

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: ESTUDIOS CRÍTICOS

Germán Darío Flórez-Acero^{*}
Juan Carlos Rodríguez-Flórez^{**}

4

Resumen

El presente capítulo busca exponer el escenario actual de la defensa del consumidor con relación a la desprotección que se evidencia en la publicidad engañosa, a la cual el consumidor a diario se ve expuesto. Por otra parte, se analiza si el ordenamiento jurídico colombiano está cumpliendo con sus fines esenciales como Estado: velar por el interés general, mantener la dignidad de la persona humana y brindar una garantía real y efectiva de los derechos fundamentales del consumidor cuando interviene en el mercado para adquirir productos que muchas veces no cumplen las especificidades con las cuales se ofertan. Sin embargo, esto a veces resulta ser tan solo una utopía que se ve reflejada en la ponderación de la

.....

* Investigador del grupo GEPPi de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las universidades Católica, Nacional de Colombia y Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor invitado de las universidades de Alicante, Buenos Aires, de Chile, San Andrés de Buenos Aires y Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Master of Law in Intellectual Property, Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.

** Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; asistente del semillero de Derecho Privado y Propiedad Intelectual, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). E-mail: jcrodriquez36@ucatolica.edu.co, juan.rodriquezf1@gmail.com, Bogotá, Colombia.

primacía del consumidor vs. la oferta, o sea, el sector privado; por lo tanto, este fenómeno resulta siendo contrario a la realidad o, lo que es lo mismo, lo ofertado.

Palabras clave: Publicidad engañosa, consumidor, estatuto del consumidor, derechos, oferta y relaciones contractuales.

Abstract

The present article seeks to expose the current scene of the defense of the consumer with relation to the vulnerability that is demonstrated in the deceitful advertising, to which the consumer is daily exposed. On the other hand, it will be investigated if the juridical Colombian classification is expiring with his essential ends as State, to guard over the general interest, to support the dignity of the human person and to offer a royal and effective guarantee of the fundamental rights of the consumer when it intervenes on the market to acquire products which often do not fulfill the specificities with which they are offered. Nevertheless, this sometimes turns out to be only a delusion that sees the offer reflected in the weighting of the primacy of the consumer vs the offer or the private sector; therefore this phenomenon proves being an opposite at the time to the reality or what is the same the offered.

Keywords: Deceitful advertising, consumer, statute of the consumer, laws, offer and contractual relations.

Introducción

La importancia de los derechos del consumidor estriba en la relación contractual y de consumo en la que a diario toda persona se encuentra inmersa al momento de adquirir un bien o servicio, el cual generalmente está dirigido a satisfacer una necesidad básica o al mejoramiento de su calidad de vida.

Esta relación contractual es de común utilización, debido a que con el hecho de comprar lo necesario para el desayuno ya se está efectivizando el derecho; este es tan solo un ejemplo claro de la cantidad y variedad de celebración de contratos de compraventa que a diario se perfeccionan.

Por lo tanto, como en la mayoría de relaciones contractuales, hay una parte débil, la cual, en la relación contractual de consumo, es el comprador o consumidor, ya que desconoce información o aunque la conozca no sabe dimensionar su

importancia, y en el otro extremo de la relación se encuentra la parte dominante, que generalmente es el vendedor, comercializador, productor o fabricante, entre otros, el cual posee una información clara y precisa del producto ofertado.

Entonces, en aras de defender a la parte más débil en la relación contractual, el garante de la defensa de los consumidores, el Estado, mediante un derecho progresivo, ha implementado una serie de mecanismos de protección para el consumidor a fin de equilibrar la relación consumidor vs. vendedor, comercializador, productor, fabricante, etc.; todo ello, basado en el dinamismo de la economía y el desarrollo de los mercados, por ejemplo, la era de la globalización y las transacciones desplegadas por internet.

Por lo tanto, este escrito busca indagar: ¿es necesario modificar el alcance normativo del estatuto del consumidor colombiano para darle una mayor protección al consumidor respecto de la información y la publicidad engañosa presentada por los productos que circulan en el mercado nacional como garantía real y efectiva de los derechos fundamentales?

Como se mencionó, el consumidor es la parte débil o desprotegida y, por ende, surge la necesidad de mitigar los abundantes abusos de las diferentes entidades que tienen el control de los mercados.

Poco a poco en Estados Unidos y en la Unión Europea se buscó la defensa del consumidor, y como fruto de estos esfuerzos surgió la Carta Europea de los Derechos del Consumidor,²⁰⁹ la cual proclama diversos derechos, entre los cuales están:

[...] el derecho a la protección y la asistencia de los consumidores, derecho a la reparación de un daño que soporte el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos, derecho a la información y educación del consumidor, el derecho de asociación para organizarse y así intervenir en las decisiones que los afectaba.²¹⁰

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) acogió los diferentes lineamientos para que la implantación de estos derechos se extendiera, llegando así a

²⁰⁹ José Ovalle, *Derechos del consumidor* (México: Circuito Maestro Mario de la Cueva, 2000) 8.

