

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CONTENIDAS EN LA LEY
1480 DEL 2011 Y LAS ORIENTACIONES DADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE
INDUSTRIA Y COMERCIO, QUE BUSCAN PROTEGER A LOS CONSUMIDORES
COLOMBIANOS DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA GENERADA EN REDES SOCIALES
EN EL PERIODO 2020.



ALEXANDRA MISAS CAICEDO

CC. 38794030

ANDRÉS RUIZ PÉREZ

CC. 1112218850

Tutor: CARLOS ANDRÉS ESCOBAR OSPINA

Trabajo de grado Para optar por el título de: **Abogado**

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

SECCIONAL PALMIRA

PALMIRA

2022

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CONTENIDAS EN LA LEY 1480 DEL 2011 Y LAS ORIENTACIONES DADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, QUE BUSCAN PROTEGER A LOS CONSUMIDORES COLOMBIANOS DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA GENERADA EN REDES SOCIALES EN EL PERIODO 2020.

ANALYSIS OF THE REGULATORY PROVISIONS CONTAINED IN LAW 1480 OF 2011 AND THE GUIDELINES GIVEN BY THE SUPERINTENDENCE OF INDUSTRY AND COMMERCE, WHICH SEEK TO PROTECT COLOMBIAN CONSUMERS FROM MISLEADING ADVERTISING GENERATED IN SOCIAL NETWORKS IN THE 2020 PERIOD.

El propósito de esta investigación, es analizar las normas del Estatuto del Consumidor y las orientaciones dadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para generar publicidad en redes sociales en Colombia.

ALEXANDRA MISAS CAICEDO

ANDRÉS RUIZ PÉREZ¹

¹ Estudiantes del programa de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, Seccional Palmira, aspirantes al título de abogado, autores del actual artículo de investigación, tutor: Carlos Andrés Escobar Ospina

Resumen

El presente artículo realizado en la facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, analizará que tan efectiva es la Guía adoptada por la Superintendencia de Industria y comercio, producto de la latente necesidad de proteger los derechos de los consumidores a raíz de la comercialización de productos y servicios generados en redes sociales.

En ese sentido, muchos comerciantes ante la necesidad de posicionarse en el mercado y generar un gran número de ventas, acuden ante los influenciadores digitales como una poderosa estrategia de marketing. En ese orden de ideas, se estudiará el papel que juega el Estado colombiano frente a la protección de los consumidores, la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para inspeccionar, vigilar y controlar, de acuerdo a la ley 1480 del año 2011, además se analizará el grado de obligatoriedad de la *Guía Colombiana de buenas prácticas en publicidad a través de influenciadores en redes sociales*, teniendo en cuenta que el Estado colombiano insta a los anunciantes e influenciadores su aplicación para evitar la vulneración o amenaza de los derechos de los consumidores. Lo anterior, surge debido a que muchos influenciadores al momento de promocionar productos o servicios en sus redes sociales, no verifican la calidad del mismo y han generado publicidad engañosa, tal es el caso de la modelo Elizabeth Loaiza Junca en la cual recomendó en su red social Instagram una prueba rápida para la detección del virus Covid 19, la cual no era acorde con la realidad material del producto, tal y como se estudiará en el desarrollo de este escrito.

Palabras Claves del autor: Superintendencia de industria y comercio, publicidad, influenciadores, estatuto del consumidor

Abstract

This article conducted at the Faculty of Law of the Universidad Santiago de Cali, will analyze how effective is the Guide adopted by the Superintendence of Industry and Commerce, product of the latent need to protect the rights of consumers as a result of the marketing of products and services generated in social networks.

In that sense, many merchants, faced with the need to position themselves in the market and generate a large number of sales, turn to digital influencers as a powerful marketing strategy. In that order of ideas, the role played by the Colombian State in the protection of consumers, the power of the Superintendence of Industry and Commerce to inspect, monitor and control, according to Law 1480 of 2011, will be studied, in addition the degree of enforceability of the Colombian Guide of good practices in advertising through influencers on social networks will be analyzed, taking into account that the Colombian State urges advertisers and influencers its application to avoid the violation or threat to the rights of consumers. This arises because many influencers when promoting products or services in their social networks, do not verify the quality of the same and have generated misleading advertising, such is the case of the model Elizabeth Loaiza Junca in which she recommended in her social network Instagram a rapid test for the detection of the virus Covid 19, which was not in accordance with the material reality of the product, as will be studied in the development of this writing.

Author keywords: Superintendence of industry and commerce, advertising, influencers, consumer statute.

Introducción

El apogeo de la tecnología en la sociedad ha conllevado a que los consumidores nacionales e internacionales adquieran productos o servicios, influenciados en gran parte por un grupo de personas que por su popularidad en la sociedad, influyen en gran medida en la toma de decisión de muchos ciudadanos, en otras palabras, gracias al avance tecnológico que se presenta hoy en día, muchos comerciantes utilizan las redes sociales como un poderoso medio de comunicación, para aumentar significativamente sus ventas gracias a los denominados “influenciadores”.

En Colombia, este tipo de fenómenos no son la excepción, al emplear redes sociales se puede observar la gran cantidad de influenciadores que utilizan Instagram, Facebook, Tik tok, etc., para promocionar múltiples productos, sin embargo, en Colombia en el periodo 2020 se conoció un caso muy controversial, en razón a que la modelo e influenciadora Elizabeth Loaiza promocionó en su cuenta de Instagram unas pruebas rápidas de Covid 19, con el nombre “PromedCovid 19 Rapid Test” indicando que solo era para ventas institucionales, esto es: Alcaldías, gobernaciones y hospitales, fue así que, medios de comunicación como el Pulzo y revista Semana, declaraban que el producto ofrecido por la reconocida modelo no contaba con el registro Invima, aspecto que fue confirmado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, más conocido como (Invima), por tal razón, se inició formalmente una investigación a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual terminó en una sanción frente a la influenciadora, ya que las condiciones objetivas ofrecidas en su publicación no se ajustaban a la realidad, constituyendo tal acto como publicidad engañosa y violación a los artículos 29 y 30 de la ley 1480 del año 2011.

Por lo anterior, este trabajo de investigación reconoce la importancia de aportar a la Universidad Santiago de Cali, una investigación que aporte gran valor a la sociedad colombiana, esclareciendo la efectividad de las medidas adoptadas por la superintendencia de industria y comercio, en pro de la relación entre consumidores e influenciadores, teniendo en cuenta que gran parte de la población colombiana consume redes sociales y por tal razón se ven expuestos a

posibles casos de publicidad engañosa. Es de agregar que la Universidad Santiago de Cali, no cuenta al día de hoy con gran variedad de proyectos de investigación en derecho que promuevan la protección de los consumidores desde el enfoque de la promoción de productos y servicios por influenciadores en las redes sociales.

Dentro de los objetivos de este artículo están: Establecer el pronunciamiento más importante que ha realizado la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la publicidad engañosa ofrecida en redes sociales mediante influenciadores en Colombia, identificar las sanciones impuestas por la superintendencia de industria y comercio a la hora de tutelar los derechos de los consumidores en el marco de la relación anunciante e influenciador, y por último analizar si la guía expedida por la Superintendencia de industria y comercio es eficaz para tutelar los derechos de los consumidores colombianos.

