

Regulación de la Publicidad de los Influenciadores: Una Mirada al Caso Colombiano
Desde el Derecho Comparado

Maria Fernanda Pérez Villegas

Sara Alexandra Monsalve Cardona

Asesor

Daniel Restrepo Soto

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2019

Contenido

I. INTRODUCCIÓN	4
II. METODOLOGÍA	5
III. GLOSARIO DE TÉRMINOS	6
IV. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCIADORES.....	8
¿Qué se entiende por red social?	11
¿Qué se entiende por publicidad?	11
V. CASOS REALES DE SANCIONES	11
Ejemplos.....	15
VI. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCIADORES UNA MIRADA A LA NORMATIVIDAD DE ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA Y COLOMBIA.....	20
Estados Unidos.....	20
i. Código de regulación Federal: Guía sobre el uso de análisis y testimonios en la publicidad.	22
ii. Guía Publicidad y Mercadeo en Internet: Reglas del Camino	24
Unión Europea - España.....	25
i. Ley 34 del 11 de noviembre de 1988.....	25
ii. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006.....	29
iii. Ley 3 del 10 de enero 1991, Competencia Desleal (LCD), Diario Oficial de la Unión Europea, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 1991	33
iv. Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.	34
v. Ley 34 de 11 de julio 2002, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2002. 35	
vi. Ley 9 de 2014 de 9 de mayo, Ley General de Comunicaciones, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2014.	37

Colombia	40
i. Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011, Colombia, 2011.	44
ii. Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria	47
iii. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, Diario Oficial N°44511 del 06 de agosto de 2001, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia, 2001.	48
a. Similitudes entre los tres países	51
b. Diferencias entre los tres países	52
VII. CONCLUSIONES.....	56
VIII. ANEXOS	59
1. Derecho de Petición.....	60
2. Entrevista	61
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	66

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día el término “publicidad” no corresponde solo a los medios tradicionales como la televisión, el radio o el periódico, son también las redes sociales, la web y hasta algunas personas (a lo que hoy llamamos influenciador).

Actualmente con los avances tecnológicos se van implementando nuevas formas de publicidad y es necesario ver la manera de regularlas, y este es el caso de los influenciadores¹, pues gracias a la tecnología y su trazabilidad estos tienen más poder de intervención en el mercado, pero ¿quién regula la publicidad realizada por un influenciador?, es una pregunta que hasta el momento no tiene respuesta, ya que en últimas, los influenciadores pueden terminar siendo una marca o una imagen que promociona o publicita un producto o un servicio; por lo que se debe regular su contenido, ya que ocultar que se está haciendo una publicidad puede entenderse como un engaño a los consumidores.

En la actualidad, esta necesidad es tan evidente que podemos ver como en otros países ya se ha comenzado a analizar y buscar la forma de regular este tema, como lo son la Unión Europea, más específicamente España, y Estados Unidos.

Es por lo anterior, que es importante que por medio del derecho comparado veamos si tenemos o no algún vacío normativo con respecto a estos países, y analicemos la importancia que tendría si se comienza a realizar esta regulación; pues hoy en día a medida que avanza la tecnología también va avanzando la publicidad y las necesidades del mercado. Así mismo, se debe tener en cuenta que estamos en un mundo de constantes cambios; por lo que cuando comparamos a Colombia con España y Estados Unidos, vemos que la normatividad no va al mismo ritmo y esto genera vacíos que hasta el día de hoy no se han llenado ni por otras leyes, ni por jurisprudencia o doctrina en nuestro país.

¹ Entiéndase influenciador como toda persona natural o jurídica que por medio de una red social intervenga e incentive a otra u otras personas a la compra o adquisición de un producto determinado que es patrocinado por otra persona natural o jurídica que posee los derechos de propiedad intelectual de una marca específica. Para más información véase el capítulo “Publicidad de los Influenciadores - ¿Qué se entiende por influenciador?”.

Un claro ejemplo de este vacío normativo es el Estatuto del Consumidor, puesto que se ha quedado corto en el avance de las publicidades, lo que nos lleva a concluir que ya no abarca todo el término publicidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, si regulamos los avances que ha tenido la publicidad para llegar a cumplir el fin último del Estatuto del Consumidor que es que el consumidor tenga toda la información necesaria a su alcance al momento de comprar un bien o servicio; y poder validar que lo que realmente está comprando si tenga las características reales y que sepa que su compra está influenciada por la opinión, que en ocasiones, es consecuencia de un pago, patrocinio o contrato o si simplemente está dando la opinión personal de un producto.

Así mismo, las investigadoras enviaron un derecho de petición a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) realizando preguntas acerca de los vacíos normativos y falta de regulación sobre la publicidad realizada por influenciadores a través de redes sociales; lo anterior con el fin de conocer realmente la necesidad de la sociedad frente a la protección de sus derechos como consumidores, y poder validar por medio del derecho comparado si la normatividad actual cubre las falencias de regulación y protección que se plantean en el desarrollo del presente escrito.

II. METODOLOGÍA

La metodología en la cual se apoya el presente trabajo será la del derecho comparado (en adelante la “Metodología”), la cual se entiende como un arte por medio del cual, con ayuda del derecho, se analizan y estudian diferentes figuras y ordenamientos jurídicos con el único fin de interiorizar o profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio (Enciclopedia Jurídica, 2019).

Lo anterior se puede evidenciar en lo manifestado por López Medina, cuando menciona que “... el derecho no es tan nacionalista y que la soberanía estatal a la hora de

crear y aplicar derecho no es cerrada ni absoluta sino que se muestra abierta y relativa...”² y es aquí donde el Derecho Comparado empieza a jugar un rol relevante, que si bien no es el de una fuente principal para crear la normatividad, sirve como base para evaluar casos sobre los cuales no ha habido regulación en el país de origen, pero sí en otros países donde su sistema es similar, ya sea porque son del common law o del civil law.

Así pues, lo que se busca con el Derecho comparado, como bien lo dice Merryman, es la comparación y descubrir a partir de esta las diferencias y similitudes de las instituciones jurídicas de Estados Unidos, Colombia y la Unión Europea, más específicamente España, como se regula la publicidad realizada por influenciadores en redes sociales.³

III. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Antes de dar inicio al Trabajo de Grado, es pertinente determinar las palabras claves, definir los términos, y con esto dar un contexto y una mayor claridad al trabajo.

1. Consumidor: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.”⁴

2. Estatuto del consumidor: Ley colombiana que protege a “los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad, [es] el acceso de los consumidores a una información adecuada ... que les permita hacer elecciones bien fundadas.”⁵

² Diego López Medina, “*El nacimiento del Derecho Comparado Moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*”, Colombia, 2015.

³ John Henry Merryman, “*Fines, objeto y método del Derecho Comparado*”, Estados Unidos.

⁴ Ley 1480 de 2011, “Estatuto del Consumidor”, Artículo 5, N° 3. Diario Oficial N° 48.220, Bogotá, Colombia, 12 de octubre de 2011.

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, “Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011”, <http://www.sic.gov.co/estatutos-consumidor>

3. Publicidad: “Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”⁶
4. Publicidad engañosa: “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.”⁷
5. Marca: Es un signo distintivo (palabra, imagen o logo) que permite identificar un producto o servicio, cuya propiedad intelectual recae sobre una persona natural o jurídica.^{486 del 200 art 130.}
6. Propiedad Intelectual: Según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) la propiedad intelectual “se relaciona con las creaciones de la mente, [es decir], con las invenciones, obras literarias y artísticas; símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio”⁸, como consecuencia de una creación.
7. Derechos de propiedad intelectual: “se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad: permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación. Esos derechos están consagrados en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas”.⁹

⁶ Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”, Artículo 5, N° 12. Diario Oficial N° 48.220, Bogotá, Colombia, 12 de octubre de 2011.

⁷ Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”, Artículo 5, N° 13. Diario Oficial N° 48.220, Bogotá, Colombia, 12 de octubre de 2011.

⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Publicación N° 450(S), “Qué es Propiedad Intelectual”. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Publicación N° 450(S), “Qué es Propiedad Intelectual”, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf

8. FTC: Federal TradeComission (Comisión Federal de Comercio). Es una agencia federal con jurisdicción en la protección del consumidor y competencia en algunos sectores de la economía de Estados Unidos.¹⁰

9. Garantía: “Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.”¹¹

IV. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCIADORES

¿Qué se entiende por influenciador?

De acuerdo al diccionario de Cambridge, la palabra “Influencer” hace referencia a alguna persona que afecte o cambie la manera de comportarse de otra, por ejemplo, a través de redes sociales. Así mismo, un influenciador, es una persona con credibilidad “... en determinado tema o sector y con una fuerte y consolidada presencia e influencia en el ámbito digital”¹² que puede influir en el comportamiento y toma de decisiones de otros, ya que tiene la capacidad de fundar opiniones que son replicadas y conocidas por los demás, de igual forma son personas que “generan información de productos”¹³ o servicios.

A su vez, existen tipologías de Influenciadores, las cuales no son excluyentes, pues un Influenciador puede estar en varias categorías. Se debe aclarar que se encuentran diferentes clasificaciones, un ejemplo de lo anterior, es la clasificación a la que hace

¹⁰ Comisión Federal de Comercio, “Acerca de la FTC”, <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

¹¹ Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”, Artículo 5, N°5. Diario Oficial N° 48.220, Bogotá, Colombia, 12 de octubre de 2011.

¹² Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.

¹³ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

referencia Alard y Monfort, la cual se puede complementar con la enunciada por Baquerizo, tal y como se enunciará a continuación.

a. La clasificación de Alard - Monfort¹⁴:

- Influencers VIP: Se caracterizan por ser celebridades que se desempeñan en el área de las artes escénicas, musicales, culturales, deportivas, entre otros. Este tipo de Influenciador se identifica ya que tiene más de cien mil seguidores y su nicho de mercado no es segmentado. Las marcas buscan a este tipo de Influenciador para promocionar un producto en concreto y tener un mayor alcance. Un ejemplo de este tipo de Influenciador es el artista colombiano JBalvin en la campaña que realizó con Gef.
- Líderes de opinión: Son especialistas en un área, se caracterizan por tener mucha credibilidad e impacto en la comunidad que lo sigue ya que comúnmente no hace colaboraciones, pues se caracteriza por tener una opinión genuina y no parcializada por un negocio.
- Comunicadores: “Son los bloggers (o blogueros), youtubers e instagrammers, gente que comunican muy bien y han desarrollado reconocimiento y reputación en algún tema. Suelen hablar solo de las marcas con las que tienen un acuerdo comercial”¹⁵
- Aventureros: El Influenciador aventurero es aquel que busca tendencias, marcas e ideas novedosas y las publicita gratuitamente.
- Reviewers: Se caracterizan por probar productos y dar su opinión de estos; su medio de difusión más común son plataformas digitales tales como: Instagram, Facebook y Youtube.
- Reporteros: Es un Influenciador comunicador “que tiene una colaboración fija con una marca y que constantemente pone su audiencia al día de las novedades de esa marca”¹⁶.

¹⁴ Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.

¹⁵ Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.

¹⁶ Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.

b. La clasificación de Baquerizo¹⁷:

- 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”¹⁸.
- 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”¹⁹.
- 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”²⁰.
- 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”²¹.

¹⁷ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

¹⁸ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

¹⁹ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

²⁰ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

²¹ Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.

Por lo anterior, se puede concluir que, aun existiendo varias clasificaciones de diferentes autores, su parámetro de clasificación coincide en varias tipologías, como lo son el número de seguidores y su nivel de impacto en los mismos.

