



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas



### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

# **LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: HACIA NUEVOS DEBATES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA<sup>1</sup>**

**Hangie Gordillo<sup>2</sup>**

## **RESUMEN**

La Constitución Política de 1991 en su artículo 78, establece la protección del consumidor como un derecho colectivo el cual se debe reconocer en el marco de la celebración de acuerdos comerciales, incluyendo para el caso, la garantía de transparencia en la publicidad por medio de la cual se le oferta distintos tipos de bienes y servicios. De esta prerrogativa constitucional, se desprende la regulación de los derechos de los consumidores, recientemente modificados a través de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del consumidor, la cual incluye de manera expresa la prohibición de publicidad engañosa. Al revisar el caso colombiano, se encuentra que, bajo el rótulo de publicidad engañosa, se encierra todo tipo de publicidad que no cumpla con elementos de claridad, veracidad, transparencia, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea; ahora, si se revisa el caso español, se encuentra que la publicidad engañosa en tan solo una división de todo lo que encierra la publicidad ilegal. El actual documento, evalúa la diferenciación propuesta, indagando sobre la posible ausencia normativa que descansa en la generalización de la publicidad engañosa, sobre el particular de la revisión de una tipología de publicidad ilegal española, como lo es la publicidad encubierta, llevando sobre el ejercicio comparado, a sugerir la necesidad para el

---

<sup>1</sup> La presente investigación jurídica se ha realizado por el autor con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos por el Señor Mauricio Torres– director trabajo de grado – y por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, para optar por el título de Abogado

<sup>2</sup>Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código de estudiante 2108930, con cédula de ciudadanía número 1.030.631.546 Teléfono:3004843588. E mail: hpgordillo30@ucatolica.edu.co, Bogotá D.C. Colombia.

caso colombiano, de avanzar en esta diversificación de tipos de publicidades ilegales, en tanto no son técnicamente las mismas.

**Palabras claves:** Publicidad Ilegal, Publicidad Engañosa, Publicidad Encubierta, Derecho Del Consumo, Protección Del Consumidor.

## **ABSTRACT**

The Political Constitution of 1991 in its article 78, establishes the protection of the consumer as the collective right that has to be recognized in the framework of the conclusion of commercial agreements, even for that matter, the guarantee of the transparency in the publicity by means of what is the supply of types of goods and services. From this constitutional prerogative, the regulation of consumer rights, recently modified through Law 1480 of 2011 or Consumer Statute, which includes the way to express the prohibition of misleading advertising. When reviewing the Colombian case, it is on the label of misleading advertising, it contains all kinds of advertising that has no elements with clarity, veracity, transparency, timely, verifiable, understandable, accurate and suitable; Now, if you review the Spanish case, you will find that the advertising is deceptive in just one division of everything that contains illegal advertising. The current document, evaluation of differentiation, investigation on prevention that refers to the generalization of misleading advertising, on the particular of the revision of a typology of advertising, as it is the author's imagination, on the comparative exercise, In turn, the need for the Colombian case, to advance in this diversification of types of illegal advertising, while they are not technically the same.

**Keywords:** Illegal advertising, misleading advertising, covert advertising, consumer law, consumer protection.

## **Sumario**

### **Introducción**

- 1. Concepto de publicidad. 2. La publicidad engañosa. 3. Publicidad encubierta. 4. Protección al consumidor en Colombia. 5. Instrucciones dictadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de publicidad engañosa y su incidencia en tratamiento jurídico de la publicidad encubierta.**

### **Conclusiones**

### **Bibliografía**

## **Introducción**

En las transacciones comerciales es donde las personas interactúan directamente dinamizando el mercado y la economía misma, ya sea a nivel nacional o internacional. Así las cosas, la interacción comercial abarca mucho más que la mera exhibición de un producto y su posterior adquisición por parte del comprador, sino pasa por diversos procesos como los estudios de mercado de marketing, fidelización, mercadeo, publicidad, calidad, estudio de precios, etc. Es allí en donde las empresas consolidan sus productos o servicios buscando llegar a crear y satisfacer una necesidad del público.

Aunque muchas empresas llevan a cabo la gran mayoría de los procesos antes descritos, no todas llegan a consolidarse en el mercado y mucho menos a generar recordación en los diversos nichos de mercado, esto sucede gracias a lo que algunos autores como (Royo y Miquel, 1999) denominan la efectividad del proceso de establecer todo un ejercicio publicitario ya que este juega un papel fundamental en el proceso de recordación y consumo.

En este orden de ideas se puede observar como la publicidad es un punto esencial en el desarrollo económico de cualquier empresa o marca comercial. Ya que, simplifica la actividad comercial y dinamiza la misma, seduciendo los diversos nichos de mercados al generar la necesidad que cimienta la oferta y la demanda en diversos campos de consumo humano. Para el trasfondo de la publicidad encierra una serie de complejidades analíticas, las cuales involucran discusiones que van desde la moral, hasta lo legal (Mejía, J. F. 2011). Razonamiento que no ha sido ajeno a los diversos ordenamientos jurídicos y es por eso que han desarrollado todo un marco de normas que regulen el tema con la finalidad de controlar el mercado y la sana competencia entre los intervinientes del mismo.

