuestos en el mundo digital de las redes sociales. Estos son personas que tienen una significativa influencia en las decisiones del público sobre los productos que compran, los servicios que usan y las iniciativas que apoyan”<sup>4</sup>. Es decir, la característica esencial de un *influencer* —y la razón de ser de este término— es la influencia de su opinión en la toma de decisiones de quienes le siguen<sup>5</sup>. Ello deriva de la consideración que

3 OLIVEIRA M., JOÃO DE JESUS *et al.* “Analysis of posts contents on food posted by digital influencers on the Instagram social media”. *Demetra: Food, Nutrition & Health / Alimentação, Nutrição & Saúde*, vol. 14, 2019, p. 3 [traducción de la autora].

4 DOMINIK, ZELKO *et al.* “New Methods of Online Advertising: Social Media Influencers”, vol. 29, n.º Generic, 2018, p. 43 [traducción de la autora].

5 En ese sentido, la “Guía de buenas prácticas para la publicidad a través de influenciadores” de la Superintendencia de Industria y Comercio define al *influencer* como “persona que a través de redes sociales y/o plataformas digitales interactivas, al compartir su cotidianidad, intereses y experiencias con una comunidad en línea, ha logrado construir credibilidad, confianza y una imagen reconocible que le permite influir, afectar o motivar el comportamiento del consumidor. Lo anterior, sin importar si el influenciador se identifica o no como tal, toda vez que, lo relevante, es el rol que cumple”.

hacen de él sus espectadores, quienes lo aprecian como un líder de opinión en quien depositan su confianza.

En ese orden de ideas, para un *influencer* es primordial ser reconocido en internet, lo cual se determina gracias a la cantidad de seguidores de su perfil. Sin embargo, ello no le otorgará por sí mismo la calidad de *influencer* a un usuario de internet, siendo necesario que construya relaciones cercanas con su público, de manera que su opinión influya directa o indirectamente en la toma de decisiones de su audiencia. Este especial vínculo entre el influenciador y sus seguidores es el atractivo principal de las celebridades digitales, pues les instituye como medios para la ejecución eficaz de diversas funciones como el entretenimiento, la creación de contenido y la publicidad en redes sociales.

De ese modo, el entretenimiento digital surgió gracias al uso masivo de las redes sociales de internet, las cuales permiten la difusión rápida y constante de videos, imágenes e historias (en ocasiones amparados por el Derecho de Autor) con fines de lucro y marketing<sup>6</sup>. Para tal fin, las plataformas digitales necesitan “creadores de contenido”, quienes son vistos como nuevos emprendedores digitales. Así, la doctrina indica que

una rápida, profesional y monetizada ola de creadores de contenido, caracterizados por su diversidad, ser multiculturales, anteriormente aficionados y provenientes de alrededor del mundo, se ha aprovechado de estas plataformas para incubar sus propias marcas de medios, dedicarse al contenido innovador y cultivar comunidades de fans usualmente masivos, transnacionales e interculturales<sup>7</sup>.

Como se muestra, los creadores de contenido son usuarios de redes sociales que emplean su innovación y proactividad para dar inicio a la ejecución de diferentes proyectos económicos. Pues bien, autores como Craig<sup>8</sup> identifican diversas clases de creadores de contenido, entre ellos los *youtubers*, *bloggers*, *live streamers* y —especialmente— los *influencers*<sup>9</sup>.

6 LAVONNE, BURKE. “International Media Pirates: are they Making the Entertainment Industry Walk the Plank?”. *Pepperdine Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. IV, n.º I, 2010, pp. 67-68 [traducción de la autora].

7 CUNNINGHAM, STUART y CRAIG, DAVID. “Online entertainment: A new wave of media globalization?”. *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, p. 5413 [traducción de la autora].

8 CRAIG, DAVID. “Creator Management in the Social Media Entertainment Industry”. En: *Making Media*, pp. 363-374. Amsterdam University Press, 2019, p. 363 [traducción de la autora].

9 Debe especificarse que existe una relación género y especie entre los términos “creador de contenido” e “*influencer*”, no obstante se confundan o empleen como sinónimos. En efecto, Velasco Pérez señala que un *influencer* es “una persona que, a través de la carga de Contenido Generado por el Usuario en sus propias cuentas de redes sociales, se dedica a actividades de publicidad pagada a favor de actores comerciales, tomando ventaja del número de seguidores y/o suscriptores que sus cuentas tienen”. En: VELASCO, MARTÍN. “Stories of a Social Media Influencer: Analysis of the Implications of Uses of Creative Works on Instagram Stories in Light of Colombian Copyright Law”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 27, 2019, p. 152 [traducción de la autora].

De esa forma, la función de un *influencer* como creador de contenido es la producción de imágenes, videos, historias para sus redes sociales. Por medio de dicho material la celebridad digital publicita a sus seguidores y/o suscriptores los bienes y servicios de un agente comercial específico y, al mismo tiempo, se comunica con sus seguidores, mostrándoles su personalidad y transmitiendo diferentes ideas y mensajes.

Se resalta que una vez el creador de contenido obtiene popularidad, las marcas le consideran un importante aliado comercial. A partir de ello, la figura del *influencer* se utiliza para anunciar bienes y servicios, dando paso al *influencers marketing*, consistente en “una herramienta donde se utilizan las plataformas web de redes sociales como forma de hacer marketing y cuyo objetivo es crear contenido para que los usuarios lo compartan con su entorno social, promoviendo la notoriedad de las marcas”<sup>10</sup>.

Ciertamente, las plataformas digitales permiten una interacción constante entre marcas, consumidores y celebridades, respondiendo al cambio de las conductas de mercado en cuanto actualmente el consumidor rechaza la publicidad invasiva e interviene activamente. En este sentido, por medio del *influencers marketing* se emplean las celebridades digitales para “compartir experiencias positivas o negativas (también neutrales), de consumidores o compradores acerca de un producto, un servicio, una marca o una empresa”<sup>11</sup>.

Como se muestra, un *influencer* puede desarrollar estas tres funciones por separado o en una misma publicación. Por separado al difundir un video de humor sobre cualquier situación actual<sup>12</sup> (entretenimiento), al publicar una imagen sobre el atuendo que usó un día<sup>13</sup> (creación de contenido) o al mostrar un producto de una marca con la que está colaborando<sup>14</sup> (publicidad). Se ejecutan en un solo acto cuando una publicación, sea imagen o video, cumple estos tres fines, por ejemplo, un video de humor para promocionar a un cirujano plástico<sup>15</sup>. Sus funciones resultan relevantes para entender el funcionamiento de sus modelos de negocio, como se mostrará en el siguiente acápite.

En cuanto a sus características, las celebridades digitales tienen elementos que les son propios, los cuales se pueden conocer a través del análisis y seguimiento de

10 ROUSE, MARGARET. “Social Media Marketing (smm)”, citado por: SANZ, PALOMA *et al.* “La incorporación de la figura del influencer en las campañas publicitarias: Consecuencias para las agencias de publicidad españolas”. *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, n.º 18, 2019, p. 65.

11 HENNING, THURAU *et al.* “Electronic Word-of-mouth: motives for and consequences of Reading customer articulations on the Internet”, citado por SANZ, PALOMA *et al.*, *op. cit.*, p. 65.

12 Un ejemplo es este video de Matthew Windey (@mattwindey): <https://www.instagram.com/p/B-GMthXIUUp/>

13 Un ejemplo es esta imagen de Chiara Ferragni (@chiaraferragni): <https://www.instagram.com/p/B8eQYh-oPmT/?igshid=af7smmv8b1sm>

14 Un ejemplo es esta publicación de Chiara Ferragni (@chiaraferragni): <https://www.instagram.com/p/B9L8HWkIvgK/?igshid=ev6d3a1m87f7>

15 Es el caso de Alberto del Castillo (@elgatales) quien publicó este video: <https://www.instagram.com/p/ByG3aqejS4v/?igshid=127xo5yyio2ww>

sus perfiles, teniendo en cuenta la diferencia entre influenciadores y *celebrities*, en cuanto existen “(a) *influencers* que, por su posición de celebridad por sus carreras profesionales como cantantes, actores o modelos, han tenido un efecto que les garantiza un gran número de seguidores o (b) usuarios ordinarios y originales que han ganado muchos seguidores por medio de la narración textual y visual de sus vidas personales”<sup>16</sup>. Así pues, los *influencers* se caracterizan por:

- Mostrarse como personas auténticas y reales.
- Ser constantes en la creación de contenido.
- Enfocar y especializar sus perfiles a un tema específico.
- Ser observados por sus seguidores como una autoridad, es decir, como una persona versada en una materia y por tanto legitimada para hablar de ella<sup>17</sup>.
- Comportarse como un “prosumidor”, es decir, como un consumidor que al mismo tiempo se informa y difunde su conocimiento sobre el producto o servicio y su experiencia con el mismo<sup>18</sup>.
- Contar con un alcance o *engagement* significativo, el cual es analizado por medio de plataformas como Hootsuite, que estudian los seguidores y las interacciones de los mismos con el contenido publicado por la celebridad digital.

En síntesis, un *influencer* es una persona reconocida en internet ya que cuenta con un número considerable de seguidores, con quienes mantiene una interacción continua por medio del contenido que crea y sube a su perfil. Lo anterior le posiciona como una persona cuya opinión influye en la toma de decisiones de su audiencia. Esto le permite desempeñar diversas funciones como lo son el entretenimiento, la creación de contenido y la publicidad. Con todo, estas celebridades de internet cuentan con características específicas que logran diferenciarle de otros usuarios de internet, como lo son su autenticidad, constancia y posición de autoridad.

## B. MEDIO DE DIFUSIÓN

Como se ha anotado, las redes sociales son el entorno principal donde un *influencer* se desenvuelve, pues permiten “el intercambio de ideas, contenido, pensamientos y las relaciones interpersonales en internet”<sup>19</sup>. En ese sentido, las plataformas digitales

16 MAARES, PHOEBE y HANUSH, FOLKER. “Exploring the boundaries of journalism: Instagram micro-bloggers in the twilight zone of lifestyle journalism”. *Journalism*, vol. 21, n.º 2, 2020, p. 266 [traducción de la autora].

17 Su posición de autoridad tiene repercusiones en el mercado. El ejemplo más conocido es la pérdida de \$1.500 millones de dólares y la caída en un 8 % del valor de las acciones de la red social Snapchat derivada de un *tuit* de Kylie Jenner en 2018, el cual indicaba: “¿Hay alguien además de mí que ya no abra Snapchat?”. Tomado de: *Mundo BBC*. “Qué escribió en Twitter la celebridad estadounidense Kylie Jenner que le costó US\$1.500 millones de dólares a Snapchat” [en línea], 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43163853>

18 PÉREZ C., MÓNICA. *Influencer engagement, una estrategia de comunicación que conecta con la generación millennial*. Universidad de Alicante, Departamento de Comunicación y Psicología Social, 2016, p. 13.

19 DOMINIK *et al.* “New Methods of Online Advertising: Social Media Influencers”, *op. cit.*, p. 41 [traducción de la autora].

son “un [sitio sic] web donde los usuarios pueden crear su propio perfil, editarlo, comunicarse con otros usuarios/perfiles, compartir contenido y anunciar si un producto o servicio se vende”<sup>20</sup>. Así, las redes sociales se caracterizan por ser espacios virtuales que facilitan la comunicación y la interacción de personas, de manera que

incluyen foros de internet, blogs, blogs sociales, *wikis*, podcasts, fotos y videos. Existen seis tipos de redes sociales, incluyendo los proyectos colaborativos como Wikipedia, blogs y micro blogs, por ejemplo, Tumblr y Twitter. Además, hay redes sociales constituidas por contenido creado por sus usuarios [sic] como YouTube. Ejemplos de redes sociales donde se crean redes de contactos [sic] son Facebook y Google Plus [...]. Las tecnologías están siendo usadas para incluir blogs, compartir imágenes, video blogs, enviar al “muro”, enviar correos, enviar y recibir en tiempo real mensajes, compartir música, llamar por internet y mucho más<sup>21</sup>.

En consecuencia, la libertad de expresión que las enmarca les erige como un espacio digital donde la personalidad e intimidad de las personas pueden ser expuestas al público. Así, los *influencers* toman provecho de estas para difundir ideas de un modo que les caracteriza y diferencia de los demás.

