

Derecho del consumo

Tomo II

Derecho privado del consumo

JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO
MAURICIO RENGIFO GARDEAZÁBAL
FERNANDO PEÑA BENNETT
(Coordinadores académicos)



Universidad de
los Andes | Facultad
de Derecho

doi del libro: <http://dx.doi.org/10.15425/2023.001>

DERECHO DEL CONSUMO
TOMO II

COLECCIÓN
BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

La Colección Biblioteca Jurídica Uniandina se creó en el 2008. Sus publicaciones se destacan por la variedad temática en las áreas de derecho privado, derecho público, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal y teoría jurídica. Las obras que acoge son escritas, en su mayoría, por profesores de planta y cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Estos títulos se emplean, en gran parte, como textos guía en las diferentes asignaturas que componen el pénsum del programa de Derecho de la Facultad.

COMITÉ EDITORIAL

Alfredo Pablo Rey Vallejo, Carlos Julio Giraldo Bustamante,
Diana Durán Smela, Juan Carlos Varón Palomino,
Mariana Bernal Fandiño, Renata Amaya González,
Sergio Carreño Mendoza, Mauricio Rengifo Gardeazábal y
Marcela Castro Ruiz (directora de la colección).

JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO
MAURICIO RENGIFO GARDEAZÁBAL
FERNANDO PEÑA BENNETT
(coordinadores académicos)

DERECHO DEL CONSUMO
TOMO II
DERECHO PRIVADO DEL CONSUMO

Nombres: Varón Palomino, Juan Carlos, coordinador académico. | Rengifo Gardeazábal, Mauricio, autor, coordinador académico. | Peña Bennett, Fernando, autor, coordinador académico.

Título: Derecho del consumo. Tomo II, Derecho privado del consumo / Juan Carlos Varón Palomino, Mauricio Rengifo Gardeazábal, Fernando Peña Bennett (coordinadores académicos)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | xii, 482 páginas : ilustraciones ; 16 x 23 cm. | Biblioteca Jurídica Uniandina

Identificadores: ISBN 9789587985467 (rústica) | 9789587985474 (e-book) | 9789587985481 (e-pub)

Materias: Protección del consumidor | Legislación

Clasificación: CDD 343.071–dc23

SBUA

Primera edición: septiembre del 2023

- © Juan Carlos Varón Palomino, Mauricio Rengifo Gardeazábal y Fernando Peña Bennett (coordinadores académicos)
© Mariana Bernal Fandiño, Sergio Carreño Mendoza, Alcestes Cervera-Martín, Daniel Coca-Londoño, María Carolina Corcione Morales, Juan Carlos Durán Uribe, Carlos Julio Giraldo Bustamante, María Eugenia Gutiérrez Darwich, Fernando Andrés Pico Zúñiga, Pablo Rey Vallejo, Sergio Rojas-Quihones
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 601-3394949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-546-7
ISBN *e-book*: 978-958-798-547-4
ISBN *e-pub*: 978-958-798-548-1
DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2023.001>

Corrección de estilo: Tatiana Grosch
Diagramación interior: Andrea Rincón
Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

Impresión:
DGP Editores S. A. S.
Calle 63 n.º 70D-34
Teléfono: 601-7217641 / 7217756
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Presentación	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

EL DERECHO PRIVADO DEL CONSUMO

MAURICIO RENGIFO GARDEAZÁBAL

Mercados sin ciudadanos: los confines del liberalismo clásico	5
Derechos de ciudadanía en los mercados: la protección de los consumidores	15
Referencias.....	24

CAPÍTULO II

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO: MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO DE UNA FORMALIDAD

MARIANA BERNAL FANDIÑO

Introducción	27
Noción.....	28
Fundamento jurídico	36
Alcance del deber de información	39
Efectos de la inobservancia del deber de información.....	50
Referencias.....	52

CAPÍTULO III

**EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD Y LA PROTECCIÓN
AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA**

MARÍA CAROLINA CORCIONE MORALES

La amplia definición legal de publicidad	58
Los elementos de la publicidad: el mensaje, el emisor y el receptor ..	61
La responsabilidad administrativa del anunciante por publicidad engañosa	90
Conclusiones.....	98
Referencias	98

CAPÍTULO IV

EL RETRACTO EN EL DERECHO DEL CONSUMO Y SUS VICISITUDES

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

Introducción	105
Derecho de retracto. Justificación y características	107
Qué es el retracto y cuáles son las condiciones exigidas para su aplicación.....	113
Conclusiones.....	125
Referencias.....	126

CAPÍTULO V

LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

SERGIO CARREÑO MENDOZA

Introducción	129
La falta de conformidad en la CISG	130

De la CISG al derecho de consumo. La experiencia comunitaria europea	134
La falta de conformidad en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011)	140
Conclusiones	155
Referencias	156

CAPÍTULO VI

EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

JUAN CARLOS DURÁN URIBE

Introducción	159
Planteamiento general	160
La garantía legal por calidad e idoneidad	165
Algunas garantías de derecho común	177
Síntesis y reflexión final	193
Referencias	195

CAPÍTULO VII

LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES EN COLOMBIA

ALCESTES CERVERA-MARTÍN

Introducción	199
Protección contra cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico colombiano	200
Las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores	208
Regímenes especiales: el sector bancario y financiero	221

A modo de conclusión.....	225
Referencias.....	226

CAPÍTULO VIII

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ DARWICH

Contexto: los contenidos y servicios digitales como prestación en los contratos de consumo de la era digital	230
Qué son los contenidos y servicios digitales.....	232
Conclusiones	259
Referencias.....	260

CAPÍTULO IX, PARTE I

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO COLOMBIANO UN PANORAMA JURÍDICO Y PRÁCTICO

SERGIO ROJAS-QUIÑONES

DANIEL COCA-LONDOÑO

Introducción y delimitación del problema	263
Planteamiento general de la responsabilidad por producto defectuoso. La transgresión de la obligación de seguridad.....	265
Legitimados para reclamar la responsabilidad por productos defectuosos	273
El tipo de responsabilidad. La superación de la dicotomía tradicional	284
Los presupuestos del régimen.....	288

CAPÍTULO IX, PARTE II

**LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS
EN EL DERECHO COLOMBIANO
UN PANORAMA JURÍDICO Y PRÁCTICO**

SERGIO ROJAS-QUIÑONES

DANIEL COCA-LONDOÑO

Los presupuestos del régimen (continuación).....	329
Los remedios.....	351
Procedimiento, prueba y seguros	354
La prueba	357
A modo de conclusión.....	360
Referencias	361
Apéndice	369

CAPÍTULO X

**LA EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS
FERNANDO ANDRÉS PICO ZÚÑIGA**

Introducción	403
Revisión general de las causales de exoneración del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos	406
Unión Europea	406
Colombia.....	428
Referencias.....	448

CAPÍTULO XI

**EL ARBITRAJE EN EL DERECHO DEL CONSUMO:
DEBATES Y PERSPECTIVAS ACTUALES EN
LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

PABLO REY VALLEJO

Modelos públicos <i>versus</i> modelos privados	456
Particularidades del contrato de arbitraje en materia de consumo.....	459
La arbitrabilidad en materia de consumo	465
Algunos aspectos relevantes del malogrado procedimiento arbitral en materia de consumo	467
Conclusiones	471
Referencias.....	472
 Sobre los autores	 475

PRESENTACIÓN

Las transformaciones económicas y culturales del capitalismo han generado nuevos escenarios de desarrollo y conflicto social. Quizás el más evidente, por estar presente en buena parte de los espacios de la vida cotidiana, es el que se deriva del surgimiento de la sociedad de consumo. En este tipo de sociedades, una de las actividades humanas más importantes es la adquisición, uso o disfrute de productos y servicios suministrados en forma masiva por la organización industrial. Los logros de las sociedades de consumo son espectaculares. Nunca antes en la historia de la humanidad había existido tal abundancia de bienes y servicios. Basta con recorrer cualquier supermercado, almacén, tienda por departamentos o centros comerciales para constatar este hecho. Tampoco se había visto antes tal variedad de productos de alto valor agregado: computadores portátiles, televisores y teléfonos inteligentes, electrodomésticos con funciones digitalizadas, inteligencia artificial administrando los hogares, el internet de las cosas.

La otra cara de la moneda son los riesgos y conflictos que acompañan estos logros. La vida cotidiana transcurre cada vez más en actividades de consumo. Salir de compras no es solo una forma de suplir las necesidades de un hogar. Es, más bien, un conjunto de experiencias que se buscan por sí mismas, que empiezan en el centro comercial y continúan en los espacios virtuales del comercio electrónico. El consumidor es el habitante de las sociedades de consumo. Es él quien participa activamente en los mercados, aceptando o rechazando los nuevos productos que de forma acelerada se le presentan día a día. También es quien sufre todos los riesgos e inconvenientes de mercados tan dinámicos y fluctuantes: productos adulterados, inservibles, peligrosos para la salud o el medio ambiente.

El derecho privado tradicional no fue elaborado para proteger adecuadamente a los consumidores. A lo sumo, sus creadores lo instauraron para proteger la actividad empresarial y el libre mercado. El derecho civil moderno presupone que todos los contratos son celebrados por partes

iguales en poder y conocimiento. Las acciones judiciales para invalidar el contrato celebrado solo se conceden en casos especiales, entre los que resaltan los casos de violencia física o intimidación psicológica, engaño doloso o error esencial. Se asume que el obligado es una persona de racionalidad casi perfecta que solo en casos de manifiesta injusticia puede resultar perjudicado con sus decisiones. Sin embargo, lo que sucede en la realidad es muy distinto. El consumidor contemporáneo no siempre tiene la información o la educación suficiente para conocer la calidad de los productos y, mucho menos, para operarlos o usarlos adecuadamente. Por lo general, la publicidad suministra información incompleta y parcializada sobre las características de los productos. La presión psicológica sobre los potenciales clientes los lleva a tomar decisiones equivocadas: compras precipitadas, créditos de difícil pago, riesgos innecesarios. Por si fuera poco, los contratos que celebra el consumidor en no pocos casos contienen cláusulas abusivas que restringen, limitan o suprimen toda posible reclamación. Por otro lado, la competencia obliga a los empresarios a realizar constantes innovaciones. Los productos nuevos no siempre resultan seguros o confiables: alimentos, bebidas o medicamentos no saludables, contaminados, adulterados o deletéreos; productos tecnológicos obsoletos, incompatibles con otros sistemas, licencias de obligatoria renovación; pisos o apartamentos sin servicios básicos esenciales, con acabados de mala calidad, agrietados, inestables, sin equipamientos; equipos electrónicos sin aislamientos ni protección contra las descargas eléctricas; automóviles inseguros a cualquier velocidad, sin respaldo técnico, carentes de repuestos. La lista es interminable. De nuevo, el derecho civil moderno no cuenta con las herramientas necesarias para reparar a las víctimas de daños y perjuicios. La prueba de la culpa es un obstáculo insalvable cuando el producto ha quedado destruido y el acceso a la fábrica es nulo. Lo mismo ocurre cuando se trata de productos tecnológicamente complejos puesto que la falta solo puede ser deducida por expertos. Las reclamaciones se encuentran limitadas a las relaciones contractuales directas.

Es por estas razones que fue necesario crear toda una disciplina jurídica nueva para solucionar estos problemas: el derecho del consumo. Como se anunció en el tomo anterior, el propósito de este trabajo es presentar de manera sistemática las principales doctrinas que se han construido en el país en torno a las instituciones erigidas para proteger los derechos de los consumidores. En particular, el texto trata de una parte

de la disciplina denominada derecho privado del consumo. Esta subdisciplina se ocupa de la regulación de las relaciones jurídicas de consumo de carácter concreto e individual establecidas entre particulares. Los extremos de esta relación jurídica son los productores o expendedores y los consumidores. El derecho privado del consumo regula esta relación partiendo de una realidad innegable: la desigualdad de las partes involucradas en ella. El propósito del derecho privado del consumo es restablecer el equilibrio mediante el reconocimiento de nuevas figuras jurídicas de gran importancia práctica, como la garantía legal, el derecho de retracto (o desistimiento), la prohibición y sanción de cláusulas abusivas y la responsabilidad sin culpa del fabricante, entre otras. El reto de la doctrina civil contemporánea ha sido, en buena medida, armonizar las nuevas instituciones con las del derecho privado tradicional.

Este tomo se encuentra estructurado en once capítulos. En el primero se exploran los fundamentos políticos y económicos del derecho privado del consumo, definiéndose sus conceptos básicos, con especial énfasis en la denominada relación jurídica de consumo. En el segundo se presentan los deberes de información que deben cumplir los expendedores al celebrar contratos con los consumidores. En el tercero se examina el régimen de la publicidad y su conexión con el contenido del contrato y la protección del consumidor. En el cuarto se analiza la figura del retracto o desistimiento del consumidor como derecho que le permite retirarse de aquellos negocios que resulten contrarios a sus intereses. En el quinto se pasa revista a la categoría de la falta de conformidad en los contratos de consumo. En el sexto se explica el sistema de garantías como mecanismo de protección ante la falta de idoneidad de los productos. En el capítulo séptimo se aborda la protección del consumidor contra las cláusulas abusivas. Posteriormente, en el capítulo octavo, se describe el régimen de defensa de los consumidores en los contextos digitales. En el capítulo noveno, dividido en dos partes, se explora la responsabilidad civil por productos defectuosos, con las peculiaridades que la distinguen de otras formas de responsabilidad. En el décimo continúa el examen de la responsabilidad por productos defectuosos, pero la exposición se concentra en las excusas y justificaciones que puede oponer el expendedor frente a las víctimas. En el último capítulo se realiza un valioso recorrido por el arbitraje de consumo, tema de vital importancia para la solución de controversias entre productores y consumidores.

Los coordinadores académicos manifestamos nuestro más sincero agradecimiento a la Decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la cual nos ha brindado su apoyo incondicional para la realización de este proyecto. Igualmente, queremos agradecerle a la profesora Marcela Castro de Cifuentes, directora de la Biblioteca Jurídica Uniandina, por el respaldo brindado para esta publicación. Así como a Magnolia Prada, directora de publicaciones de la Facultad de Derecho, quien nos orientó constantemente en este proceso.

JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO
MAURICIO RENGIFO GARDEAZÁBAL
FERNANDO PEÑA BENNETT
Universidad de los Andes

CAPÍTULO I

EL DERECHO PRIVADO DEL CONSUMO^{*}

MAURICIO RENGIFO GARDEAZÁBAL

El propósito de este escrito es explicar brevemente en qué consiste el derecho privado del consumo, qué funciones cumplen los mecanismos de protección de los consumidores y, muy especialmente, cuáles son las razones que justifican su existencia en el mercado de bienes y servicios. Este libro es un intento sistemático de presentar las principales instituciones que conforman esta nueva rama del derecho privado, dada su enorme importancia para todos los ciudadanos del país y la región. En lo que sigue se presentan las reflexiones y motivaciones que han conducido a la creación del derecho del consumo, así como su posterior desenvolvimiento en el marco de las instituciones jurídicas tradicionales.

MERCADOS SIN CIUDADANOS: LOS CONFINES DEL LIBERALISMO CLÁSICO

Para los defensores del liberalismo, el sistema económico ideal para crear riqueza en el mundo es el capitalismo de libre mercado¹. Los modelos alternativos al libre mercado han demostrado ser poco eficientes en la realización de esta tarea. En los sistemas socialistas de planificación central, por ejemplo, los técnicos encargados de organizar la producción carecen de la información relevante para establecer qué productos requiere la sociedad, en qué cantidades o bajo qué supuestos de calidad.

^{*} Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2023.002>.

¹ Cfr. Ludwig von Mises, *La acción humana: Tratado de economía* (Madrid: Unión Editorial, 2021), 313 y ss.

En ausencia de un sistema de precios, el planificador central no tiene más remedio que informarse de las necesidades sociales a través de la longitud de las filas de abastecimiento, la protesta social o, incluso, investigando lo que sucede en los mercados negros². La planificación central es, además, altamente ineficiente para identificar qué innovaciones tecnológicas serán exitosas en la sociedad, le cuesta trabajo cambiar su proceso de producción ante la aparición de nuevos inventos y es engorrosamente lenta en la reposición del capital obsoleto. Como resultado, las economías que funcionan bajo el sistema de planificación central están condenadas al desabastecimiento, la ineficiencia y la escasa innovación tecnológica.

En los sistemas de libre mercado, las empresas compiten entre sí a través de la innovación tecnológica, la diferenciación marcaria, la información publicitaria, la reducción de los costos de producción y la adaptación constante a las necesidades sociales. La lógica que orienta la constante corrección de los mercados es el libre juego de la oferta y la demanda. Si, por ejemplo, hay escasez de un determinado producto, esto se reflejará en un aumento de precios. Las mayores ganancias obtenidas atraerán nuevos empresarios a este mercado, aumentará la producción del bien escaso hasta que los precios regresen a la situación inicial de equilibrio. La tendencia al alza o a la baja en los precios se detendrá cuando la cantidad de bienes ofrecida en el mercado sea igual a la cantidad demandada. La libre competencia es, además, un sistema de asignación de recursos eficiente, ya que se produce exactamente lo que se necesita en la sociedad, sin que el productor tenga la oportunidad de quedarse con el precio de reserva de los consumidores.

Nada peor para el sistema económico que la intervención estatal en la economía. El ejemplo más claro del fracaso de la intervención del Gobierno se encuentra en los populares sistemas de control de precios³. Cuando las autoridades fijan los precios por decreto se producen severos desajustes entre la oferta y la demanda. En el mercado de bienes finales, fijar el precio de un bien por debajo del precio de mercado aumenta la

² Cfr. Ludwig von Mises, *El socialismo: Análisis económico y sociológico* (Madrid: Unión Editorial, 2021), 135 y ss.; Friedrich von Hayek, *La fatal arrogancia: Los errores del socialismo* (Madrid: Unión Editorial, 2020), caps. iv y v.

³ Cfr. Ludwig von Mises, *Crítica del intervencionismo: El mito de la tercera vía* (Madrid: Unión Editorial, 2001), 277 y ss.

demanda de ese producto (las personas prefieren comprar las cosas más baratas). Por consiguiente, se produce escasez. Esta situación no puede solucionarse porque los fabricantes no quieren poner en el mercado más bienes de este tipo dado que los precios fijos no cubren sus costos. Las familias hacen largas colas para conseguir el producto barato. Para evitar desórdenes, las autoridades que han fijado los precios tienen que racionar la distribución por medio de cartillas en las que se asignan cantidades permitidas de compra. Muy pronto, el mercado deja de cumplir su función esencial de reparto y las familias pasan necesidades. El Gobierno culpa a los empresarios del desabastecimiento, nacionaliza las empresas y sanciona penalmente a los dueños por especulación o acaparamiento. Finalmente, aparecen los mercados negros, que cumplen la función que no pueden cumplir los mercados tradicionales.

Los grandes logros de los sistemas económicos de libre mercado han permitido mejorar la calidad de vida del ciudadano medio de manera asombrosa. Nunca antes había existido tal disponibilidad de productos y servicios a tan bajo costo. El ciudadano promedio de un país desarrollado vive igual o mejor que un rico señor feudal de los tiempos del medioevo. Cuenta con servicios públicos, electrodomésticos, medios de transporte y comunicación, acceso a la información, medios de subsistencia, abrigo y salud, que le permiten gozar de una vida bastante cómoda y tranquila. La sobreabundancia de productos ha creado una sociedad de consumo en la que los individuos y las familias tienen una relativa libertad de elegir entre numerosos productos y servicios que pueden satisfacer sus necesidades, gustos y preferencias.

La protección del consumidor a través de la libertad de elegir

Para que el sistema de libre mercado sea enteramente satisfactorio debería poder resolver por sí solo el problema de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos. Las familias que han adquirido productos de baja calidad no deberían comprarlos más. Esta conducta reiterada de la demanda debería suponer una reducción de los precios de los artículos de baja calidad. Los precios bajos enviarían una señal a los fabricantes, quienes deberán investigar por qué no se venden sus artículos. Si captan el mensaje dejarán de producir los bienes de baja calidad o tendrán que mejorarlos a través de la investigación y el desarrollo. Los empresarios

sabrán también, a través de los precios altos, que hay productos de mejor factura, preferidos por la gente. Intentarán copiarlos de la forma más barata posible. Así, en el largo plazo, las familias podrán acceder a productos de mejor calidad a precios accesibles.

Desde el punto de vista liberal, la protección de los consumidores se obtiene a través del sistema de libre mercado. En este sistema, la calidad, idoneidad y seguridad de los productos los resuelve la libre competencia entre empresarios. El mercado funciona como una especie de sistema electoral en el que los consumidores eligen los productos que consideran más idóneos, dejando de lado los que parecen defectuosos, inútiles o demasiado riesgosos. Los empresarios compiten con calidad y precios por las preferencias de las familias. En un sistema de libre mercado también es crucial la libre circulación de la información. Los compradores deben poder identificar claramente qué producto tienen ante sí, quién es su fabricante, qué características tiene, cómo se usa, qué se puede esperar de él, cuáles son sus riesgos. En el sistema económico capitalista, esta tarea se realiza por medio de las marcas, la publicidad, las entidades privadas de certificación y las calificadoras de riesgos.

Sin lugar a dudas, el libre mercado no funcionaría si no fuera posible transmitir un enorme flujo de información entre los productores y los consumidores. Piénsese lo que sucedería si los compradores no pudiesen identificar el origen o la procedencia de los productos y servicios que han adquirido. No podrían saber cuáles bienes son de calidad y cuáles no. Ante esta incertidumbre tendrían que arriesgarse cada vez que hacen una adquisición. Como no pueden elegir, terminarían llevándose cualquier cosa con independencia de su calidad o seguridad. Los fabricantes perderían así todo incentivo para mejorar la calidad de sus productos porque preferirán reducir costos que aumentarlos, sin recibir mayores beneficios. En los países socialistas en los que se abolieron las marcas se ha comprobado la pérdida de calidad de los productos ante la imposibilidad de diferenciarlos, lo cual contribuye a la relativa uniformidad de la vestimenta, los alimentos o la tecnología.