Para el caso colombiano, la protección jurídica se encuentra en un principio en el artículo 78 de la Constitución Política. Existe todo un marco jurídico, el cual, coloca al consumidor como actor de la cadena, en un espacio de protección frente a las posibles arbitrariedades de quien, en este caso funge como ofertante. Al respecto sostiene que el precepto constitucional y la jurisprudencia que lo desarrolla, se ha convertido en la fuente principal

desde la cual, se desprende el fundamento jurídico-social para modificar la ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor (EC) (Ossa, D. 2013). Lo anterior, atiende a que la norma constitucional al ser el soporte del sistema jurídico colombiano debe propender por la protección de los ciudadanos, y en este caso de los consumidores.

Sin embargo, pareciera que este plexo normativo no ha resultado suficiente y mucho menos eficiente a la hora de proteger al consumidor de prácticas engañosas como, por ejemplo, la publicidad ilegal que solo abarca la publicidad engañosa y deja de lado otras modalidades conductuales, como la publicidad encubierta, la cual se desarrollara más ampliamente en el presente escrito. Además, cabe resaltar que la publicidad engañosa en Colombia según el EC, abarca a su vez la protección frente a la publicidad. Pero deja a la deriva un sinnúmero de preguntas sobre la protección de la misma como el alcance, la duración entre otras cuestiones de suma relevancia.

Dicha falencia ha generado una discusión legal entorno a la publicidad y los tipos que resultan contraproducentes para el consumidor, la publicidad engañosa, claramente se encuentra censurada en Colombia a la luz del EC por afectar la decisión en contra del consumidor (Chamie, J. F. 2013). Sin embargo, la publicidad engañosa, no es la única lesiva para el consumidor. También hay otros tipos que deben ser estudiados y respectivamente censurados, como lo estima al mencionar que publicidades discriminatorias, subliminales o la encubierta pueden afectar al consumidor de forma más lesiva que la misma publicidad engañosa y afectar de paso el mercado (Vilajoana y Cuerva, 2015).

En este orden de ideas y en razón de lo antes mencionado surge la necesidad de plantearse el siguiente cuestionamiento ¿existe un vacío normativo, en el contenido de protección sobre la publicidad engañosa en Colombia, al no incluir expresamente la protección frente a la publicidad encubierta, u otros tipos de publicidades malintencionadas?, la normatividad colombiana no se encuentra completa frente a la protección del consumidor en sus diferentes tipos de publicidades ilegales, toda vez, que en el país solo se habla de publicidad engañosa, y como se ha estudiado, existen otros tipos de publicidades ilegales, que no han sido tomadas encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, es entonces, la revisión sobre si la legislación sobre publicidad engañosa, merece una reinterpretación de

contenido y alcance, para cumplir con las expectativas de lo dispuesto en el artículo 78 del texto Constitucional. Lo anterior se pretende desarrollar a través del método comparado para lo cual, se acude a la revisión de la legislación española en lo referente a las conductas ilegales en la publicidad, frente a la legislación existente en Colombia

Los objetivos del actual documento, se basan en la discusión legal de la publicidad, y de esta la publicidad engañosa, claramente censurada en Colombia a la luz del EC (Chamie, 2013). Se pretende generar una revisión comparada con países con amplio desarrollo jurídico en el tema, como lo es el caso de España, para el cual se encuentra que, a parte de la publicidad engañosa, se identifican otros tipos de publicidades también censuradas, como lo es la discriminatoria, la subliminal o la encubierta (Vilajoana y Cuerva, 2015).

En razón de lo antes expuesto, el presente escrito se desarrolla de la siguiente forma: en primer lugar, se tratará el concepto de publicidad y algunas de sus significaciones más características, para entrar en segunda medida a tocar el tema la publicidad engañosa y todo lo que implica a nivel nacional como internacional con un énfasis especial en la legislación española. De esta forma se abordará en tercera instancia la publicidad encubierta en España para tratar en cuarto lugar el estatuto de protección al consumidor colombiano y determinar qué aspectos cobija el mismo respecto a la publicidad y las sanciones que este impone a quien haga de la publicidad ilegal, finalmente se desarrollaran algunas conclusiones que dejen tanto la pregunta de investigación planteada en el presente escrito como de los tópicos abordados en el mismo.

## **1. Concepto de publicidad**

Básicamente la publicidad se puede definir como un ejercicio comunicativo, por medio del cual se busca generar una interacción entre dos o más agentes en el marco de una relación de mercado; esto es entre una oferta que publicita, y una demanda que la percibe (Royo y Miquel, 1999), aunque, de la conceptualización hecha se desprenden varios elementos analíticos, entre los cuales se encuentran los debates respecto a los límites morales y legales de la publicidad (Bautista, 2015).

Dichos debates se desprenden de identificar que, las empresas o quienes hacen uso de la publicidad, en procura de hacer uso de una condición de ventaja, en ocasiones crean atmósferas de comercio que resultan en últimas siendo un cúmulo de engaños para el consumidor final, siendo allí donde se debe comenzar a perfilar lo que se debe tipificar como legal o ilegal en términos de publicidad (Muela y Perelló, 2011).