La metodología empleada es básica, puesto que se recolectarán textos, normas, artículos, tesis, derecho de petición, etc., y se hará uso de la técnica de observación para organizar de manera sistemática la información, de tal manera que se pueda procesar ordenadamente y alcanzar los objetivos trazados en el presente proyecto, es de agregar que se empleará el método deductivo, teniendo en cuenta que cada apartado del proyecto se abordará desde lo general a lo particular, esto es; iniciando por la evolución de las normas que protegen a los consumidores en Colombia, pasando luego por la ley 1480 del año 2011, el reconocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, posteriormente acotar a la publicidad engañosa y finalmente validar que tan efectiva es la guía que recomienda el Estado para proteger a los consumidores.

Para el desarrollo de este escrito, inicialmente se estudiará como es el tratamiento del consumidor por el Estado colombiano, la facultad de la Superintendencia de Industria y comercio para conocer, vigilar a aquellas personas que no cumplan con el ordenamiento jurídico, posteriormente se analizará como ha sido desarrollada la publicidad engañosa en la ley 1480 del 2011 y se analizará el caso de Elizabeth Loaiza Junca por incurrir en publicidad engañosa en su red social Instagram.

En segunda medida, se describirá la función sancionadora de la Superintendencia de Industria y Comercio, junto con los tipos de sanciones que puede imponer a aquellos que violen el Estatuto del Consumidor, luego de ello, se estudiará jurídicamente la sanción impuesto a la influenciadora Elizabeth Loaiza Junca.

Por último, se desarrollará la guía expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de proteger los derechos de los consumidores de redes sociales, no obstante, se analizarán los objetivos de dicha guía, con sus recomendaciones y finalmente se realizará una crítica al término “recomendaciones” empleado por la Superintendencia de Industria y comercio.

1. Protección del consumidor por el Estado Colombiano

En Colombia la protección del consumidor inicia formalmente en la década del 80 por medio de la ley 73 de 1981², en la cual se preceptuaba que el Estado “interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor y concede unas facultades extraordinarias”, en ese sentido se brindó un poder temporal al Estado, cuyo propósito era reglar aspectos relacionados para la protección del consumidor, en similares palabras lo afirma Sofía Soto Salazar y Maria del Carmen Gómez Franco (2020) en su monografía *La Publicidad Engañosa En Colombia: Mecanismos De Reparación De Los Consumidores Y Responsabilidad De Los Sujetos Involucrados*, en la cual sostienen que el Estado estaba facultado para indilgar responsabilidad a los productores por las marcas o leyendas que exhibían en sus productos o por aquellas propagandas publicitadas en las cuales su contenido no correspondía a la realidad material, o en su defecto inducía a un error al consumidor. Entre otras cosas, el Estado mediante la citada ley regulo el procedimiento administrativo para iniciar la investigación y posible sanción indemnizatoria a este tipo de sujetos (p.9).

Posteriormente en el año de 1982 se expidió el Decreto 3466³ por medio del cual se continuó regulando aspectos en pro del consumidor, es de resaltar que el presente decreto trajo consigo conceptos relevantes que hoy en día se siguen manejando, entre ellos, el concepto de consumidor, productor, proveedor, propaganda comercial, entre muchos otros. Sin embargo, el artículo 16 del citado decreto, estableció el primer antecedente de la publicidad engañosa al referenciar que:

²“Por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias.”

³ “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.”

(...) los productores serán responsables ante los consumidores, (...) por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como el ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie (...) (Decreto 3466 de 1982).

En ese orden de ideas, el apartado a) y b), del presente decreto disponía cuando era procedente encaminar responsabilidad para los productores, esto es: Cuando la propaganda no corresponda a la realidad y cuando la misma induzca o pueda inducir al error al consumidor, además, empezó a indilgar responsabilidad por el precio publicado y la calidad o idoneidad del bien o servicio contratado, por otro lado, es de gran importancia enunciar que el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, referenciaba la obligatoriedad de brindarle al consumidor, toda la información del producto o servicio a recibir, así como también lo prohibición expresa de difundir leyendas o propagandas comerciales que no correspondiesen con la realidad.

De acuerdo a lo arribado hasta aquí, se puede concretar que el decreto 3466 de 1982 fue considerado la norma más importante en materia del consumidor, puesto que otorga un terreno sólido para empezar a construir la actual ley 1480 del año 2011.

1.1. Facultad de la Superintendencia de industria y comercio

Avizorado el planteamiento previo, se desarrolló en Colombia una norma que brindo sólidas bases a los consumidores colombianos, teniendo en cuenta que unió en una misma ley los extremos de autoridad, consumidor y protección. Siguiendo este hilo conductor, el artículo 59 de la ley 1480 del año 2011, establece en un primer plano la facultad administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, de proteger a los consumidores colombianos, con la única condición que dicha facultad no haya sido asignada de manera expresa a otra autoridad colombiana. Ahora bien, las altas cortes colombianas han aportado sustanciales interpretaciones acerca del poder que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, una de ellas es la sección cuarta del Consejo de Estado en el año 2014⁴, en la cual dispuso en otras palabras que, si algún día se llegase a cambiar a la Superintendencia de Industria y Comercio, el poder de control y supervisión no dejará de estar en cabeza del Estado, puesto que se trata del poder de la

⁴ Sección cuarta Consejo de Estado, 2014 consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Expediente Número 250002324000200700081 01

administración de estudiar y evaluar que las actividades ejecutadas por los particulares cumplan con los reglamentos e instrucciones dados por el Estado para que de esta manera prime el interés público.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-570 del año 2012⁵, resaltó las funciones de la administración central del Estado, entre ellas la de inspección, vigilancia y control, enunciándolas de la siguiente manera: La inspección tiene que ver con la posibilidad que tiene el Estado de pedir y verificar información o documentos a todas las entidades sujetas a control, mientras que la vigilancia se entiende como el seguimiento y evaluación de las actividades que realice la autoridad vigilada. Finalmente, el control hace alusión a la posibilidad que tiene el Estado de ordenar medidas correctivas, de no seguirlas puede conllevar a la imposición de sanciones. Es ese orden de ideas, la Corte Constitucional indica que la inspección y vigilancia se puede catalogar como un mecanismo leve de regulación y su fin es detectar irregularidades en un servicio, mientras que el control, es más estricto, en el sentido que repercute en las decisiones del administrado. Una vez aceptado el planteamiento anterior, es viable enunciar algunas facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio, que son procedentes para el actual trabajo de investigación y que se encuentran expresas en la ley 1480 del 2011, entre ellas está: velar por el cumplimiento de sus normas, iniciar investigaciones e imponer sanciones cuando sean pertinentes, además de ello, tiene la facultad para instruir sobre la manera en que las personas deben cumplir sus normas (garantizando el derecho procedimental), así como también tiene la función de indicar que tipo de información y como se deberá suministrarse (cuando pueda representar un riesgo para la sociedad), incluso puede solicitar el cese de actividades por incumplimiento de sus normas (por ejemplo el cese de difusión de publicidad engañosa, que por su contenido pueda inducir al error), entre otras cosas, puede ordenar la devolución de las sumas de dinero que hayan recibido en exceso.