Ahora bien, al ser Instagram una de las redes sociales más usadas a nivel mundial, este escrito se concentra en ella. Esta plataforma permite una interacción directa y rápida con los seguidores y cuenta con funciones especiales para perfiles de creadores de contenido, considerándose la red social más amigable para los *influencers*. En ese sentido, un perfil de Instagram se compone de diferentes elementos, los cuales serán pertinentes para calificar a una persona como *influencer*. Estos son:

- Perfil, como el espacio que crea cada usuario al inscribirse en la red social. Identifica a cada persona por medio de un nombre y una biografía, mostrando sus publicaciones y relacionándole con otros usuarios (seguidores o cuentas que sigue).
- Publicaciones, en forma de videos o imágenes que permanecerán en el perfil el tiempo que su titular considere, salvo que sea retirado por violación alguna de las políticas de uso de la plataforma.
- Historias, imágenes o videos que son publicados por un término de duración de veinticuatro horas.
- Seguidores, perfiles de usuarios que siguen, observan e interactúan con una cuenta
- *Likes*, consistentes en una manifestación de agrado con una publicación, otorgados por los seguidores o espectadores de un perfil.
- Insignia de verificación, definida por Instagram como “una marca que aparece junto al nombre de algunas cuentas de Instagram para indicar que representan la presencia auténtica de una figura pública, celebridad, marca internacional o entidad

20 *Ibid.*, p. 41 [traducción de la autora].

21 *Ibid.*, p. 42 [traducción de la autora].



destacados”<sup>22</sup>. Su existencia dependerá de la solicitud del usuario, así como del examen llevado a cabo por el equipo de Instagram.

En suma, los *influencers* se desenvuelven en múltiples redes sociales, dentro de las cuales se destaca Instagram por su rápido crecimiento y la fácil interacción entre sus usuarios. Dentro de esta plataforma hay elementos que le son propios, cuya identificación es pieza cardinal de este escrito. En tanto que se ha percibido la viabilidad de su explotación económica, posteriormente será analizada la posibilidad de ser protegidos jurídicamente.

### C. CLASIFICACIÓN

La clasificación de los *influencers* puede atender a diferentes criterios como su ubicación geográfica, número de seguidores y enfoque temático. Su relevancia varía según la plataforma de que se trate, así como la campaña de *influencers marketing* que se pretenda llevar a cabo. En especial, su categorización facilita la toma de decisiones informada, de forma que se elija a quien mejor se ajuste a la imagen de una marca, asegurando la eficacia de los contratos celebrados con las celebridades de internet.

Por su ubicación geográfica, los *influencers* son categorizados conforme al lugar de su nacionalidad o residencia, pues las costumbres compartidas con sus seguidores facilitan su conexión con los mismos. De igual forma, en plataformas como YouTube esta organización incide en el tipo de contenido que la plataforma muestra y recomienda a sus usuarios<sup>23</sup>. Con todo, esta clasificación no se utiliza en Instagram, aunque será útil al elaborar campañas publicitarias que se dirijan a los usuarios de un territorio específico.

Conforme al número de seguidores, una persona puede considerarse *influencer* cuando cuenta con un público delimitado, sin supeditarlo a un número específico de seguidores, entendiendo que esto no implica *per se* una mejor posición frente a los demás. De allí que autores como Almeida<sup>24</sup> reconozcan la existencia de “micro-*influencers*”, quienes no son celebridades, o “macro-*influencers*”, dado que cuentan con un número pequeño de seguidores. Sin embargo, disponen de gran capacidad de interacción con su audiencia y por lo tanto la influyen con más fuerza. Es decir, los micro-*influencers* tienen una relación más cercana o íntima con sus seguidores, quienes sienten a aquellos como amigos con quienes comparten intereses y –al mismo tiempo– son fuentes de información espontánea, creíble y auténtica. Por lo anterior, “en cuanto al *influencers marketing*, más grande no es

22 INSTAGRAM. “Solicitud de verificación” [en línea], 27 de febrero de 2020.

23 YouTube, Centro de Ayuda. “Cómo cambiar la configuración de idioma e ubicación” [en línea], 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/87604?co=GENIE.Platform=Android&hl=es-419>.

24 ALMEIDA, MARTA NETO DE. *Influencer marketing on Instagram: how influencer type and perceived risk impact choices in the beauty industry*. Universidade Nova, 2019, p. 8 [traducción de la autora].



sinónimo de mejor”<sup>25</sup>. En definitiva, no existe un número exacto a partir del cual se pueda considerar que una persona es *influencer*, pues ello depende también del alcance real sobre una audiencia determinada.

Por último, la clasificación más extensa es aquella que organiza a los *influencers* según su enfoque temático, con la posibilidad de que un perfil encaje en una o varias categorías. Así, los *influencers* pueden especializarse en temas como moda, belleza, humor, comida, vida *fitness*, educación, entre otros.

No obstante lo anterior, el elemento determinante de los *influencers* es su “habilidad de interactuar con un gran número de personas, a través de opiniones, ideas, gustos personales y exposición de conductas”<sup>26</sup>. De tal suerte, la clasificación de las celebridades digitales acerca el estudio de su actividad económica, comprendiendo los ámbitos en que se desenvuelve su empresa.

## II. MODELOS DE NEGOCIO

Es frecuente identificar a los *influencers* únicamente por sus actividades publicitarias. Sin embargo, este no es el único modelo de negocio que llevan a cabo, pues es posible desarrollar su empresa más allá de lo digital, implicando la explotación de derechos intangibles como su imagen, derechos de autor y signos distintivos. Este acápite se basa en documentos doctrinarios, el análisis de perfiles en redes, la investigación en bases de datos y el seguimiento a diferentes eventos noticiosos. Por tanto, examina, explica y ejemplifica la manera como los *influencers* dan cuenta de modelos de negocio exitosos, cuyo fundamento son los elementos configurativos de su perfil, específicamente sus seguidores, *likes* y comentarios. Igualmente, expone la manera como los contratos relacionados en la empresa de los *influencers* se sirven de derechos de Propiedad Intelectual para la consecución de sus fines.

### A. PUBLICIDAD EN PERFILES DE REDES SOCIALES PARA TERCEROS

Se anotó que la publicidad constituye una de las funciones principales de los *influencers*, así como gran parte de la actividad que estos realizan. Esta actividad consiste en comunicar, de múltiples formas y mediante diversos contenidos, información cuyo fin es afectar las decisiones de consumo<sup>27</sup>. Actualmente las redes sociales son un espacio favorecedor para la promoción de bienes y servicios, por lo que debe tenerse en cuenta que

25 *Ibid.*, p. 8 [traducción de la autora].

26 SILVA, C.R.M. y TESSAROLO, F.M. “Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataforma de Mídia”, citado por: OLIVEIRA M., JOÃO DE JESÚS *et al.* “Analysis of posts contents on food posted by digital influencers on the Instagram social media”. *Demetra: Food, Nutrition & Health / Alimentação, Nutrição & Saúde*, vol. 14, 2019, p. 3 [traducción de la autora].

27 Numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011: Estatuto del Consumidor.

el surgimiento de *influencers* digitales ha significado un cambio en el modo en que las compañías y sus audiencias objetivo se relacionan a través de las plataformas de redes sociales y las redes sociales en línea. Como las tecnologías basadas en la web hacen posible acercarse directamente a la audiencia, el campo de los medios se ha abierto a estos extraños que se caracterizan por ser profesionales o aficionados a la producción en redes sociales (p. ej. *blogging*, actividades creativas) y procesos de promoción, por medio de una relación estructurada con los anunciantes y la interconexión con su audiencia y también por su deseo de ganar visibilidad social y prestigio<sup>28</sup>.

De esa forma, la cercana relación entre las celebridades digitales y sus seguidores atrae a las empresas a invertir en *influencers marketing*, para lo cual se suscriben diversas clases de contratos. En ellos, los creadores de contenido se obligan a promocionar un bien o servicio de un origen empresarial determinado. Por consiguiente, el

*influencer* digital se convierte en embajador de la marca para sus seguidores, al pregonarles su devoción por la marca para las empresas que normalmente le compensan con productos gratis, la promesa de “exhibición”, una pequeña cantidad de dinero o incluso intentar capitalizar sus actividades de *influencer* bajo la expectativa de que promocione sus productos gratuitamente<sup>29</sup>.

En consecuencia, dentro de su función publicitaria, los *influencers* celebran contratos como el de patrocinio, de *merchandising –personality* o *character*—, de cesión de derechos de autor y el de obra por encargo. Esto reafirma que “los *influencers* de redes sociales son particularmente valiosos no solamente por la gran audiencia que ofrecen para publicidad, sino también por el sector específico del mercado al que pueden llegar”<sup>30</sup>.

28 ABIDIN, C. “Visibility labour: Engaging with Influencers’ fashion brands and #OOTD advertorial campaigns on Instagram”; DUFFY, B. E. y HUND, E. “Having it all” on social media: Entrepreneurial femininity”; PEDRONI, M. “Meso-celebrities, fashion and the media: How digital influencers struggle for visibility”; ROCAMORA, A. “The labour of fashion blogging”. En: L. ARMSTRONG y F. McDOWELL (eds.). *Fashioning professionals: Identity and representation at work in the creative industries and self-branding among fashion bloggers*, citados por: DAVID JIMÉNEZ C. y RAQUEL SÁNCHEZ F. “The role of digital influencers in brand recommendation: Examining their impact on engagement, expected value and purchase intention”. *International Journal of Information Management*, vol. 49, 2019, p. 367 [traducción de la autora].

29 DUFFY, B. E. *The romance of work: Gender and aspirational labour in the digital culture industries*; SCOTT, D. M. *The new rules of marketing and PR* (5ª. ed.); ROCAMORA, A. “The labour of fashion blogging”. En: L. ARMSTRONG & F. McDOWELL (eds.). *Fashioning professionals: Identity and representation at work in the creative industries*, citado por: DAVID JIMÉNEZ C. y RAQUEL SÁNCHEZ F. “The role of digital influencers in brand recommendation...”, *op. cit.*, p. 367 [traducción de la autora].

30 VELASCO PÉREZ, MARTÍN. “Stories of a Social Media Influencer: Analysis of the Implications of Uses of Creative Works on Instagram Stories in Light of Colombian Copyright Law”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 27, 2019, p. 153 [traducción de la autora].

## 1. Contrato de patrocinio

Las actividades de una persona como *influencer* pueden favorecerse por el patrocinio de una marca. Por este contrato el “patrocinado realiza actos de publicidad, generalmente de forma exclusiva a favor del patrocinador, quien a su turno le presta una ayuda económica para la efectiva realización de su actividad”<sup>31</sup>. Así, una empresa de tecnología puede servirse del patrocinio para financiar la actividad en redes sociales y deportivas de una persona, mediante la entrega de sus productos y la remuneración directa, a partir de lo cual el *influencer* se obliga a elaborar contenido donde reseñe y comunique las ventajas de los productos recibidos<sup>32</sup>. Dadas las características de este contrato, es beneficioso para aquellas celebridades que simultáneamente desarrollan actividades de influencia en redes sociales y otras profesiones que requieren financiación.

Lo anterior se basa en que el patrocinio sea “un apoyo corporativo [...] para el beneficio mutuo del patrocinador y la parte patrocinada. Esto ayuda a promover la imagen de los productos del patrocinador y apoya financieramente al patrocinado”<sup>33</sup>. En consecuencia, este contrato implica beneficios para un *influencer*, quien obtiene recursos económicos para el desarrollo de actividades externas a la creación de contenido. Por su parte, el rédito de la empresa patrocinadora será la promoción de sus bienes y servicios, con todas las ventajas de la influencia del patrocinado. Por ello, algunos *influencers* que también son deportistas<sup>34</sup> constantemente publican imágenes o videos en los que etiquetan y anotan un tema relacionado con una marca. Un ejemplo es la bicicrossista Mariana Pajón (@marianapajon), quien en varias de sus publicaciones menciona, etiqueta y muestra productos de las marcas Adidas<sup>35</sup> y Tutto<sup>36</sup>, las cuales patrocinan<sup>37</sup> su carrera deportiva.

Este contrato debe incorporar de manera tácita o expresa una cláusula que licencie el uso de la imagen del patrocinado a favor de la empresa patrocinadora. A partir de ello, la empresa licenciataria se beneficia de la imagen del patrocinado, la cual será incluida en distintos actos de publicidad que este lleva a cabo, asociándose

31 CEBALLOS, JOSÉ. “Aspectos generales de la propia imagen”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 15, 2011, p. 81.

32 Un ejemplo es el caso de la apneísta Sofía Gómez (@sofiagomezu), quien en su perfil de Instagram publica contenido referente a dispositivos electrónicos de honor. [https://www.instagram.com/p/cQO2DfOp-fS/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/p/cQO2DfOp-fS/?utm_source=ig_web_copy_link)

33 MITTAL, RAMAN. “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”. *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, n.º 1, 2010, p. 18 [traducción de la autora].