Lo anterior grosso modo, deriva inicialmente en lo identificado como debates respecto a la legalidad de la publicidad que, como se verá para el caso colombiano, se ve reducido a la publicidad engañosa (Flórez y Rodríguez, 2017). A continuación, se profundiza en el concepto de publicidad engañosa, entrando luego, sobre la experiencia de la normatividad doméstica española, a matizar este tipo de publicidad en el entendido que existe otras subcategorías de publicidad ilegal, como es la publicidad encubierta, que no es igual que la publicidad subliminal, como en adelante se explica.

## **2. La publicidad engañosa**

- **La publicidad engañosa en términos jurídicos**

Inicialmente se abordaba de manera breve la caracterización de aquello que se define como publicidad, sin embargo, al acotar el actual documento al referente de la publicidad ilegal, es pertinente profundizar sobre lo que estructuralmente se define como publicidad engañosa, para el caso colombiano la publicidad engañosa, abarca en principio todo lo que para el caso sería publicidad ilegal (Villalba, 2012), no obstante, como ya se ha

mencionado, en la perspectiva jurídica comparada al caso español, se encuentra que esta es tan solo una de las derivaciones de aquello que se constituye como publicidad ilegal.

Como la definen Carlos Gómez y Silvia Muñoz (2008), la publicidad engañosa para el caso colombiano, encierra cuatro situaciones unificadas de: “violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos” (p. 270); lo cual difiere del tratamiento jurídico español, que asume la publicidad engañosa a una de las posibilidades de publicidad ilícita. Para hallar explicación de por qué esto se presenta así en cada uno de los derechos domésticos estudiados, conviene ir al actual EC, donde en su artículo 30 enuncia que;

*Prohibiciones y responsabilidad.* Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

Por lo anterior, de entrada, se puede plantear que, la legislación nacional sintetiza todo aquello que violenta la objetividad de la publicidad, a tenor de lo dispuesto en la Constitución y el EC, como publicidad engañosa, mientras que, en el caso español, se han dado a la tarea de diferenciar cada una de estas, con el fin de perfilar mejor la conducta violatoria de los derechos del consumidor (Delvasto y Cote, 2014). De lo anterior que resulten inquietudes sobre si la publicidad encubierta es un tipo de publicidad engañosa para el ordenamiento jurídico colombiano, o mejor, si la publicidad encubierta en Colombia, es violatoria de lo dispuesto tanto en la Constitución, como en el EC.

Agotar esta problemática, permitiría asumir una posición en el debate sobre los efectos y el alcance de la publicidad engañosa en Colombia, y protección efectiva de los consumidores frente a todo tipo de publicidad, pasando para el caso, en la consideración sobre la

diferenciación sobre los efectos y alcances de los distintos tipos de publicidades malintencionadas, como ocurre entre la publicidad encubierta y la publicidad subliminal, tema sobre el cual se profundiza a continuación.

### **3. Publicidad Encubierta**

- **Publicidad encubierta y la publicidad subliminal**

Como se ha indicado, todo ejercicio comunicativo pasa por la realización de tres elementos: un emisor, un receptor, y un mensaje. Cuando se enseña sobre estos temas desde los primeros años escolares, se insiste de forma reiterada, la importancia que el mensaje sea claro, ello con el fin, de que el receptor reciba de la manera más fidedigna posible el mensaje que el emisor quiere transmitir, siendo esta relación elemental, aquella que se reproduce para múltiples escenarios de la cotidianidad humana (Castro, 2016).

Por sentido común, se esperaría que en el diseño de una pieza publicitaria partiera del reconocimiento de este fundamento básico de la comunicación; lo cual no siempre es cierto, si se tiene en cuenta la creación de mensajes donde voluntariamente se crean escenarios, para que la suspicacia lleve a dudar sobre cuál es el mensaje central, siendo estos casos, donde se puede comenzar a configurar el concepto de publicidad encubierta, que técnicamente no es igual publicidad subliminal, esta última, definida de la siguiente manera por Karen Mejía y Carlos García (2014):

La publicidad subliminal es un mensaje o señal diseñada para pasar por debajo (sub) de los límites (liminal) normales de percepción. Puede ser por ejemplo un mensaje en una canción, inaudible para la mente consciente pero audible para la mente inconsciente o profunda. Puede ser también una imagen transmitida de un modo tan breve (como la décima parte de un segundo) que pase desapercibida por la mente consciente, pero, aun así, percibida inconscientemente; o sea, que una persona puede no percibir el mensaje en forma consciente, pero su subconsciente sí. (p. 34)

Por medio de la publicidad subliminal, algunas empresas pueden de manera pendenciera transmitir mensajes que parecen el centro de la comunicación, pero en el trasfondo, direccionar otros mensajes intencionalmente transmitidos al subconsciente de las personas. Una de las tareas a resolver a través del actual documento, es la de clarificar la diferencia entre publicidad subliminal y encubierta, para lo cual resulta pertinente citar la referencia al respecto hecha por Ana Becerra (2005), quien con ocasión del estudio de la publicidad subliminal en España, señala:

En la actualidad, la Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, prohíbe el empleo de métodos subliminales en su artículo número 7 d), tras definir este tipo de publicidad como “aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”. Este tipo de publicidad no debe confundirse con la publicidad indirecta o encubierta, algo mucho más usual. (pp. 173-174)

Lo usual de este tipo de publicidad encubierta, es lo que despierta el interés en la realización del actual documento, en atención a las incertidumbres jurídicas que puede suscitar su legalidad o ilegalidad. En principio este tipo de publicidad, se puede definir como toda publicidad que se encamina a inducir al comprador o a quien recibe la publicidad, a tomar una decisión de compra o elección particular, sin que dicha percepción sea de manera expresa expuesta en la publicidad (Galarza, 2014).

