



**ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS
INFLUENCERS: RETOS EN EL MARCO DEL
DERECHO COMERCIAL Y EL SIGLO XXI**

**ANALYSIS OF THE SITUATION OF INFLUENCERS:
CHALLENGES IN THE FRAMEWORK OF
COMMERCIAL LAW AND THE 21ST CENTURY**

VERÓNICA FIGUEREDO GUTIÉRREZ
MANUELA DORRONSORO SAMPER
ANA SOFÍA NIETO FERREIRA
SEBASTIÁN GALLEGO TORRES*

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2020
Fecha de aceptación: 08 de junio de 2021
Disponible en línea: 30 de junio de 2021

RESUMEN

En este artículo se analiza la implicación de la *Guía de buenas prácticas en la publicidad por medio de influenciadores* emitida por la SIC como herramienta para regular el *influencer marketing*, que es una herramienta crucial para las marcas en términos de publicidad. Para ello, se argumentará desde los avances regulatorios en el mundo y en Colombia respecto a este mercado. Así mismo, se contempla la vinculatoriedad de esta guía y los casos en que la SIC ha formulado pliego de cargos contra *influencers* por considerar que algunas de sus actuaciones infringen el Estatuto del Consumidor, al llevar a cabo prácticas de publicidad engañosa por ocultar

* Estudiantes de octavo semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contactos: veronica.figueredog@javeriana.edu.co; ma.dorronsoro@javeriana.edu.co; gallegosebastian@javeriana.edu.co; as_nieto@javeriana.edu.co

información pertinente para los consumidores. De ahí que, los *influencers* como actores del mercado, permiten que su *goodwill* se transmita a los productos que promocionan en sus redes sociales.

Palabras clave: *influencers*, publicidad, comercio, regulaciones, SIC, marketing, vinculatoriedad, Estatuto del Consumidor.

ABSTRACT

This article analyzes the implications of the *Good practice guide in advertising through influencers* published by the Superintendency of Industry and Commerce (SIC) of Colombia, that serves as a regulation of influencer marketing that has become a crucial tool for brands in terms of advertising. This will be examined from the perspective of the regulatory advances in different countries and how it affects the market in Colombia. Likewise, the article contemplates the binding nature of the guide and some cases in which the Superintendency considers that influencers have acted against the Consumer Statute, as they engage in deceptive advertising practices by hiding relevant information from consumers. Hence, influencers as market intermediaries allow their goodwill to be transmitted to the products they promote on their social networks.

Key Words: Influencers, Advertising, Commerce, Regulation, SIC, Marketing, Binding, Consumer Statute.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la presencia del mundo digital en nuestras vidas ha crecido exponencialmente en todos los ámbitos que nos rodean, desde la manera en la que nos comunicamos entre nosotros, hasta en la forma en que compramos y decidimos descubrir el mundo. Por consiguiente, el modo en el que se hace publicidad no ha sido ajeno a esta evolución tecnológica, las empresas que se dedican a promocionar bienes y servicios de terceros han volcado su atención de manera prioritaria a las redes sociales, debido a las facilidades y resultados que suelen dar las estrategias publicitarias hechas por medio de las plataformas digitales.

Una de las aristas más importantes de este nuevo mundo digital es la de los creadores de contenido o *influencers*, que son aquellas personas que cuentan con miles o millones de seguidores y se dedican al entretenimiento, ofrecimiento y promoción de bienes y servicios, lo que conlleva a una modificación

de los patrones de decisión de los consumidores. El sobrenombre que le es dado a estas personas viene del término *influenciar*, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (23ª edición, 2020) es la “posibilidad que tiene una persona o grupo para alterar o condicionar el comportamiento ajeno”.

De manera que esta forma de referirse a los creadores de contenido digital surge de la capacidad que tienen de llegar a millones de personas por medio de publicaciones en redes sociales tendientes a comunicar cualquier tipo de información que deseen. Esta interacción entre el influenciador y sus seguidores, hasta un punto, podría enmarcarse en una relación de poder, donde, en la que el primero podría llegar a modificar la conducta de un grupo importante de estos seguidores, influyendo activamente en el mercado. Es así como se entiende que el *influencer marketing* ha tenido gran acogida en el mundo del Siglo XXI, por tratarse de una práctica que, atada a las redes sociales, impacta directamente en las nuevas generaciones. Sin embargo, la regulación de las actividades de los *influencers* ha sido un reto normativo para los Estados, pues no es fácil establecer la línea entre el instante en que empiezan a influir en el comercio, y aquel en que se limitan a expresar su opinión.

Lo anterior implica que el crecimiento exponencial de estos creadores de contenido y la manera en la que se relacionan con las personas ha llamado la atención de los países, llevándolos a preguntarse si hay que regular la actividad de los creadores de contenido. De ahí que, se cuestionen ¿cómo se mueven estas personas dentro del ordenamiento jurídico?, ¿cuál es la norma aplicable a sus actos?, ¿son el ejercicio de una profesión liberal o se entiende que realizan actos mercantiles?

Colombia, siguiendo los pasos de otros Estados, formuló mediante la SIC la *Guía de buenas prácticas*, y es ahí cuando es viable preguntarse ¿existe realmente un cambio con esta guía? Esta cuestión será resuelta a lo largo de este artículo, cuyo objeto es analizar las conductas realizadas por los creadores de contenido, comprender qué normas los rigen, y cuáles son sus prerrogativas y límites, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano e internacional.

2. ESTADO DEL ARTE

Inicialmente, es importante tener en cuenta que actualmente Colombia no regula por medio de una ley la actividad de los creadores de contenido digital. Frente a esto, el Superintendente de Industria y Comercio, Andrés Barreto, estableció que corresponde a la SIC, proteger a los consumidores en la era digital, considerando que cuando los influenciadores comienzan a presentar contenido que

es publicidad pagada; sus actos y prácticas se rigen por el Estatuto del Consumidor y, consecuentemente, por normas generales del Código Civil y el Código de Comercio.

Ahora bien, esta circunstancia se ha entendido como una carencia normativa que invita a pensar cómo limitar las prácticas de estos influenciadores, que, en su mayoría, tienen como objeto lucrar a la persona por medio de la promoción de bienes o servicios. Esta hipótesis es la que lleva a que se entienda que se les podría aplicar las normas de la protección al consumidor, debido a que sus prácticas pueden ser consideradas relaciones de consumo dadas en un contexto de productor y consumidor.

El Estado Colombiano considera que sí es viable esta teoría, y, siguiendo la línea de Estados Unidos, Chile, Perú, Reino Unido y Holanda, por medio de la Superintendencia de Industria y Comercio (Delegatura de protección al consumidor), en el año 2020 emitió la *Guía de buenas prácticas en la publicidad por medio de influenciadores*. Una norma de softlaw que sigue una tendencia global y surge en consideración a que algunos creadores de contenido digital estaban violando constantemente las normas de protección al consumidor por medio de prácticas tendientes a recomendar bienes o productos de forma tal en que el seguidor (eventual consumidor), no supiera que era objeto de una campaña publicitaria, pues lo único que percibió fue una recomendación por parte de alguien que está en una posición de poder.

Este manual, en su exposición de motivos, indica que en el mundo ha crecido la necesidad de regular los actos y prácticas realizados por los influenciadores, debido a que estas personas se encuentran en una posición de poder o facilidad para ofrecer engañosamente bienes y servicios a sus seguidores, quienes acuden regularmente a su contenido.

En primer lugar, documento hace una diferenciación entre el anunciante y el influenciador; el primero, siendo la persona o empresa que por cuenta propia divulga publicidad comercial con el propósito de promover sus productos o influir en el comportamiento del consumidor, y, el segundo, como la persona que a través de redes sociales y/o plataformas sociales 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.

Siguiendo con la lectura de dicha guía, se puede dar cuenta que el documento se limita a citar el articulado del Estatuto de Protección al Consumidor y

tratar de explicar cómo éstas normas aplican en las relaciones anunciantes–influenciadores–consumidores. Por último, enumera una serie de recomendaciones para los anunciantes e influenciadores tendientes a que no violen las normas de protección al consumidor con sus prácticas publicitarias.

En este punto, es importante mencionar que, al referirse a la normatividad colombiana que regula este tema, es imperativo revisar la norma de autorregulación con la que cuenta la Asociación Nacional de Anunciantes (CONARP), la cual surgió con anterioridad a la Guía de la SIC y consiste en una regulación frente a los principios rectores en términos de derechos del consumidor y de los competidores, en relaciones comerciales en las que debe primar la veracidad de la información y la buena fe contractual. Este manual es útil para reglamentar el mercado publicitario, y fue considerando por la SIC al emitir su Guía.