¿Qué se entiende por red social?

Para el presente trabajo se entenderá red social como una plataforma digital “para transmitir, compartir e interactuar con los demás de manera inmediata ... son todas aquellas herramientas que nos permiten hablar, escuchar, dialogar e interactuar con otros individuos, empresas e instituciones, aquellas que nos ponen en contacto con una comunidad formada por personas con intereses afines a los nuestros”²² y permiten una segmentación sociodemográficos, psicográfica, de comportamiento, etc.

¿Qué se entiende por publicidad?

El concepto de publicidad en sentido estricto, no es homogéneo para los países analizados en el presente trabajo; por lo que en el transcurso de este se verán las diferentes definiciones de acuerdo a la normatividad de cada país.

V. CASOS REALES DE SANCIONES

Para dar inicio a exponer algunos ejemplos encontrados respecto a la publicidad engañosa que en ocasiones realizan los influenciadores, es interesante mirar el análisis que se hizo en el 2017 por el Diario Español ABC “en donde se menciona que la Comisión Federal de Comercio de EE.UU. (FTC, por sus siglas en inglés) envió alrededor de noventa (90) cartas a usuarios de Instagram que son influyentes en esta red, para recordarles la obligación que tienen de «revelar clara y visiblemente sus relaciones con las marcas». Así también en el Diario Español se menciona un estudio que realizó la firma de marketing

²² Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.

Mediakix concluyó que el 93% de las publicaciones patrocinadas «no están claramente informadas», lo que quiere decir que no están siendo lo suficientemente claros en sus etiquetas y generan la confusión de los usuarios, pues estos no tendrían toda la información necesaria para entender que están por ejemplo ante un anuncio.»²³

Así pues, esta obligación que tienen los influenciadores de revelar la relación que tienen con la marca como bien lo dice la FTC, se evidencia en las políticas de algunas redes sociales como lo son por ejemplo Instagram y Twitter, donde se hace alusión a la información que hay que poner en caso de que haya una publicación, como se muestra a continuación en dichas políticas:

- i. Política de Instagram: la política de Instagram como aparece en su plataforma requiere que los creadores y los editores etiqueten a sus socios comerciales en sus publicaciones con contenido de marca cuando se dé un intercambio de valores entre un creador o un editor y un socio comercial.²⁴

Así pues, también menciona que algunas cuentas pueden “mencionar a una empresa asociada cuando comparten contenido de una marca”²⁵, ya sea por medio de

23 ABC, 16 de junio de 2017, “Adiós a la publicidad encubierta en Instagram: ‘influencers’ deberán ser más transparentes”, https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-adios-publicidad-encubierta-instagram-influencers-deberan-mas-transparentes-201706151057_noticia.html. Acceso 1 de octubre de 2018.

24Instagram, “Información sobre el contenido de marca en Instagram”, https://es-la.facebook.com/help/instagram/1438299909599208?helpref=uf_permalink

25Instagram, “Información sobre el contenido de marca en Instagram”, https://es-la.facebook.com/help/instagram/1438299909599208?helpref=uf_permalink

una publicación en “la sección de noticias o en una historia”²⁶. Lo que significa que hay lugar a una relación comercial con la marca o empresa mencionada, y que el propietario de la cuenta recibió “algún tipo de compensación por la publicación”²⁷.

ii. Política de Twitter: Prácticas recomendadas: las prácticas recomendadas, al momento de realizar una publicidad en Twitter son:

- a. Asegurarse de respetar y obedecer las leyes y normas que correspondan, incluyendo las que hacen alusión a la publicidad y las normas de la FTC, incluyendo dentro de las normas de la FTC las guías de la comisión entre las que se encuentran los testimonios en temas publicitarios.
- b. Garantizarse de añadir todos los avisos necesarios relativos a la naturaleza comercial del contenido. Por ejemplo, usar el hashtag #publicidad para indicar que el contenido es una publicidad.

Así mismo, Twitter cuenta con una política de publicidad (ADs), las que establecen que “los anunciantes de Twitter son responsables de sus anuncios”. Lo que quiere decir que se tiene que cumplir toda la normatividad vigente y se deben “crear anuncios honestos y hacer publicidad de manera segura y respetuosa”.

26 Instagram, “Información sobre el contenido de marca en Instagram”, https://es-la.facebook.com/help/instagram/1438299909599208?helpref=uf_permalink

27 Twitter, “Política de Twitter: Prácticas recomendadas”, https://es-la.facebook.com/help/instagram/1438299909599208?helpref=uf_permalink

Las políticas de Twitter obligan que los usuarios obedezcan la ley, y se basan en seis principios, pero las dos más relevante para este trabajo son:

- i. Mantener seguros a los usuarios de la red social: Los anunciantes son responsables de la seguridad del producto, el servicio o el mensaje promocionado en su anuncio. Esta responsabilidad se extiende a los enlaces que se encuentran dentro de los anuncios, así como también a las transacciones y las ventas promocionadas a través de la plataforma. A fin de mantener la confianza de los usuarios, se aplican las siguientes reglas a todos los anunciantes (se enunciarán las que para el trabajo tienen más relevancia):
 - a. ...
 - b. Se prohíben los anuncios de productos o servicios que sean potencialmente engañosos.
 - c. Se prohíben los anuncios donde se hacen afirmaciones engañosas o que llevan a malas interpretaciones, como las ofertas del tipo “hágase rico rápidamente”.
 - d. Todos los anunciantes deben ser honestos y transparentes en cuanto al producto o servicio que ofrecen. Debes incluir una buena cantidad de información y las exenciones de responsabilidad correspondientes sobre los productos que ofreces. Asegúrate de que los usuarios comprendan claramente el producto o servicio que están comprando, junto con cualquier requisito de facturación o participación que corresponda.

Es de importancia aclarar que Twitter prohíbe la publicación de anuncios destinados a países sujetos a las restricciones comerciales de EE. UU. y a otras leyes de control de exportaciones de EE. UU., así como las cuentas de anunciantes de dichos países. Las personas y entidades sujetas a dichas restricciones también tienen prohibido crear una cuenta de Twitter Ads.

- ii. Promocionar contenido honesto y segmentarlo de manera responsable: los anunciantes son responsables de la autenticidad del contenido promocionado, es decir, se debe ser honesto respecto al contenido de los anuncios.

Lo anterior nos lleva pues a mostrar algunos ejemplos encontrados donde se puede afirmar o visualizar que en ocasiones los influenciadores están realizando publicidades engañosas por omitir información que debe tener el consumidor para no llevarlo al error por falta de claridad o de información y que están pasando muchas veces por las políticas de la red social que les sirve como medio para realizar la publicidad.

Ejemplos

- i. AimeeSong: Es una bloguera (persona que escribe en una página en internet, datos curiosos, experiencias, consejos, etc.) de moda, de nacionalidad estadounidense, que actualmente cuenta con 5.2 millones de seguidores en su red social Instagram.

En el año 2016, AimeeSong suscribió un contrato con la marca cosmética “Laura Mercier” en la que se comprometía a un número de post determinados en sus redes sociales recomendado los productos e ir a los eventos de la marca anteriormente mencionada; el contrato tuvo una duración de un año y su valor aproximado fue de

500.000 USD. La FTC, entidad encargada de velar por los derechos de los consumidores en Estados Unidos, indicó que la bloguera estaba violando las normas de dicha entidad ya que no basta con una sola publicación indicando que existe un negocio jurídico entre ella y la marca cosmética (como fue el caso), sino que es necesario que esta relación comercial se indique en todas las publicaciones que realice AimeeSong, puesto que no todos los posibles consumidores vieron el primer anuncio (en donde se anuncia que había un contrato), por lo que esto fue considerado publicidad engañosa. Así mismo la FTC indica que “algunos bloggers que sacan los productos en sus mensajes no tienen conexión con los vendedores, es decir, no reciben nada por sus opiniones o reciben una comisión. Ellos simplemente recomiendan los productos a sus lectores porque creen en ellos. Por otra parte, los acuerdos financieros entre algunos bloggers y anunciantes pueden ser evidentes para expertos de la industria, pero no a todos los demás que leen un blog en particular. Según la ley, un acto o práctica es engañosa si se induce a error a ‘una minoría significativa’ de los consumidores. Incluso si algunos lectores son conscientes de estas ofertas, muchos lectores no lo son. Por eso es importante la divulgación”, es decir que si la opinión que se hace es comercial y esta es engañosa, se está violando las normas de la TDC; de igual forma el medio por el que el influenciador realiza la promoción o recomienda el producto no es de gran relevancia, por lo que la regulación de la FTC “se aplican a los bloggers de la misma manera que se aplican a las entidades más tradicionales,

como los editores de revistas y emisoras de televisión”²⁸, tal y como se indica en el artículo.



Primer post informando de la relación comercial.



Una de las publicaciones posteriores sin información de la alianza comercial.²⁹

De lo anterior, se puede denotar como es una exigencia que siempre el Influenciador indique en las publicaciones de Redes Sociales cuando un producto es patrocinado o no, lo anterior con el fin de que el consumidor siempre tenga una información clara y veraz sobre el producto que se publicita y que su compra no se vea segada de

²⁸ The Fashion Law , The Dirty Advertising Practices of the Industry's Biggest Brands, Bloggers,, Julie Zerbo, Estados Unidos, 2016. Acceso el 12 de octubre de 2018.

²⁹ The Fashion Law , The Dirty Advertising Practices of the Industry's Biggest Brands, Bloggers,, Julie Zerbo, Estados Unidos, 2016. Acceso el 12 de octubre de 2018.

ninguna manera. Por lo que se puede concluir que la normatividad antes analizada de Estados Unidos se aplica a este caso en concreto y que la FTC intervino con el fin de mediar y cumplir con su función de protección al consumidor.

- ii. Caso de Microsoft y Machinima, una compañía que representa a “youtubers” de videojuegos, pues estos intentaron engañar a los consumidores al omitir que se había pagado a influyentes de youtube para la publicación de comentarios positivos de la consola XboxOne. Este caso lo conoció la FTC y aclaró nuevamente que los consumidores tienen derecho a saber si se trata de una opinión personal de ese influenciador o si por el contrario su opinión está sesgada por un pago, lo que en realidad daría lugar a un discurso y no a una opinión personal, pues este influenciador tiene un interés particular que es el dinero que obtendrá a cambio.
- iii. Caso de Warner Bross Entertainment, estos mismos aceptaron la resolución de cargos que les hicieron por realizar una conducta engañosa, pues según lo que indicó la FTC, la productora pagó a youtubers en el año 2014 para que crearan, publicaran y promocionarán videos con comentarios positivos sobre el videojuego “La Tierra Media: sombras de Mordor”, sin exigir que publicarán o aclararán que habían recibido un pago como compensación a los comentarios positivos, es decir un pago por la promoción positiva del videojuego.³⁰

30 ABC, E&N, “EE.UU. planea regular la publicidad en los posts de ‘influenciadores’”, 29 de agosto de 2016, <https://www.estrategiaynegocios.net/marketing/994738-330/eeuu-planea-regular-la-publicidad-en-los-posts-de-influenciadores>

Sobre este caso es importante resaltar como la “marca” acepta los cargos, un indicio de que se conoce de la reglamentación sobre el tema, pero es negligencia o tal vez la falta de un acuerdo lo que lleva a no pactar la condición de indicar que es un patrocinio.