Además de las marcas comunes, las marcas de certificación cumplen un papel muy importante. Este tipo de signos distintivos, como su nombre lo indica, certifican aspectos relevantes de los productos como la calidad, la seguridad, la forma idónea de elaboración, el buen funcionamiento, el trato justo a los empleados, las buenas prácticas de higiene, el trato digno a los animales, entre muchas otras cosas. También existen las

marcas colectivas, las indicaciones geográficas o las denominaciones de origen, en resumen, mecanismos que sintetizan información valiosa sobre los productos. La libre elección de los consumidores será, entonces, la que determine lo que se distribuye en la sociedad. Los defensores del liberalismo clásico razonan del siguiente modo: si en un país predominan bienes de alta calidad, idoneidad y seguridad o, por el contrario, circulan bienes de mala calidad, inseguros y poco confiables es algo que depende enteramente de lo que estén dispuestos a pagar como consumidores. Si hay automóviles inseguros no es porque los empresarios hayan diseñado un elaborado complot para obtener grandes ganancias, sino, más bien, porque las familias no han querido pagar más por autos seguros.

Los problemas del liberalismo clásico: la teoría de las fallas del mercado

A pesar de su enorme atractivo, la concepción liberal de la economía plantea graves cuestionamientos que es preciso recordar brevemente. En primer lugar, está el problema de los ciclos económicos⁴. La economía capitalista no avanza de manera continua a lo largo del tiempo, sino que presenta picos y valles de crecimiento. Cada cierto tiempo, se producen crisis comerciales de significativa importancia en la que numerosas empresas se ven obligadas a cerrar, al tiempo que el desempleo alcanza niveles significativamente altos. Naturalmente, la población más vulnerable es la que sufre las consecuencias más graves. Además, el descontento extendido suele acarrear episodios de crisis social y violencia generalizada. En contra de lo que creían los economistas clásicos, el sistema económico no alcanza el equilibrio en el largo plazo. Se han formulado numerosas teorías para explicar los ciclos económicos: la especulación financiera, la volatilidad de los precios de los bonos, niveles bajo y prolongado de las tasas de interés, limitaciones en la inversión, inflación de costos, encarecimiento de las materias primas, burbujas inmobiliarias.

⁴ Cfr. Jesús Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos* (Madrid: Unión Editorial, 2020), caps. 5 y 6; Friedrich von Hayek, *Ciclos económicos*, Vol. VII (Madrid: Unión Editorial, 2017), primera parte, cap. I.

La abundancia de explicaciones refleja el desconcierto de los economistas ante este problema. Lo único cierto es que la desregulación de ciertos sectores de la economía, sumada a la corrupción y la crisis en la confianza de los inversores han sido factores determinantes en las crisis más severas como, la crisis del veintinueve o la del 2008.

En segundo lugar, hay que mencionar el problema de la distribución desigual de la riqueza⁵. Ciertamente, el sistema económico liberal logra importantes niveles de crecimiento de la economía, pero los ingresos que obtienen los dueños de las empresas no parecen distribuirse uniformemente entre todos los segmentos de la población. Para el liberalismo clásico la única solución a este problema es reducir costos, hacer empresas más competitivas, con mayor desarrollo tecnológico, trabajar duro para mejorar los ingresos. Si la torta no deja satisfechos a todos los comensales, no hay más remedio que tratar de hacer una más grande. Obviamente, este argumento es erróneo porque nada garantiza que una economía más poderosa reducirá las desigualdades sociales. El liberalismo responde a esta objeción de dos maneras. Por una parte, defendiendo que el aumento de personas con altos ingresos terminará por beneficiar a los que tienen menos, en una especie de goteo de la champaña hacia abajo. Por otra, sosteniendo que no existen procedimientos racionales para redistribuir la riqueza y aumentar el bienestar social: las comparaciones personales de utilidad son imposibles. Para los defensores del liberalismo, la desigualdad en los ingresos sería un fenómeno natural sin consecuencias relevantes para la sociedad. Infortunadamente, los estudios más serios sobre la materia han demostrado que las desigualdades aumentan la conflictividad social. En los países con mayor índice de desigualdad hay tasas de criminalidad altas, elevados niveles de marginación social, mayor incidencia de trastornos mentales, falta de motivación para el estudio entre la población en edad escolar e inestabilidad política.

En tercer lugar, el sistema económico liberal enfrenta el problema de los bienes públicos⁶. Para entender qué son los bienes públicos es

⁵ Cfr. Joseph Stiglitz, *El precio de la desigualdad* (Madrid: Taurus, 2012), caps. 2 y 3; Paul Krugman, *Contra los zombies: Economía, política y la lucha por un futuro mejor* (Madrid: Crítica, 2020), cap. 12.

⁶ Cfr. Elinor Ostrom, *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulation* (Londres: The Institute of Economic Affairs, 2012), 68 y ss.

preciso compararlos con los bienes privados. Los bienes privados son aquellos que solo pueden ser utilizados o consumidos con exclusión de todos los demás. Los alimentos son bienes privados porque no se pueden consumir de forma compartida. Quien come su ración no deja nada a los demás. Los bienes públicos, en cambio, son aquellos que por su naturaleza no pueden suministrarse con exclusión. Considérense, por ejemplo, los servicios de seguridad. Si una agencia de seguridad persigue a los delincuentes en un determinado sector, su trabajo beneficia a todos los habitantes del lugar en que operan, así no hayan pagado por el servicio. La seguridad es un bien público porque su existencia no beneficia a un grupo de individuos determinado, sino a toda la comunidad. No hay forma de que la seguridad beneficie solo a unos cuantos. Considérese otro ejemplo. El servicio de alumbrado de las calles. Este servicio beneficia a toda la comunidad que transite por estos lugares, ya que no hay forma de que se ilumine la vía para unos, mas no para otros. Por consiguiente, el alumbrado es también un bien público. Entre los bienes públicos se cuentan la justicia, la seguridad, la sanidad, la construcción y el mantenimiento de los bienes colectivos (calles, parques, puentes, etc.), las campañas sanitarias o educativas⁷. Ahora bien, el libre mercado no parece ser el mecanismo idóneo para producir bienes públicos. Como no se puede controlar el acceso y el disfrute de este tipo de bienes, las empresas no están dispuestas a producirlos, ya que nada les garantiza que recibirán beneficios por proveerlos. Como nadie quiere hacerlo, la provisión de estos bienes solo puede realizarla el Estado, quien los brindará a cambio de impuestos. Piénsese qué sucedería si en una ciudad se dejara la creación de espacios públicos o equipamientos urbanos a la empresa privada. El resultado sería una ciudad densamente poblada de edificios con mínimos espacios para el disfrute de la vida común.

Por último, tenemos el problema de las fallas de mercado⁸. En el mundo real, los mercados libres no funcionan en las condiciones ideales

⁷ Una campaña de vacunación es un bien público ya que no solo beneficia a quienes han participado en ella, sino al conjunto de la sociedad. Una campaña educativa sobre los efectos del tabaquismo también termina por favorecer a todo el grupo.

⁸ La teoría de las fallas del mercado ha sido elaborada por los economistas nekeynesianos. Al respecto, véanse, Francis M. Bator, "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics* 72, n.º 3 (agosto de 1958): 351-379; Mrinal Datta Chaudhuri, "Market Failure and Government Failure", *The Journal of Economic*

de los modelos clásicos. Existen barreras de entrada para los empresarios que quieren competir con calidad. Las empresas establecidas cambian constantemente el diseño de sus productos para que nadie pueda imitarlos. Los altos costos de la publicidad dificultan la divulgación de productos nuevos. Los hábitos de consumo son difíciles de alterar, no siempre se encuentran personas dispuestas a probar algo nuevo. El acceso a la tecnología puede estar limitado a unas cuantas empresas que guardan celosamente sus secretos o que poseen privilegios de explotación concedidos por las autoridades. La mano de obra requerida para operar un negocio puede no estar disponible por falta de personas calificadas. La estructura del mercado puede estar altamente concentrada, generando monopolios, oligopolios y monopolios competitivos. Esta estructura productiva se caracteriza por el poder de mercado. En lugar de aceptar precios por el libre juego de la oferta y la demanda, los monopolistas tienen poder de mercado. Pueden fijar precios muy por encima de sus costos marginales, lo que les permite recibir ingresos extraordinarios.

Entre las fallas de mercado más importantes destacan las que generan las asimetrías informacionales. Hay numerosos ejemplos⁹. En la compraventa, el vendedor tiene información relevante sobre las condiciones de su producto que el comprador no puede descubrir fácilmente. En las relaciones de agencia, el principal desconoce si su mandatario, gerente o empleado cumplirá sus funciones como debería. Un conocido ejemplo es el mercado de autos usados: como los compradores no saben qué vehículos se encuentran en buenas o en malas condiciones¹⁰ demandan precios bajos. Los dueños de vehículos usados en buenas condiciones no están dispuestos a venderlos a esos precios, así que prefieren conservarlos. Como resultado, el mercado de autos usados termina comercializando principalmente vehículos en mal estado. Cuando las asimetrías de la información son altas se generan problemas de selección adversa que reducen la calidad y la eficiencia.

Perspectives 4, n.º 3 (verano de 1990): 25-39; Paul Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*. *The Review of Economics and Statistics* 36, n.º 4 (1954).

⁹ Cfr. George Akerlof y Robert Schiller, *Animal Spirits: Cómo influye la psicología humana en la economía* (Barcelona: Planeta, 2020).

¹⁰ Cfr. George Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 84, n.º 3 (agosto de 1970): 488-500.

Naturalmente, las empresas tienen importantes desincentivos para participar en este tipo de sectores de la economía. Un buen ejemplo sobre esta materia se da en el mundo de los seguros de vida, de las pensiones y de los riesgos laborales. Entre las compañías de seguros y los clientes hay importantes asimetrías de información. Los clientes tienden a ocultar las circunstancias que pueden agravar su estado del riesgo (aficiones peligrosas, hábitos poco saludables, enfermedades previas). La compañía de seguros no puede determinar con claridad qué personas debe o no asegurar. Las personas que toman el seguro son las que más probabilidades tienen de contratar uno porque saben que están especialmente expuestas a sufrir un siniestro. Al final, las aseguradoras terminan pagando numerosas indemnizaciones porque la mayoría de sus clientes eran los más propensos a sufrir los riesgos. El sector privado no ofrece los seguros laborales que debería, razón por la cual es preciso crear seguros sociales obligatorios.

La existencia de fallas del mercado es la principal razón por la cual las autoridades deben crear instituciones para proteger a los consumidores. La evidencia histórica permite constatar que los sistemas de libre mercado más puros no logran garantizar la calidad, la idoneidad y la seguridad de los productos. En el sector de alimentos y bebidas, estos problemas se plantean de manera frecuente. La descomposición natural que sufren este tipo de productos puede constituir un riesgo para la salud. El uso de aditivos puede hacerlos más duraderos y agradables a los sentidos. Hay todo tipo de aditivos: conservantes, antioxidantes, colorantes, aromatizantes, saborizantes, acidulantes, edulcorantes, emulgentes, espesantes, gelificantes, antiespumantes, humectantes, antiapelmazantes. Sin embargo, los aditivos empleados en cantidades inadecuadas pueden generar efectos colaterales para los consumidores. El uso de sustancias adulterantes es también común. La adulteración consiste en añadir o sustituir los elementos constitutivos de un producto con el propósito de engañar a los compradores. La adulteración de alimentos y bebidas es usual en todos los sectores: bebidas alcohólicas, productos lácteos, aceites, productos cárnicos, jugos, té, café, mantequilla, etc. El mal uso de aditivos o el uso malintencionado de adulterantes puede convertir los productos en sustancias deletéreas. Las intoxicaciones con etanol, por ejemplo, pueden dejar graves secuelas en la salud, causando ceguera, daño hepático o renal, e incluso la muerte.

En el sector de la industria farmacéutica existe el riesgo permanente de que se comercialicen productos perjudiciales para los consumidores. En primer lugar, están los “placebos”, medicamentos que carecen de toda idoneidad para el tratamiento de las enfermedades. Por ejemplo, se ofrece un producto que, según se dice, tiene propiedades adelgazantes, pero que carece de toda efectividad. En segundo lugar, existen los medicamentos “inseguros”, que pueden causar daños de todo tipo a la salud. Es lo que ha ocurrido con los medicamentos que contienen compuestos tóxicos, como sucedió en el célebre caso del elixir de sulfanilamida que, al ser combinado con dietilenglicol, causó la muerte de más de cien personas en Norteamérica. O como aconteció en Europa con la talidomida o el aceite de colza. Finalmente, estarían las “panaceas”, es decir, medicamentos que pueden tener alguna eficacia para una dolencia o padecimiento específico, pero que se anuncia como si tuviese poderes curativos para todas las enfermedades, incluidas las incurables. Tanto en la industria farmacéutica como en la alimentaria pueden presentarse problemas de contaminación de los productos, como consecuencia de accidentes, mal manejo de las normas de higiene, problemas de almacenamiento, enfriado o aislamiento.

Similares consideraciones se encuentran en todos los sectores empresariales: los dispositivos médicos, los suplementos dietarios, los útiles de aseo, los cosméticos, la juguetería, los electrodomésticos, los dispositivos tecnológicos, la industria automotriz, etc. Según la ortodoxia económica, el libre mercado es susceptible de corregir estos errores por sí mismo. Se afirma que los consumidores terminarán escogiendo los productos de buena calidad y dejarán de comprar los que no la tengan. Sin embargo, esta creencia es totalmente falsa. En muchas ocasiones, los fraudes no llegan a salir a la luz y, cuando lo hacen, es ya demasiado tarde para impedirlos. Las intoxicaciones con etanol o las infecciones con cosméticos adulterados se producen en el corto plazo, mientras que los ajustes del mercado ocurren en el largo plazo. No tiene sentido exponer a grupos importantes de la población a este tipo de riesgos, como si se tratara de conejillos de indias. Tampoco es verdad que el libre mercado garantice la calidad desde el punto de vista de la producción. La competencia empresarial puede incentivar tanto la producción de calidad como el fraude. Los gerentes de producción suelen enfrentar el dilema de maximizar beneficios mediante mejoras o deterioros en la calidad de los insumos. La adulteración es atractiva para muchos de ellos.

Las asimetrías de la información no pueden eliminarse a través de los sistemas de marcas, la publicidad o las certificaciones de calidad. Por sí solas, las marcas no ofrecen una información completa sobre la calidad de los productos. La brecha entre la reputación marcaria, los precios y la calidad puede ser abismal. La publicidad suele presentar la información sobre el producto en términos parciales e incompletos. Las marcas de certificación pueden dar alguna información adicional, pero nunca son una verdadera garantía. Así que son necesarias las regulaciones que impidan los abusos: normas técnicas que identifiquen la correcta composición de los productos, registros sanitarios, inspecciones de las plantas de producción, regulaciones sobre etiquetado, información nutricional, composición, materiales empleados en la fabricación, etc.

En síntesis, la creencia de que el libre funcionamiento de los mercados puede generar productos de buena calidad, idóneos y seguros no es correcta. De acuerdo con la concepción social del mercado, el Estado debe regular aquellos aspectos en los cuales este no funciona adecuadamente. Para enfrentar esta problemática ha sido necesario instituir toda una rama del derecho encargada de cumplir con esta función de protección: el derecho del consumo.

DERECHOS DE CIUDADANÍA EN LOS MERCADOS: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Para la economía social de mercado, los consumidores no son simples individuos racionales que toman decisiones para maximizar su utilidad. Los consumidores, considerados individualmente o como grupos, tienen derechos de ciudadanía en el mercado. Estos derechos son reconocidos por el Estado para protegerlos contra los daños que puedan sufrir por su concurrencia en el mercado. Entre los derechos de los consumidores reconocidos nacional e internacionalmente destacan: el derecho a la seguridad, el derecho a la salud, el derecho a la información, el derecho a la libre elección, el derecho a la educación, el derecho de asociación y el derecho a la participación. Este esquema de derechos se encuentra interrelacionado como un sistema destinado a corregir las imperfecciones del mercado.

La correlación de estos derechos es la siguiente. Los consumidores tienen derecho a que los productos que se llevan al mercado sean seguros

y saludables, de manera que no sufran daño alguno por el hecho de usarlos o disfrutarlos. La seguridad también implica que los consumidores tienen derecho a que los productos que adquieran tengan las características que usualmente deberían tener (calidad) y que puedan satisfacer las necesidades por las cuales se compraron (idoneidad). La seguridad y la salud son los pilares de la protección del consumidor. Para que estos derechos se protejan adecuadamente es necesario garantizar el acceso a información veraz y suficiente sobre los bienes que les ofrecen. Además, deben estar libres de toda presión al momento de escoger los diversos productos que les ofrecen. Pero la decisión libre no solo depende de la información que se le transmite. También es fundamental que los consumidores puedan recibir educación sobre los hábitos correctos de consumo. Esta educación les permitirá tomar decisiones reflexivas sobre la conveniencia u oportunidad de realizar ciertas compras o de fomentar el desarrollo de determinados mercados. También es fundamental que los consumidores se organicen para defender sus intereses, ya que el consumidor individualmente considerado poco puede hacer frente a las grandes compañías. Por esta razón, el Estado debe garantizarles la posibilidad de asociarse en organizaciones, cooperativas y ligas, de manera que sus opiniones sean tenidas en cuenta en espacios de participación adecuados.

Los derechos de los consumidores deben materializarse a través de diversas herramientas de regulación. Sin duda alguna, no todas las herramientas son adecuadas para lograr estos objetivos. Los controles de precios, por ejemplo, han probado ser instrumentos inadecuados para la regulación de los mercados en ámbitos tan disímiles como los alimentos de primera necesidad, los medicamentos, los arrendamientos o las tasas de interés. Los controles más efectivos, baratos y, a la vez, menos dañinos del libre mercado son los *controles de productos*, los cuales están relacionados con las características o el desempeño de los bienes que circulan en el mercado. También se denominan controles de calidad, idoneidad y seguridad. Los controles de productos pueden ser de ingreso (controles previos) o de retiro (controles posteriores).

Los *controles de ingreso* definen qué productos pueden circular en el mercado. Por definición, son controles previos (*ex ante*), ya que la concurrencia al mercado está condicionada por algún tipo de autorización o registro. Los controles de ingreso suelen consistir en licencias expedidas con fundamento en diversos criterios, como el cumplimiento

de ciertas reglas técnicas, pruebas de laboratorio, ensayos de funcionamiento, consultas con la ciudadanía, etc. Este tipo de controles tienen una función preventiva, ya que evitan la comercialización de los productos de baja calidad, inútiles e inseguros. Los *controles de retiro* examinan que los productos comercializados en el mercado tengan las características que se esperaban cuando fueron autorizados. Son controles posteriores (*ex post*), ya que suponen una investigación del funcionamiento de los mercados. Normalmente, consisten en penas, multas, decomisos y órdenes de destrucción impuestas a los expendedores que estén incumpliendo las normas.

Para la economía social de mercado también existen los *controles relacionales*. Este tipo de regulación consiste en identificar relaciones jurídicas específicas entre partes desiguales para restablecer el equilibrio. Es de presumir que fabricantes, distribuidores, mayoristas, minoristas y expendedores profesionales son la parte fuerte en la relación jurídica, mientras que los consumidores o usuarios, así como sus familias, son la parte débil, ya que no siempre tienen la información o el conocimiento de lo que están adquiriendo o usando en el mercado. Se trata de relaciones específicas o concretas, ya que se producen por medio de contratos en los que claramente se identifican las partes o entre personas que tienen algún vínculo de causalidad, como sucede en la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos. Para la tradición liberal no deberían existir controles relacionales dado que existe la creencia en el poder informativo del libre mercado. Si el expendedor abusa de su poder en un caso específico, lo más probable es que el consumidor defraudado busque sus productos en otra parte. Sin embargo, este tipo de argumentación no es válida cuando está en juego la salud, seguridad o satisfacción de las necesidades urgentes de los consumidores.

El derecho del consumo se puede definir, entonces, como *el conjunto de principios, instituciones, herramientas y medidas jurídicas establecidas para proteger los derechos de los consumidores*. Tiene como fines garantizar la efectividad de los derechos a la salud, la seguridad y la libertad de los ciudadanos, mejorar el nivel de vida de la población, corregir las fallas de los mercados, procurar el cumplimiento de los principios de la buena fe, la transparencia, la eficiencia y la justicia. El derecho del consumo se divide en dos ramas, el derecho público del consumo y el derecho privado del consumo.

El derecho público del consumo se ocupa de la regulación de los mercados y de la supervisión, vigilancia y control de la actividad empresarial en clave de defensa de los consumidores¹¹. Por lo general, el derecho público del consumo establece requisitos y controles sobre la calidad y seguridad de los productos (y sobre la publicidad efectuada para comercializarlos). En la práctica, el derecho público del consumo se proyecta en una pluralidad de regímenes especiales en los distintos sectores económicos teniendo en cuenta sus peculiaridades, por cuyo cumplimiento velan entidades especializadas. Su finalidad es la protección de los derechos de los consumidores entendidos como derechos colectivos cuya titularidad reside en la comunidad.

La relación jurídica de consumo

El derecho privado del consumo se ocupa de la regulación de las relaciones jurídicas de consumo de carácter concreto e individual establecidas entre particulares. Su finalidad es proteger los derechos individuales de los consumidores con independencia de que puedan haberse vulnerado los derechos de otras personas con intereses económicos similares. Para el derecho privado del consumo es fundamental trazar una clara distinción entre las relaciones jurídicas comunes y las relaciones jurídicas de consumo, ya que estas últimas conceden ciertos derechos y y postestades especiales.

La idea básica es que la relación jurídica de consumo se define con base en los conceptos de consumidor, productor y expendedor. Así pues, resulta esencial determinar cuándo se pueden predicar estas calidades respecto a quienes participan en el tráfico.