Además, en la guía estudiada, Colombia toma como referencia a algunos países de tradición anglosajona que han tratado de regular la publicidad de bienes y servicios hecha a través de influenciadores. Estados Unidos en 2019, por medio de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), expidió un documento llamado *Disclosures 101 for Social Media Influencers*, en el cual se dan instrucciones sobre cómo llevar a cabo este tipo de prácticas publicitarias y evitar que sean violatorias de las normas federales y estatales de protección al consumidor. Por otro lado, el Reino Unido en 2019, por medio de la Autoridad de Competencia y de los Mercados (CMA por sus siglas en inglés), publicó un documento llamado *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*, el cual regula la materia de forma similar al documento estadounidense y lo posteriormente adoptado en Colombia; que es brindar recomendaciones y orientar la buena práctica de la publicidad por medio de influenciadores para que no se violen las normas de protección al consumidor.

Refiriéndose a normas internacionales, en 2019 la Organización de las Naciones Unidas emitió, con la aprobación de la Asamblea General, la *Resolución 70/186*, la cual establece directrices de protección al consumidor. En dicho documento se exhorta a los países miembros a que fomenten la protección al consumidor en el marco del comercio electrónico, y, por otro lado, que se formulen políticas en este mismo sentido. Además, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹ emitió en el 2019 la *Guía de buenas prácticas sobre publicidad en línea: Protegiendo al consumidor en el comercio electrónico*, el cual establece recomendaciones orientadas al buen uso

1 Organización internacional creada en 1960 y de la cual Colombia es parte desde el 28 de abril de 2020.

de la publicidad para evitar prácticas de marketing engañosas y proteger a consumidores vulnerables.

Del análisis del manual publicado por la Superintendencia de Industria y Comercio y de los otros manuales extranjeros e internacionales expedidos por Estados y organismos internacionales, se puede concluir que existe una tendencia mundial a la limitación de la publicidad hecha por medio de influenciadores, ya que se considera que podría llegar a ser violatoria de las normas de protección al consumidor.

3. DESARROLLO DEL PROBLEMA

Todos los días las personas tienen acceso a redes sociales, en las que se proyecta publicidad a sus usuarios a través de diferentes medios como videos promocionales o imágenes. Sin embargo, en los últimos años, como ya se mencionó con anterioridad; se han venido creando perfiles pertenecientes a los conocidos como creadores de contenido o influenciadores, quienes en muchas ocasiones promocionan productos y servicios a cambio de todo tipo de retribuciones.

El crecimiento y la acogida que los creadores de contenido o influenciadores han venido adquiriendo en los últimos años, ha generado una preocupación en la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), dado el aumento de quejas y denuncias por parte de los consumidores frente sus conductas. Por lo cual, esta entidad decidió crear una *Guía de buenas prácticas en la publicidad para los influenciadores*, toda vez que consideran que hoy en día ellos tienen una gran fuerza en el entorno comercial, puesto que, a través de sus publicaciones, logran influir los procesos de compra y la toma de decisiones económicas de sus seguidores. Y aunque esta propuesta no busca la creación de una ley, sí busca que exista autorregulación por parte de los creadores de contenido por medio de un acuerdo colectivo para así mejorar no solo la transparencia en materia de publicidad y marketing, sino también para resguardar los derechos de los consumidores.

Si bien esta guía fue expedida en Octubre del 2020 y es prematuro entrar a considerar cuáles son los efectos del documento de la SIC a largo plazo, es importante valorar y estudiar cuál es la regulación que plantea la Superintendencia para los creadores de contenido, qué cambio trae con respecto a la normatividad que les aplicaba anteriormente, cómo se entienden los actos que celebran y qué derechos les es aplicable, haciendo referencia a si se aplicaría el derecho civil o el derecho comercial. Por otro lado, y en concordancia con lo anterior,

es importante evaluar cuál es la normativa aplicable cuando se trata de concursos o *giveaways* que estos mismos influenciadores en ocasiones promocionan o ejecutan y cuál es el marco de responsabilidad a la que se atienen en aras de proteger al consumidor, puesto que esto permitirá examinar cuál es el verdadero alcance de la regulación expedida y si en realidad cumple con los propósitos para los que fue creada.

4. PROPUESTAS LEGISLATIVAS EN EL MUNDO

Alrededor del mundo, el mercado de los influenciadores ha crecido desde hace poco más de una década, así, se estima que para 2020 se generarán 6.5 billones de dólares derivados del marketing con *influencers*. De esta manera, atendiendo al crecimiento de esta industria y su relevancia en el mercado, los Estados se han visto en la obligación de plasmar en sus ordenamientos normas particulares que opten por expandir a los influenciadores lo que siempre se ha exigido de la publicidad en medios tradicionales, dando respuesta a nuevos escenarios de posibles vulneraciones a los derechos de los consumidores.

Uno de los mercados con una mayor recepción de consumidores de contenidos patrocinados por *influencers*, es el alemán, que ha regulado la publicidad realizada por estos agentes de mercado por medio de la ley de competencia desleal, la ley de teledifusión y el tratado de radiodifusión interestatal, además de contar con un amplio desarrollo jurisprudencial que define el alcance de las obligaciones de los influenciadores frente a sus seguidores, y lo posiciona como un fuerte sistema de protección al consumidor desde esta perspectiva. Según la normativa mencionada, se impone a los influenciadores el deber de aclarar cuando su publicación deriva de un acuerdo de publicidad con la marca en cuestión, poniendo unos mínimos, como la obligación de usar los *hashtags* “*Werbung*” (promoción) o “*Anzeige*” (publicidad), y dando la posibilidad de que por el incumplimiento de estas normas se llegue a instancias judiciales frente al influenciador en cuestión, como en el caso de Pamela Reif, a quien se llevó ante la Corte Regional de Karlsruhe por no utilizar las palabras alemanas a las que obliga la ley, sino solo etiquetar a la marca en la publicación.

Ahora bien, aun cuando Alemania ha analizado múltiples casos en los últimos años, tal como se evidencia en el *Influencer marketing benchmarks report (2019)*. También ha sucedido que por la relativa novedad de estos temas los tribunales han tenido posturas divergentes frente a la laxitud del alcance de esta normativa, puesto que en casos como el de Reif, en que se dio a entender que necesariamente debían usarse las palabras que dice la ley para no dar pie a

confusiones al consumidor, en otros casos se ha decidido en el sentido opuesto y tribunales como la Corte Suprema Regional de Hamburgo, han optado por señalar que la actividad de los influenciadores no requiere la utilización de las etiquetas ordenadas, puesto que su presencia o la falta de ella no afecta la decisión de consumo del receptor de la publicación, y que se trate de publicidad paga es un factor secundario para optar por comprar o no el producto aconsejado.

Otro mercado relevante para mencionar por su relación con la actividad de los *influencers* y su tamaño, es el estadounidense, tal y como lo reconoce la *Guía de buenas prácticas* de la SIC. En este caso, la Comisión Federal de Comercio (o FTC por sus siglas en inglés) publicó una guía específica para influenciadores (*Divulgaciones 101 para influenciadores de las redes sociales*), buscando prevenir vulneraciones a los derechos de los consumidores y prácticas anticompetitivas; así, la guía pretende que siempre pueda detectarse cuando una publicación no sea orgánica, por obedecer a la colaboración entre el *influencer* y una marca, cubriendo así “cualquier comunicación o acción que tenga la intención de influir en un consumidor” (SIC, pág. 7, 2020).

Además, la FTC recomienda a los influenciadores abstenerse de realizar declaraciones sobre productos o experiencias que no hayan tenido solo por la contraprestación ofrecida por la marca, buscando evitar conflictos como los ocurridos en el 2017 con el té detox *Fit-tea*, el cual prometía reducir el peso y se valía principalmente de *influencers* ofreciendo un testimonio de su supuesta experiencia exitosa con el producto para conseguir clientes. Como este, existen otros casos que han conseguido un gran alcance mediático no solo por la clara vulneración al régimen jurídico que sujeta a los influenciadores, sino por su impacto económico en ellos. Uno de estos es el caso del “Fyre Festival”, presentado como un festival en una isla del Caribe, rodeado de lujos y con la participación de los mejores artistas, valiéndose de publicidad en que participaron modelos como Emily Ratajkowski y Kendall Jenner, y que resultó ser un fraude. Por esto, las dos influenciadoras mencionadas fueron demandadas precisamente por no haber dispuesto que las publicaciones realizadas eran producto de un acuerdo comercial con el festival, y que recibieron aproximadamente \$300.000 dólares por cada publicación, violando así las obligaciones propias de las actividades de publicidad, aunque se hayan desarrollado por medio de redes sociales.