- iv. Por último, quizá uno de los más polémicos por ser el primer caso que ha tenido la FTC, fue el caso de Lord & Taylor cuando en el 2015 lanzó una campaña a través de redes sociales promocionando la colección Designlab, que era una ropa exclusiva para un rango de edad determinada para las mujeres. El problema fue que la estrategia de ellos para lanzar esta nueva línea fue pagarles a 50 influenciadores de moda para que publicaran fotos con diseños de esta colección y pusieran mensajes positivos sobre la marca y la colección y se les exigió también a los influenciadores que pusieran dentro de la leyenda de la foto la marca y el hashtag “#DesignLab”; pero el problema fue que en ninguna de las publicaciones que realizaron los influenciadores se podía inferir que anterior a esta publicidad hubo un pago o una contraprestación, por lo que daba lugar de señalar estas publicidades como engañosas o encubiertas.

Con estos ejemplos, queda claro que hoy en día se ve la necesidad y se está comenzando a regular este tipo de publicidades por medio de influenciadores a través de redes sociales, y que las políticas muchas veces de estas redes son omitidas por los usuarios que forman parte de estas sin leer ni siquiera las políticas que autorizan al usuario a formar parte de esta, pasando por encima de las políticas o de los objetivos principales por los cuales se creó esta red y generando por medio de esta publicación una publicidad engañosa.

VI. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TRAVÉS DE INFLUENCIADORES UNA MIRADA A LA NORMATIVIDAD DE ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA Y COLOMBIA

Estados Unidos

Estados Unidos es un país que está constituido por cincuenta Estados y un Distrito Federal, lo que significa que cada Estado tiene autonomía política, el país está regido por normas generales, las cuales son aplicables a los 50 Estados y al distrito.

La Comisión Federal de Comercio (en adelante la FTC) se creó en 1914, a través de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, en la que no solo se crea la FTC, sino también, se prohíben las prácticas comerciales que afecten negativamente el mercado. El fin último de la FTC es “prevenir los métodos de competencia desleal dentro del comercio como parte de la batalla “fin a los monopolios”. Con el paso de los años, el Congreso promulgó leyes adicionales otorgándole a la agencia una mayor autoridad para vigilar las prácticas anticompetitivas. En 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”. Desde entonces, a la Comisión también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemarketing, la Regla del Sistema de Pago por Llamada y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito. En el año 1975, el Congreso facultó a la FTC para que adoptara normativas de regulación para todo el sector comercial”.

La FTC para darle cumplimiento a su objetivo, cuenta con cinco comisionados, los cuales son nombrados por el presidente del país con el consentimiento del Senado, por períodos mínimo de 3 años y máximo de 7; uno de los requisitos para formar parte del comisionado, es que máximo 3 comisionados pueden pertenecer a un mismo partido político, esto con el fin de evitar posibles intereses políticos que generen dejar a un lado la imparcialidad. Así mismo, la FTC está dividido en la división de: 1) Privacidad y Protección de Identidad (supervisa los problemas relacionados con la privacidad del consumidor, reporte

de créditos, robo de identidad y seguridad en la información), 2) Prácticas Publicitarias (protege a los consumidores de la publicidad engañosa y prácticas comerciales desleales que afecten la salud, seguridad y economía de los mismos), 3) Educación para los Consumidores y la Empresa (su misión es dar las herramientas necesarias al consumidor y el empresario para tomar decisiones informadas), 4) Ejecución/Aplicación (es la encargada de hacer cumplir las órdenes administrativas y la jurisdicción de los jueces Federales con relación a quejas allegadas por la FTC), 5) Prácticas de Mercadeo (Responde los problemas de los consumidores sobre fraude en el mercado), 6) Operaciones y Respuestas del Consumidor (es la encargada de recolectar y analizar los datos objetivo que impacta directamente las actividades relacionadas con la misión de protección al consumidor que tiene la FTC), 7) Prácticas Financieras (promueve la imparcialidad y veracidad en las prácticas financieras que promueve la jurisdicción de la FTC) , 8) Tecnología y Análisis de Litigios (evalúa la necesidad de los casos y la implementación de tecnologías emergentes)³¹.

Es importante aclarar, que la FTC no investiga quejas individuales, sino las quejas interpuestas por varios consumidores sobre un mismo bien o servicio (general), e intermedia en la relación en conflicto, entre el consumidor y el empresario, en caso de no llegar a una solución, presenta una queja ante la jurisdicción de cada Estado con el fin de que este último dirima y tome posición que resuelva el conflicto y la FTC se encarga de que dicha decisión se cumpla³².

De igual forma, es relevante resaltar que la FTC tiene la competencia de investigar el incumplimiento de leyes, ya sea por parte de la empresa o de los consumidores; así mismo es la autoridad federal encargada de establecer normas para la emisión de regulación y con esto velar por la protección de los intereses de los consumidores en Estados Unidos; por lo que, para lograr su fin, se basa en los siguientes objetivos:

³¹ Comisión Federal de Comercio, “*Acerca de la FTC*”,<https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>, fecha de acceso 10 de octubre de 2018.

³² Comisión Federal de Comercio, “*Acerca de la FTC*”,<https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>, fecha de acceso 10 de octubre de 2018.

- i. “Proteger a los consumidores: prevenir el fraude, el engaño y las prácticas comerciales desleales en el mercado.
- ii. Mantener la competencia: prevenir fusiones anticompetitivas y otras prácticas comerciales anticompetitivas en el mercado.
- iii. Promover el buen desempeño: promover el buen desempeño de la FTC a través de la excelencia organizacional, individual y de gestión.”³³.

La FTC emitió un Código de Regulación Federal el cual cuenta con unas guías y reglas que “proporcionan la base para el cumplimiento voluntario de la ley por parte de anunciantes y patrocinadores”, lo anterior con el fin de que tanto los consumidores como las empresas tengan prácticas comerciales equilibradas que deriven en una economía y mercado dinámico. Para el presente trabajo las guías y reglas más relevantes son:

i. Código de regulación Federal: Guía sobre el uso de análisis y testimonios en la publicidad. ³⁴

Esta guía tiene como propósito analizar el significado de todos los mensajes publicitarios tanto los verbales como los descriptivos ya sea de cualquier organización; pues los consumidores siempre están encaminados a creer en opiniones, creencias o experiencias. Así pues, el fin de esta guía es establecer los principios generales para evaluar en el caso específico el *endorsement* y los testimonios con ayuda de ejemplos que muestran la aplicabilidad de dichos principios; teniendo claro que el testimonio en particular es engañoso dependiendo de las circunstancias de los hechos del anuncio.

Para el desarrollo del presente trabajo se deben tener en cuenta las siguientes definiciones:

³³ Comisión Federal de Comercio, “*Acerca de la FTC*”, <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

³⁴ Código de regulación Federal: Guía sobre el uso de análisis y testimonios en la publicidad., Título 16 parte 255, Federal Trade Commission, Estados Unidos.

- a. Definición del *endorsement*: “cualquier mensaje publicitario (incluidas declaraciones verbales, demostraciones o representaciones del nombre, firma, imagen u otras características personales de identificación de un individuo o el nombre o el sello de una organización) que los consumidores es probable que crean que refleja las opiniones, creencias, hallazgos o experiencias de una parte que no sea el anunciante patrocinador, incluso si las opiniones expresadas por esa parte son idénticas a las del anunciante patrocinador. La parte cuyas opiniones, creencias, hallazgos o experiencia el mensaje parece reflejar se llamará el endosante y puede ser un individuo, grupo o institución”.

De acuerdo a la definición anterior, la publicidad realizada por Influenciadores a través de Redes Sociales se caracteriza por hacer creer al consumidor que las opiniones dadas son de origen del Influenciador y no están sesgadas por una contraprestación del proveedor o productor, por lo que se puede entender que el productor o proveedor es un endosante.

- b. Consideración de *endorsement*: “Los endosos deben reflejar las opiniones honestas, los hallazgos, las creencias o la experiencia del patrocinador. Además, un endoso no puede transmitir ninguna representación expresa o implícita que sería engañosa si fuera hecha directamente por el anunciante”.

Se entiende pues que las opiniones del productor o proveedor, comunicadas por el Influenciador, deben ser honestas, al igual de que las mismas no pueden ser engañosas ni contener opiniones del Influenciador.

- c. Divulgación de conexiones de material. “Cuando exista una conexión entre el endosante y el vendedor del producto anunciado que pueda afectar de manera importante el peso o la credibilidad del endoso (es decir, la conexión no es razonablemente esperada por la audiencia), dicha conexión debe ser completamente revelada. Por ejemplo, cuando un patrocinador que aparece en un comercial de televisión no está representado en el anuncio como experto ni es conocido por una parte significativa del público que lo ve, entonces el anunciante debe revelar clara y

visiblemente el pago o la promesa de compensación”.³⁵ Lo que se entiende que el Influenciador debe indicar que la opinión dada es una publicidad pagada.

ii. *Guía Publicidad y Mercadeo en Internet: Reglas del Camino*³⁶

En esta guía se establece que a la publicidad en internet le aplican reglas similares a las de otros medios de publicidad, respecto a la protección de los negocios y consumidores, así mismo, ayuda a mantener la credibilidad en internet como un medio de publicidad.

De igual forma la FTC, en esta guía, da un nuevo concepto de lo que algunas normas indican por ejemplo lo que es una práctica engañosa, ya que como explica la Sección 5 de la Ley de la FTC, una representación, omisión o práctica es engañosa si “afecta el comportamiento o decisión sobre un producto o servicio de los consumidores a los consumidores o si conduce al error al consumidor”.

También, se establece que es responsabilidad de los vendedores, las quejas que interponen los consumidores sobre los productos y servicios que estos venden, puesto que la información que ellos dan a los consumidores y personas que desee comprar el producto, debe ser clara y veraz.

Por lo anterior la Ley de la FTC prohíbe el engaño y la práctica comercial desleal en todos los medios, indicando que todas las publicidades tienen que ser claras, decir la verdad y no engañar a los consumidores, entendiéndose como engañar, cuando la información relevante se omite o se indican cosas que no son verdad, generando así la confusión en los consumidores.

³⁵ Electronic Code of Federal Regulations, <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=9da3272d087ef4e1370a7cc59d060eca&mc=true&node=pt16.1.255&rgn=div5>

³⁶ Código de regulación Federal: Guía Publicidad y Mercadeo en Internet: Reglas del Camino, Federal Trade Commission, Estados Unidos

Unión Europea - España

Desde el 1 de enero de 1986 España es miembro de la Unión Europea, siendo esta una “asociación económica y política”³⁷ que tiene dentro de sus fines establecer un equilibrio en los precios y una economía en el mercado más competitiva, buscando así un mercado único que pueda circular libremente con el bien de beneficiar no solo la economía de la Unión sino el beneficio de todos los ciudadanos pertenecientes a estos países.

Por lo anterior en una economía como es la de la Unión Europea, los consumidores necesitan tener más protección, más garantías y más seguridad en el mercado, es por esto que con tan solo “5 céntimos de euro por persona, el programa de protección de los consumidores de la UE para 2014-2020 hace cumplir la legislación sobre consumo en el mercado único y ofrece a los consumidores un alto nivel de protección jurídica”, según confirma la web oficial de la Unión Europea³⁸, y al ser España uno de los pioneros en temas de publicidad será el referente miembro de la Unión Europea, para hacer el análisis del derecho comparado.

