

Los influencers y la afectación en el derecho del consumo en Colombia

The influencers and the impact in the consumer law in Colombia

Daisy Johana Rodríguez Galán ¹ ✉ [CvLAC](mailto:cvlac@cesder.org), Andrea Carolina Hernández Medina ² [CvLAC](mailto:cvlac@cesder.org)

¹ Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos - Tunja (Colombia). Investigadora Junior Minciencias. Investigadora del grupo Hugo Grocio. Directora Regional Boyacá de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal. Directora de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Miembro ICON (Colombia).

² Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos - Tunja (Colombia). Coordinadora de la Liga del Consumidor JDC.

Fecha correspondencia:

Recibido: julio 05 de 2022.

Revisado: noviembre 17 de 2022.

Aceptado: noviembre 21 de 2022.

Forma de citar:

Rodríguez, Daisy Johana;

Hernández, Andrea Carolina. "Los influencers y la afectación del derecho de consumo en Colombia."

En: Revista CES Derecho. Vol. 13.

No. 3, septiembre a diciembre de 2022. p. 67-82. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.6833>

[Open access](#)

[© Derecho de autor](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: 10.21615/cesder.6833

ISSNe 2145-7719

Resumen

El concepto de marketing de influencia se refiere a "un tipo de estrategia llevada a cabo por las marcas que consiste en utilizar a personas influyentes en un tema o sector para transmitir un mensaje y aumentar el reach -alcance" (Hernández, 2017). Es aquí donde el influencer se convierte en un prescriptor, es decir el individuo que puede convencer a una gran cantidad de personas, que compren un determinado producto comercial.

En el medio online una referencia positiva o negativa del influencer, puede llegar a afectar a un comprador potencial, y si a esto le sumamos una recomendación de una persona con reconocimiento notable, es un medio de éxito en el mercado. Según la Fundeu BBVA (2017), influencer se usa para "aludir a personas con conocimiento, prestigio y presencia en determinados ámbitos en los que sus opiniones pueden influir en el comportamiento de otras muchas personas". Este influencer indudablemente genera un impacto publicitario a través de las redes sociales, convirtiéndose en un líder de opinión en el mercado.

Se pensaría que un influencer es una guía de una buena práctica, sin embargo, la realidad revela que la ausencia de control legal en

[Publica con nosotros](#)

la utilización de las estrategias de marketing digital, y en la generación de publicidad, afecta la decisión del consumidor; toda vez que no existen principios éticos y prácticas reguladas de los mecanismos utilizados para “convencer”.

Palabras clave: influencers; comprador; redes sociales; derecho del consumo.

Abstract

The concept of influencer marketing refers to "a type of strategy carried out by brands that consists of using influential people in a topic or sector to transmit a message and increase reach" (Hernández, 2017). This is where the influencer becomes a prescriber, that is, the individual who can convince a large number of people to buy a certain commercial product. In the online medium, a positive or negative reference from the influencer can affect a potential buyer, and if we add to this a recommendation from a person with notable recognition, it is a means of success in the market. According to Fundeu BBVA (2017), influencer is used to "refer to people with knowledge, prestige and presence in certain areas in which their opinions can influence the behavior of many other people". This influencer undoubtedly generates an advertising impact through social networks, becoming an opinion leader in the market.

It would be thought that an influencer is a guide to good practice, however, reality reveals that the absence of legal control in the use of digital marketing strategies, and in the generation of advertising, affects the consumer's decision; since there are no ethical principles and regulated practices of the mechanisms used to "convince".

Keywords: influencers; consumption; marketing; advertiser; regulation.

Problema de investigación

¿Cuál es el impacto de la regulación en materia de derecho del consumo en el comercio electrónico respecto a las actividades de los influencers en Colombia?

Metodología

Se ha aplicado una metodología descriptiva, basada en la observación y la reflexión. Se ha analizado bibliografía, artículos científicos, estudios de caso, datos sobre la conceptualización del influencer.

Contextualización de la problemática

Las redes sociales se han convertido en los nuevos espacios de influencia para la toma de decisiones de compra del consumidor a través de los denominados influencers, convirtiéndose en líderes mediáticos en la era digital. Los influencers son personas que se destacan por su capacidad de influir en la toma de decisiones del consumidor; ya sea por sus palabras, mensajes,

imágenes, opiniones, etc. Produciendo credibilidad en las diferentes plataformas digitales a la hora de seleccionar y adquirir productos. Es así que, por medio de las tecnologías de información y comunicación, se van creando nuevos prototipos en el mercado de la publicidad y el marketing, permitiendo que las opiniones de los influencers atraigan más consumidores y ganancias a los proveedores.