Sobre el concepto de consumidor existen diversas posiciones. Según la doctrina de la *finalidad del uso* es consumidor quien hace un uso privado de los productos y servicios. Se entiende como “uso privado” cuando

¹¹ En este sentido, el derecho público del consumo es complementario de la regulación de los mercados y de la supervisión, vigilancia y control que el Estado ejerce sobre la actividad empresarial, para procurar el logro de otros fines superiores, como la libre y leal competencia y el cumplimiento de otros deberes establecidos en el ordenamiento jurídico y exigibles a los actores del mercado según su naturaleza y el sector de la economía en el que operan, entre otros.

se emplea el bien para satisfacer necesidades personales o familiares. El concepto de uso privado debe entenderse en contraste con el de uso comercial, normalmente dirigido a la reventa o distribución. Paralelamente, se ha desarrollado la concepción del *rol profesional*. Desde este punto de vista, es consumidor quien adquiere el producto o servicio por fuera de su actividad empresarial o profesional. En consecuencia, el consumidor actúa como un *amateur*, de manera que no tiene conocimientos profundos de la calidad o seguridad de los productos que necesita. De acuerdo con la doctrina del *rol económico* es consumidor toda persona que actúe como cliente, es decir, toda persona que se beneficie contractual o legalmente de los productos y servicios de una empresa, sea que esta haya sido organizada por una persona natural o jurídica. Cada sistema jurídico suele decantarse por alguna de estas posiciones. También existen intentos de combinar los criterios en mayor o menor medida.

El sistema jurídico colombiano es un buen ejemplo de combinación de todas las doctrinas. Para empezar, la normatividad vigente define “consumidor” o “usuario” como “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”¹². Sin duda, se adopta como criterio básico la doctrina de la finalidad del uso. Es consumidor quien adquiere un bien para satisfacer necesidades personales o familiares. Por ejemplo, el ciudadano que hace sus compras en un supermercado de alimentos y bebidas, dado que usará los bienes para satisfacer sus necesidades. La misma condición la tendrían los compradores de productos manufacturados en grandes almacenes o tiendas especializadas. Por lo tanto, no serían consumidores los intermediarios que conforman un mismo canal de distribución (proveedores de insumos, fabricantes, mayoristas, minoristas), salvo su destinatario final.

No obstante, la definición anterior permite que una empresa ubicada en cualquier punto del canal de distribución sea tratada como consumidor si adquiere productos que no están ligados intrínsecamente a su actividad económica. Esto significa dos cosas. Primero, que el legislador emplea de manera subsidiaria el criterio del rol profesional para admitir

¹² Cfr. art. 5.º, num. 3, de la Ley 1480 del 2011.

un tipo distinto de consumidor. Segundo, que se considera consumidora una empresa que adquiere bienes por fuera de su esfera de actividades. Por ejemplo, un minorista podría adquirir televisores inteligentes para que sus empleados puedan relajarse durante las horas de descanso. Como esta compra nada tiene que ver con la actividad económica de la empresa se la debe tratar como consumidora. Se trata de un criterio subsidiario ya que la doctrina clave es la finalidad del uso, no el rol profesional.

Desde un punto de vista *vertical*, la regla general es que solo será consumidor quien se encuentre como destinatario final del canal de distribución: el consumidor o usuario que ha comprado el producto o servicio. Pero es evidente que el consumidor no es solo el comprador. El producto o servicio beneficia también a la familia del adquirente. Por esa razón, desde el punto de vista *horizontal*, el derecho del consumidor suele ampliar la protección a todos los miembros de la familia del adquirente y, en algunos casos, a las personas encargadas de usarlos. En efecto, es consumidora toda persona que sea destinataria final del producto, sea que lo haya adquirido o que lo disfrute o utilice. Por ende, la esposa del dueño de un teléfono inteligente que ha explotado, causándole graves quemaduras, será considerada consumidora. El chofer del servicio familiar que resulta lesionado a causa de un *airbag* en mal estado también será consumidor. Queda por resolver si los espectadores o transeúntes que se ven perjudicados por un producto pueden ser considerados como consumidores. Con base en estas precisiones, la doctrina distingue entre consumidor jurídico y material. El *consumidor jurídico* es la parte que celebra el contrato por medio del cual accede al producto como destinatario final. El *consumidor material*, en cambio, es aquel que hace uso efectivo del producto o servicio, sea el contratante mismo, su familia o quien se valga del producto como destinatario final.

En el derecho financiero colombiano se define “consumidor” según la doctrina del rol económico. Es consumidor financiero todo cliente, usuario o cliente potencial de una entidad vigilada¹³. La relación financiera de consumo consta de dos extremos: el cliente actual o potencial (o el usuario ocasional de un servicio financiero) y la entidad vigilada. En este caso, el legislador ha preferido valerse del concepto de cliente por su carácter general, de manera que cualquier usuario de las entidades

¹³ Cfr. art. 2.º de la Ley 1328 del 2009.

bancarias, financieras y de los mercados de valores, de seguros y de pensiones está protegido. Nótese que los criterios del rol profesional o de la finalidad del uso no tienen cabida en estos contextos. Si un cliente es profesional o no de las finanzas es irrelevante porque el desequilibrio entre ambos extremos de la relación no es de información sino de poder. Un banco podría darse el lujo de atender mal a un cliente sin ver afectada su reputación. La despersonalización de las relaciones hace que sea irrelevante el carácter profesional o *amateur* del cliente. Tampoco tendría sentido aplicar el criterio de la finalidad de uso ya que los usuarios acuden al sector con intenciones sumamente heterogéneas, que van más allá del atesoramiento de dinero. Los mercados financieros sirven a otros propósitos como el ahorro, el crédito, la inversión, la búsqueda de liquidez o la especulación. La protección busca de manera prioritaria dotar de acciones legales a los clientes frente a eventuales abusos de algunas entidades.

Sobre los conceptos de productor y expendedor ha prevalecido la doctrina del rol profesional. De acuerdo con este punto de vista, es productor toda persona que “de manera habitual”, directa o indirectamente, diseñe, fabrique, ensamble o importe productos¹⁴. Bajo esta definición se presupone que los diseñadores industriales también son productores en la medida en que han participado en el proceso. Por ende, serán responsables por productos defectuosos por problemas de diseño. Es expendedor o proveedor toda persona que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro¹⁵. Nótese que en ambas definiciones se hace referencia a la habitualidad como criterio para definir el carácter profesional de productores y expendedores. También se insiste en que la participación del expendedor puede ser directa o indirecta, con lo cual se alude a la posibilidad de que intervengan dependientes (empleados) o auxiliares del comercio (mandatarios, agentes). El hecho de que la producción o la venta se haya realizado por medio de estas personas no servirá para eludir ninguna de las responsabilidades que pueda acarrear la violación de los derechos de los consumidores.

¹⁴ Cfr. art. 5.º, num. 9, de la Ley 1480 del 2011.

¹⁵ Cfr. art. 5.º, num. 11, de la Ley 1480 del 2011.

Con fundamento en los conceptos anteriores es factible definir la relación jurídica de consumo. Se entiende por relación jurídica de consumo toda relación jurídica establecida entre dos extremos constituidos, por una parte, por un consumidor, y, por otra, por un productor o expendedor. Esta definición merece varios comentarios. En primer lugar, el consumidor puede ser jurídico (el adquirente mismo) o material (los familiares y las personas que usen el producto), persona natural o persona jurídica. En segundo lugar, el productor o expendedor puede actuar de manera directa (cuando produce o distribuye el producto por sí mismo) o indirecta (cuando lo hace por medio de dependientes o auxiliares). Por último, la definición de expendedor abre la posibilidad de que existan vendedores no comerciantes, ya que no se requiere ánimo de lucro. Esta tesis parece contraria al criterio sólidamente establecido de la habitualidad. Es probable que el legislador tuviese en mente a las cooperativas de consumidores o las cajas de compensación familiar, que venden masivamente productos, pero sin ánimo de lucro. Pero, sin duda, la regla general es que los expendedores son comerciantes.

En los países que han unificado el derecho privado, la relación jurídica de consumo tiene naturaleza civil. En los países que no lo han hecho hay diferentes posturas sobre su naturaleza jurídica. Lo más lógico sería tratar la relación jurídica de consumo como un negocio de tipo civil¹⁶. Sin embargo, en Colombia, el acto mixto se rige bajo las normas comerciales¹⁷. Esta regulación es inadecuada porque el consumidor debe quedar sometido siempre a un régimen que tenga en cuenta su participación como *amateur* en el mercado. La relación jurídica de consumo es principalmente contractual. Se califica de esta manera cuando la relación jurídica tiene como hecho generador un contrato celebrado entre un expendedor y un consumidor, con independencia del tipo de negocio celebrado: compraventa, compraventa a plazos, crédito de consumo, compraventa de inmueble nuevo, hospedaje, transporte de pasajeros, paquete turístico, tiempo compartido, servicio de educación en idiomas, etc. De manera paralela, la relación de consumo puede tener como hecho generador la responsabilidad civil por productos defectuosos. En este ámbito, la protección al consumidor es más amplia, ya

¹⁶ Cfr. art. 326, num. 1, del C. de Co. español.

¹⁷ Cfr. art. 22 del C. de Co. colombiano.

que el estatuto del consumidor ha consagrado la solidaridad entre productores y expendedores cuando sus productos causen daños a terceros. El consumidor puede, entonces, elegir a quién demanda para obtener reparación. Si escoge al expendedor, de quien adquirió directamente el producto defectuoso, la responsabilidad será contractual. Si escoge al productor, la responsabilidad será extracontractual. Igualmente puede demandarlos a ambos. Por consiguiente, resulta indiferente si la responsabilidad por productos defectuosos es contractual o extracontractual.

Toda relación de consumo trae consigo dos tipos de consecuencias jurídicas. Respecto del expendedor o productor surgen los deberes especiales de protección del consumidor. Entre tales deberes destacan: el deber de suministrar información veraz y suficiente sobre el producto (etiquetados, instrucciones, explicaciones, publicidad legal), el deber de cumplir con la garantía legal (reparaciones, reposiciones, devoluciones) y el deber de devolución en caso de desistimiento. Respecto del consumidor se conceden las potestades o medidas de protección de sus derechos: el derecho a la información, el derecho a la protección del contenido contractual (control de cláusulas abusivas), el derecho a exigir la garantía legal y el derecho de retracto (o desistimiento del consumidor). Además, el consumidor que ha sido víctima de un daño económico o personal a causa de un producto defectuoso no está obligado a probar la culpa del fabricante. Se ha consagrado un régimen especial en el cual el factor de atribución no sería la falta de diligencia del fabricante, sino el riesgo inminente de causar daños. Liberado de esta carga, la víctima solo tiene que probar, además del daño y el nexo causal, la existencia de un defecto en el producto, sea por fabricación, diseño o información insuficiente. Con esta modificación, el consumidor tiene grandes posibilidades de obtener reparación de los daños.

Por último, es preciso resaltar que el derecho privado del consumo acarrea grandes modificaciones en el derecho contractual. En efecto, el derecho de los contratos elaborado en el siglo XIX estaba fundado en el respeto absoluto de la autonomía privada. La primacía de la autonomía privada se manifestaba claramente en dos principios clásicos. El primero establece que no se comete injusticia contra aquel que ha actuado voluntariamente (*volenti non fit injuria*). Este principio significa que ningún tercero está en la capacidad de juzgar si lo que se ha pactado es justo para las partes, ya que ellas y solo ellas pueden decidir si lo acordado les conviene o no. El segundo principio afirma que el derecho civil

ha sido concebido para las personas diligentes, no para las descuidadas (*ius civile vigilantibus scriptum est*). En materia contractual, esto quiere decir que le corresponde a cada parte cuidar de sus propios intereses, sin tener que preocuparse de los asuntos de los demás. En la práctica, esto supone que cada parte debe correr con el riesgo de haber contratado mal, salvo en aquellos casos en los que la diligencia resulta insuficiente para protegerse de acuerdos injustos. La combinación de ambos principios resulta en la total desprotección de los consumidores. Esto es así porque el derecho contractual clásico presupone que las personas que celebran contratos son individuos plenamente racionales que toman decisiones con base en información plena. El surgimiento del derecho del consumo considera que estos supuestos son falsos y deben abandonarse. En su lugar, se ha consagrado el principio proconsumidor, según el cual, las autoridades deben intervenir en la defensa de los consumidores y sus familias, por medio de la protección contractual. Además, el nuevo principio asume que los expendedores deben cuidar no solo de los propios intereses, sino también de los derechos de sus clientes. En síntesis, el derecho privado ha sido modificado profundamente debido a la aparición del derecho del consumo. Los capítulos siguientes se dedican a la exposición sistemática de este cambio de rumbo.

REFERENCIAS

Bibliografía

- Acedo Penco, Ángel. *Derecho del consumo*. Madrid: Dykinson, 2012.
- Akerlof, George. "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *The Quarterly Journal of Economics* 84, n.º 3 (agosto de 1970): 488-500.
- Akerlof, George y Robert Schiller. *Animal Spirits: Cómo influye la psicología humana en la economía*. Barcelona: Planeta, 2020.
- Archila Peñalosa, Emilio José. *La institucionalidad en el derecho del consumo*. Bogotá: Externado, 2017.
- Bator, Francis M. "The Anatomy of Market Failure". *The Quarterly Journal of Economics* 72, n.º 3 (agosto de 1958): 351-379.
- Baudrillard, Jean. *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*. Barcelona: Siglo XXI, 1970. [Reimpresión 2009].

- Bauman, Zygmunt. *Vida de consumo*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Bell, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Madrid: Alianza, 1973. [Reimpresión 2006].
- Bell, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Madrid: Alianza, 1977. [Reimpresión, 2010].
- Blanco, Francisco. *La economía socialdemócrata: Crisis y globalización*. Madrid: Tecnos, 2014.
- Datta-Chaudhuri, Mrinal. "Market Failure and Government Failure". *The Journal of Economic Perspectives* 4, n.º 3 (verano de 1990): 25-39.
- Díaz Alabart, Silvia. *Manual de derecho de consumo*. Madrid: Reus, 2016.
- Eades, Robert. *Mastering Products Liability*. Durham: Carolina Academic Press, 2008.
- Galbraith, John Kenneth. *La sociedad opulenta*. Barcelona: Ariel, 1992.
- Gronow, Jukka. "Sociological Theories of the Market". En *Deciphering Markets and Money: A Sociological Analysis of Economic Institutions*. Helsinki University Press.
- Hayek, Friedrich von. *Ciclos económicos*. Vol. VII. Parte I. Madrid: Unión Editorial, 2017.
- Hayek, Friedrich von. *La fatal arrogancia: Los errores del socialismo*. Madrid: Unión Editorial, 2020.
- Huerta de Soto, Jesús. *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. Madrid: Unión Editorial, 2020.
- Krugman, Paul. *Contra los zombies: Economía, política y la lucha por un futuro mejor*. Madrid: Crítica, 2020.
- Lasarte, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, 2016.
- Mises, Ludwig von. *Crítica del intervencionismo: El mito de la tercera vía*. Madrid: Unión Editorial, 2001.
- Mises, Ludwig von. *El socialismo: Análisis económico y sociológico*. Madrid: Unión Editorial, 2021.
- Mises, Ludwig von. *La acción humana: Tratado de economía*. Madrid: Unión Editorial, 2021.
- Ostrom, Elinor. *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulation*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2012.
- Reyes López, María José. *Manual de derecho privado de consumo*. La Ley, 2009.

- Ritzer, George. *La McDonalización de la sociedad: Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Samuelson, Paul. "The Pure Theory of Public Expenditure". *The Review of Economics and Statistics* 36, n.º 4 (1954).
- Sassatelli, Roberta. *Consumo, cultura y sociedad*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2012.
- Stiglitz, Joseph. *El precio de la desigualdad*. Madrid: Taurus, 2012.
- Valderrama Rojas, Carmen Ligia. *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Externado, 2013.

CAPÍTULO II

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO: MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO DE UNA FORMALIDAD*

MARIANA BERNAL FANDIÑO¹

INTRODUCCIÓN

Una de las principales preocupaciones del derecho del consumo se centra en la importancia de la información para reequilibrar la balanza entre consumidor y profesional. La asimetría informativa que se presenta en una relación de consumo debe disminuirse brindando información veraz, clara y suficiente al consumidor para que pueda tomar mejores decisiones. En el régimen jurídico colombiano, la Ley 1480 del 2011, el Estatuto del Consumidor, establece no solamente un deber de informar en cabeza del profesional, sino un deber por parte del consumidor de informarse. Se analizará en el presente escrito si se trata propiamente de un deber del consumidor o de una carga.

Aunque el deber de información, derivado del principio de la buena fe, se exige de manera general en todos los contratos en sus diferentes etapas, su alcance es mucho más exigente en las relaciones de consumo². Acerca de las diferencias entre el derecho común, el derecho comercial

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2023.003>.

¹ Este escrito es producto del trabajo del Grupo de Investigación de Derecho Privado Contemporáneo de la Universidad de los Andes. La autora agradece a las estudiantes Valentina Aldana y Daniela Jiménez por el apoyo en la revisión de jurisprudencia para la elaboración de este capítulo.

² Catalina Salgado, “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, en *Perspectivas del Derecho del Consumo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 339. Para esta autora, “el

y el derecho del consumo debemos destacar la opinión de Roppo sobre el paradigma normativo de los contratos asimétricos. Para Roppo, estos contratos pueden generar un debilitamiento de los contratos de consumo como categoría central del derecho contemporáneo, de manera que el foco se concentre en la problemática del desequilibrio en las relaciones jurídicas independientemente de los sujetos³. Esta interesante perspectiva no parece haber sido acogida en Colombia por la legislación, que se ha centrado en regular el deber de información fundamentalmente en las relaciones de consumo.

Así, el derecho del consumo ha acompañado el deber de información con la prohibición de ciertas prácticas comerciales desleales cuyo objetivo central es el de evitar la circulación de información falsa y que conduzca al error. De ahí la importancia de la regulación sobre publicidad engañosa, que, sin ser lo mismo, pues información y publicidad son conceptos diferentes, están estrechamente relacionados.

El deber de información no debe consistir en cumplir con una simple formalidad, no se debe limitar a unos datos en letra pequeña en una tabla. En el presente escrito se pretende, a partir de una revisión de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, analizar la manera en la que, respecto a ciertos productos o servicios, ciertos consumidores requieren una atención especial y advertencias mucho más claras sobre la decisión que van a tomar, dadas sus condiciones particulares. Para realizar este análisis se estudiará la noción del deber de información, su fundamento jurídico y alcance, para finalizar con la determinación de los efectos por la inobservancia de este deber.

NOCIÓN

Según el Estatuto del Consumidor colombiano, el consumidor tiene derecho a recibir “información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos

deber precontractual de informar ‘se concreta’ en cada caso en particular, a partir de un sistema flexible de criterios”.

³ Vincenzo Roppo, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: Perspectivas del Derecho Contractual Europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 177-223 (2011): 222.

que se ofrezcan o se pongan en circulación” y, adicionalmente, tiene derecho a que se le informe sobre “los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”⁴. Esta ley tiene la particularidad de establecer, además del derecho de información del consumidor, la necesidad de este de informarse sobre la calidad de los productos, así como de las instrucciones sobre su uso o consumo⁵.

Para analizar la noción del deber de información se analizará primero si se trata de una obligación, un deber o una carga; luego se revisará el contenido del deber de información; y, finalmente, se diferenciará este concepto de otros relacionados, como lo son el deber de consejo y la publicidad.

Información: ¿obligación, deber o carga?

Para comprender las exigencias de información en el derecho del consumo es importante determinar quién debe informar y si el suministro de esa información se concreta en una obligación, un deber o una carga. Estas nociones, que en ocasiones se utilizan como sinónimas⁶, deben distinguirse por los importantes y diversos efectos que su incumplimiento conlleva⁷. Ahora bien, analizar la diferencia entre obligaciones y deberes jurídicos no resulta sencillo debido a las diferentes posiciones que existen al respecto.

Para Díez-Picazo, el deber jurídico se refiere a la necesidad de comportarse según el ordenamiento jurídico⁸, con el fin de vivir pacíficamente en sociedad siguiendo unos límites determinados por el derecho.

⁴ Ley 1480 del 2011, artículo 3.º.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ricardo Guastini, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducido por Jordi Ferrer (Barcelona: Ed. Gedisa, 1999), 110.

⁷ Acerca de las diferencias entre obligaciones, deberes y cargas veáse Mariana Bernal, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos* (Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2013), 175.

⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II (Madrid: Thomson-Civitas, 2008), 48.

Estos deberes pueden estar asociados a un derecho correlativo o no⁹. Las obligaciones se han definido como un vínculo jurídico o una relación jurídica¹⁰ en virtud del cual un sujeto llamado acreedor puede exigir una prestación de dar, hacer o no hacer a otro sujeto llamado deudor para satisfacer un interés jurídicamente protegido del primero.

Así las cosas, la diferencia entre deber jurídico y obligación ha sido entendida de maneras diferentes. Para algunos, estas nociones se diferencian por el contenido patrimonial presente en las obligaciones mas no así en los deberes jurídicos¹¹. Para otros, mientras aquellas protegen directa e inmediatamente un interés particular, estos protegen primordialmente un interés general, aunque de manera indirecta se protejan intereses particulares¹². También se ha considerado que el deber jurídico es el género y la obligación es la especie¹³, pues toda obligación comprende uno o más deberes jurídicos, pero existen deberes jurídicos que no son obligaciones.

Después de revisar las diversas posiciones al respecto, compartimos la opinión de quienes sostienen que la obligación es una relación jurídica compleja de la cual se derivan tanto deberes jurídicos como cargas que se requieren para satisfacer el interés del acreedor¹⁴.

Finalmente, la diferenciación de la carga con las obligaciones y los deberes jurídicos es más simple. Estos últimos requieren de un comportamiento para satisfacer un interés ajeno por lo que son coercibles, pero la carga, por el contrario, no es coercible, pues busca satisfacer un

⁹ Manuel Albadalejo, *Derecho Civil*, t. I., v. 2 (Barcelona: Bosch, 1980), 52.

¹⁰ Ramón Pizarro y Gustavo Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones*, t. I (Buenos Aires: Hammurabi, 2006), 50-51.

¹¹ Carlos Darío Barrera, *Las obligaciones en el derecho moderno* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995), 23.