Otro punto de referencia para el estudio de la regulación de los *influencers* es Francia, importante por su calidad de audiencia, siendo un mercado en que los *influencers* se han posicionado como factor relevante para el comercio; al entender que una audiencia con mejor calidad y mayor interacción conlleva la

adquisición de productos sólo por la recomendación del influenciador, a sus seguidores. A este respecto, cabe mencionar que Francia, al igual que los otros 2 países, cuenta con una clara regulación sobre publicidad en general, pero además el cuerpo encargado de regular el ejercicio de actividades publicitarias (*Autorité de régulation professionnelle de la publicité- ARPP*) publicó recomendaciones en el 2019 para proteger la “lealtad, honestidad y veracidad” de la publicidad en las que se incluyen reglas éticas prácticas para influenciadores.

La mencionada guía, llamada *Marketing D’influence: les bonnes pratiques*, acogiendo lo calificado como “malas prácticas” por las leyes No. 2004-575 del 21 de junio de 2004 y No. 2008-776 del 4 de agosto de 2008, se recomienda a los *influencers* especificar claramente cuando se trate de una colaboración paga con las palabras “*publicité*” (publicidad), “*sponsorisé par*” (patrocinado por) o “*en partenariat avec*” (en colaboración con); además de establecer, criterios para la buena publicidad buscando evitar “falsas promesas” y favorecer el claro acceso a la información por parte del consumidor (ARPP, 2019). Así pues, esta guía complementa la ya existente Ley de Economía Digital del 2004, en la cual se dice, en su artículo 20 que “cualquier anuncio, en cualquier forma, accesible a través de un servicio de comunicación pública en línea, debe ser claramente identificable como tal. Debe identificar claramente a la persona física o jurídica en cuyo nombre se realiza (...)”. Por lo anterior, desde antes de la guía ya se entendía que los influenciadores, al incurrir en la actividad aquí descrita, debían anunciar cuándo sus recomendaciones se basaban en acuerdos con beneficios económicos y no en una recomendación orgánica sobre el producto, dando pie a sanciones que pueden ser multas de hasta €300.000 y penas de prisión de hasta 2 años.

Ahora bien, los influenciadores no se han posicionado solamente en mercados europeos o norteamericanos, sino que el crecimiento de esta modalidad de publicidad y su regulación se ha extendido a lo largo del mundo. Resulta importante mencionar a la India en este estudio, por ser de aquellos países con una mejor calidad de audiencia para influenciadores, al punto de tener ingresos de \$6.5 por cada dólar invertido en marketing de influenciadores y que el 86% de mujeres acudan a las redes sociales antes de realizar una compra.

En India, se expidió la Ley de Protección al consumidor en agosto de 2019, que similar a lo establecido en previas recomendaciones por parte del Consejo de Estándares de Publicidad de India para la autorregulación de la industria de publicidad, definió lo que es publicidad engañosa y estableció multas de entre 1-5 millones de rupias (\$13500-67500 dólares), o la prohibición de realizar actividades publicitarias 1-3 años como penalidad por incurrir en dichas

conductas, cubriendo también a los influenciadores. De este modo, es posible apreciar como India tuvo un proceso contrario a los países ya mencionados, puesto que la Ley de Protección al Consumidor fue expedida después de que estuvieran establecidas varias recomendaciones de autorregulación en el campo de la publicidad.

Por otra parte, Corea del Sur es un país reconocido por la relevancia de sus influenciadores en el mercado, al punto de recibir hasta 2.4 billones de dólares en el 2017 por actividades publicitarias por empresas de distintas industrias. Con esto en mente, la Comisión Coreana de Comercio Justo (CCCJ), desde su División de Seguridad e Información para el Consumidor, expidió las *Directrices para el Examen de Etiquetado y Publicidad de Recomendaciones, Garantías, Etc.* en el 2016, disponiendo como principio general que el no revelar los intereses económicos entre el anunciante y la persona que recomienda o garantiza la calidad del producto al consumidor, puede constituir una etiqueta o publicidad injusta, aplicado directamente sobre la publicidad realizada en blogs o redes sociales.

Así mismo, se trae a colación un caso en el que se hizo evidente que hay mayor interés por controlar la publicidad desde las empresas anunciantes que desde el influenciador individual fue el ocurrido en el 2019 contra múltiples compañías, entre las que estaban LG, L'Oreal y LVMH Cosmetics. que resultó en la imposición de multas que alcanzaron 269 millones de Won coreanos (\$238.500 dólares), en conjunto por no revelar que se habían entregado beneficios económicos a los influenciadores para que publicaran sus productos en redes sociales. Así, aunque fueron los influenciadores quienes no dispusieron explícitamente que recibieran una remuneración por sus publicaciones, se responsabilizó a las empresas anunciantes por dicha conducta.

Por otro lado, en este estudio, resulta valioso aludir a puntos de referencia latinoamericanos, y considerando que el mercado mexicano es de los mayores exponentes del avance de los influenciadores en la región, es curioso que en dicho país no haya ninguna regulación especial frente a la actividad desarrollada por estos, aunque esté sujeta en el desarrollo de actividades publicitarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Radio y Televisión, la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley General de Salud, dependiendo del producto.

De igual manera, está Perú que en su Guía de publicidad para influencers emitida en 2019 se refiere a temas sobre publicidad digital, *influencers*, competencia desleal, sanciones y medidas correctivas, entre otros. Sin embargo, en el

documento se aclara que el mismo no implica una interpretación oficial de las normas que regulan la competencia desleal, la protección al consumidor y/o la propiedad intelectual en el país, lo que conlleva a pensar que se trata más de un instrumento para garantizar la protección de los consumidores tras el surgimiento de diversos contenidos publicitarios que existen en la actualidad como consecuencia de la globalización e implementación de tecnologías en el mundo.

Finalmente, cabe mencionar a Brasil como mercado fuerte en la región suramericana, que carece de normativa específica para la regulación de actividades por parte de *influencers* como la que surgió en Colombia; pero, que tiene como fuente jurídica el Código de Defensa del Consumidor (1990), que en su artículo 36 afirma que independiente del medio utilizado, “la publicidad debe ejecutarse de tal manera que el consumidor la identifique fácil e inmediatamente como tal”. Ahora bien, esta ley puede ser interpretada junto con las normas dispuestas por el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR), que ha realizado recomendaciones específicas para la actividad de publicidad por medio de *influencers*, haciendo clara la imperatividad de usar comentarios, herramientas o *hashtags* que permitan identificar cuando una publicación es patrocinada, evitando posibles sanciones por el CONAR como la suspensión de una cuenta en redes o efectos adversos contra la marca.

5. ANÁLISIS

La *Guía de buenas prácticas en la publicidad* emitida por la SIC contiene las primeras medidas expedidas en Colombia que regulan directa y concretamente la publicidad que se hace por medio de los influenciadores, que, aún sin tener la fuerza obligatoria de una ley, establece una primera base para el entendimiento jurídico de esta actividad económica y comercial.

A medida que las redes sociales y los creadores de contenido digital fueron abriéndose campo en el mundo comercial como una herramienta de la cual se podían valer, los empresarios y las marcas para promocionar sus productos y servicios, se hizo claro que podrían funcionar como herramientas o intermediarios para llegar con mucha más facilidad al público mercado objetivo. A ello también ha contribuido la comprensión de los influenciadores como personas activas en generar contenido para redes sociales, ligando su éxito con la construcción de una comunidad virtual que se base principalmente en la idea de cercanía y confianza, y generando una credibilidad que se refleja en el impacto que generan sus opiniones frente a determinado producto o servicio. Así pues, considerando que el influenciador funciona como el puente entre el productor

y el consumidor, se hizo necesario que se comenzaran a aplicar ciertas disposiciones existentes a los actos celebrados por ellos.