A continuación, se busca ahondar en esta primera aproximación hecha sobre la publicidad encubierta, haciendo lectura de la misma más desde su análisis jurídico. Se parte por tener en cuenta que, la publicidad encubierta, puede llevar a la ejemplificación de un sinnúmero de situaciones, siendo para estos casos donde resulta clave indagar sobre la legalidad de este tipo de publicidad, para lo cual se acude en principio a la exposición de la regulación en el caso español.

- **La publicidad encubierta en el caso español**

Una de las primeras inquietudes que surgen en la realización del actual documento, se establece en la consulta sobre cuáles son las conductas que se circunscriben como publicidad encubierta, la cual, junto con la publicidad engañosa y, publicidad discriminatoria, genera el conjunto posible de publicidades ilícitas a tenor del caso español (López, 2007). Al considerar entonces el concepto de publicidad ilícita, conviene inicialmente dar cuenta de lo que se define jurídicamente como publicidad que, para el caso español, se establece en la Ley 34 de 1988, artículo 2, siendo publicidad:

Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones

La publicidad entonces, es la manera cómo a través de un mensaje, se induce o se persuade a alguien, sea una persona o grupo de personas, para que voluntariamente adquiera algo o direcciona su conducta hacia un comportamiento específico. De lo anterior se debe resaltar la voluntariedad o conciencia del destinatario de la publicidad, a tenor del cumplimiento del principio de autenticidad contemplado en la ley española, el cual: “proscribe aquellas prácticas publicitarias que pudieran generar confusión en el consumidor sobre el carácter publicitario de la comunicación” (artículo 9, Ley 34 de 1988).

El principio de autenticidad, es lo que en concreto se rompe al generar algún tipo de publicidad encubierta, pudiendo esto ser ocasionado por la trasmisión suspicaz de un mensaje, presentado de forma escrita, verbal, visual o sonora, por medios físicos o electromagnéticos. De manera explícita la referencia a lo que es la publicidad encubierta, no aparece la norma española, sin embargo, para su definición jurídica se puede acudir a la Directiva 65 de 2007 del Parlamento Europeo, en la que se establece una definición para la comunicación comercial audiovisual encubierta, siendo esta la que refiera a:

(...) la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerara intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar.

Es pertinente resaltar en esta última definición el carácter oneroso que se debe advertir, no siempre es regla para la configuración de la publicidad encubierta. No obstante, cada vez es más recurrente la práctica de pago o entrega de productos o servicios a cambio de publicidad a celebridades o prescriptores, también llamados *influencers*, al encontrar que los mismos a través de redes sociales, cuentan con gran número de seguidores (Castelló, 2015, p. 27), ahora, la pregunta central allí es: ¿Es este tipo de publicidad una publicidad encubierta?

La solución a la inquietud propuesta, va muy de la mano con el objeto jurídico a estudiar en el actual documento, toda vez, que de la misma se desprenden cuestiones referentes a si este tipo de mecanismos publicitarios se pueden considerar falsa publicidad, y de ser así, cuestiones relativas a cómo la ley abarca en su tipificación este y otros tipos de falsas publicidades (Soto, 2017, p. 132), siendo allí donde resulta de gran aporte el estudio del caso español, quien ha trabajado con relativa profundidad, estos temas.

Se hace entonces un corte sobre lo planteado para definir como publicidad encubierta, toda publicidad encaminada a inducir al comprador o tomador de la decisión a una decisión particular, sin que esto sea percibido a primera vista por el mismo (Galarza, 2014, p. 52), no obstante, ello lleva a cuestiones sobre: ¿debe acaso toda publicidad mostrar claramente el contenido del mensaje final? ¿Dónde quedaría de ser así, la innovación en la publicidad? Preguntas que pueden ir más hacia un análisis del especialista en *marketing*, pero que necesariamente se deben alimentar del análisis jurídico, que es el propósito de este documento.

Volviendo entonces sobre la legislación al respecto en el caso español, para reiterar como se ha dicho que, esta no contempla de primera mano la publicidad encubierta como publicidad ilícita, pues según el artículo 3 de la Ley General de Publicidad, “*se considera ilícita la publicidad subliminal así como la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva*”, no obstante, en la discusión dada al respecto en España, hay quienes afirman que la publicidad encubierta, de acuerdo al modo o forma de presentar la misma, puede llegar a ser subliminal o engañosa y, en consecuencia, ilegal (de Andrés, 2016, p. 26).

Esta afirmación lleva a la Ley 3 de 1991, reformada por la Ley 29 de 2009, con título de Ley de Competencia Desleal [LCD], la cual habla de prácticas comerciales encubiertas, siendo este el soporte jurídico, por medio del cual se pretende generar el debate en lo que respecta a la configuración de la publicidad encubierta como publicidad ilegal (Vilajoana, 2015, p. 10), configurando entonces la necesidad de referir al artículo 26 de comentada Ley, la cual hace refiere a la práctica comercial encubierta, como aquellas que:

“(…) se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”

Lo primero que se puede señalar al respecto, es que citada norma es muy parecida en su definición, a la Directriz con anterioridad referida del Parlamento Europeo, hallando en tanto una coincidencia que lleva a considerar la armonía jurídica en el caso español, para censurar los contenidos publicitarios que no son claros con el consumidor o receptor de la publicidad, lo cual conduce entre otras cosas a que se vea subyugado a la legalidad, lo debates del *marketing* en España, sobre qué está permitido en términos publicitarios.