¹² Umberto Breccia, Lina Bigliazzi, Ugo Natoli y Francesco Busnelli, *Derecho Civil: Normas, sujetos y relación jurídica*, t. I, v. 1, traducido por Fernando Hinestrosa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995), 438.

¹³ René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2001), 32.

¹⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 48; Pizarro y Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones*, 49.

interés propio¹⁵; el sujeto no está constreñido a observar una conducta, pero de no hacerlo puede verse perjudicado¹⁶. Para ilustrar la situación piénsese en la compraventa de un bien inmueble. El comprador no está obligado a realizar un estudio de títulos, lo haría cumpliendo una carga de diligencia para evitar problemas a futuro, pero nadie lo obliga a hacerlo si no lo desea o no lo estima necesario¹⁷. La carga tiene una naturaleza dual, pues comparte elementos pasivos y activos, ya que debe comportarse de cierta manera, pero su objetivo es obtener una utilidad con ello para sí mismo¹⁸.

Acercas de las diferencias entre los deberes, las obligaciones y las cargas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a estas, a propósito del contrato de seguro, estableciendo la diferencia entre deberes genéricos, deberes concretos, obligaciones y cargas¹⁹. Sobre las cargas, la Corte ha indicado que se trata de un comportamiento que un sujeto debe observar para alcanzar una ventaja o fin jurídico, pero que aquel es libre de enderezar o no esa conducta por tratarse de su propio interés el que está de por medio, de manera que, de no observarse, no habría lugar a ejecución forzosa o a indemnización por incumplimiento²⁰.

Teniendo en cuenta las características de las obligaciones, los deberes y las cargas concluimos que, en el derecho del consumo, el productor o proveedor tiene un deber jurídico de información que puede preceder a una relación contractual de la cual se deriven obligaciones que, a su vez, impliquen, al ser relaciones jurídicas complejas, la observancia de deberes y cargas. A su vez, el consumidor tiene una carga —no un deber ni una obligación— de informarse debidamente acerca del bien o servicio

¹⁵ Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *El contrato de seguro* (Buenos Aires: Ed. La Rocca, 1988), 45. Estos autores explican que por incumplimiento de una carga no hay coerción ni indemnizaciones por incumplimiento.

¹⁶ Doménico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. 1, traducido por Santiago Sentis (Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1967), 163.

¹⁷ Mariana Bernal, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos* (Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2013), 181.

¹⁸ Vincenzo Roppo, “Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas”, traducido por Leysser León, en *Derecho de las relaciones obligatorias* (Lima: Ed. Jurista, 2007), 56.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre del 2004, M.P. Pedro Octavio Munar.

²⁰ *Ibidem*.

que desea adquirir y de ser necesario advertir al productor o proveedor de las condiciones especiales que requiera. En efecto, el consumidor no tiene un deber de informarse o informar en la medida en que ese comportamiento no busca satisfacer un interés ajeno sino propio, no es un comportamiento coercible en caso de incumplirse. Se trata, en cambio, de una carga, pues, si el consumidor no la observa, puede verse perjudicado o sufrir consecuencias desfavorables no imputables al productor o proveedor. Si el consumidor pretende ejercer una facultad, como puede ser reclamar ante el productor porque el bien no servía al propósito particular que aquel requería, debía haber cumplido su carga de informarse sobre su propia necesidad o informarla debidamente. En efecto, el consumidor también debe, cuando sea necesario, aclarar al productor o proveedor acerca de sus expectativas y necesidades. No podría quejarse de la falta de información si no ha informado a la otra parte acerca de un uso inusual o específico para el cual desea el bien o servicio.

Así las cosas, mientras el informar o informarse es una conducta facultativa del consumidor, el proveedor o productor está constreñido a informar según los requerimientos legales que, en materia de consumo, por lo que se ha explicado anteriormente, son más exigentes que en otro tipo de relaciones, como sucedería entre particulares o comerciantes entre sí.

Contenido del deber de información

El deber de información de productores y proveedores implica un derecho correlativo de los consumidores para recibir esa información de manera adecuada para poder adoptar las mejores decisiones según sus intereses²¹. Para saber si la información que se brinda es adecuada es importante tener en cuenta el concepto del consumidor medio, al que se ha referido la Superintendencia de Industria y Comercio como “aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”²². La

²¹ Carlos Rojas Klauer, “El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing”, *THEMIS-Revista de Derecho* 62 (2012): 65.

²² Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 1518 del 11 de febrero del 2019.

doctrina al respecto ha señalado que un consumidor medio condensa los puntos en común de diferentes categorías de consumidores (consumidor experto, consumidor racional, consumidor descuidado), siendo aquel que recibe la información que se percibe fácilmente sin analizar al detalle la información que se presenta en letra pequeña o semioculta, y que no comprende de manera exacta su significado y sentido²³.

Sobre las características de la información, el artículo 23 de la Ley 1480 del 2011 establece, de manera general, que “[l]os proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan” y se exige, además, que la información mínima se encuentre en idioma castellano.

Debe tenerse en cuenta que las características descritas dependen del grado de simplicidad o complejidad de los bienes y servicios que se requieran. A mayor grado de complejidad, la información que se debe entregar al consumidor será más sofisticada, al punto que, en algunos casos, como bienes de tecnología, medicamentos o productos financieros, será necesaria una asesoría para el cliente²⁴.

Adicionalmente, aunque el profesional entregue información exacta y veraz, esta puede no ser clara o completa, por lo tanto, será responsable por generarle confusión al consumidor; es decir, no se trata únicamente de lo que se informa, sino la manera en que se informa. Así, se puede ver vulnerado este deber por acción o por omisión. En ese sentido, la ley determina que los proveedores y productores responderán por daños ocasionados por inadecuada o insuficiente información²⁵.

Para algunos autores, el contenido de la información que el profesional le debe al consumidor puede variar, pues la exigencia de información será menor si entre las mismas partes se han presentado intercambios

²³ Juan Sebastián Perilla Granados, “Construcción antiformalista del consumidor medio”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 54 1-22, (2015): 17.

²⁴ Constanza Blanco Barón, “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, *Opinión Jurídica* 11, n.º 21 (2012): 135-152. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302012000100009&lng=en&tlng=es.

²⁵ Ley 1480 del 2011, artículo 23.

repetidos sobre objetos similares²⁶. La posición anterior puede parecer razonable en teoría, pero no conocemos decisiones jurisprudenciales en ese sentido, especialmente en derecho del consumo.

Según el Estatuto del Consumidor, el deber de información del profesional depende de su calidad de productor o proveedor. Así, según el artículo 24 de esta ley, el productor debe suministrar como mínimo (1) las instrucciones sobre el uso o consumo, conservación e instalación del bien; (2) la cantidad, peso o volumen, según el caso; y (3) la fecha de vencimiento, de ser pertinente.

Sobre los proveedores, el mismo artículo establece que estos deben informar como mínimo el precio y las garantías para el consumidor.

Se observa que la ley exige una información mínima, no se requiere indicar todos los aspectos relacionados con el bien ofrecido, sino una información suficiente. Según el principio de suficiencia se debe analizar en cada caso particular si la información brindada corresponde a “la información ordinaria que el consumidor necesita para conocer las características objetivas de la oferta, del producto o del servicio que se anuncia”²⁷.

Diferencia con el deber de consejo

Es importante diferenciar el deber de información del deber de consejo. Este último va más allá de brindar información, pues busca orientar la decisión del cliente²⁸. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que los deberes secundarios o colaterales de conducta se manifiestan de manera más intensa en las relaciones de consumo, refiriéndose específicamente a la celebración de contratos bancarios que, por su naturaleza, imponen “unos deberes especiales de acompañamiento, consejo e

²⁶ Boris Goffaux, “Le devoir général d’information en droit belge de la consommation”, *Revue D.C.C.R.* (Droit de la consommation), n.º 100-101 253-266 (2013): 256.

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto Rad. 16- 155160-00001-0000 del 27 de junio del 2017. <https://dernegocios.ueexternado.edu.co/comercio-electronico/sic-concepto-16-155160-00001-0000/>.

²⁸ Jeannette Namén, Julio Bonilla, Camilo Pabón e Iván Uribe, “La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo”, *Revist@ e-mercatoria* 8, n.º 1 (2009): 1-29.

información”²⁹. La Corte indica que estos deberes encuentran su fundamento en la Constitución Política en los artículos 78 y 333, que se refieren al deber de protección al consumidor; en la función social de la empresa y en el bien común como límite de la autonomía privada.

En este mismo sentido se ha manifestado la doctrina extranjera al indicar que los consumidores de productos financieros sofisticados requieren de una asesoría, derivada de un deber de consejo del profesional que genere un estándar de responsabilidad del proveedor que tiene mejores herramientas para identificar, entre otros, el riesgo de sobreendeudamiento al que se expone el consumidor³⁰.

Diferencia entre publicidad e información

Para analizar el deber de información es importante diferenciarlo de la publicidad. Si bien información y publicidad son nociones relacionadas y complementarias se distinguen en su contenido y finalidad³¹. Mientras la información que deben suministrar productores y proveedores sobre un producto o servicio, según la ley, debe ser “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”³², la publicidad no tiene estas exigencias pues su finalidad no es la misma. La información tiene como finalidad que el consumidor conozca todos los datos relevantes sobre un bien o servicio como sus usos, componentes, peso,

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676 del 1.º de diciembre del 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁰ Juan Luis Goldenberg, “El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: Desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIX, 55-98 (2017): 94. Este autor explica que el deber de asesoría y consejo, necesario en productos financieros sofisticados, permite una correcta distribución de los riesgos en quienes se encuentran en mejores condiciones para soportarlos.

³¹ Sobre las diferencias entre información y publicidad véase Jorge Jaeckel, “Publicidad engañosa”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 289.

³² Ley 1480 del 2011, artículo 23.

mantenimiento, posibles riesgos³³, etc., en cambio, la publicidad tiene como finalidad atraer al consumidor, despertar su interés, influir en sus decisiones³⁴.

Por lo anterior, la publicidad sobre un producto no tiene que contener información completa y precisa sobre este, puede utilizarse solamente una imagen o incluso imágenes que no tengan relación alguna con el producto, pero que puedan captar la atención de los consumidores. Lo importante, y la ley así lo exige, es que la publicidad no sea engañosa³⁵. En un anuncio publicitario sobre un producto no se exige que se indique la información mínima establecida en los artículos 23 y siguientes, sin embargo, “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante”³⁶, pues se incorporan al contenido contractual de celebrarse un negocio jurídico sobre ese bien o servicio anunciado.

FUNDAMENTO JURÍDICO

El fundamento jurídico del deber de información en las relaciones contractuales, en general, se encuentra en el principio de la buena fe, y en materia de consumo, en particular, en la asimetría existente en las relaciones entre profesionales y consumidores.

Buena fe

El deber de información es un deber colateral de conducta que se deriva del principio general de la buena fe³⁷, que, al tener una acepción objetiva,

³³ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto Rad. 18-142794-3. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/082018/Rad180142794InfAsimetria-caenPublicidad.PDF>.

³⁴ Juan Carlos Villalba, *Introducción al Derecho del Consumo* (Bogotá: Editorial Universidad Nueva Granada, 2012), 146.

³⁵ Ley 1480 del 2011, artículo 30.

³⁶ Ley 1480 del 2011, artículo 29.

³⁷ Arturo Solarte, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, n.º 108 (2004): 307.

su vulneración no requiere de una intención de engañar al consumidor, solo desatender los estándares establecidos por la ley. La diferenciación entre la buena fe objetiva y subjetiva es muy importante para evitar confusiones. Por lo anterior, no compartimos la opinión que considera que “identificar al deber de información en las relaciones de consumo con la buena fe sería privarlo de eficacia, ya que la buena fe se presume; por ende, para configurar una infracción al deber de información, el consumidor tendría que probar la mala fe del productor o comerciante”³⁸. Esta afirmación parte de una concepción subjetiva de la buena fe, que no corresponde al principio general de la buena fe objetiva, de la cual se derivan los deberes colaterales de conducta. La separación entre buena fe subjetiva y objetiva ha sido reconocida por la mayoría de la doctrina. Según esta distinción, la buena fe subjetiva, que se aplica principalmente en el campo de los derechos reales, se refiere a la creencia de un individuo de actuar conforme a derecho³⁹. En cambio, la buena fe objetiva es un principio general del derecho que implica la necesidad de actuar conforme a una regla de conducta, un estándar, cuya concreción no se realiza mediante una valoración subjetiva, sino mediante una apreciación objetiva que obedece a las exigencias generalmente aceptadas por una colectividad⁴⁰.

Se separa, entonces, la noción de buena fe subjetiva, como una convicción psicológica en la que el intérprete debe considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, de la buena fe objetiva como una manifestación de deberes de comportamiento concretos⁴¹, como el deber de información. Entendiendo esta distinción, para obrar de buena fe en

³⁸ Juan Carlos Villalba, “El deber de información en el derecho del consumo”, *Revista Iusta* 97-119 (2012): 104.

³⁹ José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe* (Barcelona: Ed. Bosch, 1965), 38.

⁴⁰ Karl Larenz, “Derecho de obligaciones”, traducido por Jaime Santos Briz, *Revista de Derecho Privado* (1958): 142-143; Juan Carlos Rezzonico, *Principios fundamentales de los contratos* (Buenos Aires: Astrea, 1999), 486.

⁴¹ Martha Lucía Neme, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva: Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009): 58.

los contratos no basta creer que se ha suministrado la información necesaria, sino haberlo hecho en la realidad⁴².

Asimetría de información en la relación de consumo

En materia de consumo, la complejidad de las relaciones y la peligrosidad de nuevos productos en el mercado hacen que los remedios tradicionales del derecho común resulten insuficientes⁴³, por lo que una posición proteccionista y preventiva es necesaria en el derecho de protección a los consumidores.

El derecho del consumo busca proteger al consumidor que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto a la situación de poder del empresario. El productor o proveedor tiene la información y los medios para divulgarla, lo que lo ubica en una posición dominante frente al consumidor, que está sujeto a lo que el profesional le informe para tomar sus decisiones⁴⁴. La ley busca, entonces, romper las barreras informativas que afectan al consumidor como participante del mercado⁴⁵, pues se ha establecido que una de las causas más relevantes de la desigualdad entre profesionales y consumidores es la asimetría informativa entre ellos⁴⁶. Ahora bien, esta protección no tiene como finalidad hacer siempre responsable al profesional, sino responsabilizarlo de aquello que le corresponde de acuerdo con su situación de mejor conocedor del producto o servicio que ofrece⁴⁷.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Salgado, “Consideraciones sobre el deber precontractual de información”, 336.

⁴⁴ Juan Carlos Villalba Cuéllar, “Aspectos introductorios al derecho del consumo”, *Prolegómenos: Derechos y Valores* XII, n.º 24, 77-95 (2009): 83.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 1518 del 11 de febrero del 2019.

⁴⁶ Iñigo de la Maza, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17, n.º 2, 21-52 (2010): 26.

⁴⁷ Teresa Tovar Mena, “Responsabilidad civil y relaciones de consumo: El deber de informar del proveedor y los defectos de información de los productos”, *Ius Et Veritas*, 13, n.º 26, 210-231 (2003): 213.

La doctrina ha explicado que se reconocen dos modelos generados por el derecho para compensar la desigualdad mencionada: el acceso a la información y el control del contenido del contrato⁴⁸. El deber de información, entonces, se convierte en una herramienta fundamental para reequilibrar la balanza entre profesional y consumidor, lo que contribuye a que este tome mejores decisiones. En efecto, este deber tiene como funciones el evitar defraudar al consumidor frente a sus expectativas y permitirle una valoración adecuada del contenido contractual⁴⁹. Se ha considerado que, además de estas funciones tradicionales y que se comparten en las relaciones del derecho común, en materia de consumo se pueden considerar otras funciones propias de este derecho protector. Para Salgado, estas funciones son (1) la de ser un mecanismo para el uso eficiente de los bienes y servicios; (2) la protección a la salud de los consumidores; (3) y proteger sus derechos⁵⁰.

Sin embargo, se ha criticado que el consumidor medio tiene una capacidad limitada para procesar la información, y muchas veces o no entiende el contenido del contrato o no lee su contenido dado que se trata de un contrato de adhesión que no podrá modificar⁵¹.

ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

El alcance del deber de información a los consumidores está determinado por la ley teniendo en cuenta diferentes circunstancias, como, por ejemplo, si se celebra un contrato de adhesión, si se negocia mediante comercio electrónico o si el consumidor es especialmente vulnerable.

⁴⁸ Javier Rodríguez, “La interpretación de los contratos con el consumidor: Elementos para la contextualización de la problemática” (primera parte), *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, 151-188 (2013): 161.

⁴⁹ Salgado, “Consideraciones sobre el deber precontractual de información”, 337.

⁵⁰ *Ibid.*, 339.

⁵¹ Rodríguez, “La interpretación de los contratos con el consumidor”, 161; Goldenberg, “El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito”, 64. La exigencia de un deber de información supone que “el costo requerido para su satisfacción es menor que los beneficios esperados por su generación y transmisión” lo que genera, además, unos estándares de transparencia en el mercado.

Como lo ha afirmado la doctrina, “[l]as cualidades de los sujetos contratantes son determinantes para establecer el alcance del deber de información”⁵². Así, el consumidor es un sujeto de especial consideración por ser, por lo general, la parte débil en la relación de consumo; incluso dentro de los consumidores existen algunos que requieren de mayor protección por ser más vulnerables, como lo son los niños y las niñas, o el consumidor financiero por los riesgos de endeudamiento. Adicionalmente, existe información que, dada su relevancia e impacto para el consumidor, como lo es la información sobre el precio, merece una atención particular.

Deber de información en los contratos de adhesión y en el comercio electrónico

Tanto en los contratos de adhesión como en los contratos celebrados por medios electrónicos puede verse disminuida la voluntad del consumidor, por lo que el Estatuto del Consumidor regula de manera detallada la información que debe brindarse si se utilizan estas formas de contratación.

Según el artículo 37 de la Ley 1480 del 2011, los contratos de adhesión, así como las condiciones negociales generales, deben cumplir los siguientes requisitos so pena de ineficacia:

- Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. [...]
- Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas...

Para ilustrar la interpretación y aplicación que se le ha dado a esta norma es relevante señalar el caso fallado por la Superintendencia de Industria y Comercio entre un consumidor y una promotora inmobiliaria, en el que se decidió que esta sociedad no podía imponer cargas adicionales al consumidor a las contempladas en el acuerdo de

⁵² Carlos Alberto Chinchilla Imbett, “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 327-350 (2011): 327.

pago⁵³. En este proceso, las partes suscribieron un encargo fiduciario de inversión de recursos para la adquisición de un apartamento, y la sociedad, como parte dominante de la relación, exigió el pago de una cuota extra que no quedó establecida de manera clara en el contrato de adhesión.

Sobre el comercio electrónico, la Ley 1480 regula en el capítulo vi la protección al consumidor de comercio electrónico y, particularmente, la información que se debe suministrar si se acude a esta modalidad de contratación. Así, en el artículo 50 de esta ley se exige a proveedores y expendedores informar claramente su identidad, NIT y datos de contacto; se deben indicar las características y propiedades de los productos que ofrecen (a diferencia de lo que ocurre en ventas tradicionales, el consumidor de comercio electrónico no tiene acceso directo al producto, por lo que se requiere una información mucho más específica); el plazo de la oferta y la disponibilidad del producto; los medios de pago; el valor total que deberá pagar el consumidor; el tiempo de entrega del bien y los gastos de envío, entre otros.

El deber de informar a las niñas y a los niños en el derecho del consumo

El artículo 28 de la Ley 1480 del 2011 exigió que se reglamentara la forma de presentarle la información a niños, niñas y adolescentes por cualquier medio cuando son consumidores. Con el Decreto 975 del 2014 se cumple esa obligación impuesta por la ley, pues exige que tanto la información como la publicidad dirigida a este segmento poblacional se presente de manera apropiada para su edad, para evitar que tomen decisiones indebidamente influenciados y asegurar los derechos que les otorga la Constitución.

Es fundamental informar debidamente acerca de los alimentos, juguetes, libros, aplicaciones, entre otros, para niñas y niños. Al respecto se manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio al suspender la producción y comercialización del producto “Dr Look Palito Láser”

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 3426 del 2 de junio del 2020.

que estaba especialmente segmentado en el mercado colombiano para los niños, niñas y adolescentes, pero que, a pesar de ser comestible, no advertía acerca de los peligros de las sustancias químicas de su composición⁵⁴. Al analizar este caso, la Superintendencia explicó que tales peligros no eran previsibles ni mitigables por los menores de edad, a quienes se les dificulta comprender las etiquetas de advertencia y que, en este caso, ni siquiera entendían los síntomas que podrían presentarse si se ingería el tubo fluorescente, como irritación en los ojos, náusea, irritación respiratoria, entre otros. En el caso en cuestión, al ser comestible el producto, era previsible que los menores mordieran el palo del dulce que contenía sustancias que causaban la reacción lumínica, y no se advertía que su ingestión era nociva. Ahora, aunque se hubiera advertido acerca de los resultados nocivos de morder el tubo, entregarle un dulce a un niño y advertirle en la etiqueta que no muerda el palo es irresponsable. Aquí el deber de información no sería suficiente, pues el producto es nocivo con un uso previsible para cualquier persona, aun más tratándose de un menor, a quien va fundamentalmente dirigido el bien.

Adicionalmente, en la actualidad genera cada vez más polémica la obligación de informar acerca de la necesidad de la autorización de los padres o representantes para adquirir productos dirigidos a menores consumidores que puedan ser descargados en plataformas de internet o a través de celulares (artículo 2.2.2.33.7 del Decreto 1074 del 2015). La Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado que la información sobre estos productos debe ser tan completa, comprensible e idónea que les “permita a los padres tener un mejor control sobre los contenidos a los que acceden sus hijos”⁵⁵. Esta entidad ha ordenado en diferentes oportunidades que las editoriales adviertan claramente que ciertos libros que se vendían para menores no eran aptos para estos. Así ordenó a la editorial que publicó un libro/serie de Disney titulado *Gravity Falls Diario 3* que indicara en la portada del libro, así como en los medios físicos o virtuales utilizados para publicitarlo, “que el libro no es apto para niños, niñas y adolescentes”. Este libro aparecía como

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 92719 del 21 de diciembre del 2018.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 83696 del 14 de noviembre del 2018.

apto para niños de más de nueve años, pero en la investigación de la Superintendencia se evidenciaron contenidos sexuales, de violencia e inducción al suicidio, por lo que se prohibió, además, que el libro se exhibiera en los estantes de literatura infantil o juvenil. Anteriormente, la Superintendencia ya había ordenado la misma restricción a esta editorial por un libro titulado *El libro Troll*, que promovía retos sexuales en niños, niñas y jóvenes⁵⁶.