34 Autores como Ceballos anotan que históricamente el mayor uso del contrato de patrocinio ha sido en la industria deportiva.

35 En esta imagen relaciona a la marca con la ropa que lleva puesta: [https://www.instagram.com/p/B2QpYo7lAgX/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/p/B2QpYo7lAgX/?utm_source=ig_web_copy_link)

36 En esta imagen se relaciona su imagen con un producto de la marca: [https://www.instagram.com/p/BzYfwhrIdNX/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/p/BzYfwhrIdNX/?utm_source=ig_web_copy_link)

37 Varios de sus patrocinadores son mencionados en esta imagen: [https://www.instagram.com/p/B9xcJnhl4Nz/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/p/B9xcJnhl4Nz/?utm_source=ig_web_copy_link)

con su marca<sup>38</sup>. Esta tipología contractual se explica detalladamente en el siguiente acápite, teniendo en cuenta que es indispensable en la mayoría de negocios que permiten el *influencers marketing*.

Por otra parte, el patrocinio es similar al *merchandising* –que se explicará a continuación–, pues ambos se celebran con fines publicitarios. Sin embargo, se trata de figuras contractuales diferentes por cuanto en el *merchandising* se autoriza el uso del derecho de imagen “para que el tercero autorizado [la] emplee en un producto o servicio, pero en todo caso será este tercero quien se encargue por su propia cuenta de hacer su publicidad”<sup>39</sup>. De esa manera, el empresario es autorizado para realizar por su cuenta actos de publicidad en los que se hará uso de los derechos de Propiedad Intelectual del *influencer*, quien será *merchandiser*. Por el contrario, en el contrato de patrocinio es el patrocinado quien debe realizar la actividad publicitaria, generalmente de manera exclusiva, a favor del patrocinador<sup>40</sup>.

En este orden de ideas, el contrato de patrocinio es una herramienta útil para llevar a cabo actos de publicidad a favor de todo tipo de marcas, dada la pluralidad de enfoques temáticos de los *influencers*. Al no entrar en conflicto con otra clase de actividades, este contrato favorece a aquellas celebridades de internet que se desempeñan en diferentes ámbitos profesionales. Siendo así, le permite al patrocinado desarrollar actos propios de un *influencer* y le garantiza los recursos necesarios para desempeñar su profesión por fuera de ellas.

## 2. Contrato de merchandising

El *merchandising* es una técnica de publicidad por la cual las mercancías se ponen en movimiento y por la que productores, comerciantes distribuidores y consumidores obtienen beneficios. En ese sentido, el productor vende más cantidades de sus bienes; el comerciante (distribuidor) tendrá alta rotación de sus inventarios, alta rentabilidad y creará relaciones de fidelidad con los compradores, y el consumidor o comprador obtendrá –entre otros– productos de calidad a bajos precios y de diversas marcas<sup>41</sup>. Además, en este contrato, el empresario “busca posicionar un producto en el mercado y crear un *Top of Mind* positivo en el consumidor”<sup>42</sup>. En su celebración concurren una persona (*merchandiser*) y un tercero. El primero –quien para el caso sería el *influencer*– es titular de un bien intangible que puede ser una marca, su imagen o derechos de autor sobre una obra. El segundo es un empresario que busca usar tal intangible con el fin de aprovecharse de su *goodwill*

38 CEBALLOS, JOSÉ. “Aspectos generales de la propia imagen”, *op. cit.*, p. 81.

39 CEBALLOS, JOSÉ. “Gestión de intangibles en la industria deportiva”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º. 28, 2019, p. 253.

40 *Ibid.*, p. 254.

41 PRETTEL, VIDAL. *Marketing, una herramienta para el crecimiento*. Bogotá: Ediciones de la U, 2016, p. 353.

42 CEBALLOS, JOSÉ. “Aspectos generales de la propia imagen”, *op. cit.*, p. 81.

mediante actos de promoción y/o publicidad de sus propios productos, los cuales no compiten en el mercado con los bienes y servicios del *merchandiser*<sup>43</sup>.

A pesar de que este convenio se describa por ser “esencialmente oneroso, consensual, principal, bilateral y de tracto sucesivo”<sup>44</sup>, debe resaltarse que “es una figura totalmente atípica, por lo cual su desarrollo es completamente variante debido al número de ingredientes que se mezclan dentro del mismo”<sup>45</sup>. La ausencia de una regulación unificada deriva en que le sean analógicamente aplicables aquellas atinentes a los derechos personalísimos, la publicidad, la competencia desleal y la Propiedad Intelectual<sup>46</sup>.

Ahora bien, gracias a las diferentes clases de intangibles que son objeto de autorización, existen diversas clases de *merchandising*. Así, este contrato puede referirse a los derechos derivados de la imagen de una persona natural (*personality merchandising*), a los derechos de autor de un personaje ficticio (*character merchandising*), o a una marca u otros signos distintivos (*brand merchandising*).

a. *Personality merchandising*: licencia de uso de imagen

En él, “una persona, titular de derechos económicos derivados de la propia imagen, autoriza a cambio de una contraprestación, a un tercero su utilización en los actos de publicidad, marketing y en general *merchandising* que emprenda sobre determinados bienes o servicios que pone en el mercado”<sup>47</sup>. De ahí que el *personality merchandising* se defina como “la monetización generalizada de la imagen (activo) para promover y vender casi cualquier cosa con el nombre o características de una celebridad empleada de manera decorativa, sujeto a autorización de dicha celebridad”<sup>48</sup>.

Para celebrar este contrato es fundamental el estatus de celebridad de una persona, que le permite asumir el rol de *merchandiser*. Algunas fuentes de este reconocimiento social son las películas, la música, los medios de comunicación, los deportes y los negocios<sup>49</sup>. Así, dada la evolución de la industria del entretenimiento a través de las redes sociales y el nacimiento de nuevas celebridades, los *influencers* son potenciales *merchandisers*. Ejemplos de la aplicación de este contrato son la línea de tratamientos para el cuidado capilar de Sedal<sup>50</sup> y la línea de cuidado facial

43 CEBALLOS, JOSÉ. “Gestión de intangibles en la industria deportiva”, *op. cit.*, p. 258.

44 *Idem*.

45 CHULIÀ VICÉNT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T. “El Merchandising. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos”, citado por: BEDOYA, JORGE. “El contrato de merchandising: una realidad comercial atípica amparada por todas las esferas del derecho”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 47, 2012, p. 7.

46 *Idem*.

47 CEBALLOS, JOSÉ. “Aspectos generales de la propia imagen”, *op. cit.*, p. 83.

48 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, pp. 16-17 [traducción de la autora].

49 *Ibid.*, p. 16 [traducción de la autora].

50 El anuncio publicitario para Colombia está disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=CKyXe\\_mKNpQ](https://www.youtube.com/watch?v=CKyXe_mKNpQ)

de Pond's<sup>51</sup> que en los años 2018 y 2019 mostraron a la *influencer* y *youtuber* mexicana Mariand Castrejón Castañeda, conocida como *Yuya*, en sus productos.

En la medida en que el *personality merchandising* es la práctica de “identificar varios bienes y servicios con una personalidad famosa para incrementar su comercialización”<sup>52</sup>, es imprescindible acudir a la licencia de uso de imagen. Esta licencia será “usada en conexión con ciertos bienes o servicios para realzar su estimación del público consumidor”<sup>53</sup>. Un ejemplo de la unión de la imagen del *influencer* con un producto es la colección de ropa incluyente que Falabella lanzó al mercado colombiano en junio de 2021<sup>54</sup>. En esta campaña se usó la imagen de la *influencer* Adriana Convers (@fatpandora), quien diseñó y modeló las piezas de vestir, invitando a sus seguidores a consumirlas. De esta forma, es claro que el *personality merchandising* demanda la licencia de imagen, pues ella autoriza a la empresa para emplearla en relación con sus bienes o servicios.

En este orden de ideas, el derecho de imagen en Colombia cuenta con una regulación propia, considerándose que se compone por elementos o características exteriores de una persona, identificables e individualizadas por terceros. De ahí que con este derecho se protejan factores de la persona como nombre (completo o abreviado), apodo, seudónimo, firma, imagen, voz, retrato, características físicas, gestos, apariencia distintiva, frases características, características de vestuario, etcétera<sup>55</sup>. En cualquier evento en que se acuda a la licencia de uso de imagen se debe respetar su regulación. Así, la imagen es jurídicamente amparada por la legislación en materia de Derecho de Autor, como derecho fundamental, como derecho de propiedad industrial y como dato personal<sup>56</sup>.

En cuanto al régimen de Derecho de Autor, Morales aclara que la imagen no corresponde en sí misma a un derecho de autor o conexo, “pues como tal no se ejerce sobre una obra, interpretación, fonograma o emisión de radiodifusión”<sup>57</sup>. A pesar de ello, sí se relaciona con estos derechos “cuando la imagen de la persona es fijada en una obra o cuando la persona sea, por ejemplo, un artista intérprete

51 El anuncio publicitario para Colombia está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=fRoP3opx0EE>

52 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 17 [traducción de la autora].

53 *Ibid.*, p. 17 [traducción de la autora].

54 El anuncio publicitario se encuentra disponible en el perfil de Instagram de Falabella (@falabella\_co): [https://www.instagram.com/p/CQtn0aqMnII/?utm\\_medium=copy\\_link](https://www.instagram.com/p/CQtn0aqMnII/?utm_medium=copy_link)

55 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 17 [traducción de la autora].

56 En Colombia la imagen también se encuentra regulada a través de normas como el artículo 237 de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana), referente a los sistemas de videovigilancia. Igualmente, la reforma al Código Civil que actualmente se discute pretende regularlo. Tomado de: MORALES NEIRA, MÓNICA LIZET. “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, el derecho colombiano y su actual interacción con la Inteligencia Artificial”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º. 30, 2020, p. 169.

57 BALLESTEROS VALENCIA, RICARDO. *Concepto 1-2005-10700*. Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor, citado por *ibid.*, p. 179.

o ejecutante y su imagen se fije en una obra audiovisual”<sup>58</sup>. Por lo tanto, el uso de cualquier clase de obra que reproduzca la imagen de una persona requiere “la titularidad de los derechos de autor o conexos, según sea el caso, o la licencia para tales fines”<sup>59</sup>. Asimismo, requiere del “consentimiento de la persona cuya imagen se incorpora en la obra, salvo que esté dentro de las limitaciones previstas en la ley”<sup>60</sup>.

En línea con lo anterior, Guzmán señala que el derecho a la imagen es de carácter patrimonial, pues en los artículos 87 y 88 de la Ley 23 de 1982 se comprende que su alcance “abarca la facultad de explotarla económicamente y de impedir o autorizar su uso”<sup>61</sup>. Con todo, en las modalidades contractuales de explotación de la imagen “existen dos elementos derivados de la legislación autoral colombiana que deben estar presentes [...]: la facultad de disposición del derecho y la remuneración”<sup>62</sup>.

Respecto a la facultad de disposición, “sólo se [confieren] las facultades de prohibir o autorizar su uso y la de explotarlo económicamente. En ese sentido, se trata de un derecho que puede ser objeto de licencia y de cesión hacia un tercero”<sup>63</sup>. Sobre la remuneración, “siempre debe existir una contraprestación por el uso comercial de la imagen de una persona, por cuanto se trata de un elemento natural del contrato. Sin embargo, las partes tienen la potestad de definir contractualmente el tipo de remuneración, la cual no tiene que ser monetaria. Asimismo, es posible renunciar a ella, pero esto debe ser incluido expresamente dentro del contrato”<sup>64</sup>. Por ende, existen diversas formas de remunerar al titular de la imagen. En el caso de los *influencers*, destaca la remuneración no monetaria vía entrega de productos.

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa<sup>65</sup> ha reconocido que la ausencia de contraprestación conlleva a la reparación de lucro cesante como perjuicio material. Por tanto, su cuantía debe ser determinada y variará según el reconocimiento y/o profesión que una persona desarrolle. Verbigracia, la contrapartida que una modelo profesional recibe por el uso de su imagen es mayor a la de una persona ajena a este oficio. Sin embargo, no puede sostenerse que solamente quien sea famoso puede recibir esta remuneración, pues el uso lucrativo de la propia imagen genera réditos para toda clase de individuos.