Dicho lo anterior, procederemos a enunciar algunas de las normas que regulan y definen la publicidad y la relación consumidor - marca en Europa, para posteriormente hacer un derecho comparado:

i. Ley 34 del 11 de noviembre de 1988³⁹

Ley General de Publicidad (en adelante “LGP”): Es la principal norma que regula la publicidad y protege a los consumidores para evitar cualquier daño o peligro que puedan llegar a sufrir como consecuencia de una mala publicidad. “Se redactó fruto de la adhesión de España a la Comunidad Europea, estableció las disposiciones generales de la publicidad,

³⁷ Gobierno de España, “Qué es la UE”, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/quees2/Paginas/default.aspx>

³⁸ Web Oficial de la Unión Europea, https://europa.eu/european-union/index_es

³⁹ Ley 34 del 11 de noviembre de 1988, Ley General de Publicidad, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 1988.

los acuerdos para la contratación y contratos publicitarios (así como la difusión publicitaria, creación y patrocinio), la normativa para cesar la publicidad ilícita y la Acción de Cesación y Rectificación y de los Procedimientos.”⁴⁰

Algunos de los artículos, de la LGP, más relevantes para el desarrollo de este trabajo son:

- a. Artículo 2. Este artículo define la publicidad como: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” .Se evidencia que la definición de publicidad en España es aquella mediante la cual se comunica mediante incentivos un bien o servicio (similitud con Colombia), pero adiciona la calidad de la persona quien la hace al igual que otros elementos, pero esto se estudiará con más detenimiento en el análisis.

Asimismo, define a los destinatarios de las publicidades como a quien se “dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

- b. Artículo 4. Define lo que se va a entender por publicidad engañosa, siendo esta la “que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a un error de los destinatarios”; es decir la publicidad engañosa es aquella que puede llegar a generar que el consumidor incurra en un error por proporcionar información que induzca al error o por la falta de información.

⁴⁰ Marketing y Publicidad, Jesuites educación Formación Profesional, 23 de mayo de 2017, “Cómo se regula la publicidad. Conoce las leyes y la normatividad”, <https://fp.uoc.fje.edu/blog/como-se-regula-la-publicidad-conoce-las-leyes-y-la-normativa/>

c. Artículo 5. Los principales elementos para determinar si una publicidad es engañosa son los siguientes:

- Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
 - Origen de procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
 - Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - Modo y fecha de fabricación, suministro o presentación.
 - Resultados que pueden esperarse de su utilización.
 - Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - Nocividad o peligrosidad.

En este artículo se puede evidenciar, con respecto a lo indicado en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, como se identifica la publicidad engañosa, pero se ha de notar que una de las diferencias relevantes con la legislación de Colombia, es que la normatividad de este último es más ejemplificadora y la de España es más categórica y amplia.

- Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
- Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
- Motivo de la oferta.
- Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

- Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
- Derechos de propiedad industrial o intelectual.
- Premios o distinciones recibidas.
- Servicios postventa.

Estos elementos son claves para determinar si una publicidad es engañosa o no, ya que son los requisitos básicos para que una publicidad se rija a la ley y no vaya a atentar en contra de los derechos de los consumidores.

d. Artículo 6. Define la publicidad desleal como:

- La que, por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos. Definición similar a la dada en la Ley 256 de 1998 de Colombia, en la que se establece que la competencia desleal es aquella en la que se difama y desmerita un producto, y no es objetiva.
- La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. En esta definición también se podría incluir la de publicidad engañosa (concepto de Colombia y España), pues esta tipología de publicidad va en contra de los buenos usos mercantiles, se diferencia en que la publicidad desleal induce a confusión, es decir, crea incertidumbre y desconocimiento, mientras que la engañosa induce a error y genera un conocimiento, pero este es falso.

- La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente.

En conclusión, la definición de publicidad desleal se relaciona mucho con el concepto de publicidad engañosa y evalúa la publicidad desleal a partir de su contenido, ya que en ambas definiciones se genera la denigración de un producto o servicio.

- e. Artículo 15. Entiende por Contrato de Publicidad como “aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de esta. Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria”.

Lo define como un documento contractual en el que existen dos partes, la agencia publicitaria y el anunciante, que pretenden regular la relación comercial; por lo que en este documento las dos partes pactan la contraprestación, la realización y desarrollo de la publicidad, entendiéndose entonces estas cláusulas como fundamentales y esenciales al momento de construir el contrato.

ii. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006⁴¹

Sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

- a. Artículo 2: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
 - Publicidad: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de

⁴¹ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, Publicidad engañosa y publicidad comparativa, Diario Oficial de la Unión Europea, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2006.

bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;

- Publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor;
- Publicidad comparativa: toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor, es decir, es la publicidad que se enfoca en mencionar, ya sea de manera directa o indirecta, los bienes o servicios de una empresa que es competencia, entendiendo que dicha publicidad puede ser o no desleal de acuerdo a sus características específicas.
- Comerciante: toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio, negocio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste;
- Responsable del código: cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo.

Resulta claro como en general, toda la normatividad española cuenta con diferentes definiciones en cada una de sus normas, siendo las más comunes y repetitivas “publicidad engañosa” y “publicidad”; pero se ha de resaltar que el contenido de las definiciones no es aislado una de otra pues en esencia es lo mismo, solo se adicionan adjetivos los cuales no hacen una diferencia notoria en su aplicabilidad.

b. Artículo 3: Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

- Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios;
- El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios;
- La naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.

Se puede concluir que para saber si una publicidad es considerada engañosa o no, se debe de tener en cuenta los elementos mencionados anteriormente que en resumen son que la información entregada debe ser verdadera, clara, veraz, oportuna y eficaz

Este artículo es sumamente similar al artículo 5 de la Ley 34 del 11 de noviembre de 1988, mencionada anteriormente, su diferencia es que uno es más explícito que el otro, pero su naturaleza es básicamente es la misma.

c. Artículo 4 La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:

- Que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus

relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales);

- Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
- Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;
- Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;
- Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;
- Que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;
- Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;
- Que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

En conclusión, la publicidad comparativa no será desleal ni engañosa, siempre y cuando cumpla con las características descritas anteriormente, pues este artículo recopila las condiciones o elementos esenciales que debe tener la publicidad comparativa.

iii. Ley 3 del 10 de enero 1991, Competencia Desleal (LCD), Diario Oficial de la Unión Europea, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 1991

El enfoque principal de esta Ley es la promoción de la buena práctica entre los comerciantes/empresarios, siendo su principal objetivo lograr un buen funcionamiento del mercado.

Así mismo la ley trae consigo algunas definiciones que también se encuentran en la normatividad colombiana, siendo estas relevantes para velar por los derechos de los consumidores. Uno de los artículos consignados en esta ley que permite entender y proteger los derechos del consumidor es:

Artículo 5. Actos de engaño. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

- a. La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- b. Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- c. La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d. El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

- e. El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- f. La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.
- g. La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- h. Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

Estos actos de engaño tienen mucha relación con lo que las otras normas españolas mencionan como publicidad engañosa, práctica desleal, pues en últimas es cuando se ve afectado el consumidor de una manera negativa, ya sea por omisión de información, por información confusa e inoportuna que pueda generar un error e incentivar por medio de ese error o cuando incida como lo menciona el artículo en alguno de esos aspectos.

iv. Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol⁴².

La autorregulación publicitaria surge como respuesta a las exigencias de la sociedad para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad, siendo su

⁴² Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

objetivo que la actividad publicitaria se realice de forma veraz, legal, honesta y leal, todo ello en beneficio de los consumidores y del mercado en general.⁴³

- v. ***Ley 34 de 11 de julio 2002, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2002.***

Es la ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que como bien lo dice la página del Gobierno del Ministerio de Economía y Empresa “regula determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información. Por lo tanto, conforman estos Servicios las siguientes actividades: Comercio electrónico, Contratación en línea, Información y publicidad, y Servicios de intermediación”⁴⁴.

En esta ley se define algunos términos que nos pueden ser útiles para el Derecho comparado como lo es:

"Servicios de la sociedad de la información" o "servicios": todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: La contratación de bienes o servicios por vía electrónica, La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y

⁴³ Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, “¿Qué es la Autorregulación Publicitaria?”, <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria/>

⁴⁴ Gobierno Español, Ley 34 de 2002, <http://www.lssi.gob.es/la-ley/Paginas/Ley-34-2002-.aspx>.

centros comerciales virtuales, La gestión de compras en la red por grupos de personas, El envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática.

De acuerdo a esta definición se podrá inferir que el concepto “servicio de la sociedad de la información” comprende también la venta de productos o servicios por Redes Sociales; así mismo dentro de lo que se define como servicios se puede deducir que hacen parte de esta, todos los que representen o generen una actividad económica, por lo que el servicio que presta un Influenciador al momento de patrocinar o promover una marca entra dentro de esta definición como se mencionó anteriormente.

Adicional a esta definición, los artículos útiles para el Derecho comparado son:

Artículo 20. Información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.

- a. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable.

Por lo que se puede entender que es un requisito en la publicidad, sea cual sea su comunicador, indicar que lo que se está comunicando es publicidad y quien es el proveedor de la misma; requisito que hoy en día no se cumple en Redes Sociales.

- b. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca.

- c. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las normativas dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias exclusivas sobre consumo.
- d. En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo.

Por lo anterior, se entiende que la publicidad realizada por Influenciadores en Redes Sociales que no lo comuniquen quien es el patrocinador se entiende prohibida.

En conclusión, el artículo 20 sirve de apoyo para ver que la regulación de la publicidad por medio de Influenciadores está implícitamente reglada en España, pues al Influenciador realizar una comunicación comercial se le exige debe hacerlo de la manera más clara, sincera y legal posible, identificando que la comunicación que realiza por vía electrónica es una publicidad.

vi. *Ley 9 de 2014 de 9 de mayo, Ley General de Comunicaciones, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2014.*

Es la Ley general de telecomunicaciones que como bien lo dice en su artículo primero su objetivo es “la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1. 21.^a de la Constitución”.

Una vez definida esta ley, mencionaremos algunos artículos relevantes para el derecho comparado:

- a. Artículo 6. Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas:

- Podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de las personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.
 - Los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, comunicarlo previamente al Registro de Operadores en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar. Sin perjuicio de lo dispuesto para los operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas en el artículo 7, quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación.
- b. Artículo 8. Condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas:
- La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.
 - Con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad, el Gobierno podrá modificar las condiciones impuestas previa audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios, e informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. La modificación se realizará mediante real decreto, en el que deberá constar la justificación en que se sustenta y establecerá un plazo para que los operadores se adapten a aquélla.

- Las entidades públicas o privadas que, de acuerdo con la legislación vigente, tengan derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios en otro sector económico y que exploten redes públicas o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán llevar cuentas separadas y auditadas para sus actividades de comunicaciones electrónicas, o establecer una separación estructural para las actividades asociadas con la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Mediante real decreto podrá establecerse la exención de esta obligación para las entidades cuyos ingresos brutos de explotación anuales por actividades asociadas con las redes o servicios de comunicaciones electrónicas sea inferior a 50 millones de euros.

ix. *Directiva 2005/29/Ce Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 11 de mayo de 2005*

Esta Directiva, su fin último, es proteger los intereses económicos de los consumidores de las prácticas comerciales desleales que puedan llevar a cabo las empresas, por lo que introduce practicas comerciales que inciden en las decisiones de consumo.⁴⁵

Es por esto que en su artículo 7 define qué se entiende por omisiones engañosas y dice que se considera engañosa toda práctica comercial que:

- “En su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.
- “Ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en

⁴⁵ Directiva 2005/29/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005

cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

Por lo que en el caso de los influenciadores cuando se omite la información que aclara que es una publicidad pagada, se está realizando una omisión engañosa, pues el consumidor puede llegar a adquirir ese bien o servicio por pensar que es una recomendación que le están haciendo o porque simplemente el que está realizando esa publicidad está haciendo uso de ese bien y servicio cuando en realidad el que está realizando esa publicidad la está haciendo es porque hay una contraprestación a cambio.