La LCD, en este y otros artículos, insiste en la condición de engañosa de toda publicidad sin claridad en la naturaleza u operación de la actividad comercial (artículo 5.1), tendiente a ser ininteligible o ambigua (artículo 7.1), entre otros, los cuales, son a su vez consistentes

con una serie de artículos incluidos en la Ley 7 de 2010 o Ley General de la Comunicación Audiovisual [LGCA], que reitera en su artículo 32 el contenido de aquello que se define como publicidad encubierta o redaccional.

En el caso de la LGCA, la regulación se proyecta no solo sobre los comerciales, sino también sobre aquellos contenidos audiovisuales, en los que sin clarificar que se trata de una publicidad, se emite contenido positivo de un producto, típico ejemplo de esto, cuando en una película o serie, algún personaje en el desarrollo de la trama, consume algún producto presentando la marca, lo cual puede llevar al espectador a asociar el producto, como una práctica a reproducir toda vez que se trata de un actor al que admira o toma como referente.

Lo que se ha presentado hasta el momento en términos del tratamiento jurídico de la publicidad encubierta en España, evidencia una amplia discusión y tratamiento normativo del mismo, que se reconoce como positivo para el consumidor español. A propósito de esta discusión sobre la publicidad, se quiere al cierre de este documento, volver sobre lo referido al contenido del mensaje publicitario, indicando que, en suma, la publicidad está contenida de un elemento objetivo -contenido del mensaje- y, el elemento subjetivo -contenido persuasivo-, siendo este último el que determina si se trata o no, de una publicidad con fines comerciales (Martínez, 2015, pp. 104-105).

Dicho lo anterior y, considerando a su vez esta revisión hecha como soporte para generar un ejercicio comparado con Colombia, se podría decir que, en el país, la discusión no se ha llevado a tanto, siendo entonces lo expuesto, insumo fundamental para la reflexión final del documento, no sin antes, pasar por el análisis y revisión de lo que podría ser la protección del consumidor colombiano frente a este tipo de publicidad, lo cual, ante la limitación normativa, se debe hacer desde el EC.

#### **4. Protección al consumidor en Colombia**

- **La protección constitucional del consumidor en Colombia**

La referencia que se debe hacer sobre los derechos del consumidor en Colombia, parte desde la materialización de los derechos colectivos de los administrados, y los deberes o

responsabilidades generadas a contraparte del reconocimiento del derecho a la libre competencia económica, como del cumplimiento de prerrogativas normativas internacionales en la materia (Rojas, 2014, pp. 112-114). En esta doble lectura, la relación generada en el derecho colectivo, se materializa en el artículo 78, el cual establece que:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Esta primera referencia constitucional, conduce a la relación de la protección del consumidor, frente a los bienes y servicios que consume o adquiere, sin embargo, la calidad provista en el artículo como elemento fundante del adecuado aprovisionamiento del consumidor, se considera, no solo parte de la calidad en sí del producto, sino de la calidad también vista para condiciones como la publicidad, al ser un reducto del ejercicio de la comercialización de bienes y servicios en el circuito económico nacional.

En este orden de ideas, lo que se busca afirmar es que, en atención de lo dispuesto en el artículo 78 Constitucional, la publicidad de lo comercializado al consumidor, debe ser como el mismo producto y servicio, de calidad, lo cual entre otras condiciones encierra, la claridad de la información transmitida sobre el producto o servicio, medible sobre los términos dispuestos en el EC, que condiciona a que la misma sea: completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea.

A contraparte, se encuentra lo dispuesto en términos de la realización del derecho a la libertad económica de particulares, conforme a lo cual, la relación económica y comercial de las personas, no depende de la autorización previa del Estado; aunque este, de acuerdo a las circunstancias, puede entrar a regular aspectos contractuales, en atención entre otros temas, al interés social implícito en la relación económica, siendo ello, parte del contenido dispuesto en el artículo 344 Constitucional, el cual plantea:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

No sería absurdo que, bajo el pretexto de la libre competencia económica, la publicidad alegara su derecho a hacer por ejemplo, publicidad encubierta, a lo cual se debe responder, desde el análisis jurídico, que esta libertad si bien es expresa, la misma no es abstracta y viene condicionada por responsabilidades, como lo es la del interés social del colectivo, argumento que se refuerza, por la responsabilidad asignada al Estado, para que este controle “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

Bajo este orden lógico, se establece de manera vehemente la responsabilidad que recae en el Estado, para que este establezca los controles suficientes tendientes a evitar la reproducción de publicidades engañosas, al ser ello una manera de sacar ventaja de la posición dominante, fundada esta, en la desprevenición de quien consume la publicidad, quien espera de buena fe que, toda publicidad, se realice de manera clara y transparente, como al respecto lo ha planteado la Corte Constitucional y autoridades regulatorias de los mercados.