Aunado a lo anterior, gracias al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, el derecho a la imagen es entendido como un derecho fundamental. En ese sentido, en la Sentencia T-628 de 2017 se afirmó que “el derecho a la

58 *Ibid.*, p. 179.

59 *Idem.*

60 *Idem.*

61 GUZMÁN D., DIEGO F. “El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 21, 2016, p. 49.

62 *Ibid.*, p. 51.

63 *Idem.*

64 *Idem.*

65 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 17001-23-31-000-2004-01014-01(37953) (26 de noviembre de 2015). M. P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsvlx&AN=edsvlx.637665101&lang=es&site=eds-live&scope=site>



imagen es un derecho fundamental y autónomo, que se deriva del desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica<sup>66</sup>. Sin embargo, se reconoce que este derecho “cuenta con una faceta exclusivamente patrimonial, relacionada con la autorización de la explotación sujeta a la obtención de lucro y el resarcimiento económico derivado del uso y el aprovechamiento de la imagen sin el permiso de su titular”<sup>67</sup>. Así, es posible que un *influencer* acuda a la acción de tutela para solicitar la protección de su derecho fundamental a la imagen, de manera autónoma y/o conexas a “otros derechos como el de la intimidad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y buen nombre”<sup>68</sup>.

Debe advertirse que el derecho fundamental a la imagen es afectado por su explotación o reproducción sin la autorización o el consentimiento de su titular<sup>69</sup> y, al mismo tiempo, si la autorización otorgada no respeta los siguientes parámetros planteados jurisprudencialmente:

(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo;

(ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de este;

(iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad, y

(iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales<sup>70</sup>.

Lo atinente a la protección del derecho a la imagen dentro del régimen marcario se explica en el siguiente apartado, pues merece un análisis individualizado. Basta enunciar que “la protección del régimen marcario impide a terceros su registro cuando no se cuenta con la autorización del titular”<sup>71</sup>. De ese modo, es posible que un *influencer* registre su imagen como marca, para producir, distribuir y/o

66 Colombia. Corte constitucional. Sentencia T-628 de 2017 (9 de octubre de 2017). M. P.: Gloria Stella ORTIZ DELGADO. *Relatoría Corte Constitucional* [página web].

67 *Ibid.*

68 MORALES NEIRA, “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, el derecho colombiano y su actual interacción con la Inteligencia Artificial”, *op. cit.*, p. 197.

69 *Ibid.*, p. 181.

70 Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2013 (13 de septiembre de 2013). M. P.: María Victoria Calle Correa. Reiterada en: Sentencia T-628 de 2017 (9 de octubre de 2017). M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, citadas por *ibid.*, p. 181.

71 GUZMÁN D., DIEGO F. “El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia”, *op. cit.*, p. 60.

comercializar productos relacionados con el enfoque temático de su perfil<sup>72</sup>. Por ejemplo, la *influencer* italiana Chiara Ferragni plasmó su gusto por la moda en la marca que lleva su nombre (“Chiara Ferragni Collection”), a través de la cual comercializa prendas de vestir, zapatos y accesorios<sup>73</sup>.

Por último, a partir de la Ley 1581 de 2012 –Ley de Habeas Data–, “la imagen de una persona constituye un dato personal por cuanto se trata de un tipo de información capaz de ser asociado a un individuo y que permite su identificación”<sup>74</sup>. De esa forma, al comprender información asociable a una persona que facilita su identificación, la imagen es considerada un dato personal. Incluso, Morales señala que al emplear medios técnicos en el análisis de la imagen esta se constituirá como dato biométrico y, por ende, “[entrará] en la categoría de datos personales sensibles que son aquellos que afectan la intimidad del titular, o cuyo uso indebido puede generar su discriminación y que tienen una especial consideración en su tratamiento y protección reforzada”<sup>75</sup>. Por ello, en un contrato donde se licencie la imagen de un *influencer* se deberá respetar esta legislación y sus principios<sup>76</sup>, cumpliendo con los deberes y obligaciones que se imponen a los responsables<sup>77</sup> y encargados<sup>78</sup> de los datos, así como la correcta suscripción de autorización para el uso de su imagen<sup>79</sup>.

72 Al respecto, Morales señala que “en aquellos casos en los que la persona quiere registrar como marca algún elemento de su propia imagen, podrá solicitar ante la autoridad su registro sin necesidad de consentimiento ni ningún tipo de requisitos distintos a los inherentes a los propios del análisis sobre si un signo puede constituir marca, esto es la representación gráfica, ser distintivo y no estar incurso en causales de irregistrabilidad”. MORALES NEIRA, MÓNICA LIZET. “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, el derecho colombiano y su actual interacción con la Inteligencia Artificial”, *op. cit.*, p. 179.

73 La marca se registró en Colombia mediante solicitud de extensión territorial n.º 15258016, certificado n.º 549867.

74 GUZMÁN D., DIEGO F. “El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia”, *op. cit.*, p. 64.

75 MORALES NEIRA, MÓNICA LIZET. “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, el derecho colombiano y su actual interacción con la Inteligencia Artificial”, *op. cit.*, p. 197.

76 De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, tales principios son la legalidad, finalidad, libertad, veracidad o calidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad, confidencialidad, necesidad y responsabilidad demostrada.

77 El artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 define al responsable como la “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o tratamiento de los datos”.

78 El artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 define al encargado como la “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

79 Igualmente, los *influencers* están obligados a respetar el derecho de imagen de terceros inmersos en su contenido. Un ejemplo es el caso del periodista y *youtuber* Daniel Samper a quien, mediante Resolución No. 57093 de 2020, la Delegatura de Protección de Datos de la Superintendencia de Industria y Comercio emitió órdenes dirigidas a evitar la vulneración de las normas de protección de datos de niños, niñas y adolescentes. Ello derivado de la investigación que se inició en su contra por la publicación en su cuenta de Twitter de una imagen que publicitaba su juego de mesa e involucraba la imagen de los hijos del presidente Iván Duque. En la resolución, se le ordenó “abstenerse de tratar datos personales de menores de edad para fines de marketing o publicidad sin haber obtenido la autorización previa, expresa e informada de sus representantes legales en los términos de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 2.2.2.25.2 del Decreto 1074 de 2015”.

De esta forma, el *personality merchandising* se erige como el medio por el cual un *influencer* permite que su imagen y reputación se usen en conexión con bienes o servicios. En él, y en otros contratos relacionados con la publicidad y otras funciones de los *influencers*, es necesario acudir a la licencia de uso de imagen. Así, para un creador de contenido su imagen le representa una valiosa propiedad que le interesa proteger y explotar comercialmente, como cualquier derecho de Propiedad Intelectual<sup>80</sup>. En definitiva, los *likes* y seguidores de sus perfiles en redes sociales contribuyen a que su imagen adquiera un mayor valor y de ahí que sea de gran interés económico para él o terceros.

b. *Character merchandising*: licencia de derechos de autor

En virtud del *character merchandising*, el autor de un personaje ficticio protegido por el Derecho de Autor autoriza que un tercero use su obra y la relacione con los bienes y servicios que ofrece en el mercado. Siendo así, este contrato se refiere al “licenciamiento, producción, marketing y consumo de bienes y medios de comunicación basados alrededor de la imagen de un personaje”<sup>81</sup>. En efecto, se dirige al provecho económico del personaje como “obra artística amparada por el Derecho de Autor”<sup>82</sup>. Al respecto, es pertinente recordar que los *influencers* como creadores de contenido cumplen con el rol de autores de diversas clases de obras, dentro de las cuales pueden nacer personajes que les caractericen al ser interpretados por ellos mismos.

Naturalmente, el interés del tercero en la celebración de este contrato reposa en la invitación al consumo de sus productos, dada la afinidad de sus clientes con las características físicas y psicológicas de tal personaje. En otro contexto, un ejemplo de este contrato es el diseño del empaque de las golosinas, el cual frecuentemente incluye personajes de las caricaturas más famosas entre los niños. Relacionado con ello, es usual que en las transmisiones de estos programas de televisión se haga referencia a los caramelos de una marca específica.

En este orden de ideas, el *character merchandising* requiere y emplea la licencia de los derechos de autor de un personaje con el fin de usarlo en el anuncio comercial que se pretende. En términos generales, el contrato de licencia consiste en “aquella autorización que concede el titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual (licenciante) a un tercero (licenciataria) con el fin de explotar total o parcialmente los conocimientos protegidos por el derecho objeto del contrato”<sup>83</sup>.

80 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 18.

81 STEINBERG, Marc. “Candies, Premiums, and Character Merchandising. The Meiji-Atomu Marketing Campaign”. En: *Anime’s Media Mix*, pp. 37-86. NED - New Edition ed.: University of Minnesota Press, 2012, p. 41 [traducción de la autora].

82 CEBALLOS, “Gestión de intangibles en la industria deportiva”, *op. cit.*, p. 251.

83 GUERRERO, MANUEL. *Los contratos de transferencia internacional de tecnología: América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*. Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 63.

Por eso, su objetivo principal es “otorgar a un tercero la autorización para explotar un derecho sobre un bien inmaterial”<sup>84</sup>. A partir de ello, Guerrero indica que este contrato se compone por tres elementos fundamentales, los cuales son “la retención de la titularidad del derecho por parte del licenciante [...], la autorización de explotación total o parcial de las facultades que comprende el derecho, y [...] la contraprestación debida por el licenciario al licenciante”<sup>85</sup>. Sumado a esto, al tratarse en este caso de derechos de autor, las autorizaciones de uso de la obra deben interpretarse de manera restrictiva<sup>86</sup>.

Empero, el contrato de licencia de uso es empleado por los *influencers* en escenarios diferentes al *character merchandising*. Un ejemplo de esto es Adriana Convers (@fatpandora), quien elabora el *podcast* “Talla Única”, donde expone temas como la gordofobia y los trastornos mentales. A través de esta licencia, la obra de Adriana se encuentra disponible en plataformas como Spotify y Deezer, las cuales le remuneran de acuerdo con sus términos y condiciones.

Por otra parte, el *character merchandising* se diferencia del patrocinio en cuanto no sujeta al personaje a una cláusula de exclusividad y le permite promocionar más de un producto, siempre y cuando no lo haga respecto de aquellos que compiten en el mercado<sup>87</sup>. Al mismo tiempo, se distingue del *personality merchandising* en la medida en que este usa la verdadera imagen de un individuo<sup>88</sup> mientras que el *character merchandising* emplea un personaje ficticio para la mercadotecnia<sup>89</sup>.

Como se anotó, el *character merchandising* resulta pertinente al imaginar la posibilidad de que los *influencers* creen personajes ficticios para desarrollar sus funciones de creación de contenido, entretenimiento y publicidad. De ahí que una marca anunciante pueda servirse de él para relacionarse con cualquier característica del personaje creado por el *influencer*, como sus habilidades, intereses y opiniones. Un ejemplo de esto es Juanpis González Pombo, personaje creado e interpretado por el comediante colombiano Alejandro Riaño en el marco de sus presentaciones teatrales. Con el tiempo, este personaje trascendió los escenarios para posicionarse en redes sociales como YouTube e Instagram, en las que cuenta con más de un millón de seguidores en cada una. Hoy Juanpis realiza publicidad de marcas de whisky como Macallan, The Glenfiddich y Chivas Regal en sus shows y contenido<sup>90</sup>.

De esta manera, el *influencer* como titular de su imagen o derechos de autor de un personaje es competente para actuar como *merchandiser* y por tanto licenciar el

84 *Ibid.*, p. 60.

85 *Ibid.*, p. 61.

86 Artículo 77 de la Ley 23 de 1982. “Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás”.

87 MCGEE, ANDREW *et al.* “Character Merchandising: Aspects of Legal Protection”. *Legal Studies*, vol. 21, n.º 2, 2001, pp. 228-229 [traducción de la autora].

88 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 19 [traducción de la autora].

89 *Ibid.*, p. 19 [traducción de la autora].

90 Un ejemplo es este video en el que aparecen licores de las marcas Macallan y Chivas Regal: [https://youtu.be/mpLxeK\\_DyjE](https://youtu.be/mpLxeK_DyjE)

uso de sus derechos exclusivos a un empresario. La importancia de este contrato radica en la frecuencia de su uso en la sociedad contemporánea y en los beneficios mutuos para las partes que lo celebran: para el titular de un intangible la explotación económica de su derecho a cambio de una remuneración, mientras que para los empresarios la atracción de nuevos consumidores y el aumento de sus ventas.