De esta forma, al entender en Colombia que parte de la labor que ejercen los creadores de contenido digital es incentivar e influir en las decisiones de compra de sus seguidores y se estableció que lo que estos sujetos en realidad hacen es publicidad para la marca o la empresa que los contacta, a cambio generalmente de una contraprestación, se les comenzó a aplicar el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Si bien en este estatuto no existen disposiciones expresas para la labor que ejercen los influenciadores, se entendió que como este regulaba los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores, y lo que buscaba era la protección de los derechos del consumidor; entonces, sus disposiciones se trataran sobre publicidad le serían aplicables a los actos ejercidos por los influenciadores en el marco del desarrollo de su actividad, permitiendo identificar transgresiones a la normativa y, eventualmente, brindar soporte para imponer las correspondientes sanciones. Además, buscando proteger al consumidor y evitar vacíos normativos, se decidió aplicarles normas adicionales, tales como la Circular Única de la SIC del 06 de agosto de 2001 y el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

Es importante mencionar que el Estatuto del Consumidor (2011), en su artículo 1:

(...) tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: (...) 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas (...).

Además, la norma citada estipula el derecho que tienen los consumidores y usuarios a recibir protección contra la publicidad engañosa (Art. 3), el derecho a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos y los servicios que se les ofrezca (Art. 23), y enfatiza que la publicidad engañosa está prohibida y el que incurra en ella deberá responder por los perjuicios causados y atenerse a las demás sanciones administrativas que se le puedan imponer (Art. 30).

Los objetivos que tiene la guía no son muy diferentes a los que persiguen estos artículos, puesto que, en primer lugar, lo que se busca con la presentación

de esta guía es darle desarrollo a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 1480 de 2011, desde “*un enfoque propositivo y preventivo*”, que según el artículo 2º de la guía, busca anticiparse a la ocurrencia de hechos que pongan en riesgo los derechos de los consumidores respecto de la publicidad que se haga a través de influenciadores, en redes sociales o a través de plataformas digitales. Así, se derivan los tres objetivos específicos del documento de la SIC: i) orientar a los anunciantes e influenciadores, sobre las pautas que se deben observar a la hora de emitir mensajes publicitarios en redes sociales y plataformas digitales, ii) promover el uso responsable de las nuevas prácticas publicitarias a través de los influenciadores en el entorno digital y iii) brindar herramientas a los consumidores que les permitan identificar en los mensajes que reciben de los influenciadores, cuando se está ante un mensaje publicitario y cuando es una recomendación espontánea, de tal forma que se proteja el derecho a la libre elección y a la protección contra mensajes que puedan inducirlos a error, engaño o confusión.

Por lo anterior, la guía presentada por la SIC en octubre del 2020 en realidad no busca desconocer lo ya planteado por el Estatuto del Consumidor ni lo establecido en las disposiciones ya mencionadas; por el contrario, lo que esta guía pretende es aterrizar los derechos del consumidor y la regulación actual del Estatuto del Consumidor a las nuevas modalidades de publicidad que se han presentado en el mercado con el auge de las redes sociales, plataformas digitales. Así, la guía no trae ningún cambio sustancial a lo ya dispuesto y regulado, sino que se encarga de desarrollar los conceptos y encajarlos en un nuevo ámbito para reforzar la protección al consumidor en áreas donde existían vacíos normativos por falta de regulación.

Ahora bien, es importante mencionar que las recomendaciones que hace la SIC, están encaminadas, en primer lugar, a proteger los derechos de los consumidores. Esto no implica necesariamente que limitar las actividades que llevan a cabo los influenciadores en sus redes en lo relativo a la publicidad. A pesar de que estas recomendaciones imponen cargas sobre los anunciantes, como cerciorarse de que el mensaje sea claramente distinguible como publicidad, también a los influenciadores, como obligar a establecer con claridad cuando existe una relación comercial con el anunciante. El propósito de estas cargas no es impedir que los influenciadores hagan publicidad; por el contrario, se busca transparencia en la información que se le hace llegar al consumidor, impidiendo así que este se vea engañado o inducido a error, al creer que está comprando un producto basado únicamente en la opinión personal del influenciador, cuando en realidad la información ha sido acordada con anterioridad entre los anunciantes y los influenciadores con base en una relación comercial que existe entre ambos.

Y en segundo lugar, estas recomendaciones, en su individualidad, lo que buscan es establecer un régimen de responsabilidad que aunque ya existía no estaba tan claro, puesto que la SIC ha afirmado en diferentes declaraciones que en caso de que el influenciador o el anunciante del producto o servicio incumplan con estas disposiciones y las demás que la ley considere pertinentes para publicidad, podrán ser demandados por incurrir en publicidad engañosa y en dado caso, deberán atenerse a las sanciones del Estatuto del Consumidor que incluye, por ejemplo, multas de hasta 2.000 salarios mínimos mensuales.

De esta manera, sería un error afirmar que estas recomendaciones limitan a los influenciadores, cuando en realidad buscan que no haya errores en la información o su presentación y que, por consiguiente, a los consumidores se les presente información real para que sean ellos los encargados de valorarla en su individualidad y tomar decisiones con base en datos claros y certeros, identificando plenamente quién es el anunciante y quién el influenciador, así como la relación comercial que los conecta, sin causarles con esto perjuicio alguno sino una ventaja en su actividad, representada en la seguridad jurídica que potencialmente les evitará problemas legales por incumplimiento de la normativa aplicable.

6. MECANISMOS EXISTENTES

6.1. ¿Las actividades de los influenciadores son actos de comercio?

El derecho del consumo ha sido ligado doctrinalmente con el desarrollo del derecho comercial, al considerar que la relación de consumo es la última etapa de las actividades de comercio, y que, debido al carácter poliédrico del derecho del consumo, “los derechos del consumidor no solamente se agotan en exigir la calidad de los servicios y productos adquiridos, sino que engloban una serie de garantías que procuran el mejoramiento de la relación comercial” (Habibbe y Páez, pág. 98, 2017). De esta manera, es claro que existe una relevancia particular del derecho del consumidor, dentro del marco del derecho mercantil.

Con lo anterior en mente, es importante estudiar cuál sería entonces la aplicación del derecho comercial en el marco de la publicidad como arista del derecho del consumo, calificando de paso, su relevancia para el ordenamiento mercantil, particularmente tratándose de influenciadores digitales. En primer lugar, hay que considerar los criterios de mercantilidad consignados en la legislación comercial para definir si determinada conducta es o no un acto de comercio; así,

una primera deducción sería por vía negativa, trayendo a colación el artículo 23 en su numeral 5º, que afirma que no es mercantil “la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales (...)” (Código de Comercio Colombiano, art. 23 n.5, 1971).

Sobre este punto, la SIC ha establecido que una profesión liberal es “aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo solo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales” (SIC, pág. 1, 2001). Además, afirma que “entre los servicios que se han considerado como actos no mercantiles se encuentran los [...] de publicidad” (SIC, pág. 2, 2001), excluyendo así, en principio, la posibilidad de que las actividades desarrolladas por influenciadores sean cubiertas por el derecho mercantil.

Según el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, por publicidad se entiende “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”, por lo que, esta sería claramente la labor de los influenciadores. Ahora bien, con el anterior análisis inicial, es prudente recordar que la SIC afirmó en el concepto citado que el Código de Comercio, en sus artículos 20 y 23, “no hace una enumeración taxativa sino enunciativa de los actos de comercio; por tal razón se hace necesario analizar en cada caso la naturaleza y habitualidad en la prestación del servicio” (SIC, pág. 1, 2001). Allí también dispone que, aunque objetivamente se ha entendido que la publicidad debe excluirse de los actos de comercio, hay unos criterios que permiten analizar cada conducta por separado para concluir si es posible o no calificarlos como actos de comercio.

En primer lugar, siguiendo el criterio de Castro (2016), la SIC afirma que para que las prestaciones de servicios propios de las profesiones liberales no constituyan actos de comercio, se deben prestar sin subordinación alguna; es decir, de manera independiente, y con pago de honorarios por los servicios prestados. Si bien estos elementos parecen pertenecer más a una discusión sobre la naturaleza de la relación influenciador-anunciante, considerando los “honorarios” como la retribución por servicios prestados por los miembros de las profesiones liberales, y la “subordinación” como el Estado de la persona que trabaja siguiendo las instrucciones de un empleador sin independencia en la ejecución de su tarea, no es tan claro que la labor que desarrollan los influenciadores se enmarque en la hipótesis del artículo 23 del Código de Comercio.