- **Alcance de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor en materia de regulación de la publicidad encubierta**

De entrada, se debe señalar que, en Colombia no está prohibida de manera taxativa, la publicidad encubierta, y todo lo que no es prohibido, no es ilegal, por lo que conviene preguntar ¿Se encuentra el país en demora por emitir una legislación en la materia, o es suficiente el soporte jurídico actual para evitar el engaño publicitario que puede devenir por la publicidad encubierta? Esta cuestión, es soporte fundamental para el desarrollo de lo que resta del documento, siendo a su vez clave, para la concreción del problema jurídico agotado para el mismo.

Respecto a la Ley 1480 de 2011, o Estatuto del Consumidor [EC], se encuentra que, uno de los derechos de los consumidores definidos en el artículo 3, es el de “a recibir protección contra la publicidad engañosa”, postulado que parece claro en términos de la protección que se debe dar al consumidor, respecto a la publicidad que llega a él por distintos canales; siendo a su vez un postulado que se complementa, con otro de los derechos allí incluidos, como lo es el de recibir información clara, el cual, a la letra reza:

(...) 1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

De la interpretación de este numeral, se establece que la información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, no solo se concreta en el producto, sino también en la publicidad hecha en la promoción de productos y servicios, afirmación que se refuerza, al traer a colación la definición de publicidad engañosa puesta en el artículo 5, y que define la misma como: “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”.

Previendo las anteriores referencias normativas, se podría entrar a plantear que el EC, ofrece las herramientas jurídicas para prevenir al consumidor de la publicidad encubierta, sin embargo, como sucedió en el caso español, esta discusión parte por definir sí, en efecto, la publicidad encubierta en Colombia se puede configurar como un tipo de publicidad engañosa, lo cual tiene una primer limitante, en el hecho de que el EC no defina o no haga tratamiento jurídico, de aquello que se puede establecer por publicidad encubierta, o similares.

La primera aproximación hecha al tratamiento jurídico de la publicidad encubierta en Colombia, desprende de clarificar que no existe definición jurídica al respecto, sin embargo, se deben mencionar que, conjunto a los artículos previamente citados del EC, existe un Capítulo Único en el EC, Título VI, De la Publicidad, el cual precisa algunas condiciones a tener en cuenta en términos de esta actividad, donde en el artículo 30 se reitera la prohibición de publicidad engañosa.

Sobre la base de lo indicado en el EC, resulta entonces insuficiente para que de manera tajante, se pueda establecer una sanción jurídica a la publicidad encubierta en Colombia, sin embargo, en procura de no reducir todo el ejercicio analítico a lo dice o deja de decir el EC al respecto, resulta clave ir a la revisión constitucional del tema, lo cual convoca no solo a la referencia de lo dispuesto al respecto en la Constitución Política de 1991, sino también al dimensionamiento jurisprudencial de dichas prerrogativas, temas sobre los que se profundiza a continuación.

## **5. Instrucciones dictadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de publicidad engañosa y su incidencia en tratamiento jurídico de la publicidad encubierta**

La regulación de la publicidad en Colombia, tiene una autoridad administrativa que hace las veces de instancia a la cual acuden los consumidores cuando creen que sus derechos como consumidor han sido violentados, siendo ella la SIC, quien ha sido la encargada de actuar con celeridad y fortaleza, frente a múltiples situaciones concebidas como violatorias del EC. En lo extenso de una gran cantidad de actuaciones administrativas, ha generado sendas sanciones, que en un primer momento puede llegar a dar cuenta de la capacidad de protección del consumidor en Colombia.

Ahora, hilando sobre el problema jurídico propuesto, es decir, la regulación de la publicidad encubierta, bien se debe generar una primera aproximación a la regulación en general de la publicidad engañosa, para luego, poder inferir si la publicidad encubierta puede llegar a ser o no, un tipo de publicidad engañosa. Esta conexión entre los dos conceptos, se realiza a tenor de la proximidad que pueden tener aquellos argumentos que esgrima la entidad referida, para salir adelante de la defensa del consumidor, bajo su responsabilidad como entidad residual encargada de velar por el respeto de los derechos de los consumidores en Colombia (Echeverri y Ospina, 2015, p. 139).

Como se ha indicado, las acciones adelantadas por la SIC, obedecen a su ejercicio como entidad reguladora de la relación publicitaria mercantil en Colombia, aunque ella no sea su único objeto misional, pero bien se debe decir que, es en este campo, la regulación publicitaria, donde ha tenido mayor incidencia en términos de las decisiones dictadas al respecto. Al caso, se pueden citar la actuación en distintas ocasiones, donde ha señalado el alcance que se puede dar, a todo aquello que se estima como publicidad engañosa, como sucede en concepto con radicado 14-120082- -00004-0000 del 08 de agosto de 2014, por el cual afirma:

Reglas: Toda información que sea anunciada al público será vinculante para quien la emita, tanto en las condiciones objetivas como específicas (Ley 1480

de 2011, art. 29). El Estatuto prohíbe la publicidad engañosa y responsabiliza a quien la ejecute por los perjuicios que pueda causar (art. 30). Existen unos métodos para identificar si se ha configurado una publicidad engañosa, los cuales consisten en realizar un estudio contextualizado e íntegro del anuncio y en hacer un análisis sobre la veracidad de la información objetiva anunciada, es decir, aquellas que se refieren a las características del producto y aspectos medibles del mensaje, sin entrar a la subjetividad de cada uno de los consumidores, lo que podría resultar improbable. Para que se genere responsabilidad por publicidad engañosa, solo será necesario demostrar que el mensaje anunciado no correspondió con la realidad, lo que pudo inducir o indujo al consumidor en error, confusión o engaño, adicionalmente, no será necesario que el consumidor haya contratado o se le haya producido un daño.