La estrategia del influencer se utiliza para: creación de contenidos, promoción de marcas, promoción de eventos, comunicaciones corporativas, para SEO es la sigla para *Search Engine Optimization*, que significa "optimización para motores de búsqueda", entre otros. Es así que el influencer ha provocado la traslación de un nuevo líder, convirtiéndose en una nueva guía mediática de opinión en las redes sociales, asumiéndose que posee cierto grado de credibilidad respecto de la utilidad de un producto o servicio, de una respectiva marca. Lo anterior permite evidenciar la falta de una regulación legal de la problemática; respecto de la utilización de estrategias de marketing digital, y la generación de publicidad utilizando la figura del influencer. Dentro de esta figura es importante identificar la clasificación desde la doctrina de los denominados influencers. Según Ortuño (2018), los mismos pueden clasificarse de la siguiente manera:

“- Celebrity: Posee más de 1 millón de seguidores y su nivel de influencia va a más allá del ámbito del social media, ya que suelen ser personajes mediáticos. No obstante, su alto índice de popularidad se contrasta con el bajo nivel de confianza que generan en sus seguidores, ya que saben que cuando promocionan algún producto, existe un pago de por medio.

- Megainfluencers: Tienen de 100 mil a 1 millón de seguidores, pero tienen poca interacción con sus seguidores, lo que hace que su nivel de credibilidad no sea muy alto. Aparecen en medios de comunicación tradicionales, pero no son consideradas como celebridades.

- Macroinfluencers: Cuentan con una cantidad de seguidores entre 50 mil y 100 mil. Su índice de credibilidad es más alto que el de los megainfluencers debido a que, al tener un número inferior de seguidores, su nivel de interacción con ellos es superior. Son expertos en diferentes campos y tienen cierta capacidad para influir en la decisión de compra de sus seguidores.

- Microinfluencers: Aunque tienen solamente entre mil y 50 mil seguidores, su nivel de credibilidad es muy alto, al igual que su nivel de interacción con sus seguidores, agradeciendo, contestando mensajes y dando consejos. En esta categoría aparecen bloggers, youtubers e instagrammers, quienes tienen una gran capacidad de influir en las decisiones de compra”

Esta nueva cultura mediática la categoría de los influencers generan un impacto en mayor o menor medida respecto de la referencia de un producto o servicio, para convencer de los beneficios a los consumidores; y así mismo entre una mayor categoría del influencer será mayor el costo de referenciar un producto o servicio. Cada influenciador tiene un público concreto, por lo que para elegirlo la empresa que requiere de sus servicios debe realizar un amplio trabajo de indagación para dar con la mejor elección (Asociación de Marketing de España, 2015).

Hoy en día debemos aceptar el nuevo modelo de información de la cultura transmedia como el escenario que relaciona los individuos y los contenidos en un ciberespacio, que ha originado transformaciones en las formas de comunicar y comprar en la sociedad actual. Esta nueva transformación puede traer un impacto negativo en el derecho al consumo y por ende al derecho a la libre elección e información y el de reclamación, pudiendo llevar consigo a pérdidas millonarias a los competidores por sus posturas en la industria.

El marketing elaborado por los influencers a través del material mediático producido está cargado de sus propias opiniones sesgadas, de acuerdo a sus necesidades sociales y expresivas, adquiriendo gran relevancia en los millenials y centennials, quienes en su gran mayoría son los usuarios y compradores en la red. De esta manera se hace innegable que en la actualidad los fenómenos comunicativos y tecnológicos afectan el derecho al consumo y por ende a la economía.

En sentencia C-592 (2012), la Corte Constitucional se refirió a la regulación de la publicidad comercial como parte de la constitución económica:

“La regulación de la propaganda comercial hace parte de la “Constitución económica”, entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone, como se ha dicho, un mayor control.

La Constitución Económica en Colombia 1991, hace referencia a la obligación de promover la actividad económica en beneficio de los fines sociales. A partir de los principios de igualdad, transparencia, eficacia, eficiencia. En donde cada individuo cuenta con libertad económica y libertad de expresión, con el límite del derecho del otro”.

Así mismo la publicidad engañosa está prohibida en Colombia, en el artículo 30 de la ley 1480 (2011):

“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”.

Esta práctica ha sido entendida como el engaño del consumidor, y permite un reconocimiento económico por los daños y perjuicios causados. En correlación con la publicidad engañosa se trae a colación el concepto del *native advertising* o publicidad nativa, esta se refiere Gómez (2019):

El *native advertising* pretende lograr una interacción especial entre la marca y el consumidor, teniendo especial cuidado en no ser intrusivos. Es considerada como una tendencia de mercadeo en crecimiento que se conoce como publicidad nativa. Pretende generar mucha más confianza por parte de los consumidores, que la publicidad tradicional con banners o la bien conocida publicidad display. La publicidad nativa o *native advertising* es uno de los elementos que complementan las estrategias de marketing de contenidos. podríamos decir que es uno de los formatos más apetecidos para distribución o amplificación de contenidos.