En ese sentido resulta muy relevante la opinión de Adriana López sobre la regulación de la información dirigida al menor consumidor, quien afirma que, a pesar de los avances de las normas actuales al respecto, estas son muy generales y no profundizan en temas específicos⁵⁷.

La información sobre juguetes, aplicaciones, libros y alimentos dirigidos a menores es otro tema preocupante, pues no basta una tabla de datos en letra pequeña en la caja o envoltura para advertir acerca de riesgos que puede sufrir esta población vulnerable.

A pesar de los vacíos mencionados, un gran logro en Colombia para la protección de la salud de los consumidores y especialmente la salud de niños, niñas y adolescentes ha sido la Ley 2120 del 2021, para el etiquetado frontal de productos ultraprocesados, llamada comúnmente la Ley de comida chatarra.

No es una novedad que se deba brindar información sobre los contenidos e ingredientes de los alimentos, pues está establecido en el Estatuto del Consumidor de manera general, y, como lo ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio, los fabricantes e importadores de alimentos tienen la obligación de “informar de manera clara, expresa, completa y suficiente las características y condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de sus productos, con el fin de garantizar los derechos de los consumidores”, esto en adición a la obligación de no poner en riesgo su salud e integridad⁵⁸.

⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 86347 del 4 de noviembre del 2015.

⁵⁷ Adriana Lucía López, “Reflexiones sobre la normatividad que regula la información y la publicidad dirigida al consumidor menor de edad en Colombia y en España, haciendo énfasis en la publicidad para juguetes”, *Revista e-mercatoria* n.º 18-1, 83-133 (2019): 130.

⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto Rad. 1515282109, s. f.

Sin embargo, en algunos casos es necesario ir mucho más allá de una simple tabla nutricional, que generalmente se anuncia con letra muy pequeña y cuyo contenido no es fácil de entender para un consumidor promedio, pues algunos alimentos con altos contenidos de azúcar y grasas son muy perjudiciales para la salud⁵⁹. En respuesta a esta preocupación se sancionó la Ley 2120 del 2021, que adopta medidas para promover un entorno alimentario saludable al garantizar información realmente visible sobre productos ultraprocesados que se distribuyen en el país y así proteger especialmente a niños, niñas y adolescentes⁶⁰.

Como última observación respecto del deber de información de esta población vulnerable, el derecho presenta un rezago en la respuesta a aplicaciones, videojuegos y redes sociales, cuyo contenido altamente adictivo se ha reconocido ampliamente en estudios recientes⁶¹. Preocupa que están a disposición de menores con cada vez más fuerza redes sociales, aplicaciones y videojuegos especialmente diseñados para ser adictivos y con graves efectos para su salud mental. Ahora, dado que muchos de ellos son gratuitos y los jóvenes pueden descargarlos sin siquiera autorización de sus padres, en caso de que existiera una información

⁵⁹ El aumento de la obesidad en niños, niñas y adolescentes es alarmante pues está asociada a graves enfermedades como diabetes, hipertensión, enfermedades cardiovasculares y ciertos tipos de cáncer. “En 1980, el 5 % de los hombres y 8 % de las mujeres se encontraba con obesidad en el mundo; a 2008, 10 % de hombres y 14 % de mujeres padecía esta enfermedad (5): 1000 millones de adultos presentaban sobrepeso y cerca de 300 millones eran obesos”. Claudia Cabezas, Blanca Cecilia Hernández y Melier Vargas, “Azúcares adicionados a los alimentos: Efectos en la salud y regulación mundial. Revisión de la literatura”, *Rev. Fac. Med* 64, n.º 2, 319-329 (2016): 320.

⁶⁰ Un reciente estudio publicado en *Jama Pediatrics* encontró una preocupante relación entre el consumo de alimentos procesados en los primeros años de vida y la obesidad en la juventud.

⁶¹ Katherine Patricia Chalco Huaytalla, Sheila Rodríguez Vega y Jania Jaimes Soncco, “Riesgo de adicción a redes sociales, autoestima y autocontrol en estudiantes de secundaria”, *Revista Científica de Ciencias de la Salud* 9, n.º 1 (2016): 9-15. <https://doi.org/10.17162/rccs.v9i1.542>; Cristina Orgaz, “‘TikTok, fue fabricado para ser adictivo’ (y lo será aún más): El hombre que se adentró en sus entrañas”, *BBC News Mundo*, 1.º de diciembre 2020; José A. García del Castillo, “Adicciones tecnológicas: El auge de las redes sociales”, *Salud y drogas* 13, n.º 1 (2013): 5-13. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83928046001>; José Luis Jasso Medrano, Fuensanta López Rosales y Rolando Díaz Loving, “Conducta adictiva a las redes sociales y su relación con el uso problemático del móvil”, *Acta de Investigación Psicológica* 7, n.º 3 (2017): 2832-2838.

clara antes de adquirir estos productos sobre su carácter altamente adictivo y sus consecuencias, ¿tendría esta información algún efecto en la decisión del menor?

Protección al consumidor financiero

El régimen de protección al consumidor financiero se creó con la Ley 1328 del 2009, que establece la necesidad de informar debidamente al consumidor acerca de diversos aspectos de la relación negocial, información que debe ser apropiada para que este conozca plenamente sus derechos y obligaciones.

Se ha propuesto una escala para determinar los requisitos de información que se exigen dependiendo de si se trata de un consumidor simple, un consumidor financiero o un inversionista consumidor⁶². Así, para el consumidor financiero será necesario que haya personal preparado que pueda explicar al cliente las características de los productos financieros y si los clientes son inversionistas⁶³ se requerirá entregar información material con menciones obligatorias realizadas por especialistas en banca de inversión⁶⁴.

Según la ley, el consumidor financiero está definido como “toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores”⁶⁵. A este consumidor se le debe indicar, además de sus derechos, la necesidad de informarse sobre los productos y servicios que desea adquirir; las condiciones generales del contrato; los costos; restricciones y exclusiones que se aplican; las consecuencias del incumplimiento; las recomendaciones sobre el manejo de sus productos; y las

⁶² Blanco Barón, “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, 135-152.

⁶³ Según el Decreto 1121 del 2008, artículo 1.5.2.4, el cliente inversionista es quien no es inversionista profesional.

⁶⁴ Blanco Barón, “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, 135-152.

⁶⁵ Ley 1328 del 2009, artículo 1.º.

condiciones de seguridad en los canales de distribución de productos y servicios⁶⁶.

Debe resaltarse que, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen dos regímenes diferentes de protección para los consumidores que acceden a créditos de consumo, dependiendo de si el acreedor es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera o no. En efecto, como se señaló anteriormente, en el primer caso se aplica la Ley 1328 del 2009, así como la Ley 1748 del 2014, reglamentada por el Decreto 1854 del 2015. La Ley 1748 introdujo la noción del *valor total unificado* para reforzar el derecho de información del consumidor financiero, al exigir que se dé a conocer al cliente de manera unificada todos los rubros pagados o recibidos por este, y al cliente potencial se le debe informar todo lo que pagaría o recibiría, de manera anticipada a la celebración del contrato⁶⁷. Con esta normativa se simplifica el análisis de la información financiera por parte del consumidor, lo que le permite comparar más fácilmente otras opciones de crédito⁶⁸.

Si se trata de otro tipo de acreedores, diferentes a entidades financieras, el régimen aplicable se encuentra en el capítulo IV de la Ley 1480 del 2011, que regula las operaciones mediante sistemas de financiación. Este capítulo fue reglamentado por el Decreto 1368 del 2014, que se incorporó en el Decreto Único Reglamentario 1074 del 2015 y que fue modificado parcialmente por el Decreto 1702 del 2015^[69], en particular el artículo 2.2.2.35.5, que nos interesa especialmente en este escrito, respecto a la información que debe constar por escrito y ser entregada al consumidor. Las exigencias de esta normatividad son bastante más

⁶⁶ Celina Patricia Anaya, “Protección del consumidor financiero en Colombia en el uso de canales electrónicos bancarios”, *Revista Vniversitas* 69 (2020). [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265021/#ref10](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265021/#ref10); Blanco Barón, “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, 135-152.

⁶⁷ Ley 1748 del 2014, artículo 1°. Este artículo adiciona al artículo 9.° de la Ley 1328 del 2009 el párrafo que contiene el concepto de valor total unificado (VTU).

⁶⁸ Gerson Suárez Ortiz, “Una mirada a la protección del consumidor en las operaciones mediante sistemas de financiación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.° 38, 209-239 (2020).

⁶⁹ Gerson Suárez Ortiz, “Una mirada a la protección del consumidor en las operaciones mediante sistemas de financiación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.° 38 (2020): 209-239.

detalladas que la información que se le brinda a un consumidor simple, debido a los riesgos de endeudamiento y las dificultades para conocer claramente, en estos tipos de financiación, el valor total a pagar, el valor de las cuotas, las tasas de interés, los costos adicionales, entre otros.

Deber de información sobre el precio

Además de la normativa especial que se ha analizado con respecto a consumidores más vulnerables por su condición o por el tipo de operaciones complejas que realizan, la ley también ha regulado detenidamente la cuestión del precio en los contratos por tratarse de un elemento particularmente sensible para el consumidor y la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a la situación de un producto ofrecido que carece de precio.

Error en el precio

Según el artículo 26 de la Ley 1480 del 2011, “El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado”. Al interpretar esta norma, la Superintendencia ha explicado que no procede la nulidad relativa si el profesional incurre en un error de conducta que afecta las expectativas de los consumidores, pues la norma establece que el productor o proveedor debe asumir sus acciones⁷⁰.

Recientemente, la Superintendencia de Industria y Comercio actualizó la Circular Única en cuanto a las instrucciones sobre cómo se debe informar a los consumidores respecto a los precios y la voluntariedad de la propina⁷¹. Se destaca de estas disposiciones la necesidad de informar a los consumidores sobre la voluntariedad de la propina, su destinación y el derecho del consumidor de no pagarla o variar su cuantía. Adicionalmente, se indica que en los establecimientos se deben informar los

⁷⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto Rad. 16-271601 del 21 de diciembre del 2016.

⁷¹ Disposiciones que entran en vigor a partir del 5 de septiembre del 2022, fecha en que fueron publicadas en el *Diario Oficial* 52.148.

precios a los consumidores garantizando su visibilidad y utilizando un medio físico de información.

Ahora bien, retomando el análisis del artículo 26 del Estatuto del Consumidor surge la inquietud de qué sucede si el precio anunciado es irrisorio. La Ley 1480 del 2011 no contempla esta hipótesis expresamente, y la doctrina colombiana se ha dividido al respecto. Una posición se basa en que la Ley 1480 es una norma especial y debe aplicarse sin excepciones, por lo que aun si el precio es irrisorio es el único precio que puede cobrarse al consumidor⁷². Otra posición considera que en este caso se debería aplicar el artículo 920 del Código de Comercio sobre precio irrisorio según el cual “el precio irrisorio se tendrá por no pactado”⁷³.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha optado por distintas respuestas a este problema⁷⁴. En efecto, en concepto del año 2016, esta entidad estableció que “si la oferta pública fija un precio que pueda considerarse irrisorio (situación que determinará el Juez según lo obrante en el plenario), por mandato legal, este se tendrá por no pactado”.

Posteriormente, en sentencia de febrero del 2019^[75], la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que en materia de consumo no se aplica el artículo 920 del Código de Comercio, pues esta disposición carece del fin tuitivo propio del derecho de protección al consumidor. En este caso, un concesionario de automóviles ofertó por error una camioneta por \$9'100.000 pesos cuyo valor comercial correspondía a \$142'400.000 pesos. El consumidor exigía que se mantuviera el precio ofertado a pesar del error del concesionario en aplicación del artículo 26 de la Ley 1480 del 2011.

⁷² Juan Carlos Villalba, “El precio irrisorio y la información pública de precios en el Estatuto del Consumidor” (ponencia, Universidad Sergio Arboleda, 14 de agosto del 2018).

⁷³ Fernando Pico, “El precio irrisorio en la relación de consumo”, *Ámbito Jurídico*, 13 de septiembre del 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/financiero-cambiario-y-seguros/el-precio-irrisorio-en-la-relacion-de>.

⁷⁴ Sobre las posiciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de error en el precio véase Sergio Carreño y Mariana Bernal, “Vicisitudes de los Smart Contracts en el derecho del consumo” (en proceso de publicación).

⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia n.º 1518 del 11 de febrero del 2019.

En este fallo, si bien la Superintendencia no aplicó la norma sobre precio irrisorio del Código de Comercio, la entidad consideró que el consumidor está obligado a actuar de buena fe, por lo que no podía exigir un precio cuyo error era evidente, pero que ese error, aunque protuberante, no desligaba al comerciante de la responsabilidad que tienen productores y proveedores de brindar información exacta a los consumidores. En este fallo se precisó que si el error en el precio es notorio y evidente⁷⁶ para un consumidor medio, no se puede obligar al demandado a mantener el precio anunciado sin perjuicio de que se impartan órdenes para proteger el derecho del consumidor de recibir la información necesaria para tomar sus decisiones. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Superintendencia decidió que el empresario debía honrar las expectativas generadas al consumidor, por lo que ordenó que se hiciera una oferta al consumidor por el precio bruto del mercado certificado por el revisor fiscal de la sociedad. Se evidencia en esta decisión el esfuerzo de la entidad por proteger el derecho del consumidor a ser informado debidamente, pero interponiendo como límite el deber de obrar de buena fe para exigir sus derechos.

Ese mismo año, en otro fallo⁷⁷, la Superintendencia resolvió un conflicto en el que un consumidor demandó a la plataforma Rappi S. A. S. por cancelar un pedido de un televisor alegando error en el precio. La plataforma demandada se defendió indicando que se trataba de un precio irrisorio. En esta decisión, la Superintendencia retomó la posición adoptada en la sentencia anteriormente revisada, al considerar que no se aplicaba la norma del Código de Comercio sobre precio irrisorio. También la sentencia retomó que en caso de que el error en el precio sea notorio evidente y manifiesto no se debe exigir al demandado mantener el precio anunciado, pero que, en el caso en cuestión, la parte demandada no había probado que el error en el que había incurrido cumpliera con esos criterios. Se indicó, adicionalmente, que, para aplicar tal doctrina, quien pretenda alegar error evidente en el precio debe acreditar:

⁷⁶ En esta decisión, la Superintendencia aclara que la simple desproporción en el precio no basta para considerar que el error es notorio, evidente y manifiesto, se deben acreditar otros supuestos que señala el propio fallo. Sobre estos criterios véase Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia n.º 1518 del 11 de febrero del 2019.

⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 16621 del 27 de diciembre del 2019.

[...] que la inexactitud en la información anunciada se debe a un error, de tal forma que se descarte que se trata de una estrategia de mercadeo... -[...] que se trata de un error notorio, evidente y de una magnitud que a los ojos de un consumidor medio resulta manifiesto.

Producto sin precio

Otra cuestión importante de aclarar con respecto al deber de información del precio de los bienes y servicios se refiere a qué sucede si no se anuncia el precio del producto exhibido. La Superintendencia de Industria y Comercio contestó a esta inquietud en un concepto en el que se indicó que el precio es un elemento fundamental en la relación de consumo, de manera que, si no se indica el precio, no está a la venta. Sin embargo, añade la Superintendencia, dado que es deber del comerciante indicar los precios de los bienes que exhibe en su establecimiento de comercio, al omitir ese deber incurre en una falta que puede sancionarse⁷⁸.

EFFECTOS DE LA INOBSERVANCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Como se indicó anteriormente, consideramos que la necesidad del consumidor de informarse no es exigible coercitivamente por no ser un deber, pero, de no observarse, tiene como consecuencia que el consumidor se encuentre en una posición menos ventajosa e incluso no pueda ejercer algunos de sus derechos⁷⁹.

Ahora, si el productor o proveedor incumple el deber de información, no la suministra o la entrega de manera incorrecta, además de las sanciones administrativas a que haya lugar, el consumidor tiene la posibilidad de exigir indemnización de perjuicios. En efecto, el artículo 23 del Estatuto del Consumidor establece que los productores y proveedores

⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto Rad. 17-92500-1, s. f.

⁷⁹ Como lo indica De la Maza, si el productor o proveedor incumple con el deber de información deberá indemnizar los perjuicios que con esto le cause al consumidor, en cambio, si este no se autoinforma, simplemente no podrá exigir indemnización alguna. De la Maza, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores”, 37.

“serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información”.

Además de la reparación por los daños causados, podrían presentarse, de cumplirse los requisitos, supuestos de vicios redhibitorios⁸⁰ o de anulación del contrato por vicios del consentimiento (error y dolo)⁸¹. El omitir deliberadamente una información relevante para la formación de la voluntad contractual de la contraparte constituye dolo por omisión, y de no poderse probar el elemento subjetivo del dolo puede alegarse que se vicia el consentimiento por error⁸².

Desde otra perspectiva, los efectos frente a la inobservancia del deber de información pueden analizarse según los intereses del consumidor, dependiendo de si su interés es no haber contratado o si aún tiene interés en el contrato⁸³. Así, en el primer caso tendría la posibilidad de solicitar la anulación del contrato más indemnización de perjuicios basada en el interés negativo o de confianza, mientras que en el segundo caso podría pedirse una indemnización de perjuicios que le repare al consumidor el interés positivo o de cumplimiento.

⁸⁰ Jorge Oviedo explica las diferencias entre el error como vicio del consentimiento y los vicios redhibitorios según se tenga una concepción funcional o conceptual de estos tipos de vicios. Así, explica este autor que la concepción funcional de vicio redhibitorio “abarca tanto el uso normal como el particular que a la cosa objeto del contrato de venta le pretende dar el comprador, y por tanto constituye vicio el defecto que la haga inapta o inidónea para el uso al cual este la destina, bien sea el normal o el contractual”, mientras que una noción material o conceptual permite diferenciar el error como vicio del consentimiento del redhibitorio, pues este debe contener dos requisitos: debe tratarse de un defecto y debe “comprometer el uso normal al que se destina el bien y no el fin que persigue el comprador”. Jorge Oviedo Albán, “Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano”, *Rev. Derecho Privado*, n.º 30, 129-169 (2016): 131. <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.06>.

⁸¹ Salgado, “Consideraciones sobre el deber precontractual de información”, 306; De la Maza, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores”, 47.

⁸² Xabier Basozabal Arrue, “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil* 62, n.º 2, 647-711 (2009): 658.

⁸³ *Ibid.*, 710.

REFERENCIAS

Bibliografía

- Albadalejo, Manuel. *Derecho Civil*, t. 1, v. 2. Barcelona: Bosch, 1980.
- Anaya, Celina Patricia. “Protección del consumidor financiero en Colombia en el uso de canales electrónicos bancarios”. *Revista Universitas* 69 (2020). [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265021/#ref10](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265021/#ref10).
- Barbero, Doménico. *Sistema del derecho privado*, t. 1, traducido por Santiago Sentis. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1967.
- Barrera, Carlos Darío. *Las obligaciones en el derecho moderno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995.
- Basozabal Arrue, Xabier. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”. *Anuario de Derecho Civil* 62, n.º 2, 647-711 (2009).
- Bernal, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- Blanco Barón, Constanza. “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”. *Opinión Jurídica* 11, n.º 21 (2012). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302012000100009&lng=en&tl=
- Cabezas, Claudia, Blanca Cecilia Hernández y Melier Vargas. “Azúcares adicionados a los alimentos: Efectos en la salud y regulación mundial. Revisión de la literatura”. *Rev. Fac. Med* 64, n.º 2, 319-29 (2016).
- Carreño, Sergio y Mariana Bernal. “Vicisitudes de los Smart Contracts en el derecho del consumo” (en proceso de publicación).
- Challco Huaytalla, Katherine Patricia, Sheila Rodríguez Vega y Jania Jaimes Soncco. “Riesgo de adicción a redes sociales, autoestima y autocontrol en estudiantes de secundaria”. *Revista Científica de Ciencias de la Salud* 9, n.º 1 (2016). <https://doi.org/10.17162/rccs.v9i1.542>.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 327-350 (2011).
- De la Maza, Iñigo. “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17, n.º 2, 21-52 (2010).
- De los Mozos, José Luis. *El principio de la buena fe*. Barcelona: Ed. Bosch, 1965.

- Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- Goffaux, Boris. “Le devoir général d’information en droit belge de la consommation”, *Revue D.C.C.R. (Droit de la consommation)*, n.º 100-101, 253-266 (2013).
- Goldenberg, Juan Luis. “El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: Desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIX, 55-98 (2017).
- Guastini, Ricardo. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducido por Jordi Ferrer. Barcelona: Ed. Gedisa, 1999.
- Jaekel, Jorge. “Publicidad engañosa”. En *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Jasso Medrano, José Luis, Fuensanta López Rosales y Rolando Díaz Loving. “Conducta adictiva a las redes sociales y su relación con el uso problemático del móvil”. *Acta de Investigación Psicológica* 7, n.º 3 (2017).
- Larenz, Karl. “Derecho de Obligaciones”, traducido por Jaime Santos Briz. *Revista de Derecho Privado* (1958): 142-143.
- López, Adriana Lucía. “Reflexiones sobre la normatividad que regula la información y la publicidad dirigida al consumidor menor de edad en Colombia y en España, haciendo énfasis en la publicidad para juguetes”. *Revist@e-mercatoria*, n.º 18-1, 83-133 (2019).
- Namén, Jeannette, Julio Bonilla, Camilo Pabón e Iván Uribe. “La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo”. *Revist@e-mercatoria*, 8, n.º 1, 1-29 (2009).
- Neme, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva: Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009).
- Orgaz, Cristina. “‘TikTok, fue fabricado para ser adictivo’ (y lo será aún más): El hombre que se adentró en sus entrañas”. BBC News Mundo, 1.º de diciembre del 2020.
- Oviedo Albán, Jorge. “Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano”. *Rev. Derecho Privado*, n.º 30, 129-169 (2016). <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.06>.
- Perilla Granados, Juan Sebastián. “Construcción antiformalista del consumidor medio”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 54, 1-22 (2015).