La pregunta central que se desprende de lo citado a tenor de revisar su incidencia en términos de la publicidad engañosa, obedece a definir si, la publicidad encubierta induce al consumidor en error, confusión o engaño, para lo cual se responde que, en efecto puede ser así, si se trae a colación el desarrollo jurídico dado a la publicidad encubierta en el caso español, para lo cual se debe agregar, dicho engaño se genere en la medida que el consumidor, no pueda identificar con claridad que se trata de una pauta publicitaria, como se reitera en concepto dado por radicado 15-194323- -00003-0000, del primero de octubre de 2015, donde es enfática en afirmar:

Reglas: Los comerciantes deben suministrar información veraz, clara, oportuna, suficiente, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que le estén ofreciendo a los consumidores, y la información mínima deberá estar en castellano, por lo que el presentarla en otro idioma diferente al castellano, no cumple con el requisito de suficiencia, pudiendo inducir a error al consumidor colombiano y puede cohibirlo de entender las características del producto o servicio (Ley 1480 de 2011, art. 23). En caso de que la información no reúna esas calidades, es decir, que sea engañosa o insuficiente, habrá lugar a imputar responsabilidad al productor o proveedor a favor del consumidor o usuario, por los perjuicios que hayan causado, para lo cual solo será necesario demostrar que

la publicidad no corresponde con la realidad, es insuficiente o que ésta induce a error o confusión.

No resulta en tanto difícil trazar la relación entre la publicidad encubierta y la publicidad engañosa, merecedora entonces, de las sanciones administrativas del caso, no obstante, para el caso colombiano como para el caso español, la complejidad se vislumbra en la medida que, el anunciante muchas veces puede actuar bajo las reglas operativas de una circunscripción jurídica diferente, por lo cual, la sanción sobre el mensaje y contenido final de la pauta publicitaria, puede quedar en una imposibilidad sancionatoria.

La ejemplificación de lo anterior en un posible caso, se establece en la situación donde, una estrella o figura pública, postea en sus redes sociales alguna imagen o contenido multimedia, que sea en últimas publicidad encubierta, y es vista en Colombia, precisamente ante la globalidad de las redes, ahora, ¿cómo puede la autoridad administrativa en Colombia, imponer algún tipo de sanción si la publicidad no es generada en la circunscripción administrativa colombiana, y su mensaje tampoco sea de exclusiva aplicación al consumidor colombiano?

Esta y otras inquietudes, se originan ante las restricciones que tienen los Estados, para sancionar conductas globalizadoras en términos de comercio e intercambio, siendo allí donde se debe ahondar en la continuidad del estudio del problema jurídico, lo cual se propone como tema a seguir en próximas investigaciones, aunque, para generar aproximaciones a estas nuevas inquietudes, como a las planteadas para efectos de la resolución del actual problema de investigación, bien se podría recoger los pronunciamientos constitucionales al respecto, en los cuales la Corte Constitucional ha señalado, sobre asuntos como la asimetría de la información, lo siguiente:

La regulación de la publicidad comercial constituye uno de los mecanismos mediante los cuales el ordenamiento jurídico colombiano se ocupa de enfrentar los problemas de asimetría de información presentes, usualmente, en las relaciones de consumo. En efecto, tal tipo de vínculos se encuentra caracterizado, en general, por el hecho consistente en que uno de los sujetos

cuenta con especiales conocimientos acerca de las prestaciones objeto de contratación al paso que su contraparte, en una medida importante, carece de ellos. Atendiendo tal circunstancia y con el propósito de enfrentar la debilidad en la que se puede encontrar el consumidor resulta indispensable la intervención del Estado atribuyendo cargas de suministro de información, determinando las condiciones en que debe proveerse tal información y fijando las consecuencias contractuales o extracontractuales que se siguen de la información defectuosa o insuficiente.

En ese contexto, en el que el conocimiento de los consumidores puede resultar deficitario, se inscriben las diferentes reglas que en el anterior estatuto del consumidor -Decreto 3466 de 1982- y ahora en las regulaciones adoptadas por las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, se orientan a fijar obligaciones de información así como a regular los efectos jurídicos de la publicidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010)

Consecuencia de lo citado en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, aparece la responsabilidad que recae en entidades como la SIC, de hacer control y hacer defensa de los derechos de los consumidores en Colombia, sin embargo, esta responsabilidad a su vez se debe entender extendida al legislador, quien debe ser suficiente en la expedición de normas reguladoras de la publicidad entre agente comercial y consumidor final, toda vez que, la deficiencia de las mismas, puede llevar a prácticas abusivas por parte de aquellos que hacen uso de estos mecanismos comerciales.