### c. *Brand merchandising*

Este contrato se define como “aquel acuerdo mediante el cual el titular del derecho sobre una marca de renombre autoriza, a cambio de una contraprestación, a otra persona para que la use para distinguir productos o servicios que no sean iguales ni similares a aquéllos para los que está registrada durante un tiempo determinado y un espacio delimitado”<sup>91</sup>. En este sentido, la marca objeto del contrato debe ser reconocida por los consumidores, de modo tal que se caracterice por su fuerza atractiva y *selling power*. Tales cualidades crean en el consumidor el deseo de adquirir ese bien o servicio al asociarlos a los que la marca individualiza con las cualidades de esta<sup>92</sup>.

Cabe destacar que el *brand merchandising* es similar al contrato de licencia de marca pues implica la autorización de uso de un derecho marcario. La diferencia entre ellos estriba en la clase de productos o servicios para los cuales se faculta el uso de la marca y en el reconocimiento de la marca objeto del contrato. Así, en la licencia la autorización se otorga sobre todos o algunos bienes y servicios para los cuales se encuentra registrada la marca y no requiere que esta sea ampliamente conocida por grupos determinados o indeterminados de consumidores. Por su parte, el *brand merchandising* reposa sobre bienes o servicios diferentes a los cuales fue registrada la marca, e implica que esta goce de prestigio y renombre<sup>93</sup>, los cuales son adquiridos por la intensidad de uso y el reconocimiento por el público en el mercado<sup>94</sup>.

No obstante la utilidad del *brand merchandising* este no resulta pertinente al ejecutar prácticas de *influencers marketing* y por tanto no se estudia de manera extensiva en este trabajo. En efecto, al requerir que las celebridades de internet sean titulares de una marca y que esta sea ampliamente reconocida en el mercado, se limita el número de *influencers* que pueden celebrar este contrato. Al mismo tiempo, con él es posible que la asociación de los consumidores pierda de vista quién es el *influencer* titular del signo distintivo y únicamente vincule y reconozca al derecho marcario con el tercero autorizado para su uso<sup>95</sup>. De esa forma, bajo

91 FRANQUET SUGRAÑES, M. TERESA. *El contrato de licencia de personality merchandising*. Universitat Rovira i Virgili, Departament de Dret Privat, Processal i Financer, 2003, p. 42.

92 *Ibid.*, p. 43.

93 CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MARÍA DE LA CONCEPCIÓN. “Aspectos jurídicos del contrato de merchandising”. *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 28, 2011, p. 66.

94 GUERRERO, MANUEL. *Derecho de marcas: teoría y práctica internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 140.

95 Cabe anotar que existen signos distintivos que le conceden derechos a su titular gracias su uso y no únicamente a través de su registro, como es el caso del derecho de

este contrato se corre el riesgo de no alcanzar el objetivo principal de la publicidad a través de *influencer*: la asociación de la celebridad de internet con un origen empresarial. Por ello, contratos como *personality* y *character merchandising* resultan ventajosos pues no requieren de la existencia previa de un registro, y aseguran la asociación directa del *influencer* o su personaje con los bienes o servicios de un tercero autorizado para su uso.

### 3. Contratos en Derecho de Autor

Visto que los *influencers* fungen como creadores de contenido, algunas de las imágenes, videos, historias y personajes empleados en ellos se protegen por el Derecho de Autor. Este amparo tendrá lugar siempre que se presenten los tres requisitos esenciales para considerarse obras, es decir, su contenido consista en creaciones humanas, originales, fijadas o susceptibles de ser fijadas en un medio que permita su reproducción<sup>96</sup>. De ahí que los *influencers* se consideren autores y, por tanto, titulares de derechos morales y patrimoniales. Explicada la manera como los creadores de contenido autorizan a terceros para usar sus obras, conviene estudiar otra clase de contratos que celebran en su calidad de autores.

En esta medida, una vez los *influencers* construyen su audiencia, es atractivo para los agentes comerciales que sus productos sean incluidos o mencionados dentro del contenido de su perfil. Luego, las marcas recurren a la imaginación y facilidad de las celebridades de internet para comunicar una idea con el fin de incentivar directa o indirectamente el consumo de sus bienes o servicios. Dependiendo de los recursos con que cuente una u otra parte, contratos como cesión de derechos y obra por encargo son alternativas que favorecen esta práctica. Desde luego, si se trata de una marca posicionada que cuenta con su equipo publicitario, el *influencer* se servirá de ello para crear sus obras y posteriormente ceder sus derechos al anunciante. En cambio, si la marca anunciante carece de los recursos físicos y tecnológicos requeridos, puede contratar al *influencer* como autor encargado de una obra en la que se ofrezcan sus bienes o servicios.

#### a. Cesión de derechos de autor

En la medida que la cesión contractual de derechos de autor no está regulada dentro de la norma autoral, “sus cláusulas se [construyen] a partir de la autonomía de la voluntad”<sup>97</sup>. Según la Corte Constitucional, esta es

imagen, las marcas notorias y renombradas, y las *common law trademarks* del ordenamiento jurídico estadounidense.

<sup>96</sup> Artículos 4 al 7, Decisión Andina 351 de 1993.

<sup>97</sup> GUZMÁN D., DIEGO F. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 120.

la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación<sup>98</sup>.

Dentro de las limitaciones a este contrato se encuentra el carácter intrasferible de los derechos morales. Ergo, únicamente son cesibles los derechos patrimoniales de autor. Así mismo, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982<sup>[99]</sup> establece limitaciones adicionales como:

– *Interpretación exegética de las cláusulas.* La cesión puede comprender todos o algunos derechos patrimoniales de autor. Su alcance es limitado y por tanto “es necesario especificar los usos y derechos cedidos, pues sólo aquellos expresamente señalados quedarán en cabeza del cesionario”<sup>100</sup>. Del mismo modo, “debe indicarse si los derechos son conferidos para ser explotados de forma análoga o digital, o si permite usos a título gratuito o comerciales”<sup>101</sup>. En últimas, las cláusulas del contrato no son susceptibles de interpretación extensiva.

– *Silencio de las partes frente a su duración.* Si se omite el término de duración de la cesión, la ley lo restituye después de cinco años.

– *Silencio de las partes frente al territorio.* Ante esta omisión, la cesión se limita al territorio en que se haya celebrado la transferencia de derechos.

– *Requisitos formales.* Es requisito de validez que el contrato conste por escrito<sup>102</sup>. Existe también el deber de inscribir los contratos de cesión en el Registro Nacional de Derecho de Autor, el cual funge como condición de publicidad y oponibilidad frente a terceros.

98 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 934 de 2013 (11 de diciembre de 2013). M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. En: Relatoría Corte Constitucional [página web].

99 Artículo 183 de la Ley 23 de 1982: “Acuerdos sobre derechos patrimoniales. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas: Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia. Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros. Será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir. Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia”.

100 GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, op. cit., p. 121.

101 *Ibid.*, p. 121.

102 Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo de 2010-2014).



– *Proscripción de cláusulas de cesión general.* No es posible ceder derechos de obras que aún no existen. De esta forma, “será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura”<sup>103</sup>. Aunado a ello, a partir del artículo 1535 del Código Civil, esta cláusula sobre obras futuras también es nula, “en cuanto [se supedita al] cumplimiento de la condición de existencia de la obra, que es potestativa del propio obligado”<sup>104</sup>.

– *No restricción a la creación intelectual.* Son inexistentes las cláusulas en las cuales un autor “se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”<sup>105</sup>, ello toma como base la libertad de profesión u oficio reconocida en el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, en la medida en que “esta libertad no puede ser coartada por medio de un contrato que le impida ejercer su oficio de creador de obras amparadas por el Derecho de Autor”<sup>106</sup>.

– *Prohibición de inclusión de formas de uso inexistentes o desconocidas.* Son ineficaces aquellas estipulaciones que pretendan la cesión de derechos de autor o conexos sobre formas de explotación o modalidades de utilización que sean inexistentes o desconocidas al momento de celebrar el contrato.

Así las cosas, la cesión de derechos de autor es una de las vías contractuales de las que se puede servir el *influencer* y las empresas a la hora de publicitar en la internet.

## b. Contrato de obra por encargo

Por este contrato, un autor se obliga a la creación de una obra a favor de un encargante, quien se hace titular de los derechos de autor sobre la misma. Siguiendo a Guzmán, es una forma de adquirir los derechos de autor de forma derivada en virtud de la ley. De ahí que la obra por encargo se defina en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982<sup>[107]</sup> como aquella creada “para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo”.

103 Artículo 183 de la Ley 23 de 1982, *op. cit.*

104 GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, *op. cit.*, p. 123.

105 Artículo 183 de Ley 23 de 1982.

106 GUZMÁN, DIEGO. *Derecho del arte : el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, *op. cit.*, p. 123.

107 Artículo 20 de la Ley 23 de 1982: “En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.

Su característica principal es la “existencia de un director encargado de dirigir y difundir la obra, quien a su vez es titular exclusivo del derecho sobre la creación”<sup>108</sup>. Así las cosas, el autor conserva la titularidad de los derechos morales y el encargante adquiere la titularidad derivada de los derechos patrimoniales de la obra encargada. De esta manera, la ley presume que a este encargante se transfieren todos los derechos patrimoniales, salvo que exista un pacto en contrario. No obstante lo anterior, la ley “le confiere legitimidad por activa al titular derivado para iniciar acciones judiciales en defensa de los derechos morales, informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”<sup>109</sup>.

Sumado a esto, Guzmán apunta que para la celebración de este contrato debe cumplirse con el requisito formal de su constancia por escrito. Aparte de ello, si se trata de obras creadas dentro de relaciones contractuales como aquellas de carácter laboral, la obra cuyos derechos son objeto de cesión debe corresponder a las actividades habituales del contratista en el momento de creación de la obra<sup>110</sup>.

Así, los *influencers* pueden convertirse en autores a quienes una persona natural o jurídica, de carácter público o privado, les encomienda la realización de una obra fotográfica o audiovisual que será publicada en su perfil. Por ejemplo, una fotografía en la que el *influencer* pose con el producto en sus manos<sup>111</sup>, o un video de humor donde se haga alusión a la convivencia ciudadana de los habitantes de una ciudad, con el fin de apoyar una campaña de la alcaldía local<sup>112</sup>.

#### 4. Contrato de licencia

Como se explicó dentro del acápite dedicado al *character merchandising*, este contrato puede emplearse para “autorizar el uso de diferentes bienes inmateriales”<sup>113</sup>. En este sentido, bajo este contrato un *influencer* (licenciante) permite que un tercero (licenciario) explote total o parcialmente sus derechos patrimoniales de autor. Al servirse de una obra ya creada por el autor, la celebración de este contrato por sí solo no resulta de interés para las marcas, a quienes les beneficia y atrae la creación de contenido exclusivo sobre sus productos o servicios.

108 RENGIFO G., ERNESTO. “Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor”, citado por: GUZMÁN, DIEGO, *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, op. cit., p. 126.

109 *Ibid.*, p. 128.

110 *Idem.*

111 En el perfil de Instagram de Mabel Cartagena (@flakycartagena) puede visualizarse un ejemplo: <https://www.instagram.com/p/B8tdox6HDcs/?igshid=161c4l7o21txo>

112 Sebastián Ospina (@tatanfue) publicó en su Instagram un video de esta clase: <https://www.instagram.com/tv/B8KnV-bHwSa/?igshid=hf9tbaptf9nl>

113 GUERRERO, “Los contratos de transferencia internacional de tecnología: América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea”, op. cit., p. 59.

## 5. *Influencers marketing* y responsabilidad frente a los consumidores

Los contratos celebrados en ejecución de *influencers marketing* deben atender al moderno reconocimiento de responsabilidad de las celebridades de internet frente a los consumidores. Así, visto que los *influencers* y sus perfiles de redes sociales fungen como canales publicitarios, la espontaneidad y autenticidad que les caracteriza pueden derivar en eventos de publicidad engañosa. Esta materia ha sido analizada por diferentes legislaciones, dando paso a la expedición de regulaciones al respecto. Aparte de ello, cabe la posibilidad de que los *influencers* sean responsables por daños causados por productos defectuosos, siempre que estos empleen alguno de sus signos distintivos. Sin embargo, de esta situación no se encontraron precedentes y, dada la novedad del *influencers marketing*, actualmente no existe una ley específica distinta de las normas generales de protección al consumidor.