Colombia

En 1980, el 24 de octubre se promulga por primera vez un Código de Autorregulación publicitaria y se establece que la publicidad debe tener una función tanto social como económica; y es a partir de este código de autorregulación que se comienza a hablar de la importancia de la libre empresa, de la publicidad legal, honesta y de la responsabilidad que se debe tener a la hora de hacer una publicidad; y que son estas mismas personas que crean la publicidad las encargadas en un principio de controlarlas para lograr una competencia leal y una publicidad honesta y verdadera.

Es en el año 1981, que se expide la ley 73 que faculta al Gobierno Nacional para expedir normas en materia de protección al consumidor, y es como consecuencia de esta ley que se expidieron los decretos 1441, 3466 y 3467 de 1982 que como bien se dice en el libro de Luis Gabriel Botero “ que se puede y que no se puede en la publicidad” contienen el Estatuto de Protección al Consumidor en nuestro país y con este se busca “evitar los conflictos que surgen entre productores, proveedores y consumidores logrando así una equidad en la prestación de bienes y servicios; y es con esto que el Estatuto pretende que lo que el vendedor o productor entiende vender debe corresponder a lo que el consumidor pretende comprar”.

Es entonces en 1991 con la reforma de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 78 de la misma dijo que la Ley regulará “el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.

En 1992, se vio la necesidad de reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “SIC”), es por esto que a través del Decreto 2153 de ese año, se eliminaron algunas funciones y se asignaron otras más específicas como lo fueron: dar trámite a las quejas que fuesen en contra del bienestar del consumidor, velar por la observancia e imponer sanciones sobre quienes violasen las disposiciones sobre protección al consumidor, fijar el término de garantía mínima presunta y los requisitos mínimos de calidad e idoneidad para determinados bienes o servicios, entre otras.

Así pues, Colombia en el año 1994 mediante la ley 178 aprueba el tratado internacional “Convenio de París para la Protección de Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883” que regula la competencia desleal con el fin de beneficiar a los agentes que hacen parte del mercado y evitar ciertos actos y conductas de competencia desleal; protegiendo así la economía, los participantes del mercado y el mercado; y teniendo como principio primordial la buena fe comercial entre los competidores.

En 1996 con la ley 256, se amplía la concepción de las conductas que conllevan a una competencia desleal y se establecen como sanciones a estas conductas, la remoción de los efectos producidos por los actos y la indemnización de perjuicios causados y la suspensión de la conducta desleal para evitar posibles daños y perjuicios a futuro.

El 7 de julio de 1998, se sanciona la Ley 446 de 1998, la cual en su artículo 145 le asigna a la Superintendencia de Industria Comercio atribuciones en materia de protección al consumidor.

De igual forma, el Decreto 1130 de 1999, artículo 40, estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio sería la autoridad competente para inspeccionar, vigilar y controlar el régimen de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de

telecomunicaciones, así como proteger los derechos de los usuarios, consumidores y suscriptores de dichos servicios.

La Ley 640 de 2001, en su artículo 34, indica que es función la Superintendencia de Industria y Comercio citar a audiencia de conciliación dentro del proceso que se adelante por presentación de petición, queja o reclamo en materia de protección al consumidor.

Así también, en el 2001, se crea la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se reúne en un solo “cuerpo normativo todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la SIC, que se encuentran vigentes con los propósitos de recopilar, revisar, modificar y actualizar todos los actos administrativos de carácter general expedidos por este mismo ente”, así mismo tiene como fin “facilitar a los destinatarios de su misión de protección, vigilancia y control, el cumplimiento, comprensión y consulta de los actos expedidos por la Superintendencia y proporcionar a sus funcionarios un instrumento jurídico unificado y coherente que determine con precisión las reglas aplicables a las situaciones concretas que se inscriben dentro de su ámbito de competencia”.

Es en el año 2009, con el Decreto 3523 de 2009, la SIC se reforma completamente, modificando su estructura y determinando nuevas funciones. De los cambios más relevantes que esta Ley trajo consigo fue la constitución de la figura del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, quien es la persona encargada de tramitar los procesos en materia de competencia desleal y dar trámite a los jurisdiccionales de protección al consumidor (artículo 14), y las investigaciones administrativas por presunta violación a las disposiciones de protección al consumidor son función de la Dirección de Protección al Consumidor (artículo 10).

En 2011, el Decreto 4886 de 2011, derogó las disposiciones del Decreto 3523 de 2009, modificando direcciones, como es el caso de la Dirección de Protección al Consumidor, la cual cambió a ser el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor. Las funciones del Despacho anteriormente mencionado (artículo 11, Decreto 3523 de 2009) y sus direcciones (artículo 12 y 13, Decreto 3523 de 2009) son algunas de las establecidas en el artículo 10, Decreto 3523 de 2009, como lo es el decidir y

tramitar las investigaciones administrativas que se inicien por presunta violación a las disposiciones sobre protección al consumidor e imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan (función a cargo del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor, artículo 12, numeral 1, Decreto 3523 de 2009) y el decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que sean interpuestas contra los actos que expida (función a cargo de la Dirección de Protección al Consumidor, artículo 11, numeral 6, Decreto 3523 de 2009). Las demás funciones son nuevas como lo es el ejercer el control y vigilancia de las actividades desarrolladas por las ligas y asociaciones de consumidores (artículo 12, numeral 3, Decreto 3523 de 2009).

Así mismo, las funciones del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales cambiaron, se agregaron funciones como lo es el decidir cuándo se admiten las reclamaciones y adelantar los trámites de los procesos que se inician de protección al consumidor (artículo 21, numeral 3, Decreto 3523 de 2009). De igual forma se mantuvieron funciones como lo son el ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor (artículo 11, numeral 4.1, Decreto 3523 de 2009).

El 12 de abril de 2012 entra en vigencia el la Ley 1480 de 2011, por el cual se expidió el Estatuto del Consumidor cuyo objeto está en regular los derechos y obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los dos primeros, tanto sustancial como procesalmente, asignando nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo es, previa investigación administrativa, imponer las sanciones indicadas en el artículo 61 de la Ley anteriormente mencionada por el incumplimiento de la misma, algunas de las sanciones son:

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.
2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;

3. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía.

Es por lo anterior que el Estatuto del Consumidor fortalece “los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumo colombiano”, así mismo es “... un avance significativo en materia de protección del consumidor. Realidad que es innegable si tomamos como punto de referencia el Decreto 3466 de 1982, que se instituía como una normativa obsoleta en un nuevo escenario de consumo”⁴⁶.

Ahora bien, para analizar por medio del derecho comparado a Colombia con Estados Unidos y España es pertinente enunciar la normatividad que regula la relación consumidor-marca, para proseguir con la normatividad de Estados Unidos y España y posterior a esto realizar el derecho comparado para ver las similitudes o falencias que tiene nuestro ordenamiento jurídico con respecto a estos países.

i. Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011, Colombia, 2011.

Estatuto del Consumidor es la herramienta que tienen los colombianos para la protección de sus derechos como consumidores, ya que no solo cuenta con artículos que los protegen, sino que les da definiciones para que comprendan cuando un bien o servicio no cumple con sus expectativas y adicional a esto les da las medidas y los mecanismos para hacer valer sus derechos como consumidores a la hora de presentar alguna inconformidad.

Así pues, los artículos de esta ley que son útiles para el análisis del derecho comparado son:

- a. Artículo 5o. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia, Senado, Exposición de motivos de la Ley 1480 de 2011. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20046-17%20Publicidad%20Abusiva.pdf>

- Consumidor o usuario: Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. Se define lo que se va a entender por consumidor, aclarando que es aquel que goce, adquiera y sea destinatario final de un bien o servicio, con el fin de protegerlo mediante las normas relativas al consumo.
- Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas. Este es un tipo de contrato en el que solo una de las partes lo redacta y la otra parte, en este caso el consumidor, puede decidir si acepta o rechaza el contrato, pero no tiene la posibilidad de modificarlo, tal y como lo indica su nombre, se adhiere a él.
- Garantía: Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad de este con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto. Así pues, se puede entender la garantía como una protección que se le da al consumidor durante un periodo de tiempo determinado en caso tal de que presente alguna inconformidad por el producto o bien que adquirió teniendo en cuenta las condiciones que menciona el artículo.
- Información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su

consumo o utilización, es decir, toda la información relevante que pueda influenciar la decisión de adquirir un producto o servicio.

- Producto: Todo bien o servicio.
- Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.
- Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro, se podría entender como el comerciante o la marca (como se hará referencia en el capítulo “Encuestas” del presente trabajo”)
- Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo. De acuerdo con esta definición se entendería una definición amplia en la que cabría toda forma y método utilizado para publicitar un producto o servicio, pero esto no es tan claro, pues conforme a la respuesta recibida en el derecho de petición radicado el 14 de febrero de 2018, esta definición no abarca la realizada en Redes Sociales (este punto se analizará más detenidamente en el capítulo “Derecho de Petición”).
- Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión. Esta publicidad es un mecanismo de comunicación ineficiente pues por omitir información o decir información errónea puede generar confusión y afectar al consumidor influyendo en la toma de decisión de su compra.
- Ventas con utilización de métodos no tradicionales: Son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá

por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento. De acuerdo a esta definición se podría entender que un método no tradicional de venta es la realizada a través de redes sociales, la cual se complementa con la venta a distancia pues cumple con la definición.

- Ventas a distancia: Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico.
- b. Artículo 34. Interpretación Favorable: Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.

Lo anterior ya que de acuerdo a la SIC y el Estatuto del Consumidor, el consumidor se encuentra en una posición desfavorable respecto del proveedor, pues este último cuenta con toda la información del producto o servicio, además es este quien proporciona dicha información, por lo que el consumidor (quien se entiende es una persona con conocimiento medio) se encuentra en una posición de desventaja pues su decisión de adquirir un producto puede estar mal influenciada por el proveedor, y es obligación de la SIC protegerlo, por esto este artículo dice que las condiciones generales de los contratos se interpretarán a favor del consumidor. .

ii. Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 dicho código *es una disposición deontológica, derivada de la voluntad privada del sector publicitario, que establece las normas y los estándares éticos que deben ser observados por los mensajes comerciales, así como las responsabilidades y consecuencias por su incumplimiento.*

Es por lo anterior, que dicho código muestra la necesidad que encontraron y vieron muchos productores y comerciantes de regular por medio de estándares éticos, y de principios básicos el buen funcionamiento de la economía y de la relación consumidor-marca.

iii. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, Diario Oficial N°44511 del 06 de agosto de 2001, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia, 2001.

Reúne “todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encuentran vigentes”⁴⁷ con el fin de revisar, actualizar recompilar y modificar “los actos administrativos de carácter general expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio”⁴⁸.

Los actos administrativos que contiene la Circular son los expedidos hasta junio 30 de 2001, en lo que se modifican diversos temas, uno de los más relevantes es la protección al consumidor en la que indica en su Título II, Capítulo Primero, numeral 1.1. que “todo productor o expendedor tiene la obligación de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en las normas técnicas colombianas oficializadas obligatorias o en los reglamentos técnicos y las ordinarias y habituales del mercado”. De igual forma en el Capítulo Segundo, se indica que toda la publicidad e información que se “suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimiento”.