- Pico, Fernando. “El precio irrisorio en la relación de consumo”. *Ámbito Jurídico*, 13 de septiembre del 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/financiero-cambiario-y-seguros/el-precio-irrisorio-en-la-relacion-de>.
- Pizarro, Ramón y Gustavo Vallespinos. *Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones*, t. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- Rezzonico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Rodríguez, Javier. “La interpretación de los contratos con el consumidor: Elementos para la contextualización de la problemática” (primera parte). *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, 151-188 (2013).
- Rojas Klauer, Carlos. “El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing”. *THEMIS-Revista de Derecho* 62 (2012).
- Roppo, Vincenzo. “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: Perspectivas del derecho contractual europeo”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 177-223 (2011).
- Roppo, Vincenzo. “Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas”, traducido por Leysser León. En *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lima: Ed. Jurista, 2007.
- Salgado, Catalina. “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”. En *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Solarte, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. *Vniversitas*, n.º 108 (2004).
- Stiglitz, Rubén y Gabriel Stiglitz. *El contrato de seguro*. Buenos Aires: Ed. La Rocca, 1988.
- Suárez Ortiz, Gerson. “Una mirada a la protección del consumidor en las operaciones mediante sistemas de financiación en Colombia”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 38, 209-239 (2020).
- Tovar Mena, Teresa. “Responsabilidad civil y relaciones de consumo: El deber de informar del proveedor y los defectos de información de los productos”. *Ius Et Veritas* 13, n.º 26, 210-231 (2003).
- Umberto, Breccia, Lina Bigliazzi, Ugo Natoli y Francesco Busnelli. *Derecho Civil, Normas, sujetos y relación jurídica*, t. 1, v. 1, traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Villalba, Juan Carlos. “Aspectos introductorios al derecho del consumo”. *Prolegómenos: Derechos y Valores* xii, n.º 24, 77-95 (2009).

Villalba, Juan Carlos. “El deber de información en el derecho del consumo”. *Revista Iusta*, 97-119 (2012).

Villalba, Juan Carlos. “El precio irrisorio y la información pública de precios en el Estatuto del Consumidor” (ponencia, Universidad Sergio Arboleda, 14 de agosto del 2018).

Jurisprudencia

C. Const. Sent. T-676, dic. 1/2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CSJ. S. de Cas. C. Sent. sep. 30/2004. M.P. Pedro Octavio Munar.

SIC. Sent. 3426 del 2 de junio del 2020.

SIC. Sent. 1518 del 11 de febrero del 2019.

SIC. Sent. 16621 del 27 de diciembre del 2019.

Actos administrativos

SIC. Concepto Rad. 18-142794-3. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/082018/Rad180142794InfAsimetricaenPublicidad.PDF>.

SIC. Concepto Rad. 16- 155160- -00001-0000 del 27 de junio del 2017. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/sic-concepto-16-155160-00001-0000/>.

SIC. Concepto Rad. 16-271601 del 21 de diciembre del 2016.

SIC. Concepto Rad. 17-92500-1, s. f.

SIC. Resolución 83696 del 14 de noviembre del 2018.

SIC. Resolución 86347 del 4 de noviembre del 2015.

SIC. Resolución 92719 del 21 de diciembre del 2018.

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA*

MARÍA CAROLINA CORCIONE MORALES

Comunicarse para ofrecer, persuadir, conmover, sembrar una idea en la mente del otro para que recuerde y prefiera al momento de tomar una decisión es una práctica tan antigua como la misma existencia del ser humano. Los mensajeros y los anuncios escritos de los griegos y romanos¹, los pregoneros medievales, la aparición de la imprenta, la radio y la televisión, la comunicación global e instantánea a través del internet, y el auge actual de las redes sociales han sido los vehículos empleados por los comerciantes para llevar sus mensajes a los consumidores y así lograr influir en sus decisiones de consumo.

Esa forma de comunicación con la finalidad de influir en otro para que adquiera los bienes y servicios que se ponen en el mercado es lo que se conoce como publicidad y en su estructura (emisor del mensaje, mensaje y destinatario del mensaje) reposan interesantes discusiones ligadas a la protección especial para el consumidor en la relación asimétrica que tiene con el empresario que busca persuadirlo.

En este capítulo abordaremos cada uno de los elementos estructurales de la publicidad de acuerdo con lo previsto por la normatividad colombiana, así como la responsabilidad de quienes intervienen en la construcción y emisión del mensaje publicitario. Igualmente, expondremos algunas reglas especiales que han sido adoptadas para determinar formas de publicidad.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2023.004>.

¹ Al respecto resulta muy interesante la aproximación histórica de la publicidad durante el imperio romano presentada por Gerard Jover, “Comercio y Publicidad en la Roma Antigua”. https://issuu.com/gerardjover/docs/comercio_en_roma

LA AMPLIA DEFINICIÓN LEGAL DE PUBLICIDAD

Al acudir al *Diccionario de la Real Academia Española* encontramos que una de las acepciones de la publicidad es “la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”².

En Colombia, con la expedición del Decreto 3466 de 1982, conocido como Estatuto de Protección al Consumidor, se introdujo una definición de publicidad bajo el rótulo de propaganda comercial. Disponía el literal d) del artículo primero de dicha norma que la propaganda comercial es “[T]odo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”.

Salvo la imprecisión conceptual al emplearse el término propaganda, reservado para la divulgación de ideologías³, la definición empleada por el Gobierno nacional en ese momento claramente ataba la finalidad de la publicidad a la adquisición de bienes y servicios en el mercado, dándole un incuestionable carácter comercial.

Con la promulgación de la Ley 1480 del 2011, también conocida como Estatuto del Consumidor, norma que derogó el Decreto 3466 de 1982, se dispone que “la publicidad es toda forma y contenido de comunicación que tiene como finalidad influir en las decisiones de consumo”⁴.

Con la nueva definición legal de la publicidad se abandona acertadamente el empleo del término propaganda, pero se abandona también la identificación clara de la finalidad comercial de la comunicación.

² *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/publicidad>.

³ Cfr. Francesco Screti, “Publicidad y propaganda: Terminología, ideología, ingenuidad”, *Razón y Palabra*, n.º 78 (2011). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199524192047>

⁴ Num. 12 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

Señala oportunamente Jorge Jaeckel:

Ahora bien, frente a la nueva noción contenida en la Ley 1480-11, la misma desborda el alcance normal que se le suele dar a la publicidad, y por su amplitud puede abarcar algunas formas de comunicación que normalmente no son consideradas como publicidad. Por ejemplo, si como lo define la Ley 1480-11, se constituye publicidad “[t]oda forma y contenido de comunicación que tenga finalidad influir en las decisiones de consumo”, habrá que concluir que las instrucciones y descripciones de los productos constituyen publicidad, pues ellas pueden influir en un eventual comprador para que adquiera el producto...⁵.

Continúa explicando el mismo autor:

Ahora bien, ¿qué pasa con un artículo de prensa o una columna de opinión en la que un periodista hace una reseña de un bien, elogia un producto que probó o comenta sobre un restaurante o un lugar que visitó? La columna o el artículo de prensa son comunicaciones que tienen como finalidad influir en las decisiones de consumo, pues no es otra la intención con la que una persona recomienda un producto o informa de su existencia. ¿Debe considerarse que estos artículos o columnas son publicidad y, lo que es más, que frente a la misma es responsable el anunciante? ¿Quién es el anunciante?, ¿es el productor, que en este caso no ha escrito la columna ni el artículo, o es el periodista que no conoce el producto y está amparado por el derecho a la información y a la opinión?⁶.

Si se da una lectura amplia a la definición contenida en la Ley 1480 del 2011 cualquier forma de comunicación que influya en las decisiones de consumo de otro, de naturaleza comercial o no, sería considerada publicidad. Así, serían publicidad las prendas de vestir y los accesorios que decidimos ponernos y que generan elogios entre nuestros conocidos, nuestras opiniones en redes sociales sobre nuestros gustos particulares, nuestras conversaciones con colegas sobre las preferencias que

⁵ Jorge Jaeckel Kovács, “Publicidad engañosa”, en *Perspectivas del derecho del consumo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 274.

⁶ *Ibid.*, 275.

tenemos. Llegaríamos al punto de concluir que nuestro comportamiento diario sería una serie infinita de invitaciones publicitarias a consumir.

Sin embargo, el mismo Estatuto del Consumidor da la clave interpretativa para delimitar el concepto de publicidad. El artículo 2.º de la Ley 1480 indica que las normas contenidas en dicha ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre proveedores y consumidores e igualmente señala que son aplicables a las relaciones de consumo⁷.

Así las cosas, si bien no se tiene definición puntual de relación de consumo en el Estatuto del Consumidor, se entiende que en los extremos de la relación hay un empresario (productor, importador, proveedor) y en el otro hay un consumidor, definido por el legislador como “toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquier que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada a su actividad económica”⁸.

Si la definición de publicidad viene dada por una ley que aplica a las relaciones de consumo y consumidor es el que adquiere, disfruta o utiliza un bien o un servicio provisto por un empresario, las formas de comunicación y los mensajes que motivan la decisión de consumo que se encuentran regulados por el Estatuto del Consumidor son de incuestionable naturaleza comercial o empresarial.

De hecho, la Corte Constitucional al analizar el caso de unos mensajes emitidos por Educar Consumidores, una organización sin ánimo de lucro, señaló:

⁷ Art. 2.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011. Dispone el mencionado artículo: “Artículo 2. OBJETO. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”.

⁸ Num. 3 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

[...] se tiene que los mensajes transmitidos por Educar Consumidores — que es una entidad sin ánimo de lucro y que no promociona ningún producto — se enmarcan en una campaña de salud pública que, más allá de influir en una decisión de consumo, pretendían advertir de los riesgos que en la salud puede tener el consumo excesivo de bebidas azucaradas, lo cual fundamentó dicha asociación en los numerosos estudios que allegó a la SIC, y que nunca fueron estudiados por dicha entidad pública (*supra*, antecedentes n.º 2.6). En otras palabras, el mensaje transmitido por Educar Consumidores se enmarca en la categoría de “información” y no de “publicidad”, lo cual es de especial relevancia dado que, como lo ha mencionado la Corte Constitucional, “*la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión*”⁹. (énfasis añadido)

LOS ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD: EL MENSAJE, EL EMISOR Y EL RECEPTOR

El mensaje publicitario

La identificación de un mensaje como publicidad

El mensaje publicitario contendrá la estrategia del empresario para que el público consumidor lo conozca y lo prefiera. La primera cuestión que debemos abordar es si ese mensaje debe ser claramente identificable como publicidad o si puede camuflarse entre otras formas de comunicación e información que recibe el consumidor. Para la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (FTC, por su sigla en inglés), la publicidad que no es claramente identificable como publicidad se considera engañosa si se hace pasar por mensajes independientes e imparciales o que no provienen de quien realmente es el anunciante¹⁰.

⁹ C. Const., Sent. T-543, ago. 25/2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁰ Federal Trade Commission, “Enforcement Policy Statement on Deceptively Formatted Advertisements”, 2015. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/896923/151222deceptiveenforcement.pdf. Se señala en la declaración: “La Comisión ha sostenido por mucho tiempo que la publicidad y los mensajes promocionales que no se pueden identificar como publicidad por parte de los consumidores son

Por su parte, el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional señala en su artículo 7.º que

[L]a publicidad comercial debe distinguirse claramente como tal, sin importar su forma o medio utilizado. Cuando una publicidad, incluyendo la denominada “publicidad nativa”, aparece en un medio que contiene noticias o material editorial, esta debe ser presentada de forma que sea fácilmente reconocible como una publicidad y cuando sea necesario, etiquetada como tal. El verdadero propósito de la publicidad comercial debe ser transparente y no distorsionar su verdadero propósito comercial. Por tanto, un mensaje que promueve la venta de un producto no debe hacerse pasar, por ejemplo, por estudio de mercado, encuesta de consumidores, contenido generado por el usuario, blogs privados, publicaciones privadas en redes sociales o análisis independientes¹¹.

En la recomendación para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico también señala que uno de los principios para evitar que la publicidad sea engañosa es que debe ser claramente identificable como tal¹².

engañosos si conducen erróneamente a estos a creer que son independientes, imparciales o que no provienen del anunciante. Conocer la fuente de la publicidad o de un mensaje promocional afecta típicamente el peso o la credibilidad que los consumidores le dan a dicho mensaje. Ese conocimiento también ejerce influencia en el grado en el que los consumidores deciden interactuar con el contenido de un mensaje promocional. A lo largo de los años, la Comisión ha tenido como engañoso un rango amplio de formatos de publicidad y otros mensajes comerciales que aparecen como noticias de prensa, artículos, mensajes de correo encubiertos como críticas de libros, infomerciales presentados como programas regulares de televisión o radio, ventas en persona que indujeron en error al consumidor sobre la real naturaleza y finalidad de la reunión, publicidad de alivios para el pago de hipotecas que son presentados como parte de programas de agencias gubernamentales, correos electrónicos que tienen encabezados de bancos o compañías de hipotecas y avales de productos que son ofrecidos como opiniones independientes e imparciales de consumidores o expertos cuando en realidad son pagos”.

¹¹ Cámara de Comercio Internacional, Código de Publicidad y Comunicaciones de Mercadeo, 2018. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>

¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en

En Colombia, si bien la Comisión Colombiana de Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol Colombia) adoptó el código de la Cámara de Comercio Internacional apenas mencionado¹³, la extinta Comisión Nacional para la Autorregulación Publicitaria (Conarp) también mencionaba en el artículo 20 del Código Colombiano de la Autorregulación Publicitaria que “[L]a publicidad será identificable como tal, sea cual sea su forma o el medio utilizado”¹⁴.

De la lectura del Estatuto del Consumidor no se desprende con nitidez la obligación de identificar claramente el mensaje publicitario como tal. Una posible interpretación para que se generara este deber consistiría en que dentro de la obligación de información que tienen los productores y proveedores, a la luz del artículo 23 del Estatuto, se entendiera incluida la obligación de revelar la naturaleza de la comunicación comercial que realizan. Sin embargo, esta postura es demasiado amplia y podría rápidamente suscitar problemas en el mundo jurídico porque el deber de información establece literalmente que productores y proveedores deberán suministrar a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan, debiendo darle al consumidor una descripción objetiva de su naturaleza, su forma de empleo, su precio y la garantía. Con la anterior interpretación, no solo la publicidad quedaría incluida en el deber de información, sino que sería la misma información del producto, desnaturalizándose su finalidad por completo.

En las normas de protección al consumidor vigentes, el estudio se centra, entonces, en el contenido del mensaje y en si este mensaje no

el contexto del comercio electrónico”, 2016. Al respecto, señala: “EQUIDAD EN LAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES, PUBLICITARIAS Y DE MERCADOTECNIA. Las empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores y actuar de acuerdo con prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia. La publicidad y la mercadotecnia deben ser claramente identificables como tales”.

¹³ <https://www.andacol.com/index.php/noticias-anda-col/noticias-anda-col-3/4116-autocontrol-colombia-nueva-comision-para-regular-la-comunicacion-comercial>

¹⁴ Comisión Nacional para la Autorregulación Publicitaria, Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, 2013. https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_799d2f146d164ab79a620ee0e95e3b5b.pdf

corresponde a la realidad o es insuficiente¹⁵, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión al destinatario consumidor.

Así las cosas, consideramos que el reproche no debe darse porque el mensaje esté o no identificado claramente como publicidad, sino por la falta de claridad o veracidad del mensaje que genere confusión en el consumidor acerca de su real naturaleza comercial y lo induzca en error al momento de tomar la decisión de consumo.

Las condiciones objetivas y subjetivas del mensaje publicitario

Al abordar el estudio del mensaje publicitario, el Estatuto del Consumidor señala que las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante¹⁶. ¿Se debe entender, entonces, que el mensaje publicitario está circunscrito a dar al consumidor únicamente datos objetivos de un bien o un servicio? En absoluto.

No hay expresión del pensamiento más creativa que la publicidad. Se invita al lector a pensar en piezas publicitarias que solo tienen una imagen, una melodía o la presentación de frases que nada tienen que ver con la descripción objetiva del producto y aun así el consumidor sabe de qué producto se está hablando y puede verse motivado a adquirirlo. Así que restringir la publicidad únicamente a la presentación de condiciones objetivas sería, además de confundirla con la información del producto, desnaturalizar esa forma de influencia que le está permitida a los empresarios para que los consumidores prefieran sus productos sobre otros existentes en el mercado.

Si el mensaje publicitario no está compuesto únicamente de condiciones objetivas quiere decir que también existen condiciones subjetivas y puede ser que ambas condiciones concurren en una misma pieza publicitaria, pero el mensaje que solo tiene condiciones subjetivas también es perfectamente válido.

¹⁵ Num. 13 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

¹⁶ Art. 29 de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

Juan Carlos Martínez y Juan Francisco Ortega presentan una interesante distinción entre las condiciones objetivas y subjetivas de la publicidad:

En la definición de publicidad comercial se pueden identificar los dos elementos configuradores del anuncio publicitario: (1) elemento objetivo: constituido por el carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto, sus características o aspectos cuantificables; su determinación corresponde a quienes participan en el proceso comunicativo —anunciantes, agencias y medios de publicidad—, debiendo éstos soportar el juicio de licitud respecto de su contenido y alcance; y (2) elemento subjetivo: determinado por el carácter persuasivo del mensaje, lo que hace posible influir en la decisión de su receptor, mediante la transmisión de emociones, sentimientos o situaciones.

Continúan explicando los autores:

El carácter comercial de la publicidad deviene justamente de la presencia del elemento subjetivo, al perseguir un propósito persuasivo. Esta es la razón por la que tanto la jurisprudencia como la doctrina le otorgan el carácter comercial, cuya ausencia se hace patente en otras formas de comunicación de ideas, tales como la propaganda institucional, en la que el emisor es un órgano público en desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público, o por sujetos privados en ejercicio de actividades no comerciales o sin la intención de promoción de productos o servicios, como la propaganda política. [...] Ahora bien: el que en el anuncio publicitario converjan tanto elementos objetivos como elementos subjetivos no conlleva que la publicidad comercial deje de serlo para pasar a ser considerada información. A este escenario es al que se refiere el artículo 29 del Estatuto del Consumidor, al consagrar la vinculación obligatoria e inexcusable del anunciante a la información incorporada en un anuncio publicitario¹⁷.

¹⁷ Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan Francisco Ortega Díaz, “Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?”, en *Derecho del consumo: Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (Bogotá: Temis, Universidad de los Andes, 2018), 30. Al respecto, la Delegatura para la Protección al Consumidor de

El anterior Código Colombiano de la Autorregulación Publicitaria disponía en su artículo 6.º que

Los anuncios pueden contener imágenes, afirmaciones o frases publicitarias objetivas o subjetivas: Las objetivas se relacionarán con cualidades tangibles y valores medibles de un producto o servicio el cual puede ser medido a través de estándares aceptados o exámenes. Como hechos, son susceptibles de ser comprobados y el anunciante debe poseer las pruebas, con anterioridad a la difusión del anuncio. Las pruebas deberán estar suscritas por el Jefe de Laboratorio o técnico responsable de su veracidad y serán presentadas ante la Conarp debidamente refrendadas por el Representante Legal de la empresa que las aporta. Teniendo

la Superintendencia de Industria y Comercio en múltiples decisiones ha precisado la distinción entre las condiciones objetivas y subjetivas de la publicidad en los términos apenas expuestos:

Resolución 1069 del 2020 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada EPK Kids Smart S. A. S.

Resolución 72706 del 2020 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Inversiones INT Colombia S. A. S.

Resolución 1819 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada PPC S. A.

Resolución 65868 del 20 de octubre del 2020 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Gaseosas Posada Tobón S. A.

Resolución 53556 del 2020 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Comercial Allan S. A. S.

Resolución 35626 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Vanti Soluciones S. A. S.

Resolución 15508 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Constructora Colpatria S. A. S.

Resolución 26890 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Industrias Spring S. A. S.

Resolución 45367 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Colgate Palmolive Compañía.

Resolución 38193 del 2021 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Urbanizadora Marín Valencia S. A.

en cuenta la responsabilidad solidaria que desarrolla este estatuto, se recomienda a las agencias de publicidad solicitar a los anunciantes, para la elaboración de los mensajes publicitarios, las pruebas que respalden las afirmaciones objetivas que harán parte del argumento publicitario. Las subjetivas son expresiones de opinión o evaluaciones personales de una cualidad intangible de un producto o servicio. Las opiniones individuales, aseveraciones de orgullo corporativo algunas veces pueden ser consideradas subjetivas y no sujetas a prueba.

Así las cosas, tenemos que las condiciones objetivas de la publicidad son aquellas proclamas o afirmaciones incluidas en el mensaje publicitario que se refieren a características, cualidades o atributos del producto que se anuncia y que cumplen una función informativa o descriptiva tendiente a proporcionar al consumidor elementos que motivarán su decisión de compra.

Frente a estas condiciones objetivas, entendidas como información o eficiencia del producto, se hará el análisis de la veracidad y suficiencia del mensaje publicitario requiriendo del anunciante la capacidad de demostrarlas y soportarlas con la evidencia respectiva.