Entonces, ¿cómo perciben los consumidores y procesan el tipo de publicidad *native advertising*? (Wojdynski y Evans, 2015).

En este sentido cabe mencionar dos experimentos que examinaron los efectos del lenguaje y el posicionamiento en las revelaciones publicitarias sobre el reconocimiento del contenido como publicidad. Los resultados muestran que el posicionamiento y la redacción en la mitad o en la base usando "publicidad" o "patrocinado" aumentaron el reconocimiento de publicidad en comparación con otras condiciones, y el reconocimiento de anuncios generalmente generó más evaluaciones negativas.

En la publicidad nativa, también podemos encontrar publicidad encubierta, siendo manifiestamente ilegal. La utilización de banners, pop-ups, en principio, en la experiencia de navegación del consumidor no se siente afectado, no obstante, dichos banners, pop-ups, puede llegar a tener un efecto camaleón en el consumidor, ya que van acompañados de una leyenda.

De acuerdo al estudio monográfico desarrollado por (Monerris, 2017), aseguro que existe un incumplimiento a la legislación de cada país, en este caso España y Estados Unidos, por parte de los influencers, al poseer una publicidad encubierta en las colaboraciones; dejando en

evidencia que realizan prácticas similares, a pesar de provenir de países diferentes. Dichas prácticas, generan un nuevo líder de opinión, por ello:

En la actualidad, el influencer implica la traslación, la nueva versión del líder de opinión aplicado al medio online, aprovechando el potencial enorme demostrado por las redes sociales. Según el Estudio Anual de Redes Sociales (IABSpain, 2016), un 85% de usuarios declara que sigue a los influencers en las redes sociales. El influencer es una persona que posee cierta credibilidad sobre un tema concreto y que su presencia e influencia en las redes sociales hacen que se convierta en un prescriptor idóneo de una mercadeterminada (Begoña, 2018).

En esta cultura transmedia: los medios, el espectáculo y los influencers, se han convertido en protagonistas de la red y de la sociedad. A tal punto de generar miles de seguidores, que son producidos por estos medios. (Hearn, y Schoenhoff, en Marshall y Redmond, 2016).

En el panorama mundial, la Federal Trade Commission – FTC ha multado en \$ 2.5 millones de dólares a un empresario en Florida en el año 2019 por la “venta de indicadores falsos de influencia en las redes sociales”, ya que para la Comisión hacer parecer más popular a un Influencer de lo que es en realidad es ilegal. Así como se ha sancionado por la FTC por publicar opiniones falsas sobre productos, ya que lo que se está haciendo es distorsionar las ventas en línea y las redes sociales por la falsificación.

Así mismo, en el Reino Unido, a través de la Advertising Standards Authority- ASA en el año 2019, ha mencionado que es comprensible que los especialistas en marketing estén interesados en los influencers y por ello ha indicado que el código CAP “Code applies to influencer marketing” se aplique tanto al marketing de influencers como a las formas más convencionales de marketing, estableciendo reglas sobre los productos promocionados en la red. Especialmente aquellos restringidos a menores de edad, así como el requerimiento a los Influencers de usar etiquetas cuando están publicitado algún producto. Esta distinción es importante para la comprensión de las personas sobre la publicidad influyente (p. Ej., “#Ad” o “# patrocinado”), para permitir la libre circulación de información y elección al identificar las publicaciones pagas de los influencers.

Esta socavación a los mercados por las falsificaciones en la venta de indicadores falsos de influencia en las redes sociales, perjudica no solo a los consumidores sino a las empresas. Estas acciones son reprochables ya que restringen la libre elección e información de la compra, por ello, esta influencia en la toma de decisiones a sus seguidores afecta al mercado y por supuesto a los demás agentes del mismo.

Es importante que en la actualidad las entidades encargadas de la protección al consumidor adelanten asesoramiento a través de guías, campañas, seminarios web, infografías y artículos, entre otros; para ayudar a los especialistas en marketing e influencers a orientar la realización

de una publicidad transparente, sin falsificaciones, para dejar claro que el contenido que publican es “publicidad”, permitiendo la libertad de información y por ende la libre elección de los productos.

Lo analizado anteriormente supera los estándares tradicionales, por ello es necesario establecer cuáles son las reglas más relevantes, para hacer que los anuncios se identifiquen como anuncios y finalmente definir las pautas para los influencers. Un gran problema es garantizar que los influencers y las marcas sean claras y francas con los consumidores, permitiendo una circulación de información transparente, que no erosione la confianza y posibles investigaciones; ya que algunos buscarán eludir los requisitos, al igual que identificar los seguidores y los anuncios falsos.