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, 19 de julio de 2001, “Circular Única”, Diario Oficial 44511, 06 de agosto de 2001, Bogotá, Colombia, <http://www.sic.gov.co/circular-unica-sic>

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, 19 de julio de 2001, “Circular Única”, Diario Oficial 44511, 06 de agosto de 2001, Bogotá, Colombia, <http://www.sic.gov.co/circular-unica-sic>

En esta misma Circular, en el capítulo anteriormente mencionado, numeral 2.1.1. amplía el concepto de publicidad engañosa, y la define como “la propaganda comercial, marca o leyenda que, de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico”; de igual forma indica que los criterios para determinar si una publicidad es engañosa son:

- a. Si se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial.
- b. Cuando la información indispensable para el adecuado manejo, mantenimiento, forma de empleo, uso del bien y/o servicio, así como precauciones sobre posibles riesgos, no esté en idioma castellano.

Cuando un Reglamento Técnico establezca la obligación de dar información a los consumidores, ésta deberá venir en su integridad en idioma castellano.

Se considera que la información es suficiente cuando sea representada por símbolos reconocidos internacionalmente y/o con palabras que por costumbre son plenamente reconocidas por los consumidores en cuanto su significado o aplicación.⁴⁹

- c. Si se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo de manera que éste no pueda advertirlo fácilmente, como cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio, entre otros.
- d. La información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.

⁴⁹ Circular Externa No. 004 del 14 de febrero de 2011. Publicada en el Diario Oficial No. 47.985, 16 de febrero de 2011.

- e. Si se ofrecen productos o incentivos con deficiencias o imperfectos, usados, remanufacturados, remodelados o reconstruidos, próximos a vencerse y de colecciones o modelos anteriores sin indicar tales circunstancias de manera clara y precisa en la propaganda comercial.
- f. Si se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos cuando la entrega de estos está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial.

De acuerdo a lo anterior se ha de notar como esta circular amplía el concepto de publicidad engañosa, dando más detalles de cuando se incurre en ella (no limitándola), y haciendo énfasis en qué es la información y cuales son obligaciones del proveedor; reiterando el concepto dado en la Ley 1480 de 2011 y demás que regulen la materia, igualmente se debe resaltar que en esta Circular no se regulan temas nuevos, simplemente ahonda en los indicados en el Estatuto del Consumidor a tal punto que puede llegar a ser repetitivo y poco relevante al momento de realizar un análisis.

Así pues, esta circular es una recopilación de las normas aplicables a todo lo relacionado con el derecho de consumidor, los deberes, sanciones y demás actos que son expedidos por la SIC para la protección y vigilancia de la relación consumidor-proveedor.

De igual, El Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 del ordenamiento colombiano, trae consigo unas definiciones que ayudan a entender y hacer más fácil el ejercicio de los derechos que contiene la Ley; algunas de estas están contenidas en el ordenamiento español y de Estados Unidos. Hay que mencionar, además, que a raíz de la comparación entre los tres países surgieron algunas inquietudes, por lo que las investigadoras realizaron y enviaron un derecho de petición a la SIC⁵⁰.

⁵⁰ Para mayor información y conocer las preguntas realizadas, véase el capítulo “Anexos – Derecho de Petición”.

Se enunciará a continuación las similitudes y diferencias de los tres países contrastándolos con las respuestas dadas por la SIC al derecho de petición enviado por la investigadoras.

a. Similitudes entre los tres países

- i. En España y Colombia se tiene una definición similar de publicidad, pues en ambos países se entiende como toda forma de comunicación, en España que promueva la contratación de un bien o servicio, y en Colombia, que influya en una decisión de consumo.
- ii. Los tres países objeto de estudio definen en su ordenamiento jurídico Publicidad Engañosa como toda publicidad que induzca a error al consumidor; España y Estados Unidos amplían su definición indicando que también es publicidad engañosa todo error que afecte las decisiones del consumidor; y Colombia y España coinciden en que será engañosa también si omite datos de relevancia que influyen en la toma de decisiones del consumidor.
- iii. Los tres países cuentan con Códigos de Autoconducta o Autorregulación que lo que buscan es que entre los mismos comerciantes, empresarios o publicistas cumplen unas normas de carácter ético con el fin de regirse por las normas mínimas de publicidad y establecer consecuencias o responsabilidad en caso de ir en contra de estas, buscando así que las publicidades se realicen de forma honesta, clara, respetuosa y leal para que no solo beneficie a los consumidores sino a todo el mercado en general y con esto a la economía de cada país.
- iv. En los tres países el responsable en caso de haber un incumplimiento a alguna norma de consumidor es el proveedor (Vendedor), adicionalmente en Colombia, se señala también al productor como responsable.

b. Diferencias entre los tres países

- i. El término publicidad en Colombia se define de una manera más general, dejando la publicidad como una forma de comunicación por medio de la cual se influye al consumo.

En España, podemos ver como se habla del término publicidad de una manera más específica, pero añadiendo dentro de este los sujetos o personas por medio de los cuales se puede realizar una publicidad, diciendo no solo que es una forma de comunicación por medio del cual se influye en la decisión de consumo sino también la que promueve ya sea indirecta o directamente a la contratación de un bien o servicio.

- ii. En España en la Ley General de Publicidad y en Estados Unidos en la Ley de la Comisión Federal de Comercio se amplía la definición de publicidad engañosa agregando que es toda publicidad cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente para el consumidor generando no solo la afectación del consumidor sino de los otros competidores. Adicional a esto, España a diferencia de Colombia y Estados Unidos determina unos elementos básicos para decir si una publicidad es considerada o no como engañosa.
- iii. En España en la Ley General de Publicidad y en Estados Unidos en la Ley de la Comisión Federal de Comercio parecieran haber dos términos similares, pero que en su contenido, aunque no muy alejados entre sí, tienen diferencias tales como que Estados Unidos define práctica comercial como aquella que causa un daño sustancial, inevitable y que no supera otros beneficios, y por el contrario España define publicidad desleal como aquella que provoca el descrédito, denigración o menosprecio a una persona, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, haga publicidad comparativa contraria a la ley, y la que haga uso injustificado de siglos o marcas de otra empresa que generen la confusión.

- iv. España define en el artículo 2 de la Directiva 2006/114/CE, comerciante como toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio, negocio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste, definición un tanto alejada a la dada por el Código de Comercio de Colombia, en su artículo 10, el cual indica que es comerciante la personas que profesionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la Ley considera mercantiles. Radicando su diferencia en que, en España la calidad de comerciante se adquiere por el simple hecho de actuar en nombre del comerciante, mientras que en la legislación colombiana así la actividad se realice por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona, la calidad no la adquiere este último.
- v. España menciona un contrato de publicidad en la Ley 34 del 11 de noviembre de 1988, en el cual se regula la relación entre el anunciante que encarga a la ejecución, creación, preparación y propagación de la misma, a cambio de una contraprestación, mientras que en Colombia ni Estados Unidos se hace referencia a esta definición.
- vi. España en su ley 34 de 2002, ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico define el término "Servicios de la sociedad de la información" o "servicios"; como todo servicio que es dado normalmente a cambio de una contraprestación, es decir a título oneroso, ya sea a distancia, por vía electrónica y a petición personal del destinatario; y dentro de esta definición dice que son servicios de la sociedad de la información siempre que representen una actividad económica y es acá donde se menciona la gestión de compras en la red por grupos de personas; a diferencia de Colombia y Estados Unidos que no se menciona de esta manera.
- vii. En Estados Unidos se da la definición de endorsement y se entiende que es cualquier mensaje publicitario que los consumidores crean que reflejan opiniones, creencias o experiencias de una parte que no sea el anunciante patrocinador.
- viii. Estados Unidos a diferencia de Colombia y España menciona como lo dijimos anteriormente el término endorsement y da unas consideraciones que hay que tener

en cuenta cuando se trate de éste; dentro de las cuales la más importante es la de reflejar opiniones claras y honestas y no puede emitir ninguna información errónea.

- ix. A diferencia de Colombia y Estados Unidos, España con la ley de servicio de la sociedad de la información amplía el concepto de comunicación comercial aclarando que es toda forma de comunicación dirigida directa o indirectamente a la promoción o imagen de un bien o servicio.
- x. Estados Unidos a diferencia de Colombia, en la FTC, expidió una norma que intenta regular cada vez más el uso de lo que ellos llaman “influencer marketing” y se aclara que en este tipo de promociones se debe dejar claro que la publicidad no surge de una opinión sino de una contraprestación que conlleva un contrato entre ese influenciador y la marca o empresa.

Este análisis de similitudes y diferencias respecto de algunas definiciones existentes entre los 3 países que abarcan o tienen relación con el término publicidad junto con el Derecho de petición realizado ante la SIC, nos lleva a concluir lo siguiente:

- i. Colombia tiene claro la definición de publicidad en su Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, pero de una manera muy general, la cual hoy en día necesita expandirse; por lo que respecto a la evolución de los países la definición de publicidad que hoy en día abarca más términos y es más específica es la que realiza la ley española.
- ii. Respecto a la publicidad engañosa vemos que todos llegan al mismo punto que es el de brindarle una información clara, veraz y oportuna al consumidor para que no induzca al error, debido a que si la publicidad no es clara puede traer este tipo de consecuencia y con esto volverse una publicidad engañosa; pero el país que abarca más la definición de publicidad engañosa sería España ya que esta determina por medio de unos elementos básicos cuando esta publicidad es o no engañosa por lo que sería importante tener esto en nuestro ordenamiento jurídico para basarnos en estos elementos a la hora de determinar si una publicidad es o no engañosa.

- iii. Los tres países cuentan con códigos de autorregulación que lo que buscan es que por medio de estos códigos se guíen a los consumidores y compradores con normas éticas para promover una competencia justa y legal con el fin no solo de beneficiarse ellos sino de beneficiar a todo el mercado por medio de prácticas honradas.
- iv. Estados Unidos y España están regulando el término de publicidad engañosa de una manera más amplia y que se busca incluir medios que anteriormente por el desarrollo del país no se necesitaban como lo son las redes sociales, esto con el fin de evitar posibles engaños a consumidores que simplemente creen en una recomendación sin ver el detrás de esta, y esto se evidencia en los casos que se mencionarán en el trabajo, donde se han sancionado empresas o influenciadores por realizar dichas publicidades.
- v. Según el Derecho de petición que se realizó frente a la SIC, se evidencia que en Colombia existe la definición de anunciante pero en el Código de autorregulación y se entiende según esta definición que el anunciante es la marca, por lo que si se realiza un análisis respecto a las publicidades en redes sociales por medio de influenciadores, se entendería que es la marca la que tiene que responder por la publicidad engañosa y no el influenciador, ya que es la marca la que produce o provee el bien o servicio.
- vi. En el Derecho de petición, la SIC nos responde que los influenciadores al incitar en las decisiones de consumo de sus seguidores están haciendo publicidad y por ende como nos dice la SIC en su respuesta, se entiende que cuando una publicidad realizada por influenciadores es engañosa, la delegatura de asuntos jurisdiccionales y/o la delegatura de protección al consumidor de la SIC es la encargada de adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones respectivas si hay lugar a ello, por lo que si se realiza una analogía con respecto a España y Estados Unidos, podemos decir que los encargados de realizar estas investigaciones y de sancionar serían la Comisión Federal de comercio en Estados Unidos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España, cuando haya lugar.