1.2. La publicidad y el estatuto del consumidor en el Estado colombiano

Para poder hablar de la correlación entre publicidad y su conexión con el Estatuto del Consumidor, es relevante iniciar a explicar la concepción integrada del concepto publicidad en el cuerpo normativo del estatuto del consumidor, es así que, el termino publicidad es empleado en el numeral 12 del artículo 5, para referirse a toda forma y contenido de comunicación que tenga

⁵Corte Constitucional, 2012, Magistrado Ponente Jorge Ignacio PreteltChaljub, en expediente D-8814

como objetivo influir en las decisiones del consumo, no obstante, el anunciante según el artículo 33, deberá cumplir con el producto o servicio anunciado y a su vez, deberá tener presente las normas establecidas en la ley al momento de pautar su contenido publicitario, en ese orden de ideas, tendrá que dar información suficiente acerca de las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para poder acceder a la promoción y oferta establecida en el mercado.

De esta manera, también se ha pronunciado Javier Cantillo Vargas (2021) en su tesis de maestría *Aplicabilidad y limitaciones del concepto de publicidad consignado en el artículo 847 del código de comercio en las relaciones jurídicas de consumo mediadas por tecnologías en el régimen jurídico colombiano*, sosteniendo que los estudios han considerado a la publicidad como una forma de manipulación que lleva a condicionar al individuo e interferir en su poder de decisión, en otras palabras, mediante la publicidad se tiene el poder de influenciar sobre los individuos, pues hay que considerar que el hecho de estimular la aceptación del bien, servicio o idea promocionada y en términos generales pretendiendo alterar opciones, actitudes, deseos y comportamientos del consumidor, se constituye como un elemento que evidencia la evolución de la sociedad (p.7).

Entre otras cosas, también es publicidad “las formas de comunicación realizadas por personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas), en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones” (Ruiz y Hernández citados en Cantillo Vargas, 2014, p.8).

Con base en lo anterior, se puede concretar que publicidad es transmitir información mediante cualquier canal de comunicación con el fin de promover la venta de servicios o bienes y a su vez, establecer en el mercado la imagen positiva de una marca. Afianzadas estas premisas, el artículo 23 del estatuto del consumidor, indica que los productores y proveedores tienen el deber de brindar información, que sea en idioma castellano, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea en relación a los productos o servicios que se ofrezcan y serán responsables de todo daño que se pueda desprender que sea consecuencia directa de la falta de información o de la información inadecuada en la pauta comercial. Es aquí donde ya se puede ahondar sobre una de las problemáticas que interesa a este artículo de investigación, la publicidad engañosa, la cual está regulada en el numeral 13 del artículo 5 de la ley 1480 del año 2011, disponiendo en otras palabras, que es aquella información ofrecida al público por medio de un

canal de comunicación, no obstante, ante las características ofrecidas, el consumidor compra el producto o servicio, sin embargo, al momento de recibirlo, el mismo no se ajusta a la realidad. Por otra parte, se entiende como publicidad engañosa, aquella información insuficiente, de tal manera que su falta de información o claridad puedan inducir al engaño, error o confusión.

1.3. Caso más relevante sobre falsa publicidad en redes sociales y la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia.

El caso más escuchado en Colombia es el de la modelo e influenciadora Elizabeth Loaiza con las denominadas pruebas rápida para la detección del Covid-19, todo surge tras los anuncios reiterados de distintos medios de comunicación⁶, los cuales de manera concisa referenciaban acerca de la publicidad emitida en su perfil de Instagram, promocionando la venta de un producto llamado “PromedCovid 19 Rapid Test” el cual no registraba permiso a cargo del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), así como tampoco el buen visto de importación por la respectiva entidad. En ese sentido, la influenciadora se defendió argumentando que antes de realizar la pauta publicitaria se cercioró que tuviera registro Invima, incluso tildó las anteriores acusaciones como noticias falsas que solo ensuciaban el nombre de ella.

De agregar que, al momento de replicarse la noticia en contra de Elizabeth Loaiza, automáticamente borró el video de su cuenta, bajo el argumento que ya se habían agotado las pruebas rápidas promocionadas. En ese orden de ideas, dos días después circuló la noticia que, pese a que la reconocida modelo si pactó con una empresa que tenía los registros al día, el producto que promocionó en sus redes sociales bajo el nombre “PromedCovid 19 Rapid Test” no tenía el aval del Invima, presuntamente violando la normativa sanitaria. Por tal motivo el Invima alerto a la población colombiana sobre la fraudulencia de las pruebas de detección de Covid 19 que se comercializaban en redes sociales. Ante este panorama, la influenciadora se defendió bajo el pretexto que el video publicado era tan solo ilustrativo y adjunto el nuevo nombre con las respectivas pruebas para demostrar que, si tenía permiso del Invima, sin embargo, esta entidad,

⁶Noticia publicada por el “Pulzo” el 14 de abril del 2020, bajo el título “*Pruebas para COVID-19 que promociona Elizabeth Loaiza son fraudulentas: Invima*”, <https://www.pulzo.com/nacion/pruebas-covid-19-elizabeth-loaiza-fraudulentas-PP880199>

Noticia publicada por la edición virtual de la “Revista Semana” El 14 e abril del 2020, bajo el titulo “*Modelo Elizabeth Loaiza dice que prueba para covid - 19 que ofertó en sus redes sociales sí tienen registro Invima*”, <https://www.semana.com/semana-tv/semana-noticias/articulo/elizabeth-loaiza-niega-que-las-pruebas-de-coronavirus-que-estaba-ofertando-fueran-fraudulentas/663529>

insistía que, pese a que tuviera permiso para comercializar las nuevas pruebas rápidas, bajo el análisis probatorio el artículo publicado en su red social si era fraudulento.

No obstante, con el fin de garantizar el derecho de defensa de la influenciadora, el Invima por medio del radicado número 20-88777-00000-0000 del 15 de abril de 2020, requirió las piezas publicitarias empleadas en sus redes sociales y toda la relación contractual que pudiese existir con el distribuidor de dicho producto, sin embargo, no se tuvo ningún tipo de pronunciamiento en cabeza de la influenciadora. En ese orden de ideas, el Invima pudo acceder al material probatorio guardado por el centro de noticias de internet el Pulzo, con el propósito de analizar si la influenciadora cumplió con las disposiciones legales emitidas por la misma, entre ellas el numeral 9 del artículo 59 de la ley 1480⁷ del año 2011, así como también el inciso 1 del artículo 61⁸ de la misma ley, entre otras cosas, el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 del 2011⁹.

Ante tal panorama, la enunciada influenciadora una vez vencido el término requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio, decide realizar los siguientes descargos: el primero suscita en que al momento de notificarle el acto administrativo en contra, no se le notificó como persona natural sino como una persona jurídica, incumpliendo los requisitos para que se dé una comunicación válida, en el sentido que la influenciadora nunca dio autorización para que le

⁷ARTÍCULO 59. FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:

Numeral 9. Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor (...). (Negrita por Fuera de texto)

⁸ARTÍCULO 61. SANCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios (...). (Negrita por Fuera de texto)

⁹ARTÍCULO 12. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:

Numeral 1. Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, e imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, **así como por inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia** (...). (Negrita por Fuera de texto)

remitieran correos electrónicos respecto de la investigación, citando a su favor el artículo 56 de Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo¹⁰.