Reduciendo las anteriores aseveraciones al caso de la publicidad encubierta, bien se podría decir que puede haber mayores actuaciones administrativas en la materia, a través de la SIC, si se logra solidificar la protección del consumidor a través de la regulación de la materia, es decir, habría que analizar hasta qué punto corresponde al legislador se más claro en el EC, siendo esta otra de las discusiones que se deja abierta al debate, aunque, como reflexión final del actual documento, se considera que sí se debe mejorar la discusión y contenido en Colombia en términos, no solo de la publicidad encubierta, sino de otros tipos de publicidades ilegales como la subliminal.

## **Conclusiones**

En Colombia existe una discusión sobre el contenido preciso de la publicidad engañosa, dejando de lado otro tipo de publicidades como subliminal o encubierta. Las cuales, abren la puerta a la ocurrencia sin pena alguna a este tipo de publicidad ilegal.

Es importante destacar que existe una latente necesidad de generar una discusión analista acerca del tema, por parte del estado colombiano. Ya que, este tipo de prácticas abusivas no tienen una clara sanción jurídica. Y si bien entidades como la SIC, tienen gran activismo sobre el tema de publicidad, en su doctrina solo se logra identificar la propensión a la defensa al consumidor, mas no la materialización efectiva hacia el mismo.

En este orden de ideas se puede tomar como ejemplificación de una correcta tipificación de las conductas ilegales, lo que ocurre en la legislación española respecto a la publicidad engañosa y sus diversas tipologías. Puesto que a través de dicha tipificación el legislador español brinda una adecuada protección al consumidor respecto a la publicidad engañosa.

En consecuencia, se puede inferir sin lugar a dudas que la normatividad colombiana no se encuentra completa frente a la protección del consumidor en sus diferentes tipos de publicidades ilegales, toda vez, que en el país solo se habla de publicidad engañosa, y como se ha estudiado, existen otros tipos de publicidades ilegales, que no han sido tomadas en cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, y ante todo lo expuesto a lo largo del presente escrito se hace latente la necesidad de una legislación más amplia en materia de publicidad en Colombia. Puesto

que, no se debe solo recaer en la tipificación de una sola modalidad de la conducta como lo es la publicidad engañosa, sino abrir la discusión para referir a toda publicidad ilegal adhiriendo así, la publicidad encubierta como publicidad ilegal. Generando mayor efectividad por parte del Estado colombiano frente a los contenidos publicitarios que van en detrimento del consumidor.

## Referencias

- Bautista, M. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Becerra, A. (2005). El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita. En: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad (editor). *Información para la paz Autocrítica de los medios y responsabilidad del público*, (169-182). Valencia: Fundación COSO.
- Castelló, A. (2015). La comunicación publicitaria con influencers. *REDMARKA UIMA*, 8(14), 21-50.
- Castro, Á. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de Internet en Colombia. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(1), 113-133.
- Chamie, J. F. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*, 24, 115-132.
- de Andrés, C. (2016). *Publicidad engañosa: con especial referencia a la publicidad encubierta y al product placement*. (Trabajo de grado en Derecho). Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Delvasto, C., & Cote Tami, P. (2014). El ambush marketing y el Mundial de Fútbol Brasil 2014: una reflexión a la luz de la regulación en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (52).
- Echeverri, V. M., & Ospina, J. E. (2015). La regulación de la publicidad en el nuevo estatuto del consumidor. Implicaciones desde la teoría del contrato. *Revista Opinión Jurídica*, 14 (28), 135-158.
- Flórez, G., & Rodríguez, J. (2017). La publicidad engañosa: estudios críticos. En: Flórez, G. (editor). *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo*:

- reflexiones desde el moderno derecho privado* (95-130). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Galarza, R. A. (2014). Clase política y medios: explorando el fenómeno de la publicidad política encubierta en México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 59(221), 51-76.
- López, P. S. (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. *IUS ET VERITAS*, 17(34), 179-200.
- Martínez, J. (2015). Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español. *Revista Opinión Jurídica*, 15(29), 101-122.
- Mejía, J. F. (2011). De la persuasión a la relación: convenciendo a la publicidad de su fin comunicativo. *Signo y Pensamiento*, 31(59).
- Mejía, K., & García, C. (2014). *Factores de la publicidad subliminal que influyen en la acción de compra de bebidas alcohólicas en consumidores universitarios de la ciudad de Medellín entre los 18 y 30 años de edad*. (Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Especialista en Mercadeo Estratégico). Medellín: Fundación Universitaria Luis Amigó.
- Muela, C., & Perelló, S. (2011). La publicidad desleal en la radio española: un análisis empírico. *Doxa Comunicación*, 12, 107-128.
- Ossa, D. (2013). Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(118), 407-441.
- Plata, L. C., & Monsalve, V. (2014). La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC): Ley 1480 de 2011. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120), 17-46.

- Rojas, M. (2014). Evolución del derecho de protección de datos personales en Colombia respecto a estándares internacionales. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 8(1), 107-139.
- Royo, M., & Miquel, S. (1999). La publicidad como fuente de información de consumo: diferentes aproximaciones conceptuales. *Estudios Sobre Consumo*, (49), 9-20.
- Soto, E. I. (2017). Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. *Ars boni et Aequi*, 6(1), 125-145.
- Vilajoana, S., & Cuerva, J. (2015). *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad?* Barcelona: Editorial UOC.
- Vilajoana, S. (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. Barcelona: Blanquerna.
- Villalba, J. (2012). El deber de información en el derecho del consumo. *Revista IUSTA*, 2(37), 97-119.