En este orden de ideas, en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) se define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”<sup>114</sup>. Así, su artículo 30 dispone:

Está prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

Gracias al contenido que crean y la comunicación de ideas a sus seguidores, los *influencers* son considerados medios de comunicación a través de los cuales se transmite publicidad. Por lo tanto, en caso de demostrarse su dolo o culpa grave, serán solidariamente responsables con el anunciante respecto de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. En tal evento, la exoneración de responsabilidad de la celebridad de la internet está sujeta a la prueba de fuerza mayor, caso fortuito o de la adulteración o suplantación de la publicidad<sup>115</sup>.

Por otra parte, cabe la discusión sobre la responsabilidad de los *influencers* por los daños que causen los productos defectuosos que anuncien. Esta clase de productos se definen como bienes muebles o inmuebles “que en razón de un error en su diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no [ofrecen] la

<sup>114</sup> Artículo 5, numeral 7 de la Ley 1480 de 2011.

<sup>115</sup> Artículo 32 de la Ley 1480 de 2011. Causales de exoneración de responsabilidad. “El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”.

razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”<sup>116</sup>. Al respecto, el artículo 20 del Estatuto del Consumidor dispone:

El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

Como daño, se entienden los siguientes:

1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;
2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

De esta norma es factible considerar que el *influencer* que permite la colocación de cualquiera de sus signos distintivos sobre un producto defectuoso cuyo productor no se indique expresamente está llamado a responder por los perjuicios que tal deficiencia causa a los consumidores. En ese sentido, autores como Mittal reconocen que en los contratos de *personality* y *character merchandising* el licenciante del intangible puede estar llamado a indemnizar a los consumidores. Así, aunque en estos contratos no haya una relación contractual directa entre el titular del intangible y el consumidor de los bienes y servicios<sup>117</sup>, deben atenderse el Derecho de daños y el deber profesional que debe adoptar una persona en sus negocios. De hecho, “algunas cortes de Estados Unidos han sostenido que simplemente permitir que un licenciario lleve sus negocios bajo el nombre o marca asociado a otro, puede ser suficiente argumento para imponer la responsabilidad del *merchandiser*”<sup>118</sup>. Siguiendo el artículo 22 de la Ley 1480 de 2011, en este evento la defensa de los *influencers* como *merchandisers* deberá basarse en la prueba de fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero<sup>119</sup>.

116 Artículo 5, numeral 17 de la Ley 1480 de 2011.

117 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 32 [traducción de la autora].

118 *Ibid.*

119 Artículo 22 de la Ley 1490 de 2011: “Exoneración de responsabilidad por daños por producto defectuoso. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;

En virtud de lo anterior, el referenciado autor advierte que las celebridades “deben ser cuidadosas al escoger la promoción que llevan a cabo [sic], especialmente si no tienen una experiencia personal con el producto o servicio”<sup>120</sup>. Así, reconoce que la conexión mental de los seguidores (consumidores) de la celebridad con los bienes y servicios que recomienda “depende del contexto, la clase de producto que se promociona, la experticia de la celebridad en el área, su popularidad y la confianza del consumidor en ella”<sup>121</sup>. Ergo, es lógico imaginar que los consumidores relacionen las celebridades con los bienes y servicios que promocionan, toda vez que estas figuras son consideradas expertas en la materia. Como se anunció, esta cuestión aún no es objeto de debate en los ordenamientos jurídicos, pero es claro que el derecho del consumo y la responsabilidad están llamados a atenderlo.

Empero, en aras de la protección de los derechos del consumidor, países como Reino Unido<sup>122</sup> fueron pioneros en la expedición de directrices para la publicidad en redes sociales a través de los creadores de contenido. Basados en ellos, distintos ordenamientos<sup>123</sup> han expedido documentos similares, orientados a la prevención de publicidad engañosa en redes sociales por medio de órdenes y recomendaciones a los *influencers* y anunciantes. Así, las principales obligaciones que incluyen se refieren al acompañamiento de su contenido promocional con una etiqueta que especifique tal situación (ej. #Ad, #Publicidad, #PublicaciónPaga) y la mención del anunciante o beneficiario de la publicidad. Todo esto acompañado de multas en caso de desconocer sus prescripciones.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (sic) ha observado con detalle el comportamiento de los *influencers*. En consecuencia ha abierto, investigado y sancionado algunos de ellos<sup>124</sup> y en octubre de 2020 expidió la *Guía de buenas prácticas para la publicidad a través de influenciadores*. En ella se establecieron orientaciones para los anunciantes y creadores de contenido en aras

5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;

6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

Parágrafo. Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse”.

120 MITTAL, “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”, *op. cit.*, p. 32 [traducción de la autora].

121 *Ibid.*, p. 32 [traducción de la autora].

122 The Advertising Standards, The Committee Of Advertising Practice, The Competition and Markets Authority. *An Influencer’s Guide to making clear that ads are ads* [en línea]. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html> [consulta: 27-05-2020].

123 Un ejemplo es la *Guía de publicidad para influencers* expedida en Perú en noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3979412/Publicidad+Digital.pdf/186e5bc2-42c6-9a30-1d5c-dff598e82358>

124 Un ejemplo es la sanción impuesta en junio de 2021 a la *influencer* Elizabeth Loaiza por publicidad engañosa al promocionar “pruebas rápidas de covid-19”. Puede consultarse en: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-sanciona-elizabeth-loaiza-junca-por-publicidad-engañosa-al-promocionar-pruebas-rapidas-de-covid-19>

de que el *influencers marketing* se ejecute de manera responsable y garantista de los derechos de los consumidores. Dentro de las recomendaciones formuladas a los influenciadores se indicó que están llamados a (i) identificar cuándo hay una relación comercial con un anunciante, (ii) exigirle al anunciante o agencia que contrata sus servicios que le indique cuáles son los lineamientos para identificar plenamente el mensaje como publicidad, (iii) abstenerse de realizar publicidad cuando el anunciante le sugiera ocultar la naturaleza comercial del mensaje y (iv) abstenerse de hacer pasar un mensaje publicitario como uno natural y espontáneo que surge de su experiencia<sup>125</sup>. En suma, distintas jurisdicciones alrededor del mundo cada vez más posan su atención sobre la actuación de los *influencers* en las redes sociales, que en un principio pareció ajena al derecho<sup>126</sup>. Desde luego, la regulación del *influencers marketing* debe construirse sobre las bases existentes, nutriéndose de las características propias de esta práctica.

#### B. PRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS BAJO SU MARCA

Es claro que el *influencers marketing* demuestra la capitalización de la imagen de estas celebridades de la internet, así como un mecanismo rápido para que las empresas interactúen con sus antiguos consumidores y potenciales clientes. Aunado a esto, gracias a sus características y su cantidad de seguidores, existen numerosos casos de *influencers* que se aventuran a diseñar y crear su propia marca para identificar sus bienes y servicios. De hecho, la comercialización de diferentes productos bajo su signo distintivo les permite fortalecer su posición en redes sociales y al mismo tiempo explotar un modelo de negocio adicional.

Cabe recordar que las marcas son “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado”<sup>127</sup>. En Colombia su registro es constitutivo y se realiza ante la Delegatura de Propiedad Industrial de la SIC. Estas otorgan un derecho exclusivo de explotación por diez años, el cual es renovable por periodos consecutivos de igual duración<sup>128</sup>. Su relevancia estriba en sus funciones, en cuanto (i) indican el origen empresarial, (ii) indican calidad y (iii) condensan *goodwill*<sup>129</sup>. Todo esto implica que la marca le otorgue a su titular ventaja competitiva en el mercado.

125 Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección del Consumidor. *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*, 2020, p. 19.

126 Igualmente se discute la regulación laboral y fiscal de la actividad de los *influencers*. Así, el proyecto de ley argentino número 1358/20 contempla su inscripción en la Administración Federal de Ingresos Públicos como trabajadores autónomos en condición de monotributistas o de responsables inscritos (artículo 9).

127 Artículo 134 de la Decisión Andina 486 de 2000.

128 Artículo 152 de la Decisión Andina 486 de 2000. “El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por periodos sucesivos de diez años”.

129 GUERRERO, *Derecho de marcas: teoría y práctica internacional*, op. cit., p. 23.

Uno de los fines, mas no de los requisitos, de las marcas es lograr que el consumidor pueda asociar un producto o un servicio con la persona natural o jurídica, que lo produce o que lo presta a quien corresponda. Uno de los efectos que trae consigo la asociación mental que realiza un consumidor frente a un producto o un servicio es el que tiene que ver con la calidad y, a la vez, si el acto de consumo produce una satisfacción en quien lo realiza, la creación de un *goodwill*<sup>130</sup>.

Adicionalmente, las marcas se orientan por dos principios fundamentales: (i) territorialidad y (ii) especialidad. Sobre el primero, “el alcance territorial de una marca será el mismo que la competencia de la autoridad que lo otorga”<sup>131</sup>. En otras palabras, el principio de territorialidad determina el espacio geográfico donde el derecho marcario es registrado y, por tanto, protegido.

En cuanto al segundo principio, “los derechos exclusivos que otorga una marca solo se adquieren para invocar la protección del derecho marcario, en conexión a los bienes o servicios para los que ha sido registrada”<sup>132</sup>. Es decir, los derechos marcarios se obtienen única y exclusivamente para los bienes o servicios que se incluyan en su solicitud de registro. Como consecuencia de esto, “es posible que [...] puedan existir en el mercado marcas idénticas o similares que pertenezcan a distintos titulares, siempre y cuando se encuentren amparando productos o servicios ubicados en diferentes clases”<sup>133</sup>. Cabe resaltar que la doctrina y la jurisprudencia han extendido la protección otorgada a un producto o conjunto de productos registrados bajo una marca, a aquellos productos y servicios que sean similares a los comprendidos por dicho signo<sup>134</sup>.

Por otra parte, para el registro de un signo como marca deben respetarse los requisitos previstos en la Decisión Andina 486 de 2000 (DA 486). Estos son divididos por Guerrero en positivos y negativos. Los primeros consisten en “los elementos que los diferentes ordenamientos jurídicos exigen para conceder el registro”<sup>135</sup>. Estos son “(i) que sea un signo, es decir, capaz de ser percibido por los sentidos; (ii) que sea capaz de distinguir; (iii) que sea susceptible de representación gráfica”<sup>136</sup>.

En la segunda clase de requisitos se busca que el signo no esté inmerso en alguna de las siguientes restricciones:

– *Prohibiciones o causales absolutas*. “Comportan el estudio de la solicitud en sí misma considerada, es decir, sin realizar comparaciones con otras solicitudes o marcas registradas”<sup>137</sup>. Al pretender la defensa del derecho a la libre competencia, las “Oficinas Nacionales de marcas realizan un examen de oficio sobre la marca

130 *Ibid.*, pp. 23-24.

131 *Ibid.*, p. 47.

132 ZUCCHERINO, D. y MITELMAN, C. “Marcas y patentes en el GATT”, citado por *ibid.*, p. 42.

133 Tribunal Andino de Justicia. Proceso 148-IP-2005, citado por *ibid.*, p. 43.

134 *Ibid.*, p. 44.

135 *Ibid.*, p. 51.

136 *Ibid.*, p. 52.

137 GUERRERO, *Derecho de marcas: teoría y práctica internacional*, op. cit., p. 205.



solicitada para determinar la existencia de causales absolutas sin necesidad de que medie la oposición de un tercero”<sup>138</sup>. El artículo 135 de la DA 486 da cuenta de estas causales. El citado autor expone como más relevantes: la falta de distintividad e imposibilidad de representación gráfica; tratarse de signos descriptivos y genéricos; ser denominaciones comunes o usuales del lenguaje; ser una forma determinada exclusivamente por la naturaleza, por la función técnica o que aporten un valor sustancial al producto; referirse a emblemas y signos heráldicos; ser contrarias al orden público y las buenas costumbres, y las que puedan inducir al público al error.

– *Prohibiciones o causales relativas*. Con ellas se evita la afectación de derechos de terceros. Se encuentran en el artículo 136 de la DA 486. Siguiendo a Guerrero, se destacan las siguientes causales: la existencia de marcas anteriores similarmente confundibles; ser confundible o asociable con un nombre, enseña o lema comercial registrado; afectar la identidad o prestigio de personas jurídicas, nombre o derecho a la imagen de personas naturales; infringir un derecho de autor; ser un nombre de comunidades indígenas, afroamericanas o locales, y constituir reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente reconocido.