En cuanto al segundo descargo, se defendió argumentando que no tuvo nada que ver con la información que otorgó el proveedor de las pruebas rápidas de Covid 19, al momento de brindar información a los interesados mediante las líneas habilitadas. En ese orden de ideas sostiene, que ella no es la productora ni proveedora de este tipo de pruebas y por otro lado, los destinatarios de esa publicación eran las gobernaciones, alcaldías, hospitales y clínicas (profesionales del mercado) los cuales se encontraban en condiciones de asimetría económica con el productor, por lo tanto, considera que no son consumidores finales teniendo en cuenta que las pruebas a adquirir serían reinsertadas en el mercado y a su vez, cita doctrina¹¹ con el objetivo de solicitar la no aplicación del estatuto del consumidor. Entre esas cosas, también refiere que, bajo los principios de tipicidad e interpretación restrictiva, imposibilita la aplicación del artículo 30 de la ley 1480 del año 2011, a los influenciadores, puesto que no existe una norma vinculante que regule la forma en que éstos deben hacer sus publicaciones, por tal razón la conducta desplegada por la influenciadora no constituye como publicidad engañosa, incluso recomienda que se debe de aplicar la “Guía para una comunicación comercial responsable a través de influenciadores” de la ANDA¹².

Por otro lado, afirmó en su juicio que no tuvo ningún tipo de relación comercial con la empresa que solicitó la publicación en su perfil, es más infiere que de acuerdo a la guía ANDA, su publicación no puede considerarse como publicidad sino, como la exteriorización del derecho fundamental de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que no hubo una remuneración de por medio. No obstante, sí reconoce que al momento de realizar la publicación en su red social Instagram omitió haber aclarado que el video era ilustrativo. (Subrayado por fuera del texto)

En este sentido, la Dirección de investigaciones de protección al consumidor, con base en los alegatos de ambas partes, decide lo siguiente: Al no existir una relación de congruencia entre la individualización del sujeto pasivo y lo hechos del posible incumplimiento, acepta que al momento de notificar la apertura de la investigación se dirigió a la persona jurídica **ELIZABETH**

¹⁰**ARTICULO 56.** Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación (...). (Negrita por Fuera de texto)

¹¹ “(...) el destino final implica que el acto de consumo se encuentre desprovisto de la intención de reinsertar el bien en el mercado, ya sea mediante su reventa o transformación”

¹²Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia

LOAIZA S.A.S., y no como la persona natural que es objeto del procedimiento administrativo, esto es **ELIZABETH LOAIZA JUNCA**, bajo esta premisa, y con el fin de garantizar el debido proceso, desestima y archiva este cargo.

Por otra parte, reconoció que la actividad publicitaria tiene un alto potencial de lesividad, teniendo en cuenta que, si un comerciante no aplica los usos y practicas mercantiles, puede generar un daño, no solo al mercado, sino también a los consumidores, en ese sentido, toda publicidad debe ser verídica, honesta. No obstante, al analizar las pruebas, corroboro que el producto ofrecido no correspondía con la realidad y a su vez, no contaba con el registro sanitario o visto bueno de importación, entre otras cosas, en los chats de ventas del distribuidor del producto, se pudo evidenciar que realizo afirmaciones objetivas tendientes a influir en la decisión del consumidor para la compra de las pruebas rápidas, esto es, que las pruebas tenían registro sanitario vigente por Colombia, cuando no era real.

En ese sentido, en la publicación si se indicó que era para ventas institucionales, sin embargo, en las pruebas se observó que la persona encargada de brindar información vía Whatsapp no exigió al posible comprador documentación que acreditara su calidad, muy por el contrario, solo le indico que se vendía a partir de las (5.000) unidades. Bajo este argumento indilga responsabilidad, teniendo en cuenta que las condiciones objetivas anunciadas no se ajustan a la realidad, por lo cual constituye publicidad engañosa y por ende violación de los artículos 29, 30 de la ley 1480 del 2011 y los numerales 12 y 13 del artículo 5, de la misma norma.

Entre otras cosas, pese a que la influenciadora no es productora, ni proveedora del producto en cuestión, la misma si tiene la calidad de proveedora en el mercado, puesto que acreditó en el juicio, que de forma habitual se encargaba de respaldar y ofrecer productos de terceros con o sin ánimo de lucro. No obstante, al tener la categoría de comerciante en una red social y al ser un mercado tan amplio, cualquier usuario que tenga internet pudo observar e interactuar con el contenido objeto de reproche. Por tal motivo, es indudable que el objeto de la publicación fue incitar a los consumidores a la adquisición del producto en cuestión por medio de la influenciadora, independiente si recibió o no remuneración. Con base en lo anterior, no se puede permitir conservar un comportamiento que sea contrario al estatuto del consumidor.

Además, aclaró que la responsabilidad en materia del consumidor es objetiva, por lo que no requiere que se materialice el daño, sino la potencialidad con que la conducta desplegada pueda

transgredir los derechos de los consumidores. Por último, dispuso que en ningún momento la influenciadora al momento de publicar el video, aclaro que las pruebas Covid 19 mostradas a su audiencia eran solamente ilustrativas y pese a que luego del suceso, compartiera un video aclarando tal situación, no se exime de su grado de responsabilidad, toda vez que debía ser cautelosa con el tipo de contenido que incluía en sus anuncios y por supuesto, cumplir con las obligaciones establecidas en el estatuto del consumidor.

Finalmente, la sala concluyo que el anunciante “influenciador” está obligada a las condiciones objetivas y específicas en relación a la publicidad, de lo contrario será expuesto a un proceso administrativo sancionatorio y deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados, por lo anterior, impone una sanción de 150 salarios mínimos legales vigentes para la época, esto es (\$136.278.900).

2. De la Superintendencia de Industria y comercio para sancionar según el Estatuto del consumidor

El presente trabajo de investigación se alimenta de la relatoría de la Superintendencia de industria y comercio, la cual acepta la competencia que se la ha reconocido a la presente entidad para emitir sanciones, entre esas: la Resolución No. 820 de 20 de enero de 2016¹³ en la cual se cita el párrafo segundo del artículo 15 de la constitución política Colombiana, que pese a que en un primer apartado determina la libertad a la intimidad personal, en el siguiente párrafo, indica que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección y vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados en los términos señalados por la ley. En esa línea argumentativa, el Estado si tiene la capacidad de exigir cierta información y bajo numeral 17 del decreto 4886 del 2011, el Estado reconoce expresamente a la Superintendencia de Industria y Comercio, como la autoridad en Colombia que vela por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, cuya competencia no radique en otra entidad, en ese sentido podrá establecer responsabilidades administrativas y ordenar las medidas que resulten pertinentes. Por otra parte, en el numeral 18 expresamente utiliza el verbo rector “imponer” sanciones que sean pertinentes de acuerdo a lo regulado en la ley por la violación de las normas del consumidor, previamente agotada la etapa procedimental, incluso no

¹³Radicación: 14-282951

solo refiere la categoría de ley que protege al consumidor, sino que también dispone, violación a los reglamentos técnicos y por la inobservancia de las instrucciones que la misma entidad emita.

No obstante, es pertinente recordar al lector que en el primer capítulo se concretó que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de inspección, vigilancia, control, en ese sentido, el ordenamiento colombiano le otorga la misión de proteger a los consumidores, pero también de vigilar y sancionar, garantizando aspectos procedimentales, esto es el derecho de defensa.