Es necesario precisar que la demostración o comprobación de las condiciones objetivas deberá hacerse frente a las características del producto mismo, a la eficacia o desempeño de los componentes en el producto o a la eficacia misma de este¹⁸. Por ejemplo, si se afirma en el mensaje

¹⁸ Federal Trade Commission, “Advertisign FAQ’S: A guide for small businesses”, <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/advertising-faqs-guide-small-business>

La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos explica en su guía de preguntas frecuentes en materia de publicidad para pequeños negocios: “Antes de que una compañía emita un mensaje publicitario debe tener una ‘base razonable’ para sus proclamas. Una ‘base razonable’ significa contar con evidencia objetiva que sustente las afirmaciones contenidas en las proclamas. El tipo de evidencia depende de la proclama. Como mínimo, un anunciante debe tener el nivel de evidencia con el que dice contar. Por ejemplo, para la afirmación ‘dos de cada tres doctores recomiendan el analgésico ABC’ se debe contar con una encuesta que soporte esta afirmación. Si el mensaje publicitario no es específico, la FTC tiene en cuenta distintos factores para determinar cuál es el nivel de evidencia necesario, incluyendo lo que los expertos en el área sugieran como necesario para soportar la proclama. En la mayoría de los casos, los mensajes publicitarios que emplean proclamas relacionadas con la salud o la seguridad deben estar soportadas por ‘evidencia científica competente y confiable’ —tests, estudios u otra evidencia científica que

publicitario que una prenda de vestir es francesa, pues el anunciante deberá estar en capacidad de demostrar que la prenda fue confeccionada en Francia. Si se menciona que dicha prenda, además, puede ser lavada 150 veces sin encogerse, el anunciante deberá demostrar que luego de repetir el proceso el número de veces anunciado la prenda conserva su tamaño original.

Por otra parte, las condiciones subjetivas son herramientas persuasivas o creativas que evocan en el consumidor sensaciones, sentimientos y situaciones, y que no pueden ser demostradas objetivamente porque su percepción varía de sujeto a sujeto. Por ejemplo, si un anunciante decide emplear en su mensaje publicitario una proclama que dice que su salsa de tomate es la más sabrosa del mercado, estaremos en presencia de una condición subjetiva porque lo que resulta gustoso para un consumidor puede ser aborrecido por otro. Si un anunciante decide decir que sus bebidas saben a paraíso no habrá forma de demostrar objetivamente ese sabor porque lo que se busca es que el consumidor evoque una sensación o una emoción; en este caso, de calma, de plenitud, de naturaleza, etc.

Así las cosas, quien evalúe un mensaje publicitario dando aplicación a las normas vigentes en materia de protección al consumidor deberá identificar cuál es la idea que se busca transmitir, identificar el contexto en que se transmiten y luego separar las condiciones objetivas de las subjetivas y, respecto de las primeras, exigir la demostración de su veracidad y suficiencia para garantizar que el consumidor no sea inducido en error, engaño o confusión.

La limitación legítima del mensaje publicitario

Es pertinente anotar que, si bien el mensaje publicitario es la manifestación de la creatividad y la persuasión, no por ello existe plena libertad en su configuración por parte del anunciante, escudado en el derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁹. Además de la prohibición de

haya sido evaluada por personal cualificado—. En adición, cualquier test o estudio que se emplee debe emplear métodos que expertos en el campo acepten como precisos”.

¹⁹ Artículo 20 de la Constitución Política de 1991, *Gaceta Constitucional* 116 del 20 de julio de 1991. Dispone el artículo 20 de la Constitución: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir

optar por mensajes que puedan inducir en error, engaño o confusión al consumidor, puede ser limitado atendiendo la naturaleza misma de publicidad como manifestación de la libertad de empresa.

La Corte Constitucional explicó en la Sentencia C-830 del 2010 que

La necesidad de la publicidad para la comercialización de cara al derecho constitucional, conlleva al menos dos consecuencias definidas. En primer término, si el Estado reconoce las libertades económicas como garantías a favor de los ciudadanos, necesarias para la preservación de la economía social de mercado, entonces la publicidad también es objeto de protección, puesto que es parte integrante del esfuerzo productivo y la ulterior concurrencia del agente y sus productos al mercado. En segundo lugar, al inscribir a la publicidad dentro del grupo de actividades comprendidas en el concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, podrá el Estado imponerle limitaciones, restricciones, e incluso prohibiciones a sus distintas manifestaciones, a condición que se cumplan los requisitos identificados por la jurisprudencia constitucional para la validez de los actos de intervención económica, en especial el cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad de la actividad estatal²⁰.

información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social...”.

²⁰ C.Const., Sent C-830, oct 20/2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Frente a la justificación de la intervención en la publicidad continúa explicando la Corte: “Se ha señalado que la publicidad es, ante todo, un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio. Esto implica que el mensaje publicitario, por definición, carezca de condiciones de imparcialidad o plena transparencia en la presentación de los datos sobre las propiedades del producto o servicio, puesto que toda actividad en este sentido estará enfocada en destacar las virtudes del bien ofrecido. Ante esta realidad de la práctica económica y habida consideración de los profundos cambios que involucra el paso de una concepción jurídica liberal del mercado, de reducida intervención estatal, al grado de injerencia propia del modelo de economía social de mercado...”. Más adelante señala: “Esta previsión constitucional vincula la intervención estatal de la publicidad comercial a los derechos del consumidor. Como se expresó anteriormente, una de las funciones de dicha publicidad es transmitir información a los integrantes del mercado sobre las calidades del bien o servicio. En tal sentido, la cantidad y calidad de datos sobre los productos que ofrezcan los comerciantes a través del mensaje publicitario, son elementos críticos para el juicio de adecuación de las opciones de consumo.

Continúa la Corte diciendo:

En este orden de ideas, la publicidad comercial comparte el carácter autorestringido explicado anteriormente para las libertades económicas. Este carácter, a su vez, afecta el grado de intensidad y la metodología del escrutinio judicial de las medidas, en este caso legislativas, que impongan límites a dicha actividad. En términos simples, las herramientas de análisis judicial de las medidas de intervención en la economía, son plenamente aplicables para el caso de previsiones legales que impongan limitaciones, requisitos y prohibiciones a las prácticas propias de la publicidad comercial²¹.

Por otra parte, en la Sentencia C-592 del 2012 la misma corporación indicó que

La regulación de la propaganda comercial hace parte de la “Constitución económica”, entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone, como se ha dicho, un mayor control²².

De los precedentes apenas citados resulta claro que la publicidad, como actividad comercial ligada al derecho constitucional a la libertad

La jurisprudencia ha reconocido que la función estatal en este campo se concentra en garantizar que las decisiones de consumo sean informadas, disminuyendo las asimetrías que impidan el conocimiento previo a la adquisición de productos y servicios seguros y de aceptable calidad...”.

²¹ C. Const., Sent C-830, oct 20/2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² C. Const., Sent C-592, jul 25/2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

de empresa, también implica responsabilidades y encuentra sus límites en el respeto del bien común.

Ahora bien, como herramienta de comunicación persuasiva, la Corte Constitucional también ha indicado que aun cuando converjan en la publicidad los elementos de una manifestación del pensamiento, no por ello esta forma de expresión de naturaleza comercial goza de la misma protección de otras manifestaciones u opiniones.

En la sentencia apenas referida explica la Corte:

Entre la libertad de expresión, considerada como garantía constitucional, y la publicidad comercial existe una diferencia ontológica en virtud de la cual esta última no goza del mismo grado de protección jurídica y respecto de ella el Estado puede ejercer un control más intenso.

4.1. Según el artículo 78 superior, la ley regula la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios; así, la Constitución permite y ordena una regulación en esta materia atendiendo a su naturaleza mercantil y al ánimo de lucro que le es inherente, sin que el constituyente dedique textos similares en cuanto a la difusión de ideas políticas, religiosas o de índole similar. Es decir, desde la Carta Política hay una marcada diferencia entre la libertad de expresión como postulado que identificó al Estado liberal y la difusión de mensajes comerciales o publicitarios, respecto de los cuales el control es ontológicamente diferente y, por ende, más estricto [...].

4.2. La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro.

Para la Sala, la publicidad y la propaganda comercial no gozan del mismo grado de protección constitucional que la libertad de expresión y los contenidos que a ésta le son propios, toda vez que la libertad de expresión cuenta con un lugar prevalente en nuestro sistema democrático, siendo una garantía para la vigencia de una opinión pública libre y adecuadamente informada; la opinión pública libre es presupuesto estructural del Estado de derecho, de la democracia participativa y del

pluralismo; la libertad de expresión en su esencia es mecanismo para controlar el ejercicio del poder y hacer posible la deliberación ciudadana sobre asuntos de interés general.

4.3. De su parte, la publicidad comercial está orientada a estimular ciertas transacciones económicas, sin que esté inescindiblemente vinculada con la transmisión de ideas políticas, ni con el control al ejercicio del poder, como tampoco con la formación de una opinión pública libre consustancial a la democracia. Por esta razón, la ley puede regular y controlar de manera más intensa tanto el contenido como el alcance de los actos relacionados con la divulgación de la propaganda comercial²³.

De la lectura de la sentencia referida se desprenden también los siguientes postulados respecto a la limitación a la publicidad y su diferencia con las manifestaciones protegidas por la libertad de expresión. En palabras de la Corte Constitucional, estos postulados serían²⁴:

-La publicidad comercial es una modalidad de discurso que no es depositario del mismo grado de protección que otras manifestaciones de información o de ideas, estas sí amparadas por los postulados propios de la libertad de expresión. Esto debido a que no tiene por objeto alentar la participación y deliberación democráticas, sino simplemente facilitar las transacciones económicas.

-Así, es válido que el legislador imponga restricciones, incluso intensas, a la publicidad comercial, siempre y cuando no involucren la violación directa de derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente del mercado que hace uso del mensaje publicitario.

-Una regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Carta, si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo.

-Si la ley que regula la publicidad comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones manifiestamente irrazonables o discriminatorias debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información del mercado.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

-Las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente debe desestimularse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, en un caso sin precedentes, ordenó a un operador de telefonía móvil abstenerse, de manera inmediata, de emitir y divulgar campañas publicitarias, a través de cualquier medio de comunicación (impreso, audiovisual, exterior y/o digital), que vulneren derechos fundamentales como la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación en contra de la mujer, y que transmitan mensajes de apología a conductas ilegales, y exhortó a los otros operadores móviles del mercado y a los medios de comunicación a abstenerse de emitir campañas publicitarias de la naturaleza antes descrita, e hizo un análisis acucioso de la jurisprudencia constitucional que hemos previamente mencionado en este artículo para poder ordenar de manera fundada limitaciones al contenido del mensaje publicitario.

Al respecto, señaló la Superintendencia:

Así las cosas, la jurisprudencia revisada y que puede complementarse con otras decisiones adoptadas por la Corte al respecto, permiten concluir en relación con la protección especial consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política y su relación con la información comercial y/o publicidad elaborada por productores y proveedores para ofrecer sus bienes o servicios, lo siguiente:

1. La jurisprudencia coincide en señalar que los derechos protegidos por el artículo 20 constitucional, se enmarcan dentro de lo siguiente:
 - Libertad de expresar y difundir el propio pensamiento.
 - La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole.
 - La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo.
 - La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole.
 - La libertad de fundar medios masivos de comunicación.

- La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento de dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social.
- El derecho a la rectificación en condiciones de equidad.
- La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito.
- La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

Como se observa, ninguno de estos criterios contempla la definición de publicidad dentro de los derechos cubiertos por la libertad de expresión, siendo reiterados conceptos como: “propio pensamiento”, “ideas” y “opiniones”, todos ajenos a la información comercial, que como lo señala la misma Corte, no puede tomarse como imparcial, pues busca llamar la atención de los consumidores en favor de los productos o servicios ofrecidos por el anunciante.

2. La Corte Constitucional hace una diferenciación entre el grado de protección otorgado en la Carta Política a la libre expresión, cuando esta contempla el propio pensamiento, las ideas, opiniones e información veraz e imparcial sobre hechos, y la protección de la libertad de empresa desarrollada a través de la publicidad. Otorgando un margen de control estatal más amplio a esta última, en razón a la importancia constitucional que reviste el derecho colectivo de protección al consumidor.
3. Los fallos revisados, permiten concluir que cuando se trata de derechos económicos como el de libertad de empresa a través de la actividad publicitaria, el juicio de proporcionalidad que debe adelantar el juez, es el denominado débil que implica que “[...] solo debe verificarse que el trato diferenciado bajo análisis resulta adecuado para conseguir una finalidad permitida por la Constitución Política”.

Bajo tales consideraciones, encuentra esta Dirección que las decisiones de la Corte Constitucional en ningún momento equiparan la publicidad con el derecho a la libre expresión, entendido como la difusión del propio pensamiento, ideas, opiniones e información veraz e imparcial sobre hechos. Por el contrario, los mensajes comerciales, son entendidos como el desarrollo de un

derecho económico que “admite un mayor margen de regulación, en virtud de las disposiciones constitucionales que exigen la regulación estatal de la vida económica y los derechos de los consumidores”, por lo que, el ejercicio del derecho a la libre empresa a través de la publicidad, puede ser controlado por las Autoridades Administrativas, siempre que se justifique para alcanzar el fin pretendido²⁵.

Además del análisis de la naturaleza comercial del mensaje, su contenido y libertad de configuración, es importante ahora entender quiénes son los extremos involucrados en la comunicación comercial, esto es, el anunciante y el consumidor receptor del mensaje.

El anunciante emisor del mensaje publicitario

Como lo hemos mencionado previamente, el Estatuto del Consumidor aplica para las relaciones de consumo entre productores y proveedores y el consumidor. Si se revisan las obligaciones relacionadas con la protección del derecho a la información, la calidad, la seguridad, la protección contractual, entre otros derechos, el sujeto obligado es el productor y/o el proveedor. Sin embargo, en materia de protección al consumidor frente a la publicidad engañosa surge un nuevo actor en el capítulo del Estatuto del Consumidor referido a la publicidad: el anunciante. Como este estatuto no trae una definición de anunciante acudimos al *Diccionario de la Real Academia Española*²⁶, que dice que el anunciante es el que anuncia, el que emite el mensaje al público para influir en su decisión de consumo.

A manera de ejemplo se presentan algunas definiciones de anunciante en otras legislaciones. La Ley General de Publicidad de España dispone en su artículo 8.º que “es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”²⁷.

²⁵ Resolución 92696 del 2018 de la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁶ *Diccionario de la Real Academia Español*. <https://dle.rae.es/anunciante>

²⁷ Ley 34 de 1988 modificada por la Ley 29 del 2009, Ley General de Publicidad, España. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>

La Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile explica en su artículo 1.º que el anunciante es “el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición”²⁸.

A nivel doctrinario encontramos otras definiciones. El autor Carlos Lema Devesa explica, en su artículo “El concepto jurídico del anunciante”, que

[E]l anunciante es el operador económico necesario para que exista la publicidad. El mismo se define como la persona en cuyo interés se lleva a cabo la actividad publicitaria. El anunciante se caracteriza por ser el impulsor de la publicidad, controlar la misma y, por consiguiente, ser el responsable de la actividad publicitaria. En todo caso, el concepto de anunciante no debe ser tan amplio como vienen sosteniendo los Tribunales de Justicia, toda vez que se corre el riesgo de condenar por publicidad ilícita a empresas, que no han participado en la creación, ni en la difusión del correspondiente mensaje publicitario. Por tanto, un simple distribuidor de un producto no merece el calificativo de anunciante²⁹.

El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, expedido por la extinta Conarp, señalaba en su artículo 6.º que los anunciantes son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que requieran informar o promocionar la existencia, características, etc., de bienes o servicios.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio señala en la “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores” que

[A]un cuando no se encuentra definido el término de anunciante en el Estatuto del Consumidor, no obstante endilgarle responsabilidad en los

²⁸ Ley 19.496, modificada por el Decreto con fuerza de ley número 3 del 13 de septiembre del 2019, Chile.

²⁹ Carlos Lema Devesa, “El concepto jurídico de anunciante”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317 (2020).

términos del artículo 30 de la Ley 1480 del 2011, el Código de Publicidad y Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional, indica que anunciante es la persona o empresa, incluyendo publicistas, promotores de ventas y vendedores directos, que por cuenta propia, o en cuyo nombre, se hace o divulga publicidad comercial con el propósito de promover sus productos o influir en el comportamiento del consumidor³⁰.

El anunciante, entonces, es el dueño del mensaje y quien controla su divulgación para influir en las decisiones de consumo.

Es el anunciante quien responderá ante las autoridades en caso de que su anuncio, en la valoración que hace la autoridad del mensaje, engañe o induzca en error o confusión al consumidor.

En la actualidad, con el fenómeno de la publicidad a través de influenciadores³¹ resulta determinante identificar en la publicidad quién funge como anunciante y a quién se le puede atribuir responsabilidad en caso de engaño publicitario.

Hemos dicho en líneas anteriores que no es del todo claro que la legislación colombiana exija que una pieza publicitaria se distinga claramente como tal. Situación que sí es exigible en otros países y es considerada una buena práctica empresarial de acuerdo con varios instrumentos internacionales. Igualmente, luego de un análisis concluimos que la publicidad a la que hace referencia el Estatuto del Consumidor es aquella de naturaleza comercial.

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”, 2020. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2020/GU%C3%8DA%20DE%20BUENAS%20PR%C3%81CTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAV%C3%89S%20DE%20INFLUENCIADORES%20005.pdf>

³¹ Dispone la Superintendencia en la “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores” lo siguiente respecto a la definición de estos: “De igual forma, para saber qué se entiende por influenciador, cuya definición tampoco se encuentra en la Ley 1480 del 2011, es pertinente traer a colación la definición del *Diccionario de la Real Academia Española* sobre el término influenciar: ‘2. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Ejercer predominio, o fuerza moral’. Igualmente, resulta pertinente mencionar la definición del término influencia que trae el mismo *Diccionario*, una de sus acepciones es la siguiente: ‘3.f. Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio’”.

Ahora, ¿qué ocurre cuando un influenciador a través de sus redes sociales divulga mensajes comerciales de naturaleza publicitaria sobre bienes y/o servicios en nombre de un anunciante porque entre ellos existe una relación comercial en la que el anunciante, a cambio de la generación o difusión de contenido bajo su control, ofrece algún tipo de pago o compensación al influenciador? ¿Quién es el anunciante? ¿Cuál es el medio de difusión del mensaje? ¿Quién respondería en caso de que se considere que hay publicidad engañosa?

Estas preguntas hacen parte del debate nacional actual frente a las nuevas formas de publicidad en el entorno digital. Si el influenciador divulga un mensaje comercial en nombre de un anunciante y no es claro y fácilmente identificable que ese contenido hace parte de la relación comercial anunciante-influenciador, en caso de que se determine que el mensaje es engañoso podría eventualmente responder el influenciador en calidad de anunciante, a la luz de lo dispuesto por el Estatuto del Consumidor.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio especifica en la “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”:

Ahora bien, una precisión que desde ya se debe hacer es que en la publicidad a través de influenciadores, cuando exista una relación comercial entre el anunciante y el influenciador, pero este vínculo no resulte claro y determinable en el mensaje que se emite, el influenciador podría eventualmente ser considerado anunciante y responder por las transgresiones al régimen de protección al consumidor, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al anunciante³².

Continúa explicando la autoridad en la citada guía:

Igualmente, cuando el influenciador sea quien espontáneamente emite un mensaje publicitario sin que medie una relación o vínculo comercial con algún anunciante, este asumirá dicho rol, pudiéndosele exigir las obligaciones propias del mismo. En los casos en que exista una relación comercial entre el influenciador y el anunciante y ésta sea claramente

³² Superintendencia de Industria y Comercio, “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores”.

determinable en el mensaje publicitario, el influenciador, en su calidad de medio de comunicación, responderá conforme a las obligaciones atribuibles a dicho rol³³.

Por lo anterior, se recomienda como buena práctica, en Colombia y a nivel internacional —no solo para proteger al consumidor permitiéndole conocer la real naturaleza del mensaje, sino para identificar claramente los roles en la estructura de la comunicación comercial—, que el influenciador marque o etiquete sus piezas como publicidad, empleando, por ejemplo, etiquetas como #publicidad, #contenidopatrocinado, #anuncio-patrocinado por (nombre del anunciante), entre otros. De esta manera, quedará claro que el mensaje es publicitario, que existe un anunciante distinto del influenciador y que este último solo está fungiendo como un medio para la transmisión de un mensaje a su audiencia.

El consumidor, receptor del mensaje publicitario

La publicidad, como lo hemos reiterado, busca influir en las decisiones de las personas naturales y las personas jurídicas para que adquieran o utilicen un determinado producto como destinatarios finales, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. La publicidad busca persuadir las decisiones de los consumidores, por lo que serán estos los destinatarios de los mensajes emitidos por los anunciantes.

Hemos mencionado en repetidas ocasiones que el consumidor cuenta con una especial protección en sus relaciones con los empresarios porque se considera que la asimetría o el desequilibrio en esa relación, dada por las características propias del empresario, pone al consumidor en una situación de desventaja que amerita una intervención estatal para la salvaguarda de sus derechos.

³³ *Ibidem*. Cfr. Isabel Rincón Logreira, “El régimen de responsabilidad de los influenciadores en la Ley 1480 del 2011” (tesis de grado, Universidad de los Andes, 2019); Cristina Rodríguez Corzo, “¿Engaño al consumidor?: Nuevas formas de publicidad en la era digital y sus retos regulatorios en Colombia” (tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2018).

Ahora bien, en materia de publicidad, el consumidor no tiene derecho a recibir publicidad, es decir, los empresarios (productores y proveedores convertidos en anunciantes) no tienen la obligación de generar estrategias de comunicación comercial para que los consumidores decidan qué productos adquirir para satisfacer sus necesidades. La publicidad hace parte de las actividades ligadas a la libertad de empresa y el empresario es libre de utilizar estos recursos si a bien lo tiene.

Pero, cuando el empresario decide emplear la publicidad para influir en las decisiones de consumo, el consumidor sí tiene derecho a ser protegido contra aquellos mensajes que no correspondan a la realidad o sean insuficientes, de manera que induzcan o puedan inducir a error, engaño o confusión³⁴. El consumidor tiene derecho a ser protegido contra la publicidad engañosa³⁵. Así, si el consumidor cuenta con este derecho, el empresario anunciante tiene la obligación de abstenerse de emplear este tipo de mensajes y será responsable administrativamente y por los perjuicios que cause la publicidad engañosa³⁶.