En este orden de ideas, la autoridad, el conocimiento y la posición que caracterizan a los *influencers* incentivan la creación de su marca, siguiendo las pautas generales anteriormente explicadas. Como consecuencia de ello, los bienes y servicios que se comercialicen bajo su signo distintivo cuentan con gran acogida por sus seguidores. Así pues, estos últimos se convierten en sus potenciales clientes y consumidores, quienes observan el emprendimiento de estas celebridades como una forma de acercarse más a ellas. Al registrar su marca, los *influencers* pueden usar su derecho de imagen o prescindir de él. Con independencia de la clase de signo que escojan, lo importante es la relación de su derecho marcario con los bienes y servicios que el creador de contenido fabrica, distribuye o comercializa dentro de su modelo de negocios.

### 1. Derecho a la imagen como marca

En general, la imagen puede protegerse a través del régimen marcario. Por una parte, su amparo encuentra base en las prohibiciones contempladas en los artículos 135 y 136, toda vez que “la protección del régimen marcario impide a terceros su registro cuando no se cuenta con la autorización del titular”<sup>139</sup>. Asimismo, “la imagen de un individuo puede constituir un signo distintivo. Ello obedece a su capacidad para ser asociada con un origen empresarial”<sup>140</sup>. En esta medida, Guzmán explica los siguientes elementos esenciales para que una imagen se registre como marca, los cuales implican el respeto de este derecho por parte de terceros:

138 *Ibid.*, p. 205.

139 GUZMÁN, “El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia”, *op. cit.*, p. 60.

140 *Ibid.*, p. 60.

– *No afectar la identidad o prestigio de una persona.* El registro de la imagen como marca no debe implicar un daño al buen nombre de su titular. Esta afectación puede advertirse de múltiples maneras. En primer lugar, puede declararse de oficio y, de acuerdo con la SIC, ello será determinable por “el grado de conocimiento que pueda haber en el público general acerca del titular de la imagen”<sup>141</sup>. También se puede presentar mediante la oposición que se exponga dentro del trámite de registro marcario presente; o por medio de la solicitud directa del registro<sup>142</sup>.

– *La imagen, desde su perspectiva amplia, no es solamente el retrato sino también cualquier elemento capaz de identificar a un individuo.* El signo a registrar no puede ser asociado con rasgos característicos de otra persona, por ejemplo, un modismo de un futbolista famoso.

– *Exista el consentimiento de su titular o sus herederos.* “Una interpretación extensiva permite interpretar que es incluso posible para un tercero obtener el registro de una imagen como marca aun si esta atenta contra el buen nombre de una persona, siempre que se cuente con una autorización previa”<sup>143</sup>.

Como se anotó anteriormente, la imagen como “representación externa de una persona [...] abarca cualquier rasgo personal capaz de permitir la identificación de un individuo”<sup>144</sup>. De ahí que, al lado del retrato y las formas de vestir de una persona, el nombre y/o seudónimo de esta constituyan su imagen, y puedan registrarse como una marca. Así, es frecuente que los *influencers* registren como derecho marcario elementos de su imagen como su nombre o seudónimo. Ejemplos de ello son:

– La *influencer* Sascha Barboza, quien ofrece productos como suplementos dietéticos y nutricionales, mezclas de bebidas dietéticas, barras de energía de suplemento nutricional, merengadas de suplemento nutricional, suplementos nutricionales con base en aminoácidos, vitaminas y preparados vitamínicos a través de su marca mixta Sascha Fitness (expediente N° SD2017/0055471, certificado de registro N° 641892).

– La ya referida Mariand Castrejón Castañeda comercializa cosméticos como maquillaje para ojos, rostro y labios, así como esmaltes para uñas, por medio de la marca nominativa Yuya (expediente N° SD2018/0087719, certificado N° 621569).

## 2. Bienes y servicios asociados a una marca

En este caso, los *influencers* desarrollan actividades comerciales asociadas con una marca propia, mas el signo que registran es diferente a su imagen o cualquier elemento relacionado con ella.

En este sentido, las celebridades de internet presentan diferentes propuestas al mercado. Un ejemplo suficiente es el emprendedor Tulio Zuloaga

141 *Ibid.*, p. 61.

142 *Ibid.*, pp. 61-62.

143 *Ibid.*, p. 63.

144 *Ibid.*, p. 47.

(@tuliorecomienda), quien ofrece sus servicios a los dueños de diferentes restaurantes por medio de su reconocida marca Tulio Recomienda Qué Comer (expediente N° SD2017/0073878, certificado N° 588458). A través de ella y de la aplicación móvil que lleva el mismo nombre (Tulio Recomienda), los diferentes comerciantes pueden participar en sus exitosos concursos denominados Burger Master, Pizza Master, Sushi Master, Buchanan's Cocktail Challenge y Highball Challenge. En los últimos años, gracias a la cantidad de ventas que generan, estos eventos han permitido la reactivación del sector gastronómico de las principales ciudades del país, como Bogotá, Barranquilla y Bucaramanga.

Lo anterior demuestra cómo los *influencers* impulsan sus actividades económicas mediante diferentes clases de marcas, a partir de las cuales su modelo de negocios adquiere mayor valor. Sin embargo, es posible que estas celebridades de internet desarrollen actos mercantiles sin registrar un signo distintivo. Para ello, organizan sus establecimientos comerciales, los cuales son identificables y protegidos a través de enseñas y nombres comerciales. Estos signos distintivos son contemplados por el artículo 190 de la DA 486 y se definen como “la inscripción o figura que se fija en el exterior del establecimiento para distinguirlo de los de propiedad de los concurrentes”<sup>145</sup>. Un ejemplo es el restaurante Alta Gracia de Sebastián Ospina López (@tatanfue), el cual se especializa en arroz con leche y cuenta con dos ubicaciones en Bogotá<sup>146</sup>.

En este sentido, aunque el derecho marcario puede registrarse sin ser vinculado a la imagen del *influencer*, este cuenta con la capacidad de lograrlo eventualmente. Esto se debe a que los seguidores como consumidores atribuyan el origen empresarial de los productos y servicios comercializados bajo una marca con su titular o con la persona que la utiliza. De este modo, la marca logra convertirse en un elemento de su imagen.

Como se evidencia, el reconocimiento del que gozan en internet los *influencers* es base fundamental para el inicio de su desempeño en ámbitos empresariales más allá de las redes sociales. Tales actividades les permiten su crecimiento profesional, sin que ello escape del control estatal. Por ende, al analizar exhaustivamente sus perfiles, eliminando el factor entretenimiento y disponiendo de un carácter crítico, se contempla su perspicacia en el mundo de los negocios. De ahí que sean elementos clave en la ejecución o creación de obras artísticas, marcas, concursos, restaurantes y programas de televisión. Todos ellos requieren de protección jurídica, la cual parte del derecho comercial en su ámbito más tradicional, para continuamente requerir del régimen de Propiedad Intelectual con el fin de fortalecerse en el mercado.

145 HALPERÍN, *Curso de Derecho Comercial*, citado por RIOFRÍO, JUAN CARLOS. “Teoría general de los signos distintivos”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 18, 2014, p. 205.

146 En esta publicación de Instagram se expone su apertura: <https://www.instagram.com/p/BtUONM7nA2A/?igshid=1dea7po2o35s6>

### C. FRAUDE EN LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LOS *INFLUENCERS*

Al celebrar contratos relacionados con los modelos de negocio de los *influencers* se deben prevenir conductas deshonestas que buscan mostrar una cuenta con un mejor posicionamiento en las plataformas digitales, generando la ilusión de ser genuinos influenciadores. Así, el fraude en redes sociales consiste en “el proceso de crear *likes*, seguimientos, vistas o cualquier actividad *online* en redes sociales de internet como Facebook, Twitter, YouTube e Instagram para incrementar artificialmente los fans de una cuenta”<sup>147</sup>. Para lograr sus objetivos el fraude acude a dos estrategias: (i) la intervención de cuentas reales y (ii) la creación de nuevas y falsas cuentas<sup>148</sup>.

En el primer caso “se atraen usuarios a través de un clic en links (*phishing*) que les promete seguidores gratis, pero en realidad interviene sus cuentas, las cuales son utilizadas para dar *like*, seguir o ver otras cuentas”<sup>149</sup>, y para ello se emplean las *click farms* (o granjas de clics). En el segundo caso, “se crean nuevas y falsas cuentas que son usadas para generar seguidores, *likes* o vistas”<sup>150</sup>, y para ello se emplean *botnets*, es decir, “sistemas de computador infectados y remotamente controlados por un tercero, ‘*bot master*”<sup>151</sup>.

Actualmente esta clase de fraude deriva en desconfianza de los datos de redes sociales, así como pérdidas económicas para las compañías que invierten en *influencers marketing*. Estas prácticas son advertidas cada vez más, exigiéndose mayor transparencia en esta clase de publicidad<sup>152</sup>. De ahí que las plataformas digitales invierten cada vez más en el desarrollo de algoritmos y herramientas que detecten

147 PAQUET-CLOUSTON, MASARAH *et al.* “Can We Trust Social Media Data? Social Network Manipulation by an IoT Botnet”. En: *#SMSociety17: Proceedings of the 8th International Conference on Social Media & Society*, 2017, p. 1 [traducción de la autora].

148 *Ibid.*, p. 2 [traducción de la autora].

149 STRINGHINI, G.; EGELE, M.; KRUEGEL, C. y VIGNA, G. “Poultry markets: on the underground economy of Twitter followers”. *Ibid.*, p. 2 [traducción de la autora].

150 DE CRISTOFARO, E.; FRIEDMAN, A.; JOURJON, G.; KAAFAR, M. A. y SHAFIQ, M. Z. “Paying for likes?: Understanding Facebook like fraud using honeypots”, 2014, *ibid.*, p. 2 [traducción de la autora].

151 *Ibid.*, p. 2 [traducción de la autora].

152 Desde el 2018, medios de comunicación como el periódico *New York Times* y *BBC Mundo* han advertido sobre estas prácticas. El primero publicó un artículo en el que denunció el uso de *bots* para inflar el número de seguidores en Twitter de celebridades, políticos e *influencers*, titulado “The follower factory”, escrito por NICHOLAS CONFESSORE, GABRIEL J.X. DANCE, RICHARD HARRIS y MARK HANSEN (disponible en: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/01/27/technology/social-media-bots.html>). El segundo publicó un artículo en el que expuso la actual desconfianza de marcas como Unilever para desarrollar actos de *influencers marketing*, titulado “Por qué algunas grandes marcas temen que los ‘influencers’ que ganan miles de dólares en Instagram están haciendo trampas”, escrito por MARY-ANN RUSSON (disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44571573>). Además, se han presentado casos como el de Arianna Renee, quien en 2019 lanzó su propia marca de ropa y a pesar de contar con más de 2 millones de seguidores en su Instagram no logró vender más de 36 camisetas (tomado de CORTÉS, JAVIER. “Los ‘influencers’ que publicitan ropa y complementos para un puñado de bots” *El País*, 1 de noviembre de 2019. Disponible en: [https://elpais.com/retina/2019/10/30/tendencias/1572428708\\_384627.html](https://elpais.com/retina/2019/10/30/tendencias/1572428708_384627.html) [consulta: 16-10-2021]).

tales actividades fraudulentas<sup>153</sup>. Con ello, se busca impedir la saturación de la infraestructura de internet<sup>154</sup> y la protección de los agentes del mercado, favoreciendo las transacciones comerciales. Como se observa, los modelos de negocio de las celebridades digitales no son extraños a las actividades engañosas, debiéndose advertir e impedir la afectación de la credibilidad de esta clase de usuarios. Sin embargo, al tratarse de una práctica ilegítima, este escrito no ahonda en su estudio, pero sí alerta a los diferentes usuarios de redes sociales que pueden ser víctimas de tales prácticas deshonestas.

## CONCLUSIONES

Dentro de Instagram y otras plataformas de la internet nacieron nuevas celebridades llamadas *influencers*. Se trata de usuarios que se dedican —de manera exclusiva o no— a compartir las actividades que llevan a cabo en su día a día, a través de diversas publicaciones en sus perfiles de redes sociales. Por ejemplo, muestran lo que visten con el fin de inspirar a otros con su estilo personal, comparten reseñas de los restaurantes que visitan o enseñan la rutina de ejercicio que practican para mantenerse en forma. Así, existiendo una amplia gama de ideas por difundir, la constancia y autenticidad de los *influencers* deriva en relaciones de confianza con sus seguidores y en su posicionamiento como una autoridad de la internet. A partir de ello, su influencia en la toma de decisiones de sus espectadores los convierte en importantes aliados comerciales de las marcas. De este modo, su actividad económica se basa en la explotación de la fama que adquieren gracias a los *likes* y seguidores de sus perfiles en redes sociales. Derivado de lo anterior, su empresa trasciende lo digital y se relaciona en la explotación de diferentes bienes inmateriales protegidos por la Propiedad Intelectual y ramas afines. La identificación y adecuada cuantificación de sus activos eventualmente será necesaria para asegurar su protección y mejorar sus ganancias.