Por un lado, la descripción citada de “profesión liberal” establece como criterio necesario hablar de una profesión con cierto nivel de formalidad, derivada

de una educación en un centro autorizado, factor que contraría la naturaleza misma del influenciador, que ejerce sus actividades desde un punto de vista orgánico y no tanto como producto de un análisis académico del producto ofrecido. Claramente, debido a la magnitud que ha alcanzado dicha industria, no puede hablarse de un oficio carente de cualquier dedicación o planeación; pero en estricto sentido, no es una profesión que pueda ser cubierta cobijada bajo esa denominación. Así, no es posible hablar de honorarios tampoco, bajo el entendido de que aquellos son la remuneración por el ejercicio de una profesión liberal, que no corresponde al presente caso.

Por otra parte, el elemento de subordinación (mencionado en el concepto de la SIC como criterio distintivo para la aplicación del artículo 23 del Código de Comercio) es importante frente a la actividad de los influenciadores considerando que incluso la guía contempla instrucciones que normalmente da la marca al influenciador sobre los “*aspectos, contenido y difusión del mensaje*” a publicar, derivando de allí una obligación en cabeza del anunciante de asegurar que se identifiquen como publicidad aquellos mensajes que tienen la finalidad de influir en la decisión de consumo, estableciendo así un cierto grado de subordinación para el servicio prestado por el *influencer* frente a cada marca. Así, se llegaría a la conclusión de que las actividades de los influenciadores no quedarían excluidas como posibles actos de comercio en virtud del artículo 23-5 del código mercantil.

Por vía positiva, se debe considerar que según la SIC, el Código de Comercio en su artículo 20, no hace una enumeración taxativa sino enunciativa de los actos de comercio, y por tal razón, es menester analizar en cada caso la naturaleza y habitualidad en la prestación del servicio, dando pie a que aún sin ser mencionadas en la ley, las actividades de publicidad en las que incurren los *influencers* puedan eventualmente ser consideradas actos de comercio. Así, es posible examinar las actividades mencionadas desde el criterio del artículo 21 del Código de Comercio, que dice que “se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”.

Si bien el carácter de comerciante es un punto planteado por el artículo, al entender al comerciante como la persona que realiza actos de comercio y hace de ellos su profesión, es posible analizar la situación de los *influencers* dentro de la hipótesis del artículo 11 del Código de Comercio, que establece que “las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a

dichas operaciones”. Es decir, para realizar actos de comercio no necesariamente hay que ser comerciante. De este modo, atendiendo al inciso del artículo 21 del mismo Código que establece que se entenderán como actos comerciales “los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, es posible considerar que las actividades publicitarias en las que incurren los influenciadores son, de hecho, actos de comercio.

Al respecto, es importante recalcar que existe otra posición posible frente a si los influenciadores tienen o no carácter de comerciantes. Esta postura, plantea que es viable afirmar que los *influencers* no son comerciantes directamente, pero sí son intermediarios que tienen un nexo con un comerciante para recomendar un producto o servicio. Los intermediarios son las personas que se encuentran en la mitad de la cadena de mercado que conectan la oferta y la demanda, de manera que son un criterio para identificar los actos de comercio, pero no son el único, pues no todos los actos mercantiles implican intermediación. Sin embargo, esta teoría no contempla que en ciertos casos los creadores de contenido digital sí intervienen como comerciantes y, por lo tanto, no es la perspectiva que se sustenta en este análisis.

Por su parte, la *Guía de buenas prácticas* (pág. 14 y 15, 2020) dispone que, entre los anunciantes o marcas y el influenciador, existe una *relación comercial*:

(...) cuando el anunciante ofrece al influenciador, algún tipo de pago o compensación a cambio de una publicación de contenido en un medio de comunicación, en especial en las redes sociales del influenciador, sobre un producto y con las pautas del anunciante, con la finalidad de que el influenciador a través de dichos contenidos influya en una decisión de consumo de su audiencia (...).

Como se evidencia en la descripción anterior, independiente de la denominación que se asigne al negocio jurídico entre el influenciador y la marca, de este derivan obligaciones para cada parte. En cabeza de la marca, la de entregar la remuneración o pago pactado; en cabeza del *influencer*, la de publicar el contenido acordado en su plataforma con el fin de influenciar una decisión de consumo. Así, las actividades publicitarias que desarrolla el influenciador, independiente de su clasificación o no como comerciante, pretenden dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas derivadas de un acuerdo de voluntades de carácter comercial, lo cual se extrae de la calificación normativa que se realiza de la relación anunciante-*influencer*; y, por tanto, se entiende que en este caso se está ante un acto de comercio a la luz del artículo 21 del Código de Comercio.

6.2. ¿Un influenciador puede ser considerado un comerciante?

El artículo 10 del Código de Comercio (1971) afirma que “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”, y teniendo en cuenta el acápite anterior, los influenciadores desarrollan actividades de carácter comercial según los criterios del artículo 21 de la norma citada. Así, desde una visión general, sí deberían considerarse comerciantes.

Ahora bien, el artículo 11 del Código mercantil precisa otro criterio que es la habitualidad en las actividades en cuestión, al afirmar por vía negativa que “las personas que ejerzan ocasionalmente operaciones mercantiles no se consideran comerciantes”. De este modo, se debe mencionar que la Guía de recomendaciones para influenciadores estudiada no menciona en ningún punto este criterio, aunque al hacer referencia a ordenamientos externos, contemple la profesionalidad debida en el marco de actividades publicitarias, entendiendo así, que se cumpliría con la habitualidad entendida según el criterio de la Corte Constitucional. Es decir, afirmando que “los actos mercantiles se distinguen por su habitualidad, lo que exige necesariamente el carácter “profesional” de quien los realiza” (C-364 de 2000). Como se mencionó previamente, hablar de las actividades de los *influencers* no puede equipararse con una profesión liberal, pero eso no quiere decir que no haya cierto nivel de disciplina y dedicación en el trabajo de los influenciadores, propio de un oficio que no requiere la educación formal de una profesión liberal, pero que sí puede ser la principal o única fuente de ingresos que tenga una persona.

De esta manera, en un sentido amplio, es posible ligar la profesionalidad con un carácter habitual desde su definición estricta del lenguaje; es decir, afirmando que la profesionalidad deriva de que la actividad de los influenciadores “se hace, padece o posee con continuación o por hábito”. Además, la Superintendencia de Sociedades, en un concepto emitido en el año 2013 (pág. 1), ligó también el atributo de profesionalidad con “una exigencia de la ley, entendida como una forma vida con el consiguiente conocimiento y dominio de las habilidades necesarias para desarrollar las actividades mercantiles”, sin hablar de una formación técnica para dicho fin, sino simplemente de la existencia de habilidades o conocimientos que permitan al sujeto llevar a cabo sus actividades, en este caso, de publicidad de los productos de un anunciante.

Ahora bien, el otro elemento clave para definir la calidad de comerciante frente a los influenciadores, es “el ánimo de lucro que subyace a su labor”,

tal como lo explica Ariza-Fortich (2010), que afirma que el ánimo de lucro es realmente un requisito de la condición de comerciante. Así pues, “ejercer una profesión es consagrar la propia actividad de una manera principal y habitual de cumplimiento a una determinada labor con finalidad de obtener un provecho” (Ripert, pág. 109, 1954); es decir, conecta el requisito de profesionalidad con una “finalidad de obtener un provecho”. Basados en una hipótesis en la cual el influenciador que mantiene relaciones comerciales constantes con anunciantes (marcas) y que dedica sus actividades profesionales a realizar contenido publicitario es siempre una persona natural, se afirmaría que se cumple con el ánimo de lucro desde su visión objetiva, limitado a la obtención de ganancias, y no se contemplaría su concepción subjetiva (es decir, la intención de distribuir utilidades entre unos asociados).

Frente al elemento del ánimo de lucro, también cabe mencionar que actualmente las actividades de los influenciadores resultan igual o más rentables que los oficios tradicionales, en vista de que según la Revista Dinero (2020) dependiendo de la cantidad de seguidores, un influenciador en Colombia puede cobrar hasta 30 millones de pesos por una publicación fija o 17 millones por una historia de 30 segundos que se elimina en 24 horas en la red social Instagram. Del mismo modo, se reporta que la publicidad en videos de YouTube podría costar hasta \$6.700 dólares para 2019 y una recomendación en blog podría costar \$1.442 dólares en el mismo periodo. Así, es claro que las actividades de los influenciadores se han convertido en una actividad comercial, que fundada en la “venta” de una opinión o la asociación con la imagen de determinada persona, permite obtener remuneraciones muy lucrativas para el influenciador, no solo para las marcas, que reciben claras ventajas de la utilización de los influenciadores para efectos publicitarios en una época en que las redes sociales han invadido la cotidianidad. Con el anterior análisis en mente, es posible concluir que los influenciadores, en efecto, pueden ser considerados comerciantes.