Un interrogante de altísima complejidad reposa en la determinación de los parámetros para determinar si un mensaje puede resultar engañoso o no para un consumidor. Todos los consumidores tenemos procesos lógicos distintos y contamos con percepciones de la realidad disímiles. Lo que para un consumidor especializado puede resultar absolutamente claro, para otro, con nulos o pocos conocimientos frente a determinado bien o servicio, puede resultar completamente confuso o engañoso.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Caso C-369/88 de 1991, una disputa sobre publicidad y comercialización de productos para la pérdida de peso³⁷, señaló que se debe tomar al consumidor medianamente informado como rasero para determinar si la información del producto y su publicidad pueden inducir a error.

³⁴ Num. 13 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

³⁵ Num. 13 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011 y num. 1.4 del art. 3.º de la Ley 1480 del 2011.

³⁶ Art. 30 de la Ley 1480 del 2011.

³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-369/ 88 de 1991, procedimiento penal entablado contra Jean-Marie Delattre. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61988CJ0369&from=ES>

El mismo tribunal, en el Caso C-210/96 de 1998^[38], relacionado con la determinación de la claridad o veracidad de la información suministrada al consumidor en el embalaje de los huevos (“10 huevos frescos-6 cereales”), dispuso que para verificar si hay o no engaño

el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión.

Por otra parte, la Comisión Federal para el Comercio de los Estados Unidos señala con claridad en el documento titulado “Policy Statement on Deception”, de 1983, que una representación es engañosa si puede generar error o confusión en el consumidor razonable³⁹. Indica, igualmente, que cuando la publicidad va dirigida a una audiencia específica se tomará en cuenta a un miembro ordinario o razonable de ese grupo para hacer este análisis. Señala la Comisión en su declaración que un empresario no puede ser responsable de todas las interpretaciones o acciones de los consumidores, ni de aquellas que son producto de la ridiculez o debilidad mental de su audiencia e indica que algunas personas por ignorancia o incomprensión pueden ser engañadas incluso por una afirmación escrupulosamente honesta. De ahí que se deba emplear el estándar del consumidor razonable, de cómo es probable que el consumidor responda ante el mensaje, de cuál es su reacción probable frente

³⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-210/96 de 1998, Procedimiento de Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/96>

Cfr. Luis González Vaqué, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 8, n.º 17 (enero a abril del 2004): 47-81.

³⁹ Federal Trade Commission, “FTC Policy Statement on Depection”, 1983. El texto en inglés puede ser consultado en https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/410531/831014deceptionstmt.pdf

a la impresión neta del mensaje como conjunto y no de sus elementos individualmente considerados.

Como la Comisión emplea este parámetro en general no conoce de casos basados únicamente en proclamas subjetivas ni casos con exageraciones obvias o representaciones hiperbólicas que no serían tomadas en serio por ese consumidor razonable.

Por otra parte, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, Ley 29571 del 2010, señala que, en materia de información y advertencia sobre los riesgos, debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria según las circunstancias del caso.

Con antelación a la expedición del Código de Protección y Defensa del Consumidor existía el Decreto Legislativo 691, que en su artículo 2.º señalaba que “los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario”⁴⁰.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en la Resolución 052-096 TRI-SDC⁴¹, al referirse al artículo 2.º del Decreto Legislativo 691 apenas citado dispuso:

En este artículo se establece el criterio base para el análisis de los anuncios publicitarios. Al momento de juzgar un anuncio debe obrarse de manera análoga a como lo hace un consumidor. Sin embargo, el término “superficial” no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor. La norma no ha querido referirse a que los consumidores actúan de manera totalmente irracional y poco interesada en la información que la publicidad ofrece para la toma de decisiones de

⁴⁰ Decreto Legislativo 691, “Dictan normas de la publicidad en defensa del consumidor”, Perú. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00691.pdf>

⁴¹ Resolución 052-006 TRI-SDC del Indecopi. <https://indecopi.gob.pe/documents/20182/3455020/RESOLUCION+052-1996-TRI-SDC.pdf/f08afea2-228e-3ff1-7114-58aa4dafc7b1>

Cfr. Alfredo Bullard, “¿Es el consumidor un idiota?: El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Industrial* 06, n.º 10 (2010). <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74>

mercado. Por el contrario, lo que la norma ha querido significar es que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no lo lee con ojos científicos ni técnicos ni se dirige a verificar y auscultar con detalle y rigor cada una de las afirmaciones e informaciones contenidas en el mismo. Superficial no es, en la norma, sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo. De lo contrario querríamos decir que se debe proteger a consumidores poco racionales o irresponsables en sus decisiones. Ello implicaría un estándar inadecuado que forzaría a la publicidad a ser excesivamente detallista, a la vez de privar al publicista de los elementos subjetivos ligados a su creatividad y a la posibilidad de ejercer persuasión por medios lícitos. El mandato de la norma es pues que no se puede analizar, por ejemplo, la violación del principio de veracidad, con un análisis experto y detallado, ni deteniéndose un tiempo excesivo en leer y analizar el mensaje publicitario, sino de la manera en que lo analizaría un consumidor razonable, puesto ante las circunstancias.

Continúa diciendo el Indecopi en la referida decisión:

De esta manera, los anuncios publicitarios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. De varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor, al que le pide un análisis mínimo, sin exigir que se trate de un análisis sofisticado o para el que se requiere ser un experto.

Posteriormente, también en Perú, señalaba el artículo 21 del Decreto Legislativo 1044:

21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios. 21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas

publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos y en Perú, el Estatuto del Consumidor no incluye expresamente un estándar de consumidor para hacer el análisis de las piezas publicitarias. Sin embargo, jurisprudencialmente se encuentran algunas luces interpretativas.

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Sentencia 00001518 del 11 de febrero del 2019, proferida dentro del expediente 17-295251^[42], sentó una posición frente al consumidor racional. Al respecto señaló:

En punto del presente estudio, es pertinente señalar que el derecho del consumidor precisa que sus normas sean aplicadas usando un estándar de consumidor medio, lo que encuentra fundamento en los deberes de información y buena fe que la Ley 1480 del 2011 consagra en cabeza de los consumidores. Estos son indicativos de que la parte débil de la relación, en cuanto tal, no está exenta de actuar con autorresponsabilidad y de abstenerse de adoptar conductas que resulten irrazonables o insanas, así como sirven de base para reconocer que la posible equivocación o error del consumidor debe analizarse sobre la base de un parámetro que resulte armónico con los imperativos comportamentales que el ordenamiento impone.

Continúa diciendo el juez:

Ahora bien, sobre la elaboración de ese modelo de consumidor para efectos de la normativa de consumo, es necesario tener en cuenta que su construcción debe estar en sintonía con la protección que se requiere dispensar por el ordenamiento a la parte débil, así como considerar la confianza que genuina y fundadamente el consumidor tiene respecto de las actuaciones del empresario. Lo contrario, esto es, acoger parámetros como del “buen consumidor”, análoga a la del “buen padre de familia” o el “buen hombre de negocios”, implicaría vaciar de contenido a los

⁴² Sentencia 00001518 del 11 de febrero del 2019 de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

preceptos del Estatuto del Consumidor. Además, no se puede pasar por alto que el artículo 13 de la Constitución Política impone otorgar especial protección a aquellas personas en situación de debilidad manifiesta, sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometen, mandato que se vería frustrado si se impone un estándar de conducta que implique cargas dispendiosas para quien está llamado a ser el sujeto protegido por esta disciplina.

Luego de hacer un estudio de pronunciamientos de instancias internacionales argumenta el juez:

[...] se encuentra que para el caso colombiano es posible reconocer que un consumidor “normalmente informado” es aquel que usualmente no planifica sus decisiones de consumo y solamente consulta aquellos aspectos de la información que son esenciales para realizar su elección o que resaltan por su tamaño. De otra parte, el consumidor “razonablemente atento y perspicaz” no es el que hace un análisis detallado y tampoco se encuentra en capacidad de tener una comprensión total de la información, por lo que puede incurrir en errores permanentes respecto de los aspectos que demandan un mayor cuidado.

Y concluye diciendo:

En consecuencia, el juzgador debe partir de ese modelo para aplicar la protección que dispensan las normas del derecho del consumo, sin que sea dable otorgar esa tutela a aquellos consumidores que actúan de manera descuidada o insensata, como tampoco estaría dado exigirle un mayor grado de información o atención, sin perjuicio de que en casos particulares las condiciones especiales de debilidad o el grado de sofisticación del consumidor, pongan en evidencia que la aplicación del estándar del consumidor medio no se compadece con las circunstancias de la controversia.

Junto con el antecedente jurisprudencial apenas expuesto, compartimos también la posición de Jorge Jaeckel en la siguiente reflexión:

Si se llegara a sancionar a un anunciante por cualquier interpretación absurda que hiciera una persona que observa un aviso, no se estaría protegiendo

al consumidor, sino castigando al anunciante por las interpretaciones irracionales y descabelladas de unas cuantas personas que no representan el entendimiento general que los consumidores dan a los anuncios. Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que, sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles⁴³.

Resulta oportuno ahora explicar que frente a ciertas estrategias publicitarias y ciertos consumidores existen unos parámetros puntuales para evitar que se induzca en error, engaño o confusión al destinatario del mensaje, teniendo en cuenta los elementos que se consideran necesarios para una comprensión del mensaje.

Es así como, en el Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁴, la autoridad nacional de protección al consumidor definió parámetros para proteger al consumidor en los casos de (1) publicidad con incentivos, (2) publicidad con estrategias de precios, (3) publicidad con imágenes, (4) publicidad de productos nocivos para la salud; (5) publicidad de automotores y (6) publicidad comparativa.

Una de las formas de publicidad con incentivos son las promociones y ofertas definidas por el Estatuto del Consumidor como el “ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor” o “el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de

⁴³ Jaeckel Kovács, “Publicidad engañosa”, 286.

⁴⁴ Capítulo Segundo, Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062021/Titulo%20II-Act%202021.pdf>

incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos”⁴⁵.

Dispone el Estatuto del Consumidor en su artículo 33 que “Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad...”.

Ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo ha interpretado en múltiples pronunciamientos⁴⁶, que para que un consumidor entienda correctamente la estrategia publicitaria promocional, las condiciones sobre la duración de la promoción, sobre lo que debe hacer el consumidor para acceder a ella y sobre los lugares en donde estará vigente deben aparecer de manera clara y suficiente en todas las piezas que integren la estrategia promocional. No puede el anunciante incluir estas condiciones discrecionalmente en las piezas que él considere, sino que debe cerciorarse de que en todos los mensajes publicitarios esta información objetiva esté presente para que el consumidor no

⁴⁵ Num. 10 del art. 5.º de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

⁴⁶ Cfr. Resolución 1696 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Muebles y Accesorios S. A. S.

Resolución 2759 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Magic World Travel S. A. S.

Resolución 7399 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Tour Vacation Hoteles Azul S. A. S.

Resolución 34608 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Garra Marketing Soluciones S.A.S.

Resolución 39313 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada American School Way S. A. S.

Resolución 48326 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Almacenes Máximo S. A. S.

Resolución 49570 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Supertiendas y Droguerías Olímpica S. A.

Resolución 71124 del 2021 de la Delegatura para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sancionada Makro Supermayoristas S. A. S.

tenga que armar el rompecabezas del beneficio real que puede obtener al tomar la decisión de consumo.

Tratándose de mensajes dirigidos a niños, niñas y adolescentes no se puede aplicar el mismo rasero del consumidor razonable del que hemos hablado previamente porque, precisamente, la representación mental que hace este grupo poblacional de los mensajes publicitarios o su capacidad de distinguir los recursos creativos imaginarios del mensaje de la realidad es distinta de la que puede realizar un adulto promedio. De ahí que mediante el Decreto 975 del 2014 se reglamentaran los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores considerados vulnerables y titulares de una protección especial⁴⁷.

El medio de comunicación. Determinación del sujeto responsable ante la configuración de la publicidad engañosa

En todo proceso de comunicación se necesita un medio que transporte el mensaje del emisor al receptor, del anunciante al consumidor. Así, tenemos los medios tradicionales como la prensa y otros medios escritos, los volantes, las vallas, la televisión, la radio, el cine, acompañados por medios en formatos digitales, entre los que podemos mencionar sin asomo de duda a las redes sociales, tan famosas en estos tiempos.

El medio funge como canal del mensaje del anunciante, su rol es permitir conectar a los extremos sin esperarse que tenga injerencia en la construcción del mensaje o en la necesidad de difusión para influir en la decisión de consumo.

Sin perjuicio de lo que previamente mencionamos frente a la posibilidad legítima de limitar la publicidad comercial en contraposición a lo que ocurre con la libertad de expresión y la configuración de la censura, cuando mencionábamos el caso en el que la Superintendencia de Industria y Comercio exhortó a los medios de comunicación a abstenerse de emitir campañas publicitarias que atentaran contra los derechos

⁴⁷ Decreto 975 del 2014, “Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores”, *Diario Oficial* 49166 del 29 de mayo del 2014.

humanos, es importante también analizar el alcance del artículo 30 del Estatuto del Consumidor que señala: “el anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por lo daños y perjuicios causados”.

El artículo 30 apenas transcrito fue demandado ante la Corte Constitucional bajo el argumento principal de que dicha norma “desconoce el valor justicia en cuanto conduce a una responsabilidad solidaria de los medios de comunicación y el anunciante, forzándolos a hacer verificaciones fuera de su alcance y a efectuar la censura de los anuncios publicitarios. Los medios hacen llegar a los potenciales consumidores o usuarios la propaganda, pero no son responsables del contenido de la propaganda ni de la veracidad de la misma o de la calidad, beneficios o propiedades de lo que se ofrece”.

Ante la interpretación errada del accionante, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-592 del 2012, explicó claramente cuándo se configura la responsabilidad de los medios por publicidad engañosa:

El artículo 30 de la Ley 1480 del 2011 no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante; como lo expresó la mayoría de los intervinientes, estos únicamente responderán en cuanto se demuestre su comportamiento doloso o gravemente culposo respecto de los perjuicios causados al consumidor y, como es lógico, al cabo de un proceso judicial o administrativo en el que, observando las reglas del artículo 29 superior, sean declarados jurídicamente responsables⁴⁸.

Así las cosas, el primero llamado a responder administrativa y judicialmente por el engaño al consumidor a través de la publicidad es el anunciante, pero si se demuestra el comportamiento doloso o gravemente culposo del medio de comunicación en la configuración de dicho engaño entrará este a responder solidariamente. Un caso hipotético en

⁴⁸ C. Const., Sent C-592, jul 25/ 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

el que se configuraría esta responsabilidad estaría dado en el evento en que el anunciante confeccionara su pieza publicitaria sin contar con soportes veraces de sus afirmaciones objetivas, para lograr posicionar un producto novedoso en el mercado y aumentar su margen de ganancias, y el anunciante compartiera con el medio su estrategia de engaño y le prometiera una participación en las ganancias si hace una amplia divulgación. De lograrse demostrar procesalmente el engaño, el actuar doloso del medio de comunicación, también podría ser condenado solidariamente al pago de los perjuicios causados al consumidor.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ANUNCIANTE POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA

En Colombia existen sanciones de carácter administrativo para el anunciante que influye en las decisiones de consumo valiéndose de engaños, artimañas e imprecisiones en sus estrategias publicitarias.

Lo primero que hay aclarar es cuál es la autoridad encargada de hacer valer los derechos de los consumidores y adoptar los correctivos necesarios frente a la publicidad engañosa y esto dependerá de si el sector de la economía en el que se está haciendo la publicidad cuenta con una regulación especial o no. En caso de no existir una regulación especial, teniendo en cuenta su competencia residual, será la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Delegatura para la Protección del Consumidor, la encargada de ejercer las actuaciones de inspección, vigilancia y control a que haya lugar⁴⁹.

Ante una denuncia o mediante actuaciones oficiosas la Delegatura para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio analizará el mensaje publicitario en su contexto integral, desagregará las condiciones objetivas y subjetivas, requerirá al anunciante

⁴⁹ Art. 2.º y 59 de la Ley 1480 del 2011, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48.220 del 12 octubre del 2011.

Cfr. María Carolina Corcione Morales, “El rol de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor”, en *Derecho del Consumo*, t. 1. *Introducción al Derecho del Consumo* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2022), 165-1996.

para que aporte el soporte idóneo de las proclamas objetivas y de encontrarse que el mensaje induce al consumidor en error, engaño o confusión, la autoridad podrá imponer las sanciones previstas en el artículo 61 del Estatuto del Consumidor, por ejemplo, hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Contra la sanción impuesta por la Dirección de Investigaciones para la Protección del Consumidor procede el recurso de reposición ante la misma Dirección y el de apelación ante el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor.

Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en el numeral 6 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor, la Superintendencia también podrá ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en la ley.

Tratándose de la publicidad de servicios financieros cuyos anunciantes sean entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera será esta autoridad, en los términos de la Ley 1328 del 2009^[50], la encargada de adelantar el procedimiento respectivo para determinar si existió o no publicidad engañosa.

Frente a los medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre, la publicidad está vigilada por el Invima de acuerdo con lo señalado en el Decreto 677 de 1995 y la Resolución 4320 del 2004 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Es pertinente anotar que tratándose de medicamentos hay que distinguir los medicamentos que se venden por prescripción médica y aquellos de venta libre. Si bien la publicidad de ambos debe ser previamente aprobada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), cuestión excepcional en el ordenamiento jurídico colombiano, tratándose de los medicamentos que se venden por prescripción médica solo podrán anunciarse o promocionarse en publicaciones de carácter científico o técnico, dirigidos al cuerpo médico y odontológico⁵¹.

⁵⁰ Publicada en el *Diario Oficial* 47.411 del 15 de julio del 2009.

⁵¹ Art. 79 del Decreto 677 de 1995, “Por el cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitarias de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de

En materia de bebidas⁵², alimentos, cosméticos, productos de aseo e higiene del hogar, de acuerdo con lo previsto en el numeral 20 del artículo 19 del Decreto 2078 del 2012, corresponde al Invima ejercer la inspección, vigilancia y control sanitario sobre la publicidad de los mencionados productos.

Por inspección, vigilancia y control sanitario, la misma autoridad entiende que se trata de una “función esencial asociada a la responsabilidad estatal y ciudadana de proteger la salud individual y colectiva, consistente en el proceso sistemático y constante de verificación de estándares de calidad e inocuidad, monitoreo de efectos en salud y acciones de intervención en las cadenas productivas, orientadas a eliminar o minimizar riesgos, daños e impactos negativos para la salud humana por el consumo de bienes y servicios”⁵³.

El control que hace el Invima sobre la publicidad de los mencionados productos está circunscrito a la protección de la salud pública de los consumidores, lo que no impide que la Superintendencia de Industria y Comercio realice el control de piezas publicitarias de los mismos productos e imponga los correctivos necesarios a los anunciantes al verificar que en el mensaje, al margen de los temas asociados a la salud pública de los receptores de este, hay condiciones que no son veraces o que son presentadas de manera que pueden inducir a error, engaño o confusión al consumidor, toda vez que el mandato legal de esta Superintendencia

uso doméstico y se dictan otras disposiciones sobre la materia”, *Diario Oficial* 41.827 del 28 de abril de 1995.

⁵² Tratándose de bebidas energizantes, mediante la Resolución 4150 del 2009 del Ministerio de Salud, “Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos que deben cumplir las bebidas energizantes para consumo humano”, *Diario Oficial* 47.522 del 3 de noviembre del 2009, se expidió el reglamento técnico que contiene los requisitos que deben cumplir las bebidas energizantes para consumo humano. En dicho reglamento se indica cuáles son las leyendas que deben ser incluidas para advertir sobre los riesgos del consumo de dichas bebidas y se ordena que las piezas publicitarias de estos productos tengan control previo antes de su emisión por parte del Invima.

⁵³ Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, “Manual de inspección, vigilancia y control sanitario de alimentos y bebidas basado en riesgo para las entidades territoriales de salud”, 2015. <https://www.invima.gov.co/documents/20143/1402493/28.+Manual+de+IVC+de+Alimentos+y+Bebidas+basado+en+el+riesgo+para+Las+ETS.pdf>

le impone la protección de los consumidores al momento de tomar decisiones y entrar a hacer parte de una relación asimétrica de consumo⁵⁴.

Al respecto, el Invima, mediante concepto con número de radicado 16105528 del 5 de octubre del 2016, indicó:

[...] De ahí, la sic tiene por Misión, la salvaguarda de los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales. De esta manera, la sic es parte fundamental en la estrategia estatal en favor de la competitividad y la formalización de la economía, lo cual incluye la vigilancia a las cámaras de comercio y la metrología legal en Colombia. Es claro entonces, que el actuar de la sic se circunscribe a la protección del consumidor y a prestar apoyo a la actividad empresarial; lo anterior a la luz del derecho mercantil, y la normativa aplicable en sus competencias.

Por otra parte, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos, Invima, tiene como Misión la protección y promoción de “la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociada al consumo y uso de alimentos, medicamentos, dispositivos médicos y otros productos objeto de vigilancia sanitaria”. Es claro también, que el escenario previsto para el desarrollo de las competencias del Instituto tiene su origen en la protección de la salud de los colombianos y residentes en armonía con el artículo 49 de la Carta.

Así las cosas, es claro que las dos autoridades buscan la protección de los asociados, pero desde diferentes competencias y funciones legales. [...]

⁵⁴ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección del Consumidor, Resolución 93967 del 31 de diciembre del 2013. Sancionada Alpina Productos Alimenticios S. A. (Regeneris).

Resolución 81944 del 2015. Sancionada Quala S. A. (Caldo Doña Gallina).

Resolución 2708 del 2016. Sancionada Jorge Hané Laboratories Colombia S. A. S. (Redú Fat Fast).

Resolución 1485 del 2016. Sancionada Natural Vitamins S. A. S. (Té Chino El Original).

Resolución 72672 del 2017. Sancionada Genomma Lab.

Resolución 37544 del 10 de julio del 2020. Sancionada Gaseosas Posada Tobón S. A. - Postobón S. A. (productos Hit).