VII. CONCLUSIONES

1. Después de analizar la regulación existente en países tales como Estados Unidos y España, podría pensarse que el termino de publicidad podría ampliarse ya que ahora los influenciadores son uno de los medios por el cual las marcas y las empresas están promocionando sus productos o servicios, y los consumidores no se pueden quedar desprotegidos por falta de regulación, porque en últimas como mostramos en los ejemplos muchos influenciadores promocionan, recomienda, publican y hablan sobre una marca, producto, bien o servicio pero no dicen que antes de esa promoción o recomendación hubo un acuerdo con la marca o la empresa y existió una contraprestación para poder realizar esa publicidad, por lo que muchos consumidores comprarían engañados un producto por el simple hecho de creer en una opinión falsa que le dio un influenciador.
2. Después de analizar la normatividad de los tres países se puede concluir que la normatividad no avanza al mismo ritmo del tiempo, por lo que se crean vacíos normativos como el que hoy estamos viviendo respecto al papel de quien regula las publicidades que realizan los Influenciadores a través de Redes Sociales; lo que provoca que el mismo mercado se empiece a autorregular⁵¹, y en ocasiones se empieza a abusar del poder y de la posición en el mercado, como consecuencia de esto, vulnerando derechos fundamentales como son el acceso a la información o vulnerando el derecho a obtener una información clara, veraz y oportuna que no sesgue la toma de decisiones al momento de adquirir un bien o servicio; lo anterior para derivar en que el consumidor se encuentra nuevamente desprotegido frente a un tema tan actual y que cada día toma más fuerza.
3. Los autores analizados sugieren que la publicidad ya no se la concibe como la simple actividad de hacer anuncios, sino como una verdadera ‘industria cultural’ que utiliza sus herramientas y recursos para generar discursos sociales que afectan la vida de las

⁵¹ Un ejemplo de esto son las políticas de publicidad de la red social Instagram, de las cuales se hace mención en el capítulo “Casos Reales”

personas y, por ende, el consumo que ellas efectúan (Benavides, 2012, p. 82); y es por esto que en ocasiones las empresas buscan a una persona que logre influenciar a un determinado grupo social a la compra de un bien o servicio en específico por medio de discursos sociales.

4. En el término de publicidad engañosa, Colombia, España y Estados Unidos tienen en común que para que no haya lugar a esta publicidad es necesario brindar al consumidor una información clara, oportuna y veraz para evitar que se induzca al error y con esto afectar al consumidor.
5. A pesar de que España y Estados Unidos en sus normativas tienen más amplia la definición de publicidad, al igual que en Colombia, no se evidencia normatividad respecto a la publicidad realizada por redes sociales por medio de influenciadores.
6. La Comisión Federal de Comercio en Estados Unidos al igual que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España, han comenzado a sancionar a empresas por ofrecer contenidos publicitarios sin anunciar que son efectivamente publicidades pagas, como son los casos de Nova- canal de Atresmedia en España y el de Microsoft en Estados Unidos⁵².
7. Los influenciadores al incitar e influir en las decisiones de compra de sus seguidores podría afirmarse que están haciendo publicidad, siempre y cuando haya una contraprestación (monetaria o en especie) a cambio de una recomendación, una reseña o una opinión. Por ende, se les debe aplicar el Estatuto del Consumidor; es por esto que si un influenciador da una descripción o una opinión errónea de un producto de manera que induzca al error (ya que no cuenta con las características reales de este), el influenciador estaría realizando una publicidad engañosa, y la delegatura de asuntos jurisdiccionales y/o la delegatura de protección al consumidor de la SIC sería la encargada de adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones

⁵² Véase en el capítulo “Casos Reales de Sanciones. Ejemplos”

respectivas si hay lugar a ello. Lo anterior de acuerdo a la respuesta dada al Derecho de Petición realizado el 14 de septiembre de 2018.

8. De acuerdo con la definición dada en el derecho de petición, el anunciante es aquel quien es el productor o proveedor del bien o servicio, entendiendo así que es la marca quien adquiere esta calidad. Por lo que la responsabilidad respecto a una publicidad engañosa estaría a cargo de la marca y no del influenciador. Cabe aclarar que el Estatuto de Consumidor no da una definición de anunciante por lo que la SIC hace referencia al Código Colombiano de Autorregulación, el cual no es una norma imperativa por lo que no tiene fuerza vinculante, siendo este un sistema de autorregulación de carácter ético para la profesión del publicista.
9. La SIC al entender que las plataformas utilizadas para contactar personas (entendiéndolo en este trabajo como redes sociales) no son un medio por el cual se busque influir al consumidor para que tome decisiones de consumo, hace entender que la publicidad realizada por influenciadores en dichas plataformas no es afín a la definición de productor o proveedor que trae el Estatuto del Consumidor, por lo que dicha publicidad no sería regulado por este, lo cual genera el siguiente cuestionamiento: ¿Qué pasa con la publicidad engañosa realizada en redes sociales? ¿no tiene regulación? ¿se podría afectar el derecho de los consumidores por no encajar el medio (plataformas utilizadas para contactar) y los influenciadores dentro del término proveedor o productor? son preguntas que son evadidas por la SIC y es un caso de estudio recurrente al que aún no se le ha dado respuesta.
10. A pesar de que la SIC hace referencia a que el fin de las Redes Sociales es contactar personas y que no es un medio por el cual se busca influir en las decisiones de consumo, acepta que cuando los Influenciadores inciten en estas decisiones están haciendo publicidad, por lo que se evidencia una contradicción pues el medio para influir en dichas decisiones en ocasiones son las Redes Sociales.
11. La publicidad según la SIC se rige por el principio de territorialidad consagrado en la constitución política de Colombia, por lo que, si una publicidad es realizada por una

sociedad con domicilio fuera de Colombia, el consumidor afectado debe recurrir al Derecho internacional público y no a la SIC para hacer valer sus derechos.

12. Según la SIC para que una publicidad no induzca a los consumidores al error debe ser clara, veraz, oportuna, verificable, precisa, comprensible e idónea, por lo que se entendería que cuando un influenciador realiza una publicidad debe aclarar que es patrocinado, o que su opinión está influenciada por una contraprestación, con el fin de garantizar el derecho de los consumidores y cumplir los requisitos exigidos en la ley para evitar una publicidad engañosa.
13. Se puede ver con el derecho de petición la carencia normativa que hay hoy en día en la sociedad colombiana respecto de la regulación de publicidad realizada por influenciadores en redes sociales, pues es claro que la SIC evade ciertas preguntas y se contradice en otras tantas dejando ver el vacío normativo de la regulación colombiana, pues el Estatuto del Consumidor y demás normas subsidiarias hoy en día no protegen de manera total al consumidor con lo que se entiende por el término de publicidad, pues como se ha dicho anteriormente esta definición ha ido cambiando con el tiempo y se ha ido mutando de acuerdo a las necesidades de la sociedad como consecuencia del desarrollo económico y tecnológico del país, llegando a dilucidar que se confunden términos como proveedor, marca e influenciador al momento de analizar la responsabilidad que tendrían respecto a una publicidad engañosa.

VIII. ANEXOS

Después de hacer un recuento de la normatividad colombiana, española y estadounidense, se procedió a realizar un trabajo práctico enviando un Derecho de Petición a la SIC, realizando encuestas a consumidores, marcas e influenciadores; una entrevista con una trabajadora de una empresa que contrata Influenciadores para realizar publicidades de sus productos a través de Redes Sociales, y casos de sanciones a Influenciadores por realizar publicidad en Redes Sociales y no comunicarlo.

Lo anterior con el fin de analizar cuál es la posición y concepto de la SIC frente a la publicidad realizada por Influenciadores a través de Redes Sociales, conocer desde diferentes puntos de vista, si los consumidores realmente necesitan una regulación frente al tema de estudio, y mostrar lo que sucede actualmente y cómo se sancionan o aplica la normatividad frente a los Influenciadores que realizan publicidad por Redes Sociales.

1. Derecho de Petición

Se adjunta derecho de petición (Anexo 1) radicado en la SIC el 14 de septiembre de 2018 a través del correo electrónico contactenos@sic.gov.co con numero de radicado 18-231615 (Anexo 2). En el cual se solicitó la respuesta a las siguientes preguntas:

- i. En caso de que una publicación hecha en una red social como Facebook, Instagram o Twitter, desde un perfil que NO sea el de la marca, sino desde el perfil de una persona considerada influyente en la sociedad, y esta publicidad sea paga, haga alusión a un producto (se comenten sus beneficios, características y hasta promoción) y sugiera su compra; ¿Esta publicación sería considerada publicidad?
- ii. Si una publicación paga sobre un producto en una red social como Facebook, Instagram o Twitter no cumple con las características descritas por quien la promociona ¿esto sería considerada publicidad engañosa?
- iii. A que entidad puedo recurrir cuando compro un producto porque una persona (a quien le pagaron por promocionar un producto) en redes sociales lo está promocionando, pero las características y beneficios del producto son falsas.
- iv. Quien debe responder por un incumplimiento cuando las características y beneficios mencionadas por una persona (a quien le pagaron por promocionar un producto) en redes sociales son falsos. ¿La marca o quién los está promocionando?
- v. ¿La publicidad hecha en redes sociales está regulada?

- vi. A la publicidad paga hecha por personas en redes sociales se regula por el Estatuto del consumidor y le aplicaría las leyes colombianas.
- vii. En caso de que una empresa (y razón social) que tiene su domicilio en el exterior, esté realizando lo que se entiende como publicidad engañosa en Colombia, a través de las redes sociales ¿A quién recurrir y cuál es el procedimiento para denunciarlo?
- viii. En las publicaciones pagas hechas en redes sociales, promocionando productos, se debe informar (es obligación) de quien lo promociona indicar que lo que está realizando es patrocinado por la marca.

El día 9 de octubre de 2018 interpusimos un reclamo con número de radicado 18-261988, solicitando la respuesta al derecho de petición del día 14 de septiembre, pues ya se habían vencido los términos que indica la ley 1755 de 2015 (15 días hábiles para dar respuesta a derechos de petición) (Anexo3); a lo que la SIC respondió el día 26 de octubre de 2018 que debido al cúmulo de solicitudes no les había sido posible contestar en el plazo que exige la ley, por lo que señalaban el 26 de noviembre de 2018 como la fecha a la que se daría respuesta al derecho de petición (Anexo4).

El 26 de noviembre de 2018, siendo esta la fecha en la que las SIC tendría que haber dado respuesta subieron un documento sin digitalizar (Anexo 5); para posteriormente dar respuesta al derecho de petición el día 27 de diciembre de 2018 (Anexo 6); dejando incógnita la respuesta del día 26 de noviembre de 2018, pues a la fecha de redacción de este trabajo no se ha digitalizado y la fecha de respuesta al derecho de petición es la dicha anteriormente.

2. Entrevista

El día 15 de septiembre de 2018, en el domicilio de la sociedad Crystal S.A.S., se entrevistó a Valentina Guzmán Ángel (en adelante “Valentina”), quien es la jefe de Investigación de Mercados en dicha sociedad.

La entrevista se basó en los influenciadores a través del tiempo, la moda y qué impacto tienen estos en el mercado actual.

...

ENTREVISTADOR: ¿Quiénes pueden ser influenciadores?