7. CRÍTICAS

En primer lugar, se debe indicar que el manual expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio de *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*, no es (en principio) una norma jurídica vinculante. Esta afirmación se da después del análisis del contenido de dicho documento.

Para empezar, no es un acto administrativo, ya que, no es un escrito por medio del cual la administración pública comunica su voluntad. En cambio, a través de la guía se emiten recomendaciones, no mandatos o decisiones de la

administración, y pese a que pareciera que su introducción constituye una motivación, esta no se traduce más adelante en una decisión. Además, el contenido de este documento se limita a enumerar las normas aplicables al caso en concreto de la Ley 1480 de 2011, explicar cómo podrían ser aplicadas a los anunciantes e influenciadores y cuáles serían las consecuencias de violar dichas normas, sin suponer una norma coercitiva que, *per se*, evite la vulneración de las disposiciones de protección al consumidor al establecer una sanción correlativa.

Sin embargo, lo anterior no implica que la guía no genere en absoluto una protección para los consumidores, pues permite una interpretación más clara del *influencer marketing* y delimita las funciones y deberes que surgen de la relación de los influenciadores con los consumidores. De acuerdo con Andrés Barreto (Superintendente de Industria y Comercio, 2020), “administrativamente podemos imponer sanciones hasta por 2000 SMLMV, pero también podemos trasladar casos a la justicia penal si hay lugar a ello, como en casos en los que se recomiende un medicamento que le pueda hacer daño a alguien”.

Por ende, pese a que el manual emitido por la SIC para guiar las prácticas de los *influencers* no es necesariamente vinculante, ni se entiende como una norma de orden público, sí es una herramienta de derecho flexible que pretende orientar a los anunciantes e *influencers* involucrados en una actividad comercial.

Así mismo, respecto a las críticas a las que se enfrenta esta modalidad de mercado, es importante mencionar que algunas personas consideran que ninguna entidad tiene potestad para multar a un sujeto por manifestar su opinión, pues se encuentra protegida en el derecho a la libertad de expresión. Empero, es este uno de los puntos más álgidos en el debate respecto a los *influencers*, pues se entiende que su opinión termina en el momento en que estas personas son productoras o distribuidoras de productos o servicios; pues comenzarán entonces a ceñirse por los deberes formulados en el derecho de consumo. Se considera entonces que:

la libertad de empresa y competencia confiere a los actores económicos la posibilidad de escoger los medios con los cuales realizarán su actividad y permiten anunciarle al público las prestaciones ofrecidas, ponderando sus cualidades valiéndose de la publicidad en medios masivos, la propaganda, las promociones y cualquier otro medio lícito de difusión y persuasión (...) (Castro, pág. 320, 2016).

Y, en consecuencia, la publicidad engañosa, que es el eje central de protección de la Guía de la SIC, también es un acto competitivo, que genera una nueva

esfera de protección en el marco del derecho comercial y de consumo para los agentes del mercado.

8. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

Al cuestionarse respecto a las áreas a las que aplica tanto la Guía de la SIC como el *influencer marketing*, es viable encontrar que son temáticas que afectan a todo el ordenamiento jurídico, pues “la relación de consumo es una relación económica asimétrica” (Castro, pág. 385, 2016), en virtud de la cual, los *influencers*, sus seguidores y los anunciantes ejercen actos de mercado por medio de las redes sociales.

Ahora bien, en relación a esta temática, es el límite a partir del cual los actos del *influencer* dejan de entenderse como su opinión y pasan a convertirse en prácticas comerciales por tener detrás un contrato publicitario. Lo cierto es que “debido a la gran cantidad de publicaciones registradas a diario, es casi imposible detectar quienes cruzan la línea roja” (Semana, 2020), y, por consiguiente, la *Guía de buenas prácticas* de la SIC surgió como una herramienta para orientar a los realizadores y anunciantes de manera que cumplan las normas correspondientes al emitir sus mensajes publicitarios y anticipen hechos que podrían afectar los derechos de los consumidores digitales.

Una de las razones por las que la guía de la SIC comienza a regular la situación de los creadores de contenido digital, recae en el régimen de responsabilidad, pues el consumidor tiene derecho a que los influenciadores le informen cuándo están recomendando un producto o servicio por considerarlo bueno o porque están recibiendo algún tipo de retribución, que puede ser tanto monetaria como en especie. Si los influenciadores no revelan que es un mensaje publicitario, puede entenderse que son anunciantes y, en consecuencia, responderían tanto por las transgresiones que se ocasionen al régimen de protección al consumidor, como por la responsabilidad exclusiva del anunciante.

Por lo tanto, los testimonios que no correspondan a vivencias de los *influencers* pueden llegar a recaer en infracciones administrativas, las cuales son de hasta 1.760 millones de pesos e interpuestas por la SIC por considerar que se están disfrazando publicidades en redes. Además, de acuerdo con Barreto (2020), “independientemente de la guía, hay productos que los influenciadores no pueden publicitar, y en caso de que se promocionen productos con normas especiales, la publicación debe cumplir con todas las disposiciones establecidas por la legislación nacional”. Tal es el caso de los medicamentos y las bebidas

energizantes que requieren de autorización del INVIMA para ser objeto de publicidad.

Frente a esto, en Colombia es posible identificar el caso de la influenciadora Elizabeth Loaiza, pues la SIC presentó un pliego de cargos en su contra por ofrecer el producto “ProMed Covid-19 Rapid Test”, el cual no contaba con registro sanitario del INVIMA ni se podía adquirir en las entidades que la creadora de contenido digital estipuló. Si se confirma la violación de las normativas correspondientes al derecho de consumo, a Loaiza le podrían imputar una multa hasta por 2000 SMLMV, toda vez que de acuerdo con el artículo 78 de la Constitución y el artículo 1º del Decreto 4886 del 2011; la SIC debe realizar el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y de la información que se suministre al público en su comercialización, imponiendo sanciones si se considera que se vulneran las protecciones al consumidor.

Lo anterior conlleva a que se entienda que “un anuncio publicitario en sí no es engañoso, pues para comprobar esta circunstancia es necesario verificar el efecto que este mensaje genere en el mercado” (Castro, pág. 392, 2016), y en consecuencia, las investigaciones y sanciones administrativas que se pueden imponer a los *influencers* en el marco del desarrollo de sus actividades, dependerán del efecto que realmente haya tenido el influenciador en la toma de decisión del consumidor, pues sus puntos de vista tienen tanto poder que pueden llegar a generar desconfianza en el consumidor al punto que cambien sus patrones de decisión.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que un acto de comercio es aquel que hace parte del mercado, entendiendo este como el escenario donde está la oferta y la demanda. Estos actos son aquellos que la ley ha estipulado, y que existen en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del artículo 20, n.19 del Código de Comercio. Para el caso concreto, es viable comprender que existe un acto de comercio entre la empresa que otorga los productos y servicios al influenciador para que los promocióne, y que, además habrá otro acto entre el consumidor y el anunciante que llevan a cabo una compraventa gracias a la actuación del *influencer* como imagen del producto o servicio.

Así mismo, es importante tener en cuenta que mientras algunos contemplan que los influenciadores no tienen una profesión como tal, para otros se trata de una profesión liberal. Ésta, es una discusión latente en el marco de este nuevo marketing, la cual ha sido planteada previamente en este artículo, lo que ha permitido que se concluya que “la industria de los *influencers* necesita regularse para crear políticas que permitan terminar de formalizar este oficio” (Jasminoy,

2020). Además, se considera que una vez los influenciadores llevan a cabo un contrato con empresas para publicitar sus bienes o servicios, esa relación comienza a estar regida bajo la legislación mercantil y debe respetar el Estatuto del Consumidor.

Con todo esto, Fluvip, que es la compañía líder de este mercado en América Latina, plantea que es viable comprender que si el contenido es bueno no va a perder impacto así sea publicitario, puesto que:

[En el] social media el posteo de una persona genera 5 veces más interacciones que el de una marca. Los engagement rate son mucho más altos. En promedio el de una marca en Colombia es de 1%, y en cambio cuando comunican personas llegan en promedio al 20% (...) (Portafolio, 2020).