La novedad del marketing de influencers y la masificación de las redes sociales, donde han aparecido nuevos participantes en la cadena de consumo, lo hace sumamente complejo y por tanto si esto no se realiza de manera responsable, generará daños en la sociedad en general. En todo esto la industria tiene un papel muy importante para garantizar su crecimiento transparente y que el impacto en el consumo sea regulado por buenas prácticas.

Este tipo de figuras se presenta una problemática adicional que debe ser abordada, relativa a la importancia de la relación de consumo y las características de los sujetos que participan en la misma para que las disposiciones en materia de protección al consumidor se puedan aplicar. Es indiscutible que, para el derecho entre el influencer y el consumidor, no se genera relación de consumo alguna; pero se genera una impactante problemática por la responsabilidad que este tipo de figuras deben tener dentro del contexto comercial para generar una protección adecuada del público en general.

Adicionalmente, se debe observar la importante característica con el sistema jurídico dota a los consumidores del país, esta es la de consumidor medio o racional. En el sistema jurídico colombiano, derivado de la Carta política de 1991, sostiene que tanto las normas como las realidades sociales deben estar armonizadas; es decir, se requiere que las ciencias jurídicas respondan a las situaciones diarias de los sujetos suscribientes del contrato social que conforman el Estado colombiano. En materia del consumidor, si bien se entiende la existencia de una relación asimétrica entre el mismo y los empresarios o comerciantes, se le otorga la calificación de consumidor medio, capaz de otear de manera superficial la relación de consumo sin profundidad, pero con algo de conocimiento sobre la misma. Esta clasificación también se otorga porque desde la psicología del consumidor donde se evidencia la existencia de consumidores expertos, racionales, descuidados e ignorantes dentro del mercado, generando con su promedio la definición de consumidor medio.

Impacto de la figura de los en disposiciones internacionales en derecho del consumo

Con el vertiginoso ascenso de este tipo de figuras en el contexto del comercio electrónico y de este nuevo escenario mercantil internacional, algunas Organizaciones Internacionales y Estados han dispuesto cuerpos regulatorios para revisar este importante tema que, con el paso del tiempo, adquiere aún más importancia a nivel de mercado.

La Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución N°70/186 (2015) se refiere a la protección del consumidor. Aquí se describe esta importante problemática, la ONU dentro de su Septuagésimo período de sesiones se pronunció sobre el derecho del consumidor. En lo relativo, exhortará a los Estados del mundo a la debida protección del consumidor electrónico desde su prólogo, principios y articulado; atendiendo la importancia de las nuevas tecnologías en materia de mercado y conminando a un adecuado proceso de protección para el conglomerado económico más grande, los consumidores. Dentro de sus directrices, todas las contenidas en el literal “L” se refieren a la importancia del comercio electrónico y su necesidad de protección por todos los Estados.

Por su parte Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, establece una guía de buenas prácticas sobre publicidad en línea, buscando la protección al consumidor en el comercio electrónico. Para el año 2019 se emite esta guía de buenas prácticas para llamar a sus Estados miembros al desarrollo de adecuados mecanismos de protección al consumidor en sus jurisdicciones. Cabe resaltar que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE es la organización Interestatal económica con mayor peso en el marco internacional y que Colombia es Estado miembro de pleno derecho desde el año 2020.

En Alemania, a través de la sentenciadel Bundesgerichtshof (2021), el Tribunal Supremo de Justicia Alemán tomó determinaciones especiales respecto a los influencers en el Estado germano. El pronunciamiento se dio posterior a una denuncia de la Asociación para la Competencia Social (“Verband soziale Wettbewerb”), que señaló al tribunal que la publicidad realizada por los influenciadores violaba los derechos de las personas por realizarse de manera desleal hacia la comunidad. La providencia del tribunal señala que los influenciadores pueden realizar referencias a las empresas, siempre que dicha publicación no sea automáticamente promocional. Para el tribunal solamente se denominará publicidad si el influencer recibe un pago por la publicación o es realmente una pieza en donde no se brinda información objetiva.

Se observa que aquí que el tribunal se pronunció respecto al acto comercial publicitario, pero dentro de dicho pronunciamiento no se tienen en cuenta los derechos de los consumidores relacionados con evitar la información y publicidad que pueden ser engañosas.