De esta forma, las celebridades digitales desarrollan funciones de entretenimiento, creación de contenido y publicidad por medio de contratos como patrocinio, *personality* y/o *character merchandising*, cesión y licencia de derechos de autor, obra por encargo, licencias y otros. Todos ellos se relacionan con intangibles como la imagen, los derechos de autor y los signos distintivos. En este sentido, los creadores de contenido explotan económicamente diferentes derechos de Propiedad Intelectual e industrial, cuya protección es esencial dentro del desarrollo de sus

153 Un ejemplo es el anuncio realizado en agosto de 2020, según el cual la plataforma podría solicitarle diferentes clases de documentos de identidad a cuentas sospechosas con el fin de depurar y evitar estos comportamientos indebidos. *El Tiempo*. “Instagram podría pedirle su documento para verificar que no sea un bot” [en línea], 10 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/instagram-podria-pedirle-su-documento-para-verificar-que-no-sea-un-bot-529306>.

154 PAQUET-CLOUSTON *et al.* “Can We Trust Social Media Data? Social Network Manipulation by an IoT Botnet”, *op. cit.*, p. 2 [traducción de la autora].

actividades. A partir de ello, su atractivo no es exclusivo para las actividades de *marketing* y vincula otras regulaciones como aquellas referentes a la Propiedad Intelectual, el comercio, el consumo y la responsabilidad civil. Respecto de estos últimos, los modelos de negocio de las celebridades digitales deben prestar especial cuidado a la regulación existente sobre publicidad engañosa, responsabilidad por productos defectuosos, estafa y otros fraudes en internet. En definitiva, el auge de los *influencers* ha abierto el camino a nuevas actividades comerciales y económicas que requieren del derecho como elemento esencial para su ejecución, de manera que su actividad sea protegida, incentivada y supervisada.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, MARTA NETO DE. *Influencer marketing on Instagram: how influencer type and perceived risk impact choices in the beauty industry*. Universidade Nova, 2019.
- ARIAS DACHARY, VÍCTOR MANUEL y MÁRQUEZ AROCHA, ADRIÁN. *Evolución del marketing de influencers*. Trabajo de fin de grado. Sevilla, España: Universidad de Sevilla. Departamento de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Literatura, 2017.
- ARORA, ANUJA; BANSAL, SHIVAM; KANDPAL, CHANDRASHEKHAR; ASWANI, REEMA y DWIVENDI, YOGESH. “Measuring social media influencer index- insights from facebook, Twitter and Instagram”. *Journal of Retailing and Consumer Services*, vol. 49, 2019, pp. 86-101.
- AYUDA DE YOUTUBE. “Descripción general y requisitos del Programa para Partners de Youtube” [en línea], 10 de noviembre de 2020. Disponible en: [https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=es&visit\\_id=637347447419123721-1042506521&rd=1](https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=es&visit_id=637347447419123721-1042506521&rd=1)
- BBC MUNDO. “Qué escribió en Twitter la celebridad estadounidense Kylie Jenner que le costó US\$1.500 millones de dólares a Snapchat” [en línea], 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43163853>
- BEDOYA, JORGE. “El contrato de *merchandising*: una realidad comercial atípica amparada por todas las esferas del derecho”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 47, 2012, p. 20.
- BERROZPE S., CARLA. *El fenómeno ‘influencer’ en los consumidores y empresas*. Universidad de la Rioja, Facultad de Ciencias Empresariales, 2018.
- BOHÓRQUEZ FORERO, NOHORA DEL PILAR. “Implementación de norma internacional de inventarios en Colombia”. *Innovar*, vol. 25, n.º 57, 2015, pp. 79-95.
- BRANDMEN. “Metodología” [en línea], 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.brandmen.org/metodologia/>
- BURKE, LAVONNE. “International Media Pirates: Are they Making the Entertainment Industry Walk the Plank?”. *Pepperdine Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. IV, n.º 1, 2020, pp. 67-91.

- CARACOL RADIO. “Influencers, el negocio de moda en las redes” [en línea], 12 de julio de 2021. Disponible en: [https://caracol.com.co/programa/2019/06/11/hoy\\_por\\_hoy/1560275611\\_458687.html](https://caracol.com.co/programa/2019/06/11/hoy_por_hoy/1560275611_458687.html)
- CATALÀ, JOSEP M. “Los influencers y el marketing digital, una convivencia necesaria”. *Revista de Estudios de Economía y Empresa*, n.º 11, 2019.
- CEBALLOS, JOSÉ. “Aspectos generales de la propia imagen”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 15, 2011, pp. 61-83.
- CEBALLOS, JOSÉ. “Gestión de intangibles en la industria deportiva”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 28, 2019, pp. 227-258.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MARÍA DE LA CONCEPCIÓN. “Aspectos jurídicos del contrato de merchandising”. *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 28, 2011, pp. 57-79.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia n.º 17001-23-31-000-2004-01014-01(37953), 26 de noviembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-628 de 2017. Relatoría - página oficial, 2017.
- CRAIG, DAVID. “Creator Management in the Social Media Entertainment Industry”. En: *Making Media*, pp. 363-374. Amsterdam University Press, 2019.
- CUNNINGHAM, STUART y CRAIG, DAVID. “Online entertainment: A new wave of media globalization?”. *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, pp. 5409-5425.
- DE VEIRMAN, MARIJKE; CAUBERGHE, VEROLINE y HUDDERS, LISELOT. “Marketing through instagram influencers: The impact of number of followers and product divergence on brand attitude”. *International Journal of Advertising*, vol. 36, n.º 5, 2017, pp. 798-828.
- DEL FRESNO GARCÍA, MIGUEL; DALY, ALAN J. y SÁNCHEZ-CABEZUDO, SAGRARIO SEGADO. “Identificando a los nuevos influyentes en tiempos de Internet: medios sociales y análisis de redes sociales / Identifying the new Influencers in the Internet Era: Social Media and Social Network Analysis”. *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 153, 2016, pp. 23-42.
- EL TIEMPO. “Instagram podría pedirle su documento para verificar que no sea un bot” [en línea], 10 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/instagram-podria-pedirle-su-documento-para-verificar-que-no-sea-un-bot-529306>
- FRANQUET SUGRAÑES, M. TERESA. *El contrato de licencia de personalidad merchandising*. Universitat Rovira i Virgili. Departament de Dret Privat, Processal i Financer, 2003.
- FRASCOGNA, MARTIN F. “Social Media, Law, and the Practical Application Within the Entertainment Industry”. *Mississippi College Law Review*, 2012, p. 299.
- GUERRERO, MANUEL. *Los contratos de transferencia internacional de tecnología: América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- GUERRERO, MANUEL. *Derecho de marcas: teoría y práctica internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.



- GUZMÁN D., DIEGO F. “El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 21, 2016, pp. 47-77.
- GUZMÁN D., DIEGO F. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- INSTAGRAM. “Condiciones” [en línea], 12 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://help.instagram.com/581066165581870>
- INSTAGRAM. “Direct” [en línea], 10 de noviembre de 2020.
- INSTAGRAM. “Engage. Cómo interactuar con tus seguidores” [en línea], 10 de noviembre de 2020.
- INSTAGRAM. “Historias” [en línea], 10 de noviembre de 2020.
- INSTAGRAM. “Solicitud de verificación” [en línea], 27 de febrero de 2020.
- JIMÉNEZ C., DAVID y SÁNCHEZ F., RAQUEL. “The role of digital influencers in brand recommendation: Examining their impact on engagement, expected value and purchase intention”. *International Journal of Information Management*, vol. 49, 2019, pp. 366-376.
- VENUS, JIN S. y AZIZ, MUQADDAM. “Product placement 2.0: ‘Do Brands Need Influencers, or Do Influencers Need Brands?’ Y1 - 2019 Y2 - September 01”. *Journal of Brand Management*, n.º 26, 2019, pp. 522-537.
- MAARES, PHOEBE y FOLKER, HANUSH. “Exploring the boundaries of journalism: Instagram micro-bloggers in the twilight zone of lifestyle journalism”. *Journalism*, vol. 21, n.º 2, 2020, pp. 262-278.
- MCGEE, ANDREW; GALE, SARAH y SCANLAN, GARY. “Character Merchandising: Aspects of Legal Protection”. *Legal Studies*, vol. 21, n.º 2, 2001, pp. 226-250.
- MITTAL, RAMAN. “Licensing one’s persona: analysing the practice of personality merchandising”. *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, n.º 1, 2010, pp. 16-33.
- MORALES NEIRA, MÓNICA LIZET. “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, el derecho colombiano y su actual interacción con la Inteligencia Artificial”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 30, 2020, pp. 169-197.
- NIKOLINAKOU, ANGELIKI y PHUA, JOE. “Do human values matter for promoting brands on social media? How social media users’ values influence valuable brand-related activities such as sharing, content creation, and reviews”. *Journal of Consumer Behaviour*, vol. 19, n.º 1, 2020, pp. 13-23.
- OLIVEIRA M., JOÃO DE JESUS; DE ALMEIDA, LORENA C.; SARGES N., VANIA H.; DA SILVA, ELENILMA B. y DE ALMEIDA, DYANARA. “Analysis of posts contents on food posted by digital influencers on the Instagram social media”. *Demetra: Food, Nutrition & Health / Alimentação, Nutrição & Saúde*, vol. 14, 2019, pp. 1-18.
- PAQUET-CLOUSTON, MASARAH; BILODEAU, OLIVIER y DÉCARY-HÉTU, DAVID. “Can We Trust Social Media Data? Social Network Manipulation by an IoT Botnet”. En: *#SMSociety17: Proceedings of the 8th International Conference on Social Media & Society*, 2017, pp. 1-9.
- PASSPORT, GMID. Leading Social Sites.

- PÉREZ, MÓNICA. Influencer engagement, *una estrategia de comunicación que conecta con la generación millennial*. Universidad de Alicante, Departamento de Comunicación y Psicología Social, 2016. 1-76 p.
- PRETTEL, VIDAL. *Marketing, una herramienta para el crecimiento*. Bogotá: Ediciones de la U, 2016.
- RAHAL, AMINE. “Is Influencer Marketing Worth It In 2020?” En: *Forbes*, 2020.
- SANTOSH, JANGID. *What makes influencer marketing influential*. Mumbai, India: Athena Information Solutions Pvt. Ltd., 2018.
- SANZ, PALOMA; JIMÉNEZ, GLORIA y ELÍAS, RODRIGO. “La incorporación de la figura del *influencer* en las campañas publicitarias: consecuencias para las agencias de publicidad españolas”. *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, n.º 18, 2019, pp. 63-86.
- STEINBERG, MARC. “Candies, Premiums, and Character Merchandising. The Meiji-Atomu Marketing Campaign”. En: *Anime’s Media Mix*, pp. 37-86. NED - New edition ed.: University of Minnesota Press, 2012.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura para la Protección del Consumidor. *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influencers*, 2020.
- THE ADVERTISING, STANDARDS AUTHORITY, THE COMMITTEE OF ADVERTISING PRACTICE Y THE COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *An Influencer’s Guide to making clear that ads are ads* [página oficial], segunda edición, 2020.
- VELASCO, MARTÍN. “Stories of a Social Media Influencer: Analysis of the Implications of Uses of Creative Works on Instagram Stories in Light of Colombian Copyright Law”. *La Propiedad Inmaterial*, n.º 27, 2019, pp. 149-181.
- VOICULESCU, MADALINA. “Clientele and Goodwill”. *J.L. & Admin. Sci.*, vol. Special Issue, 2015, p. 532.
- WALTERMAN, RICARDO. “Marketing de influencers: cómo elegir el influencer correcto” [en línea], 19 de marzo de 2020. Disponible en: [https://walterman.es/marketing-influencers/#Como\\_elegir\\_al\\_mejor\\_influencer\\_para\\_tu\\_empresa](https://walterman.es/marketing-influencers/#Como_elegir_al_mejor_influencer_para_tu_empresa).
- YOUTUBE, CENTRO DE AYUDA. “Cómo cambiar la configuración de idioma e ubicación” [en línea], 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/87604?co=GENIE.Platform=Android&hl=es-419>.
- ZELKJO, DOMINIK; JAKOVIC, BOZIDAR y STRUGAR, IVAN. “New methods of online advertising: social media influencers”. *Annals of DAAAM & Proceedings*, vol. 29, 2018, pp. 41-50.