Como sustento a lo anteriormente narrado, se cita a Andrés Alarcón Lora, Josefina Quintero Lyons, Leydy Llamas Bobadilla (2018) *Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia*, en el cual reconocen que la Superintendencia de Industria y Comercio está adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el propósito de fortalecer el desarrollo empresarial y la satisfacción de los consumidores, así como también tiene la autoridad para vigilar el cumplimiento de las normas en materia de consumidor y por supuesto, una amplia facultad sancionadora y protección de los consumidores y entre otras más., lo anterior, surge de la garantía constitucional de la libre economía, pero con la debida inspección y vigilancia de la misma (p.85).

2.1. Tipos de sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

Antes de ahondar en el tipo de sanciones que trae la ley 1480 del año 2011, es pertinente resaltar que para poder imponer una sanción la Superintendencia de Industria y comercio, deberá agotar el requisito procedimental del debido proceso, derecho que se encuentra consagrado en la carta política colombiana en el artículo 29. En ese sentido, pese a reconocerse en párrafos anteriores la facultad legítima que tiene esta entidad, la misma deberá sujetarse a los principios y normas mínimos en garantía del público y de los ciudadanos, entre ellos: principio de legalidad, imparcialidad, publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva, la presunción de inocencia, las reglas de las cargas de la prueba, el derecho de defensa, así como también garantizar la libertad probatoria, el derecho de no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción y la no doble sanción por los mismos hechos.

Una vez contemplado esta aclaración, es procedente traer a colación lo dispuesto en el artículo 61 de la ley 1480, la cual refiere que puede imponer sanciones por inobservancia de las

normas contenidas en la citada ley, los reglamentos técnicos, además de las instrucciones u órdenes impartidas, incluso puede imponer sanciones por no remitir la información solicitada (dentro del término legal) con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios.

El primer tipo de sanción que expone la ley es de tipo económica hasta por (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como también ordenar el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días y dado el caso que reincida en la conducta contraria a la ley, se decretara el cierre definitivo del establecimiento de comercio o en su defecto cierre de su página web.

Otro tipo de sanción, es la prohibición temporal o definitiva (según corresponda) de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos por amenazar o atentar contra la salud de la población colombiana o que, en su defecto, no cuente con los requerimientos por el Estado para su comercialización. En concordancia con lo anterior, puede ordenar la destrucción de aquel producto que atente contra la salud y seguridad de los consumidores.

Además de lo anterior, podría imponer multas de hasta (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la inobservancia de las órdenes dictadas por esta entidad, mientras permanezca en rebeldía. Por último, la norma refiere que si el representante legal, revisor fiscal, socios o propietarios, autorizan la realización de conductas contrarias a derecho tendrán multas hasta por (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Sanciones de la Superintendencia de industria y comercio a Influenciadores en Colombia

Para el desarrollo de este punto, se interpuso derecho de petición ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de determinar qué cantidad de sanciones ha impuesto a los influenciadores en Colombia desde el periodo 2020 al 2022, en ese sentido, referenció que solo ha sancionado a Elizabeth Loaiza Junca, por la promoción de pruebas rápidas de detección de Covid 19, tal como fue analizado en párrafos anteriores.

Además de lo anterior, se puede afirmar que con base en el numeral 11 del artículo 5 de la ley 1480 del año 2011, el estatuto del consumidor se aplica a las relaciones de consumo que se generen entre productores, proveedores y consumidores, es así que, la norma define proveedor como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o

comercialice productos con o sin ánimo de lucro”. Bajo estas premisas, la Superintendencia de Industria y Comercio entrelazó el comportamiento desplegado por la enunciada influenciadora en su red social Instagram, puesto que, al momento de estudiar las pruebas aportadas, se pudo determinar que Elizabeth Loaiza Junca, es considerada como una comerciante y entre sus actividades económicas registradas, se encuentra la de “ofrecer, promocionar y recomendar productos o servicios de terceros de forma habitual”, en ese sentido se catalogó como una proveedora y por tal razón, se debe dar aplicación a lo normado por la ley 1480 del año 2011.

En consecuencia, uno de los motivos que fundó tal sanción, fue la no idoneidad de la red social Instagram para la promoción de un producto dirigido a entidades de salud, teniendo en cuenta que su verdadero propósito era generar gran interés en su comunidad y por lo tanto lograr ventas. Además, la dirección encargada del juzgamiento indicó que conllevar a la publicidad engañosa no necesariamente debe inducir a error a los consumidores, basta con el simple hecho de que lo que anuncie no sea acorde con las características reales del producto.

No obstante, los mensajes publicitarios agrupan elementos objetivos y subjetivos, del primer elemento, esta entidad hace alusión a las características propias del producto, mientras que lo subjetivo se refiere al juicio de valor que hace el anunciante en pro del producto, con el propósito de generar ventas. De rescatar que el aspecto objetivo agrupa lo dictaminado por la norma, esto es que la información que se distribuya sea clara, suficiente, precisa, verificable, aspecto que no fue cumplido por la influenciadora, puesto que afirmó que el producto ofrecido contaba con registro Invima y que supuestamente su venta era exclusivamente para instituciones de salud. Por tal motivo, la Dirección de esta Superintendencia indicó que el comportamiento adelantado por Elizabeth Loaiza Junca, violó el contenido del artículo 29, 30, el artículo 5 en los numerales 12 y 13 de la ley 1480 del año 2011, conllevando a la sanción de (COP \$136.278.900).

2.3. Análisis jurídico de las sanciones impuestas en los casos de estudio

Para el desarrollo de este apartado, se estudiará la sanción que fue objeto la influenciadora Elizabeth Loaiza Junca, por publicidad engañosa en su red social Instagram. De acuerdo a lo arribado hasta aquí, se puede sintetizar que todo influenciador tiene la obligación de responder ante su audiencia y ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por las afirmaciones objetivas que promocionan, en otras palabras, las características enunciadas en la publicidad.

En ese sentido, la reconocida modelo al momento de realizar la publicación en Instagram, hizo dos salvedades, la primera que el producto “ProMedCovid 19 Rapid Test” se vendería exclusivamente al sector público¹⁴, así como también, que el mismo contaba con registro ante el Invima, por esta razón y con base en el material probatorio aportado durante el proceso, se pudo observar que personas del común, intentaron comprar el producto mencionado y la respuesta del proveedor, refería que la compra mínima eran (5.000 unidades), mas no le exigió como primer requisito la verificación de la calidad de la persona (si era pública o privada). Ahora bien, es de reconocer que la influenciadora no era la encargada del canal de comunicación del proveedor, sin embargo, al actuar como anunciante según la ley del consumidor en el artículo 29, no se exime del deber de asegurarse que sus afirmaciones fueran auténticas, por tal motivo se dedujo¹⁵ que lo mencionado por la influenciadora en su Instagram era objetivo y específico, razón por la cual se obligaba a lo anunciado en la publicación, por inducir al error, engaño o confusión en los consumidores. Por otra parte, para la segunda salvedad (ausencia del registro Invima) a nivel nacional¹⁶ se generó una alerta debido a la gran cantidad de ventas de pruebas para la detección del virus Covid19 sin la debida autorización, no obstante, pese a que la modelo hizo una salvedad publica¹⁷, lo cierto es que ya había dado un mensaje claro a su audiencia, lo que se considera un engaño puesto que la realidad objetiva del producto no fue acorde con la realidad del mismo, vulnerando los numerales 12 y 13 del artículo 5 de la ley 1480 del año 2011, puesto que distribuyo información errada, ocasionando confusión o engaño, y a su vez, el articulo 29 al establecer que el anunciante se obliga a las condiciones objetivas y especificadas en la publicidad, así como también violenta el artículo 30 de la misma norma, al contemplar que en aquellos casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas, deberá responder ante el consumidor por los daños y perjuicios ocasionados, lo anterior, en razón a la salvaguarda de la carta política colombiana, en el artículo 78, teniendo en cuenta que el mensaje persuasivo compartido por la influenciadora en su red social, tenía como propósito dirigir las preferencias de “cierto público”

¹⁴Gobernaciones, alcaldías, Ips, clínicas, etc.