En Estados Unidos es, sin lugar a dudas, el país en donde mayor observación legal se ha hecho respecto al tema de los influencers. A nivel de cada Estado, se han presentado múltiples controversias que versan desde aspectos como información y publicidad y llegan a los aspectos tributarios que muchas veces estos personajes evaden en el pago de sus publicaciones. A nivel de toda la nación, La Federal Trade Commission es el órgano encargado de la vigilancia y regulación de la publicidad y desde el año 2019 generó los “Disclosures 101 for Social Media Influencers”, en donde obligó a los influenciadores en USA a redactar loshashtag #ad #advertisement o #sponsored siempre que los contenidos fuesen pagos. Igualmente, la comisión dispone para los anunciadores medidas y guías de adaptación en su página web para evitar las infracciones en materia de información y publicidad engañosa. Cabe resaltar que en Estados Unidos se viene trabajando en la regulación de este tema desde 2016, siendo pioneros al respecto a nivel internacional.

Por su parte en España a través de la Ley General para Defensa de los Consumidores y la Ley de Competencia Desleal, de fecha del 28 de mayo de 2022, ha regulado todo lo relacionado con los influenciadores y su impacto publicitario. Desde la promulgación de la ley, los influencers están obligados a señalar dentro de sus publicaciones cuando las mismas son pagas o no, eliminando con ello la denominada “publicidad encubierta”. Así mismo, se permite interpretar desde la ley que el directo responsable por la publicación será el influencer, generando con ello una definición específica de la responsabilidad de quien anuncia. La ley es tan amplia y rigurosa en el tema que también incluye a las “opiniones pagadas” (como comentarios en publicaciones), que deberán también señalarse para evitar la confusión de los consumidores que acuden a los influencers para guiarse sobre un producto. Las sanciones que enmarca la ley van desde 150 euros hasta un millón de euros. Con ello, observamos que a nivel internacional España cuenta con la herramienta legal más sólida y completa para proteger a los consumidores de los posibles abusos de los influencers.

Así mismo en el Estado México se promovió la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la ley federal de protección al consumidor. En la actualidad, en el país azteca, cursa una nueva iniciativa legislativa que busca mayor vigilancia y control para los influencers. Esta iniciativa presentada por una diputada del partido MORENA solicita que se les denomine como “prestadores de servicios audiovisuales” y describe todo un régimen de obligaciones y responsabilidades especiales, que incluyen no solamente el advertir cuando sea un anuncio pagado sino una regulación en cuanto a temáticas y horarios para la publicación de dichos anuncios dentro de las mismas redes. Además, les obliga a realizar nuevos pagos a nivel tributario por las millonarias ganancias que perciben.

Impacto de los influencers en Colombia en derecho del consumo

En Colombia, el tema de los influencers respecto a la publicidad aún no ha sido regulado mediante la ley. Al respecto, se ha emitido una guía para los influenciadores que demuestra nuevamente la existencia de un vacío legal respecto a este tipo de figuras. No obstante, lo

anterior estas recomendaciones no tienen fuerza normativa y las violaciones por parte de los influenciadores a nivel nacional se siguen surtiendo día a día.

A su vez, la guía de recomendaciones, que no tiene ni cuenta con ningún nivel de obligatoriedad o imposición, se dedica a enunciar de manera general las disposiciones de la Ley 1480 de 2011 que tienen relación con la protección al consumidor.

No existe entonces en la actualidad ningún tipo de disposición coercitiva que permita a los consumidores defender sus derechos y protegerse del cierto tipo de anuncios disfrazados como recomendaciones dentro de sus redes sociales. Adicionalmente, en la actualidad se presenta un reto adicional en nuestro país con la plataforma Tiktok. Esta aplicación, de origen chino, permite la grabación y emisión de videos cortos y se ha convertido en el principal aplicativo usado en Colombia. Incluso, los principales influencers de otras plataformas han migrado a Tiktok acumulando millones de seguidores para la exposición de múltiples productos y servicios dentro de la misma.

Cabe, en esta oportunidad, hacer el análisis de un caso específico en donde los derechos de los consumidores se han visto afectados por el desarrollo de la actividad de los influenciadores.

Pruebas para COVID-19. Elizabeth Loaiza

En virtud de las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio SIC y en el marco de la pandemia del COVID-19, se inició por parte de la entidad una investigación administrativa contra la expolítica, influencer y modelo Elizabeth Loaiza Junca. En el mes de abril de 2020 el influencer Nicolás Arrieta denunció en su cuenta de instagram y canal de youtube que Loaiza estaba ofertando dentro de sus redes sociales pruebas COVID-19 presuntamente falsas poniendo en riesgo la confianza y salud de los consumidores.