VALENTINA: Veo pertinente diferenciar el término influenciador y referente, pues hoy en día se suelen confundir puesto que cualquiera puede ser influenciador de otra persona, ejemplo, cuando la mamá cuando te dice que te compres mejor los zapatos más baratos porque son más lindos.

Un ser humano influencia otro en cualquier ámbito, te influencia a realizar una acción. Ejemplo, Cometer un delito, comprar etc.

Un referente te permite llegar a un grupo más grande de personas, ejemplo una celebridad.

Hoy cualquiera puede ser influenciador y no necesariamente es famoso; antes se debía ser famoso para ser influenciador.

Un claro ejemplo de referente es como antes un cantante utilizaba un diseño determinado de alguna marca reconocida en uno de sus conciertos, y esta disparaba sus ventas sobre sus diseños y otros.

ENTREVISTADOR: ¿Cómo cree usted que las redes sociales impactan en el mercado?

VALENTINA: Ahora las redes sociales permiten más rápido la difusión de la comunicación y tienen un mayor alcance, generando así que la reacción de las otras personas sea más rápida. Por ejemplo, en el caso del concierto, solo las personas que asistieron a este pueden ver y conocer el diseño, teniendo un impacto menor y a un grupo determinado, mientras que si el diseño se comunica a través de redes sociales, el impacto sería mayor pues este perdura en el tiempo, ya que es una imagen que se establece en la red, se comunica en cualquier territorio y no requiere un gasto adicional, como lo es comprar una boleta.

ENTREVISTADOR: ¿Cree usted que los influenciadores han existido a lo largo de la historia?

VALENTINA: Hasta en la historia más antigua siempre hay personas influenciadoras, por ejemplo, María Antonieta influenciaba su círculo social, con su vestimenta extravagante, influyendo en cómo se vestían sus acompañantes. He de aclarar que no era la marca que utilizaba si no más que todo su estilo y comportamiento; para esta época no había nada comercial, ya que no importaba el modisto ni había marcas.

Por ejemplo, en 1910 -1920 en el ballet ruso, los vestidos de las artistas eran muy lindos, y los diseñadores se apropiaban de las bailarinas; los vestidos eran hechos a la medida, pero ya se tenía la posibilidad de comprar de ese modisto, no como en la época de María Antonieta, que no se podía acceder a su modisto pues este estaba fuera del alcance.

Cada década tuvo sus personajes y uno va viendo que a medida que va pasando el tiempo hay más trazabilidad lo que da la oportunidad de que muchas más personas se den a conocer.

Elsa Schiaparelli, era la rival de Coco Chanel, involucraba su ropa con el arte, el cual se veía influenciado por el momento que se estaba pasando en el mundo. En 1950 después de la segunda guerra mundial, cambió de modisto a una venta masiva, impactando la moda, ya que esta se democratizaba, más posibilidad de tener el vestido de los artistas utilizados en la época.

En los 80 algunos diseñadores se basaron en el estilo de Prince y David Bowie, grandes cantantes de la época y referentes de moda, para hacer colecciones e inspirar a las personas a tener su estilo, llevándolos a comprar más.

Ahora las colaboraciones con artistas son lo nuevo. Por ejemplo, Pharrell x adidas, colección que está inspirada en el festival de la india, usa muchos símbolos de la cultura india. En este momento hay una alta demanda por volver comercial algo espiritual.

En el año 2000 inicia la influencia por medio de modelos como lo son Naomi Campbell y Linda Evangelista; por su estilo de vida y su forma de vestir empiezan a ser referentes para la época.

Hoy en día el tema de mercadeo por medio de influenciadores es tan fuerte que para el lanzamiento de tiendas se empiezan a buscar celebridades que siempre utilicen la ropa de la tienda en todas las entrevistas que hace y que asistan a todos sus eventos. Lo que se busca de estas personas es que sean a fin con la marca, que conozca las personas y que tenga una imagen construida para que a partir de esta se aumenten las ventas.

ENTREVISTADOR: ¿Cómo una marca selecciona al influenciador?

VALENTINA: Cada marca requiere un estereotipo de persona de acuerdo a su nicho de mercado; hay una oferta de influenciadores, ejemplo:

- Jackie Kennedy: imagen de mujer perfecta.
- Marilyn Monroe: Antítesis de Jackie Kennedy; sexy, un poco vulgar.

Igualmente hay varios tipos de influenciadores, ejemplo, las celebridades, el influenciador de nicho de mercado grande y el nicho de mercado pequeño; los cuales en las marcas se contratan ya sea para todo el año, como cara de la marca, o para hacer un lanzamiento de algo específico, que sería por un momento, que provoca un tráfico transversal. Uno de los requisitos importantes para la marca al momento de escoger ya sea un influenciador o un referente es que su nicho de mercado o su público en general lo admire y esa admiración en últimas sea lo que conlleve a la compra.

ENTREVISTADOR: ¿Se suscribe algún documento con estos influenciadores?

VALENTINA: Hay un contrato con varias cláusulas, en el que simplemente se le imponen obligaciones, pero en sí no es un contrato de publicidad y solo se utiliza para celebridades e influenciadores con un nicho de mercado grande, pero como tal las

condiciones de publicaciones, horas, y esos temas se pactan verbal. Igualmente, no tengo mucho conocimiento del tema, yo le pregunto a Juan del área jurídica y les cuento.

ENTREVISTADOR: ¿Por publicaciones se hace contrato?

VALENTINA: Creo que no.

ENTREVISTADOR: ¿cómo se diferencian el influenciador y el referente?

VALENTINA: El referente se basa en una persona que puede o no influenciar una compra, que es un ideal de estilo ya que este no asequible para todo el mundo; por otro lado, el influenciador te lleva a una acción específica ya sea de comprar o no comprar porque lo que promociona se puede tener, además debe ser un referente. Un ejemplo de influenciador es Yuya (youtuber) quien ha ido transformándose junto con su audiencia; y un referente son Sisterly Style, quienes muestran su estilo de vida de lujos y viajes.

ENTREVISTADOR: ¿Considera importante la existencia de un contrato publicitario entre los influenciadores y la marca?

VALENTINA: Sí sería importante la existencia de un contrato entre el influenciador y la marca, para con este poder regular todo lo que conlleva esa publicidad por medio del influenciador, ya que es importante prever acontecimientos futuros que puedan dañar esa relación comercial y en donde se pacte si es necesario el manejo de exclusividad del influenciador para la marca de acuerdo a lo que busque la marca con ese influenciador.

ENTREVISTADOR: ¿Considera usted que los influenciadores son de gran importancia al momento de construir marca?

VALENTINA: Pienso que los influenciadores pueden construir o destruir una marca, por eso creo que es delicado y tiene que haber un contrato o alguna cláusula para evitar este tipo de cosas, por ejemplo existe una página que se llama wikimujeres; (wikimujeres es una red integrada por personas que buscan disminuir la diferencia de género) en donde las mamás se recomiendan niñeras, marcas, productos, dan reseñas, etc., y es en estas páginas donde el

comentario de una persona puede influir en el punto de vista de muchas más y por el simple comentario, se puede llegar a destruir o construir una marca o producto.

ENTREVISTADOR: ¿Cree usted que la regulación de publicidad puede ser igual en todos los países?

VALENTINA: No, es claro que la regulación de la publicidad está relacionada a los avances que cada país tiene, por ejemplo en Estados Unidos la regulación de la publicidad hoy en día es muy diferente a la de Colombia debido a su desarrollo y a las necesidades que se tienen; Es claro que la publicidad ya no se hace cómo se hacía anteriormente que era por periódicos o por medio de carteles y esto lo ha ido asimilando Estados Unidos y ha visto la necesidad de regular por ejemplo las publicidades que hoy en día se hacen por medio de influenciadores y de youtubers.

ENTREVISTADOR: ¿Contratar a un influenciador asegura el aumento de ventas?

VALENTINA: Pienso yo que eso es algo muy relativo, pues por el día a día de las marcas no se puede comprobar la influencia ni se puede asegurar un mayor número de compras, asimismo la influencia de estas personas es igualmente relativa porque hoy en día ya existen páginas que venden seguidores, por ejemplo tú pagas \$60.000 al mes y aumentas 1.000 seguidores, y realmente ahí no hay una influencia porque las personas que te siguen no están identificadas contigo y tu estilo de vida, por lo que estarías sacrificando posicionamiento por masividad.

Hoy en día hay muchas influenciadoras que construyen marca como lo son Lele Pons y Chiara Ferragni, que a partir de su influencia fueron creando marcas propias, invirtiendo en su propia publicidad y generando el aumento de ventas, puesto que al ser marca propia el producto ya conlleva una identidad y aseguraría el consumo por parte de sus seguidores.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Ley 1480 de 2011, “Estatuto del Consumidor”, Diario Oficial N° 48.220, Bogotá, Colombia, 12 de octubre de 2011.

2. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Publicación N° 450(S), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf
3. Luis Gabriel Botero, 2004, “¿Qué se puede y qué no en la publicidad? Guía legal para publicistas”, Medellín-Colombia, Hombre Nuevo Editores-Instituto de artes.
4. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, Publicidad engañosa y publicidad comparativa, Diario Oficial de la Unión Europea, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2006.
5. Circular Externa No. 004 del 14 de febrero de 2011. Publicada en el Diario Oficial No. 47.985, 16 de febrero de 2011.
6. Circular Única del 19 de julio de 2001, Superintendencia de Industria y Comercio, Diario Oficial 44511 del 06 de agosto de 2001, Bogotá, Colombia.
7. Ley 34 de 11 de julio 2002, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2002.
8. Ley 3 del 10 de enero 1991, Competencia Desleal (LCD), Diario Oficial de la Unión Europea, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 1991.
9. Ley 9 de 2014 de 9 de mayo, Ley General de Comunicaciones, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2014.
10. Directiva 2005/29/Ce Del Parlamento Europeo y Del Consejo de 11 de mayo de 2005
11. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).
12. Botero, (1998). Análisis de la Ley 1480.
13. Concepto 12-128862 de 2012, Superintendencia de Industria y Comercio.

14. Concepto No. 96027242. Superintendencia de Industria y Comercio, septiembre 2 de 1996.
15. Constitución Política de Colombia de 1991, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
16. ABC, E&N, <https://www.estrategiaynegocios.net/marketing/994738-330/eeuu-planea-regular-la-publicidad-en-los-posts-de-influenciadores>
17. Diego López Medina, “El nacimiento del Derecho Comparado Moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, Colombia, 2015.
18. John Henry Merryman, “Fines, objeto y método del Derecho Comparado”, Estados Unidos.
19. Comisión Federal de Comercio, <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>
20. Julio Alard – Abel Monfort, “Plan de comunicación on y off en la práctica”, Madrid 2017.
21. Angelo Daniel Baquerizo Ortuño, “Análisis y Estudio comparativo de las publicaciones de wellness influencers en la red social Ins.”, Universidad Casa Grande, septiembre de 2018.
22. Instagram, https://esla.facebook.com/help/instagram/1438299909599208?helpref=uf_permalink
23. The Fashion Law, Julie Zerbo, Estados Unidos.
24. Código de regulación Federal, Federal Trade Commission, Estados Unidos.
25. Gobierno de España, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/quees/2/Paginas/default.aspx>

26. Marketing y Publicidad, <https://fp.uoc.fje.edu/blog/como-se-regula-la-publicidad-conoce-las-leyes-y-la-normativa/>
27. Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.
28. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria/>
29. Congreso de la República de Colombia, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20046-17%20Publicidad%20Abusiva.pdf>