¹⁵Resolución 36872, 2021, p. 100

¹⁶ Alerta sanitaria No. 73 del año 2020, en la cual el producto publicado por la influenciadora no contaba con el visto bueno del Invima,

¹⁷ El que producto “ProMedCovid 19 Rapid Test” no era el producto a comercializar, sino que era “AMP Rapid Test SARS-CoV-2-IgG/Igm”,

para la compra del producto sin su debido registro, actuación reprochable bajo la luz jurídica colombiana.

3. Guía Colombiana de buenas prácticas en publicidad a través de influenciadores en redes sociales

A causa del reconocido caso objeto de estudio, el Estado colombiano, bajo la dirección de la Superintendencia de Industria y comercio, en busca de suplir los vacíos legales en esta materia, da como fruto la *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores en redes sociales* en el año 2020, para que de esta manera los influenciadores al momento de compartir su contenido bajo pautas publicitarias en sus redes sociales, apliquen lo recomendado por esta entidad.

Es así que, al momento de iniciar la lectura de la misma, se puede resaltar que la guía hace un bosquejo desde aspectos generales, entre ellos la importancia de la tecnología, la manera en que se une con el internet, y a su vez, entra en materia tratando de localizar una definición del “influenciador”, para lo cual, lo categoriza como una estrategia de comunicación de posicionamiento de marca, incluso acude ante trabajos de investigación para profundizar más acerca de estos individuos.

Posteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio, reconoce el gran papel que ejercen los influenciadores al momento de persuadir a su audiencia respecto de la necesidad de compra de un producto o servicio específico, además, acepta la falta de reglas en esta materia, lo cual amenaza la seguridad de los consumidores, aspecto que no solo sucede en Colombia, sino a nivel mundial. Por tal motivo algunos han expedido guías interpretativas de regulaciones y prohibiciones existentes, en las cuales se hace una “recomendación” al influenciador con base en jurisprudencia e interpretación de normas vigentes aplicables a la materia, cuyo fin, es prevenir que los influenciadores generen actos de competencia desleal o violen los derechos de los consumidores por medio de la publicidad engañosa, en la cual muchas veces ocultan relaciones contractuales de por medio, así como también, les atribuyen beneficios a productos sin corroborar soportes técnicos.

Por todo lo anterior, el Estado colombiano, se comprometió en suplir unas reglas que tiendan a ajustar el comportamiento de los influenciadores redes sociales, expidiendo una guía

colombiana¹⁸, sin embargo, es de resaltar que la misma nace con grandes referencias internacionales, entre ellas: Estados Unidos, Reino Unido y Perú. Su sustento se fundó en que estos tres países buscan proteger al consumidor, bajo la divulgación transparente y sin ambigüedades de los anuncios generados por influenciadores en redes sociales.

Entre otras cosas, este documento refiere que la ANDA¹⁹, pese a expedir lineamientos para los influenciadores, los mismos, no tienen fuerza vinculante, por lo tanto procede la Superintendencia a generar unas reglas básicas tendientes a proteger a los consumidores de las redes sociales.

3.1. Objetivo de la Guía de buenas prácticas en publicidad a través de influenciadores en redes sociales en Colombia

De manera expresa, la presente guía dispone que el fin de la misma, es brindar una orientación a los influenciadores respecto de la normatividad colombiana que le es aplicable al momento de realizar publicidad en sus redes sociales, así como también la forma correcta en que se deben de emitir los mensajes y los contenidos comerciales, de tal manera que se protejan los derechos de los consumidores, sin embargo, Santiago Suárez Chaves (2021) en su tesis titulada *El marketing de influenciadores a la luz de las normas de competencia desleal y de protección al consumidor en Colombia*, resalta que pese a que el objetivo de la guía es proteger a los consumidores, la efectividad de las mismas es precaria, teniendo en cuenta que los influenciadores generalmente no las acogen en la práctica y para sustentarlo cita el estudio realizado por una agencia de marketing de influenciadores²⁰, el cual se encargó de analizar que dé (4.200 publicaciones en redes sociales por influenciadores) entre Estados Unidos y Reino Unido, tan solo el 14% cumplen con las guías recomendadas por sus respectivos países (p.10).

De tal manera, que el propósito inicial de esta guía es esclarecer al consumidor cuando se está frente a una publicación ligada comercialmente de un producto o servicio y a su vez, que al momento de hacer dichas pautas comerciales cumplan con la normatividad vigente en Colombia a través de la guía colombiana, sin embargo, en la práctica nacional e internacional se empieza a evidenciar la poca efectividad de las denominadas guías de recomendación, bajo

¹⁸ *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores en redes sociales*

¹⁹ Asociación Nacional de Anunciantes

²⁰ Influencer Marketing Hub (2020)

estas premisas Suárez Chaves, indica en otras palabras que más que la guía de recomendación para influenciadores, rescata la legitimidad por pasiva de la ley del estatuto del consumidor para la respectiva aplicación a influenciadores y anunciantes, puesto que se ha reconocido en sentencia de la Superintendencia de Industria y comercio²¹ que la legitimación de la causa por pasiva está en cabeza de los productores o preveedores, sin embargo dicha interpretación debe ser amplia desde el punto de vista de los artículos 29 y 30 del estatuto de consumidor para que de ese manera se amplíe y cobije al anunciante y el medio de comunicación, puesto que son responsables de las condiciones objetivas que se anuncien en el mercado colombiano (p.16).

Para brindar sustento jurídico a lo afirmado anteriormente, el citado autor nombra la sentencia de la Corte Constitucional²² la cual referencia que en la cadena de producción de un producto, no se limita al productor y proveedor, sino que se deben de sumar todos aquellos eslabones necesarios para que el producto llegue al comprador final, esto es: el anunciante y medio de comunicación, lo anterior en teniendo en cuenta que la intención del legislador es proteger los derechos de los consumidores en todas sus etapas²³.

La conclusión de este punto, es indicar que si bien la Superintendencia de Industria y Comercio, estableció una guía marcada con unos objetivos específicos tal y como se nombró anteriormente, sin embargo, sus objetivos no son tenidos en cuenta por los influenciadores en Colombia, basta con navegar en cualquier red social e identificar que muchos influenciadores, siguen realizando contenido comercial a favor de anunciantes y no esclarecen si se trata de una recomendación personal o en su defecto de la relación comercial de por medio, y por supuesto, bajo este despliegue argumentativo, no aplican las “recomendaciones” establecidas en la guía. En este sentido, ante la falta de aplicación de la misma, se busca la aplicabilidad del estatuto del consumidor en los respectivos artículos concordantes, no obstante, los objetivos de la guía están delimitados y buscan aspectos positivos dentro de la sociedad colombiana, sin embargo, ante la falta de aplicabilidad de las reglas contenidas en la guía, se extiende la aplicación de la ley 1480 del año 2011.