Posterior a la publicación, inició una pelea por medio de mensajes entre los influenciadores en donde Loaiza acusaba a Arrieta de difundir noticias falsas en redes sociales. Días después, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA inició una investigación administrativa contra Elizabeth Loaiza por ofertar dentro de sus redes sociales este tipo de pruebas que no contaban con el respectivo registro en Colombia sin ningún tipo de permiso para su comercialización. Al respecto, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA en la Alerta Sanitaria No. 73 del 15 de abril de (2020) señaló:

“Las pruebas rápidas no diagnostican o confirman COVID- 19. Permiten la optimización de recursos ayudando a los profesionales de la salud en la toma de decisiones en cuanto a aislamiento, realización de prueba diagnóstica confirmatoria, y tratamiento. Por lo tanto, tenga en cuenta las siguientes recomendaciones frente al uso y adquisición y de estas pruebas rápidas:

- *Deben estar avaladas por el INVIMA, ya sea mediante el Registro Sanitario o el Visto Bueno de Importación si ingresaron como “vitales no disponibles”.*
- *No deben ser usadas como autodiagnóstico.*
- *Deben ser realizadas por profesionales de la salud idóneos y competentes para la correcta interpretación de resultados de apoyo diagnóstico.*
- *Deben utilizarse únicamente en las instituciones prestadoras de Servicios de Salud – IPS y demás servicios o instituciones habilitadas por las Secretarías de Salud para tal efecto.*
- *No son productos de venta libre. Por lo tanto, no se deben encontrar ni adquirir para uso personal en lugares públicos tales como supermercados, tiendas de barrio, aeropuertos, terminales de transporte, ventas ambulantes, ventas informales en centros comerciales, Televentas, entre otros. Respecto a este tipo de pruebas, tenga claro lo siguiente:*
- *La información sobre la autorización otorgada por el INVIMA debe ser verificable y debe corresponder a lo que se autorizó previamente en el respectivo Registro Sanitario y/o Visto Bueno de Importación.*
- *Quien oferte este tipo de pruebas deberá indicar que su uso es exclusivo en IPS y demás servicios de salud o instituciones habilitadas por las Secretarías de Salud, para tal efecto.*
- *Es completa responsabilidad del importador, titular de registro sanitario y/o del distribuidor, velar porque el material informativo no exprese verdades parciales que induzcan al engaño o error, ni impute, difame, cause perjuicios o comparación peyorativa para otras marcas, productos, servicios, empresas u organismos.*
- *En los productos no se podrán utilizar denominaciones excéntricas, exageradas o que conduzcan al engaño o error, o que no se ajusten a la realidad del producto en las condiciones en que ha sido autorizada su importación o comercialización, ni que induzcan a confusión con otra clase de productos.*
- *Posteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio SIC inició una investigación administrativa contra la influenciadora basada en distintas consideraciones, entre las que encontramos:*
- *Derecho a recibir información por parte de los consumidores.*
- *Derecho a recibir información contra publicidad engañosa.*
- *Información mínima y responsabilidad.”*

Respecto a la investigación, la influenciadora señaló que nada había tenido que ver con la información que sobre las pruebas se había publicado dentro de sus redes sociales, pues la influenciadora solamente había compartido el contacto de quien suministraba las pruebas a manera de favor sin ningún tipo de pago, no siendo ni productora ni proveedora de las mismas y, por ello, no teniendo la calidad de comerciante para ser sancionada por el Estatuto del consumidor. Además, señaló en sus descargos que, respecto a su actividad como

influenciadora, no existía ninguna norma vinculante que regulara la forma en que los mismos deben realizar sus publicaciones.

En ese sentido la Superintendencia de Industria y Comercio SIC después de más de un año de apertura del proceso decidió sancionar a la influenciadora por las distintas infracciones al Estatuto del Consumidor. La sanción a esta figura pública es la primera y, por el momento, única en Colombia contra un influenciador digital.

En primer lugar, dentro de su resolución sanción, la Superintendencia de Industria y Comercio SIC encontró que la influenciadora no cumplió con los mínimos de responsabilidad objetiva dentro de los anuncios que efectuaba sobre las pruebas COVID en sus redes sociales. De igual manera, se evidenció que si bien en los descargos esgrimidos por la influencer las pruebas solo se vendían a Entidades Estatales (que eran las únicas autorizadas por el Gobierno Nacional para la utilización de dichas pruebas rápidas) era falso que solo este tipo de Entidades las adquirieran, pues en el dispositivo telefónico que atendía a los clientes no existía esta restricción.