De ahí que, considerando que los influenciadores mueven aproximadamente 10.000.000 de dólares en Colombia, se entiende que son personas que utilizan nuevos medios de comunicación que llegan a audiencias más jóvenes que los medios tradicionales, y que en consecuencia son fundamentales para el desarrollo del mercado a futuro.

Considerando así que “la realidad del mercado debe obedecer a una publicidad que responda al Estatuto del Consumidor” (Portafolio, 2020), la SIC planteó su *Guía de buenas prácticas* bajo el entendido que cuando los anunciantes promocionan un producto, generan una relación comercial con la marca, de manera que se deben otorgar parámetros claros a los consumidores para que puedan identificar cuándo están ante un mensaje publicitario.

Adicionalmente, se debe considerar que el *goodwill* es:

el anglicismo que hace referencia al buen nombre de una empresa, producto, servicio, persona. Este buen nombre coloca a una empresa en posición ventajosa frente a la competencia, facilitándole su incursión o sostenimiento en el mercado, lo que indudablemente le permite tener una mejor rentabilidad (Gerencie, 2017).

En el caso de los influenciadores, este elemento del mercado es uno de los que incide en la decisión que toman tanto las empresas como los creadores de contenido de publicitar un producto, pues se tiene en cuenta que los *influencers* tengan una visión y una audiencia acorde con los fines comerciales del empresario, de tal forma que se puedan proyectar beneficios futuros, así como lo plantea la SIC en el Auto 3449 del 2005.

De manera que,

contar la historia de la marca a través de personas influyentes puede ayudar a administrar y conectarse con el público objetivo (...) el 92% de los consumidores dicen que confían en las recomendaciones de boca en boca de sus conocidos, familiares, amigos o personas influyentes más que en cualquier otro tipo de publicidad (Kadekoya y Holiencinova, 2018).

Es esta la razón principal por la que se entiende que el *influencer marketing* impacta el mercado al permitir que los consumidores adquieran productos a través de la experiencia de los influenciadores, quienes al ser contratados por las empresas están en la obligación de unir su buena imagen con la del producto o servicio, de tal forma que el consumidor confíe en este agente de mercado.

9. REFLEXIÓN

El mundo del siglo XXI es radicalmente diferente al de los siglos pasados. La tecnología y las redes sociales han modificado la manera en que interactuamos las personas y han moldeado muchos de nuestros comportamientos, y la pandemia del Covid-19 ha sido crucial para evidenciar nuestra inmersión en este nuevo mundo.

El análisis previamente expuesto evidencia muchos problemas de investigación, pero se centra fundamentalmente en el impacto que ha tenido el *influencer marketing* en Colombia y en el mundo, y cómo se han regulado algunas de las prácticas de los *influencers*. Bajo el entendido de que es muy fácil engañar en redes sociales, surgió la *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*, que busca proteger a los consumidores en la era digital, pues los influenciadores orientan la toma de decisiones de sus seguidores frente a los productos que deberían adquirir. Tanto así que:

el *influencer marketing* ha llegado en los últimos años a convertirse en una de las herramientas más poderosas para que las marcas, los grandes y pequeños comerciantes, puedan dar a conocer sus productos de una manera diferente a la que por tradición se hizo (NM, 2019).

Lo anterior implica que tanto los pequeños como los grandes comerciantes están utilizando *influencers* como estrategia para adquirir más consumidores, considerando un público determinado, escogiendo al influenciador y a la plataforma que mejor se ajuste a los intereses del negocio. Por consiguiente, es

evidente que el *influencer marketing* en el siglo XXI ha impactado en gran medida los mercados globales y nacionales, implicando la necesidad de establecer regulaciones generales y específicas para cada caso concreto, de tal manera que se garantice el derecho de los consumidores a obtener información certera y a no enfrentarse a una publicidad engañosa.

Sin embargo, el hecho de incluir la guía de la SIC en el ordenamiento jurídico colombiano no conlleva a que se solucionen de inmediato las problemáticas que surgen como consecuencia de las actividades de los *influencers*, pues algunos deberán enfrentarse a investigaciones administrativas por haber incumplido previamente con normativas del derecho de consumo; dado que “la inducción a error, engaño o confusión, además de configurar una infracción a las normas de protección del consumidor, también materializa conductas de competencia desleal” (Castro, pág. 392, 2016).

Consideramos entonces que, teniendo en cuenta que el derecho comercial es el conjunto de normas encaminado a regular relaciones entre particulares nacidas de la industria comercial o asimiladas a estas en cuanto a su disciplina jurídica o ejecución comercial, sería pertinente que más allá de lo estipulado por el Estatuto del Consumidor y por la SIC, se incluya dentro de la legislación mercantil, un acápite que regule los actos de los *influencers* para que se reglamenten temas relacionados al *e-commerce* que ha tenido cada vez más auge en el país. Además, si se sigue la línea de la SIC y se trabaja en tener más claridad respecto al *influencer marketing*, podría darse el caso en que los *influencers* actúen como comerciantes y/o constituyan actos de comercio (dependiendo del caso).

10. CONCLUSIONES

Como se evidenció a lo largo de este análisis, la *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores* emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, constituye un mecanismo eficaz para afrontar uno de los retos más grandes que tiene nuestra economía: la transición al *e-commerce* y a la digitalización de prácticas comerciales. La guía surge para atender a las necesidades de los consumidores, que, deslumbrados por los influenciadores y sus contenidos, tienden a creer fácilmente en la veracidad de los mismos sin siquiera cuestionarse si se trata de un mecanismo de publicidad o de la opinión del creador de contenido digital.

Esta circunstancia ha llevado a que algunos *influencers* incurran en publicidad engañosa y actúen en contravía al Estatuto del Consumidor y a su relación comercial con el anunciante. Por esta razón, correspondió a la SIC fomentar este modelo para garantizar que en el siglo XXI y en el marco de las relaciones comerciales, se proteja a los consumidores de tal forma que se desarrolle la función social que normativamente se le ha otorgado a la empresa.

Es nuestra postura afirmar que, considerando todo lo previamente expuesto, los creadores de contenido digital como parte del *influencer marketing*, son sujetos que tienen mucha relevancia en el desarrollo del mercado en el mundo, y que la regulación de sus actividades permite que a futuro se instauren verdaderamente como una institución en la que prime el respeto por la buena fe, la información completa al consumidor, y se evidencie que dado que “las empresas han migrado de las relaciones B2C (*business to consumer*) y B2B (*business to business*) a las relaciones H2H (*human to human*)” (Merchán, 2019), los *influencers* tienen la obligación de cumplir con los contratos de patrocinio que establezcan con los anunciantes. Lo anterior, no implica que deben dejar de ser objetivos al presentar su opinión, de tal forma que respeten las regulaciones referentes al derecho del consumo, y al mismo tiempo ejerzan su derecho a la libre expresión que probablemente fue la razón por la que comenzaron a ser parte del mundo de las redes sociales que ya no se limitan a las interacciones sociales, pues se extienden a las relaciones que se rigen por la ley mercantil.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Autorité de régulation professionnelle de la publicité (mayo, 2019). Marketing D'influence: les bonnes pratiques. Extraído el 29 de octubre, 2020, de <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2019/05/Observatoire-marketing-dinfluence.pdf>
- Bisen, G. (julio 4, 2019). Influencer Marketing: A closer look into Indian Market. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://medium.com/@gauravsinghbisen/influencer-marketing-a-closer-look-into-indian-market-924063140ea3>
- Bouchenard, C. (noviembre, 2017). Influencer marketing At-a-glance guide to regulation across Europe. Extraído el 21 de octubre, 2020, de https://www.osborneclarke.com/wp-content/uploads/2018/08/OSB100253_Influencer-Marketing_v4.pdf
- Brand Manic. (diciembre 26, 2017). El marketing influyente, la mejor estrategia a corto plazo. Extraído el 20 de octubre, 2020, de <https://www.brandmanic.com/marketing-influyente-mejor-estrategia-corto-plazo/>
- Castro de Cifuentes, M. (1991). Actos de comercio. Santa Fe de Bogotá: Uniandes.
- Castro, M. (2016). *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Ed. 2). Bogotá: Universidad de Los Andes.