²¹ (SIC, Sentencia No. 10241 de 2019)

²² (Sentencia C-592 del 2012)

²³ (Corte Constitucional, Sentencia C-973, 2002, núm. 4.2)

3.2. Recomendaciones para realizar publicidad a través de influenciadores en Colombia en el marco de las redes sociales.

Antes de iniciar con las recomendaciones, es prudente distinguir la relación comercial entre anunciante e influenciador, para efectos de comprender mejor los párrafos advenideros, es así que, se considera que hay un vínculo comercial de manera expresa o tácito, entre el anunciante e influenciador, que a cambio de difusión de contenido y bajo el control del anunciante, siendo este último quien remunera al influenciador, con el propósito de incidir en las decisiones de consumo de su público. En otras palabras, el anunciante paga al influenciador para la promoción de un producto o servicio y de esta manera lograr ventas a favor del anunciante.

Entendida esta relación, a continuación, se esbozarán las recomendaciones otorgadas por la Superintendencia de Industria y comercio, sin perjuicio de la normativa establecida en el Estatuto del consumidor y demás normas aplicables a la materia: La primera de ellas es para los anunciantes, e indica que es su responsabilidad conocer y acatar las normas vigentes de protección al consumidor, así como también, deberá darlas a conocer y exigir su aplicación al influenciador que realizará en anuncio en su red social. Entre otras cosas, el anunciante debe asegurarse que, al momento de la emisión de la publicidad, el contenido del mismo no oculte la relación comercial de por medio, muy por el contrario, debe de velar porque sea legible²⁴ la naturaleza del mensaje, incluso refiere una declaración clara, precisa y evidente para que de esa manera el posible consumidor sepa que es un anuncio publicitario, incluso, indica esta Superintendencia, que la mejor manera de declarar la relación comercial es por medio de etiquetas para lo cual brinda unos ejemplos²⁵. A renglón seguido, se puede identificar la denominación “campanas de expectativa”, para lo cual esta recomendación se vuela más flexible y refiere expresamente “podría no incluirse o etiquetarse al anunciante”.

Otra recomendación para los anunciantes, es participar en todas las etapas de la emisión del mensaje, desde la creación del anuncio, elaboración y difusión del mismo, así como también, deberá revisar periódicamente los comentarios de la publicación patrocinada y verificar si existen

²⁴ Además, refiere la norma que sea de fácil lectura, tan visible como el anuncio principal, comprensible, en idioma español, entre otras características que tienden a alertar al posible consumidor.

²⁵ ²⁵ #publicidad @(marca del anunciante) @(marca del anunciante) #publicidad #avisopromocionado por @(marca del anunciante) #Patrocinadopor @(marca del anunciante)

comentarios negativos en donde el consumidor considere haberse sentido engañado, para que de esa manera en trabajo mancomunado corrijan tal situación.

Entre otras cosas, las recomendaciones para los influenciadores son: dejar clara la relación existente con el anunciante, tal y como se explicó anteriormente, además de exigirle a la agencia que contrata sus servicios o al propio anunciante, la manera en que se esbozara en la publicación el carácter de patrocinio. Así como también, el influenciador deberá abstenerse de emitir un mensaje publicitario cuando el anunciante le solicite que haga caso omiso en la publicación de la relación comercial.

Por último, se recomienda al influenciador, abstenerse de difundir una pauta publicitaria haciéndola parecer natural, es decir, que es natural que usa ese producto o servicio en su vida diaria, puesto que aquellos testimonios que no correspondan a la realidad, pueden ser constitutivos de infracciones administrativas.

3.3. Crítica del término “Recomendaciones” empleado por la Superintendencia de industria y comercio

Al momento de leer la guía objeto de estudio, este trabajo de investigación puede observar que, al momento de redactar tal documento, la Dirección de la Superintendencia de Industria y Comercio, esboza un interesante y pertinente descripción de porque es suficiente el articulado del estatuto del consumidor y por ende no requiere de normas adicionales que regulen este aspecto en particular, de agregar que expresamente reconoce esta institución que la *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*, se constituye como una herramienta de derecho flexible, por lo tanto se puede comprender como una fuente de recomendaciones sin fuerza vinculante.

Por lo anterior, se puede comprender que la normativa establecida en el estatuto del consumidor es pertinente para proteger a los usuarios de las redes sociales, dado el caso que se presente un posible caso de falsa publicidad, sin embargo, es pertinente recordar que la guía tiene un enfoque preventivo, es más, la misma indica que se establece como una directriz sin obligatoriedad para que de esa manera se “regule” las conductas desplegadas por los influenciadores en las redes sociales, sin embargo, la crítica que hace el presente trabajo de investigación no es sobre la pertinencia de las normas consagradas en la ley 1480 del año 2011,

sino en el carácter preventivo de la guía, pues si bien, se constituye como una acción preventiva pero que finalmente no es de obligatorio acatamiento, dejando de alguna manera sin efectos prácticos los objetivos de la guía, puesto que se habla de orientar a los anunciantes e influenciadores, promover el uso responsable de la publicidad en redes sociales y ofrecer herramientas a los consumidores para identificar cuando se está frente a un aviso de publicidad, sin embargo al momento la flexibilidad de la guía impide la realización de cada uno de esos objetivos. De resaltar que la propia guía al referenciar las “campañas de expectativas” es mucho más flexible, permitiendo que no se etiquete al anunciante, cuando previamente requería expresamente la obligación hacerlo.

De agregar, que se reconoce el asidero legal que deben de tener en cuenta anunciante e influenciadores, al momento de realizar publicidad en redes sociales, que si bien, prima la norma del estatuto del consumidor lo concerniente a los numerales 12 y 13 del artículo 4 de la ley 1480 del 2011, así como también, el artículo 29 de la misma ley, además de los respectivos concordantes, inclusive la propia guía hace la salvedad de la aplicación conjunta del estatuto del consumidor y la guía de buenas prácticas, empero al no tener fuerza vinculante, desde el punto de vista preventivo, este trabajo de investigación considera que es ineficaz esa medida adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior da pie para argumentar que si bien, existió la necesidad de crear un documento adicional al estatuto del consumidor, teniendo en cuenta que el mismo no contiene normas, incluso conceptos del marcado dinamismo de las redes sociales, en este sentido, es necesario establecer una modificación a la ley 1480 del año 2011, para que de esta manera se concentre el grado de obligatoriedad y uniformidad legal de las normas tendientes a proteger a los consumidores de las plataformas digitales.