Destacó la Superintendencia de Industria y Comercio que, adicionalmente, el canal de ventas que usaban para la comercialización de las pruebas, es decir, al mismo podía acceder cualquiera de los distintos seguidores de la influenciadora y no solamente las entidades de salud autorizadas, como siempre se pretendió mostrar. Adicionalmente, se hizo claro para la Superintendencia de Industria y Comercio que la influenciadora engaño a los consumidores al mencionar dentro de sus publicaciones contaban con todos los permisos nacionales sanitarios para su circulación; pues las pruebas que ofertaba dentro de sus redes sociales no contaba con los respectivos permisos y procedimientos ante la Dirección de Dispositivo Médicos y Otras Tecnologías y la Ventanilla Única de Comercio Exterior – VUCE de la Dirección de Operaciones Sanitarias del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

Si bien el anterior es un caso emblemático en materia de protección al consumidor e influencers, se hace evidente la necesidad de creación de una norma nacional que regule con mayor severidad la actividad de los influenciadores. En el caso Elizabeth Loaiza la sanción se profirió por encontrar elementos fácticos que permitieron evidenciar la violación de los artículos 29 y 30 del Estatuto del Consumidor; pero la sanción impuesta no prestó referencia directa al papel de la modelo dentro del mundo de los influenciadores digitales. Ni que decir de la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico, que en la actualidad es completamente insuficiente para todos los retos y desafíos que han presentado las nuevas tecnologías y las redes sociales en materia de comercio electrónico.

La sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio SIC se enmarca, de manera total, dentro de las infracciones contra la ley 1480 de 2011 y los presupuestos de la publicidad. Al respecto, equiparó la actividad de la influenciadora en redes sociales a la de anunciante

publicitario, al entender que la publicidad es aquella actividad comunicativa que pretende incidir en las decisiones de consumo de las personas.

Por ello, la influenciadora al actuar realmente como anunciante estaba obligada a cumplir con las condiciones de la publicidad objetiva en donde debió cumplir y responder a los consumidores por cada ofrecimiento hecho dentro de sus publicaciones. De lo anterior se deriva que la información que brindan los influenciadores cuando se convierten en anunciantes tiene carácter de vinculante y obliga a su irrestricto cumplimiento por el estatuto del consumidor. Por ello, en este caso la influenciadora entró a responder por los perjuicios que se derivaron de la publicidad engañosa, al incumplir con las condiciones anunciadas y ofrecidas.

Conclusiones y discusiones

En el marketing digital los mensajes publicitarios deben ser honestos, ciertos y creíbles. Alcanzar metas no está prohibido, ni con la buena creatividad ni con la honestidad.

Se pensaría que un influencer es una guía de una buena práctica, sin embargo, la realidad revela que la ausencia de control legal en la utilización de las estrategias de marketing digital, y en la generación de publicidad, afecta la decisión del consumidor; toda vez que no existen principios éticos y prácticas reguladas de los mecanismos utilizados para “convencer”.

Por medio de las tecnologías de información y comunicación, se van creando nuevos prototipos en el mercado de la publicidad y el marketing, permitiendo que las opiniones de los influencers atraigan más consumidores y ganancias a los proveedores.

Existe un nuevo modelo de información de la cultura transmedia como el escenario que relaciona los individuos y los contenidos en un ciberespacio, que ha originado transformaciones en las formas de comunicar y comprar en la sociedad actual.

En la actualidad los fenómenos comunicativos y tecnológicos afectan el derecho al consumo y por ende a la economía. Por ello es importante que las entidades encargadas de la protección al consumidor adelanten asesoramiento a través de guías, campañas, seminarios web, infografías y artículos, entre otros; para ayudar a los especialistas en marketing e influencers a orientar cómo realizar una publicidad transparente, sin falsificaciones, para dejar en claro que el contenido que publican es publicidad, permitiendo la libertad de información y por ende la libre elección de los productos.

Un gran problema es garantizar que los influencers y las marcas sean claras y francas con los consumidores, permitiendo una circulación de información transparente, que no erosione la confianza y posibles investigaciones; ya que algunos buscarán eludir los requisitos, al igual que identificar los seguidores y los anuncios falsos.

Es indiscutible que, para el derecho entre el influencer y el consumidor, no se genera relación de consumo alguna; pero se genera una impactante problemática por la responsabilidad que este tipo de figuras deben tener dentro del contexto comercial para generar una protección adecuada del público en general.

Queda claro que en materia de influenciadores digitales solo ha sido efectivo el régimen sancionatorio en materia del derecho de consumo relativo a la responsabilidad objetiva. Con ello se observa que, desafortunadamente, las distintas conductas potencialmente violatorias de la protección al consumidor en donde pueden configurarse los influenciadores digitales son inobservadas tanto por las autoridades y la ley.

Existe un vacío legal en Colombia respecto de la regulación de estas figuras. No obstante, aunque existen recomendaciones, estas no poseen fuerza normativa ni vinculante, y es así que persisten las violaciones por parte de los influenciadores.

Referencias

Alerta Sanitaria INVIMA No. 73 (2020, 15 de abril).