- Centro de Investigación en Derecho Informático. (mayo 31, 2019). Los influenciadores y el derecho de consumo. Tomado de <https://derinformatico.uexternado.edu.co/los-influenciadores-y-el-derecho-de-consumo/>
- Comisión Coreana de Comercio Justo. (diciembre 23, 2016). *Directrices para el Examen de Etiquetado y Publicidad de Recomendaciones, Garantías, Etc.* Extraído el 27 de octubre, 2020, de <https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=1495>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-364 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Dawson, B. (septiembre 2, 2019). Kendall Jenner, Emily Ratajkowski, and more sued over Fyre Festival. Extraído el 30 de octubre, 2020, de <https://www.dazeddigital.com/life-culture/article/45822/1/kendall-jenner-emily-ratajkowski-pusha-t-sued-fyre-festival-billy-mcfarland>
- Dinero. (febrero 18, 2020). Influencers: El negocio del mercadeo en redes sociales. Extraído el 24 de octubre, 2020, de <https://www.dinero.com/empresas/articulo/cuanto-ganan-los-influencers/281396>
- Dinero. (noviembre 18, 2019). ¿Por qué los influencers ganan cada vez más dinero?. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://www.dinero.com/empresas/articulo/porque-los-influencers-ganan-cada-vez-mas-dinero/279223>
- Forbes Staff. (mayo 8, 2020). Alerta influenciadores: SIC investiga a Elizabeth Loaiza por publicidad engañosa. Extraído el 14 de octubre, 2020, de <https://forbes.co/2020/05/08/actualidad/alerta-influenciadores-sic-investiga-a-elizabeth-loaiza-por-publicidad-enganosa/>
- Fortich, A. A. (2010). *DERECHO COMERCIAL: ACTOS DE COMERCIO, EMPRESAS, COMERCIANTES Y EMPRESARIOS*. Vniversitas, 59(121), 305-310.
- Gerencie. (octubre 22, 2017). Good will. Extraído el 05 de noviembre, 2020, de <https://www.gerencie.com/good-will.html>
- Guillien, R., & Vincent, J. (2015). Diccionario jurídico (2nd ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Habibe Robles, N. D., & Paéz Zamora, M. (2017). *El estatus del consumidor como garante de protección en el derecho del consumo*. Barranquilla: DERECTUM, Volumen 2 No.1: 90 – 105.
- Influencer DB. (2019). *INFLUENCER MARKETING BENCHMARKS REPORT 2019* (pp. 2-36, Rep.). Colonia, Alemania: INFLUENCER DB. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de https://cdn2.hubspot.net/hubfs/4030790/MARKETING/Resources/Education/E-Books/Influencer%20Marketing%20Benchmarks%20Report%202019/InfluencerDB_Influencer-Marketing-Benchmarks-Report-2019.pdf
- INDECOPI. (2019). Guía de publicidad para influencers. Lima; INDECOPI.
- Influencer Marketing Hub, *The State of Influencer Marketing 2019: Benchmark Report* (febrero 25, 2019) <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-2019-benchmark-report/>
- Jasminoy, S. (octubre 21, 2020). Influenciadores y marcas, una eficaz estrategia publicitaria. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://www.dinero.com/empresas/articulo/influenciadores-y-marcas-una-eficaz-estrategia-publicitaria-por-fluvip/304163>

- KÁDEKOVÁ, Z., & HOLIENČINOVÁ, M. (2018). *INFLUENCER MARKETING AS A MODERN PHENOMENON CREATING A NEW FRONTIER OF VIRTUAL OPPORTUNITIES* (Vol. 9). Nitra, Eslovaquia: Department of Marketing and Trade, Faculty of Economics and Management, University of Agriculture
- Kim, G., Kho, K. M., & Chun, K. H. (marzo 23, 2020). First Case of KFTC Imposing Sanctions Against Instagram Influencer Advertisements. Tomado de https://www.kimchang.com/en/insights/detail.kc?sch_section=4
- Knitter, M., & Sobotka, C. (enero 29, 2020). Influencer Marketing – Labelling Requirements In Germany - Media, Telecoms, IT, Entertainment - Germany. Tomado de <https://www.mondaq.com/germany/social-media/888160/influencer-marketing-labelling-requirements-in-germany>
- Lemus Rivero, L. (octubre 8, 2020). Influencers, aspectos legales a considerar. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://forojuridico.mx/influencers-aspectos-legales-a-considerar/>
- Ley no 1480 de 2011. Congreso de la República de Colombia, Bogotá, Colombia, octubre 12 de 2011.
- Ley no 8.078 de 1990. Senado Federal de Brasil, Brasilia, Brasil, Septiembre de 2017.
- LexRidge Partners. (enero 16, 2020). Consumer Protection Laws: Influencers Be Aware! - Consumer Protection - India. Tomado de <https://www.mondaq.com/india/dodd-frank-consumer-protection-act/877176/consumer-protection-laws-influencers-be-aware>
- Luz, R. S. (junio 29, 2020). Aspectos legais relevantes na atuação do digital influencer. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://swisscam.com.br/aspectos-legais-relevantes-na-atuacao-do-digital-influencer/>
- Merchán, A. (diciembre 6, 2019). Influenciadores, ¿consejeros o promotores? Extraído el 19 de octubre, 2020, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/influenciadores-consejeros-o>
- Mesa, L. V. (octubre 02, 2020). Resultados de búsqueda para los influenciadores deberán usar etiqueta publicidad para promocionar productos 3068207. Extraído el 26 de octubre, 2020, de <https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/los-influenciadores-deberan-usar-etiqueta-publicidad-para-promocionar-productos-3068207%E2%80%A8>
- Miranda, N. S. (marzo 26, 2019). “Influencers”: ¿Una amenaza para los derechos del consumidor? Extraído el 20 de octubre, 2020, de <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/influencers-una-amenaza-para-los-derechos-del-consumidor/>
- M, N. (junio 11, 2019). Los pequeños comerciantes y el influencer marketing. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://www.latamclick.com/los-pequenos-comerciantes-y-el-influencer-marketing/>
- Pérez, M. F., & Monsalve, S. A. (2019). *Regulación de la Publicidad de los Influenciadores: Una Mirada al Caso Colombiano Desde el Derecho Comparado*. Medellín: EAFIT.
- Portafolio. (octubre 02, 2020). Los influenciadores mueven US\$10 millones en Colombia. Extraído el octubre 14, 2020, de <https://www.portafolio.co/economia/los-influenciadores-mueven-us-10-millones-en-colombia-545276>

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Noviembre 1, 2020].
- Rincón, I. V. (2019). *El régimen de responsabilidad de los influenciadores en la Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Ripert, G. (1954). *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires, Argentina.
- Semana. (septiembre 26, 2020). Tatequieto a los influenciadores por excesos y engaños con la publicidad. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://www.semana.com/economia/articulo/tatequieto-a-los-influenciadores/202000/>
- Superintendencia de Industria y Comercio (2001). Concepto 01037390 del 26 de junio de 2001.
- Superintendencia de Sociedades (203). Concepto 220-81635 del 18 de diciembre de 2001.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2020). Resolución 20006 del 5 de mayo de 2020.
- Superintendencia de Industria y Comercio- Delegatura para la protección al consumidor (2020). Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores del 1 de octubre de 2020.
- The Fashion Law. FitTea Comes Under Fire for Undisclosed Endorsements, False Weight Loss Claims. (marzo 26, 2020). Extraído el 19 de octubre, 2020, de <https://www.thefashionlaw.com/fittea-comes-under-fire-for-undisclosed-endorsements-false-weight-loss-claims/>
- The Fashion Law. A German Court Sides with Influencer Over Undisclosed But “Obviously” Commercial Instagram Posts. (julio 31, 2020). Extraído el 29 de octubre, 2020, de <https://www.thefashionlaw.com/a-german-court-sides-with-influencer-over-undisclosed-but-obviously-commercial-posts-on-instagram/>
- The Korea Herald. (julio 22, 2018). More brands in South Korea turning to influencer marketing on social media as shopping habits change. Extraído el 01 de noviembre, 2020, de <https://www.straitstimes.com/asia/east-asia/more-brands-turning-to-influencer-marketing-on-social-media-as-shopping-habits-change>
- UCEP. (2013). *ABC de la Autorregulación Publicitaria*. UCEP. <https://www.ucepcol.com/abcautorregulacion>.
- Unidad Investigativa. (octubre 01, 2020). Influenciadores: Multas por disfrazar comerciales en redes. Extraído el 24 de octubre, 2020, de <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/las-multas-para-influenciadores-que-enganen-a-consumidores-541038>