Conclusiones

- El pronunciamiento más importante realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el periodo 2020 al 2022, refiere a la modelo e influenciadora Elizabeth Loaiza Junca, por emitir publicidad engañosa en su red social Instagram sin prever la normativa del estatuto del consumidor, es de recordar que la influenciadora, por el papel que ostenta en la sociedad, tenía el deber legal de ser cautelosa con el tipo de contenido que promocionaba, teniendo en cuenta que la actividad publicitaria tiene un gran índice de lesividad, dado el caso que el anunciante no aplique los usos y practicas mercantiles, amenazando así, no solo al mercado, sino también a los consumidores. Por lo anterior, toda publicidad debe cumplir con lo establecido en el artículo 23 de la ley 1480 del 2011, esto es, debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, de omitir estos aspectos, se iniciará una investigación por parte la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo su facultad de inspección, vigilancia y control.
- Mediante derecho de petición interpuesto ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se pudo identificar que hasta el año 2022, en Colombia tan solo se ha investigado y sancionado a la influenciadora objeto de estudio, por distribuir información errada, generar confusión/engaño en su comunidad, puesto que no cumplió con las condiciones objetivas del producto publicado, de tal manera que le fue aplicable los numerales 11,12,13 del artículo 5, así como también, los artículos 29, 30 de la ley 1480 del año 2011, el artículo 78 de la Constitución política colombiana, no obstante, reconociendo la facultad sancionatoria, esta Superintendencia con base en el artículo 61 del estatuto del consumidor, impuso sanción de 150 salarios mínimos legales vigentes para la época, esto es (\$136.278.900) por la inobservancia de aquellas normas citadas.
- Teniendo en cuenta los argumentos esbozados por la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso de Elizabeth Loaiza Junca, y lo redactado en la guía, este artículo de investigación considera que la actual ley 1480 del año 2011, tiene unas sólidas bases para regular la promoción de contenido publicitario en redes sociales, en ese sentido, se estima la necesidad de agregar a la ley 1480 del 2011, aspectos contenidos en la guía, puesto que la misma no es de obligatorio acatamiento para los influenciadores, incluso en la vida diaria, se puede observar en las redes sociales, que muchos influenciadores no aplican las “recomendaciones” dispuestas por esta Superintendencia, siendo la guía ineficaz, debido a

que no cumple con su real propósito y por ende los derechos de los consumidores se ven expuestos ante la falta de una política de promoción en redes sociales que sea de obligatorio acatamiento. Basta con recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-570 del año 2012, reconoció que dentro de las funciones de la Superintendencia está la de velar por el cumplimiento de sus normas, investigar, sancionar y además instruir sobre la manera en que las personas deben cumplir sus normas, es decir guardan una armonía en sus objetivos, lo que diferencia es el grado de exigibilidad. Por lo anterior, se recomienda implementar las recomendaciones en la norma, en pro de los derechos de los consumidores.

Cibergrafía

Alarcón L. Andrés, Quintero L. Josefina, Llamas B. Leydy. (2018). Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/download/5582/5166/11223#:~:text=La%20SIC%20puede%20imponer%20medidas,las%20disposiciones%20legales%20sobre%20compe tencia.>

Andrade O. José Vicente. (2015). *La Eficacia Del Estatuto Del Consumidor En Perspectiva De Derecho Comparado: Colombia Y La Unión Europea*. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2007/1/LA%20EFICACIA%20DEL%20E STATUTO%20DEL%20CONSUMIDOR%20EN%20PERSPECTIVA%20DE%20DERECHO %20COMPARADO%20COLOMBIA%20Y%20LA%20UNI%C3%93N%20E.pdf>

Campuzano R. Juan C., Castro G. Hugo H., Figueroa M. Andrés. (2021). *Libro Blanco Del Comercio Electrónico Colombia Una Guía Adaptada A Las Necesidades De Las Mipymes colombianas*. Recuperado de https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-197363_recurso_1.pdf

Cantillo V. Javier. (2021). *Aplicabilidad y limitaciones del concepto de publicidad consignado en el artículo 847 del código de comercio en las relaciones jurídicas de consumo mediadas por tecnologías en el régimen jurídico colombiano*. Recuperado de <https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/9955/72219893.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Díaz G. Gina Alejandra y Galvis Q. Paula Catalina (2017). *Influencers, Una Estrategia De Comunicación Como Posicionamiento De Marca*. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10152/Díaz2017.pdf?sequence=1>

Espitia Z. Luis Miguel. (2019). *Comercio Electrónico En Colombia: Un Mercado Pionero Amenazado Por Los Gigantes Del E-Commerce*. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/47241/Trabajo%20de%20Grado%20FINAL%20CORREGIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Felipe Arango Franco. (2021). *La normativa y regulación aplicables a la publicidad a través de influenciadores en Colombia*. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/30705/Felipe_ArangoFranco_2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Guzmán D. Alba Patricia. (2018). *El S-commerce: La innovación a través de Medios Sociales*. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/jotmi/v13n1/0718-2724-jotmi-13-01-00056.pdf>

Ramírez María J., Riascos C. Ángel Gabriela. (2020). *Impacto De Los Influencers En La Compra De Los Consumidores Por Medio De Instagram En El Sector Saludable*. Recuperado de https://repository.cesa.edu.co/bitstream/handle/10726/3284/ADM_1020839381_2020_2.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Romo Á. Magaly de Jesús, Ochoa H. Verónica Alexandra. (2020). *Los influencers y su impacto en el comportamiento de compra en los millennials*. Recuperado de https://0201.nccdn.net/4_2/000/000/051/72c/los-influencers-y-su-impacto-en-el-comportamiento-de-compra-en-l.pdf

Sayas Contreras, R, López Márquez, L y Martelo Angulo, V. (2016). *La protección del consumidor en Colombia en la Ley 1480 de 2011 a partir de las directrices de la resolución 39/248 de la ONU*. Editorial Universitaria. Universidad de Cartagena. Recuperado de <https://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/6122/proteccion%20del%20consumidor%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Soto Salazar S. y Gómez Franco M. del Carmen. (2020). en su monografía *La Publicidad Engañosa En Colombia: Mecanismos De Reparación De Los Consumidores Y Responsabilidad De Los Sujetos Involucrados*. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24437/MariaDelCarmen_GomezFranco_Sofia_SotoSalazar_2020.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Suárez C. Santiago. (2021). *El marketing de influenciadores a la luz de las normas de competencia desleal y de protección al consumidor en Colombia*. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/53974/MONOGRAFÍA%20DE%20GRADO%20-20SANTIAGO%20SUÁREZ%20CHAVES%201020811461%20%28con%20nombres%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Padilla Ardila, V. (2020). *Regulación de la publicidad de los influencers en Colombia: ¿legislación o autorregulación?* Universidad de los Andes. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/49421/u837749.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sentencias:

Sección cuarta Consejo de Estado, 2014 consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Expediente Número 250002324000200700081 01. Recuperado de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/tables5/F25000232400020100034801%20RAO.pdf>

Corte Constitucional, 2012, Magistrado Ponente Jorge Ignacio PreteltChaljub, en expediente D-8814. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-570-12.htm>

Referencias

Superintendencia de Industria y Comercio. (30 abril del 2020). *Resolución Número 20006 De 2020 [fotografías]*. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-formula-plego-de-cargos-contra-elizabeth-loaiza-por-posible-publicidad-enga%C3%B1osa>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influencers*. Recuperado de <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2020/Boletín%20Jurídico/GUÍA%20DE%20BUENAS%20PRÁCTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAVÉS%20DE%20INFLUENCIADORES.pdf>

Documentos Legales

Ley 73 de 1981. Por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias. Diciembre 3 1981. DO. N 35904.

Ley 1480 del 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 del 2011. DO. N 48220.

Decreto 3466 de 1982. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 2 1982. DO. N 33559.

Decreto 4886 del 2011. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 del 2011. DO. N. 48294.