Asociación de Marketing de España (2015, 19 de enero).

Baquerizo Ortuño. (2018). Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Insta., Universidad Casa Grande.

Begoña Gómez (2018, 2 de abril). El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

Bundesgerichtshof. Sentencia. (2021, 9 de septiembre). Versión digital disponible en: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021170.html?nn=10690868>

Constitución Política de la República de Colombia. (1991, 20 de julio). Versión digital disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20es%20norma%20de,se%20aplicar%C3%A1n%20las%20disposiciones%20constitucionales.&text=Es%20deber%20de%20los%20nacionales,y%20obedecer%20a%20las%20autoridades

Díaz Guevara, G. y Galvis Quintero, P. (2017). Influencers, una estrategia de comunicación como posicionamiento de marca. Facultad de Comunicación Social, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Tomado de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/10152>

Septiembre – diciembre de 2022

Diez, F. (2018). El régimen jurídico de los “influencers”. LinkedIn. Tomado de: <https://www.linkedin.com/pulse/aspectos-legales-tener-en-cuenta-las-colaboraciones-con-fernando-d%C3%A9z/?originalSubdomain=es>

Federal Trade Commission (FTC). Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising. Versión digital disponible en: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>

Fundeu BBVA (2017, 20 de abril).

Gómez, Olga. (2019). ¿Qué es el native advertising o publicidad nativa? Versión digital disponible en: <https://www.wearecontent.com/blog/publicidad-nativa/que-es-native-advertising>

Hearn y Schoenhoff, en Marshall, P. D. y Redmond, S. (2016): A companion to Celebrity: Wiley-Blackwell.

Hernández Lara. (2017). *Blog. digimind*. Versión digital disponible en: [https://blog.digimind.com/es/insight-driven-marketing/marketing-de-influencia-aumentar-ventas#:~:text=El%20marketing%20de%20influencia%20o,aumentar%20el%20reach%20\(alcance\)](https://blog.digimind.com/es/insight-driven-marketing/marketing-de-influencia-aumentar-ventas#:~:text=El%20marketing%20de%20influencia%20o,aumentar%20el%20reach%20(alcance))

Hennessy, B. (2018). Influencer Building your personal Brand in the age of social media. Nueva York, Estados Unidos: Citaldel Press, Kensington Publishing Corp.

Hidalgo-Marí, T., y Serraga-Saavedra, J. (2017). El fenómeno youtuber y su expansión transmedia. Análisis del empoderamiento juvenil en redes sociales. Fonseca, Journal of Communication, ISSN-e 2172-9077, n. 15. Ediciones Universidad de Salamanca. Pp. 43-56. Versión digital disponible en: https://www.researchgate.net/publication/321418962_El_fenomeno_youtuber_y_su_expansion_transmedia_Analisis_del_empoderamiento_juvenil_en_redes_sociales

ICPEN. (2016). Online reviews and endorsements: Icpén guidelines for digital influencers. Tomado de: <https://icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf>

Iniciativa con proyecto de decreto de protección al consumidor. (2022, 18 de mayo). México. Partido Morena. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/1/2022-05-18-1/assets/documentos/Ini_Morena_Dip_Rosario_Div_Disproteccion_Consumidor.pdf

- INDECOPI. (2019). Guía sobre publicidad digital y recomendaciones para influencers. <https://bit.ly/32O6dDu>
- International Chamber of Commerce. (2018). Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la ICC. Paris. <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-andmarketing-communications-code-spa.pdf>
- Ley 1480 de 2011. (2011, 12 de octubre). Congreso de la República, <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%201480%20de%2012%20de%20octubre%20de%202011.pdf>
- Monerri, Valentí P. (2018, 19 de febrero): “La publicidad encubierta en Instagram: análisis comparado de la regulación de la publicidad encubierta entre España y Estados Unidos”. Trabajo fin de grado.
- Resolución 70/186. (2015, 22 de diciembre) aprobada por la Asamblea General el [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/70/470/Add.1)] 70/186. Protección del consumidor.
- Sentencia C-592/12. (2012, 25 de julio). Corte Constitucional de Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-592-12.htm>
- Serrano Massa, C. (2016). Influenciadores: nuevos profesionales del marketing y la publicidad. Marea Digital Ensayos de estudiantes DC sobre negocios, comunicación 41 y tendencias en el mundo digital, ISSN-e 2591-3743, nº 123. Universidad de Palermo. Pp. 11-13. Tomado de: https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/vista/detalle_articulo.php?id_libro=622&id_articulo=12910
- Wojdynski, BW. y Evans, NJ. (2015). “Going native: Effects of disclosure position and language on the recognition and evaluation of online native advertising”, *Journal of Advertising*, vol. 45, (2): 157-168.