²¹⁰ Jaime Rodríguez, "Derechos de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral" (La Coruña: Netbiblo S.L., 2008. http://www.cortsvalecianas.es/opaccgi/basis/tlpccvv/www/cat3/edw?w%3dmaterias1+ph+like+%27integracion+europea%27+and+tipo_de_material%3d%27monografia%27+order+by+primer_autor/a&m%3d1).

la proclamación universal de los derechos del consumidor,²¹¹ lo que proponía un imperativo a todos los países miembros para desarrollar políticas básicas de cada Estado. Como lo expresa Ovalle Favela, “las directrices de la ONU vienen a dar a los derechos del consumidor un carácter universal que rebasa el ámbito europeo reconocido en la carta de 1973 y en el programa Preliminar de 1975”.²¹²

A partir de este pronunciamiento, los Estados soberanos empezaron a incorporar en sus ordenamientos jurídicos la “protección fundamental de los derechos del consumidor”,²¹³ dentro de estos Estados se encuentra Colombia, donde el Decreto 3466 de 1982 marcó un precedente para la protección al consumidor en cuanto a la propaganda, la publicidad engañosa, la responsabilidad de los proveedores, las garantías y la calidad, entre otros, de los productos y servicios que circulan en el mercado.

Veintinueve años después fue promulgada la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expidió el Estatuto del Consumidor, que contribuyó con una transformación necesaria de acuerdo con el crecimiento del mercado nacional actual y la “globalización”,²¹⁴ al regular temas como: “comercio electrónico con mayor rigurosidad, publicidad engañosa, la suspensión de prórrogas en la prestación de un servicio, la garantía respectiva de los productos o servicios y el derecho de arrepentimiento”.²¹⁵

²¹¹ Consejo Económico y Social de la ONU, *Resolución 1981/62, directrices para la protección al consumidor* (23 de julio de 1981. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic906.htm).

²¹² Ovalle, *Derechos del consumidor*, 16.

²¹³ ONU, *Informe del Secretario General a la Comisión Sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de la ONU* (Washington: 19 de febrero de 1998).

²¹⁴ Globalización: Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 22ª edición.

²¹⁵ R. Madriñán, “Cambios en la tramoya: transformaciones en los contornos del Estatuto de Protección al Consumidor”, *Estudios Socio-Jurídicos* 9, n.º 1 (2007): 71-95.

Historia del consumidor

Los derechos del consumidor que conocemos hoy han tenido un desarrollo histórico que es importante resaltar, a fin de dar un contexto específico al lector que le permita una clara comprensión del objeto de estudio.

Antes del siglo XX, indica Lorenzetti, “estos derechos se presumían de las relaciones contractuales de los consumidores con los proveedores reguladas por las leyes materiales”,²¹⁶ como el código de comercio y el código civil, pero no se podía ejercer una garantía real y expresa en cuanto a protección de estos derechos, ya que estaban “fundamentados bajo el principio de la autonomía de la voluntad”.²¹⁷

El resultado era un desequilibrio en las relaciones de consumo, debido a que el proveedor contaba, por lo general, con más información y experiencia en este tema que los propios consumidores. Por ello se hizo necesaria la adopción de una normativa que transformara el panorama de desequilibrio de aquella época, con el fin de regir la relación de consumo por medio “del principio que aboga por las relaciones contractuales bajo el esquema de reciprocidad”.²¹⁸

Sin embargo, la génesis de la protección del consumidor se ajusta básicamente a la noción de la libertad contractual, que data del Código de Napoleón, debido a que el Estado empieza a intervenir en la figura de la contratación no con el objeto de resguardar un interés público, sino privado. Esta problemática empieza a evidenciarse hace no más de tres décadas:

De hecho el derecho del consumidor empieza a desarrollarse en el mundo jurídico en los años 60, a partir del reconocimiento del status de consumidor y de las especiales aristas que empiezan a perfilarse en la relación de consumo y que hacen posible diferenciarla de las tradicionales relaciones jurídicas civiles o comerciales.²¹⁹

En los países anglosajones encontramos la doctrina del *caveat emptor* (que el consumidor sea consciente), que en la formación e interpretación de los contratos

²¹⁶ Ricardo Lorenzetti, *Defensa del consumidor* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994) 10.

²¹⁷ Atilio Alterini, “El consumidor en la sociedad posmoderna”, *L&L* 818 (1996): 818. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919248.pdf>.

²¹⁸ G. Stiglitz y R. Stiglitz, *Derechos y defensas de los consumidores* (Barcelona: Ediciones La Rocca, 1994).

²¹⁹ C. R. Piris, *Evolución de los derechos del consumidor* (Corrientes, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste, s. f. http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf).

se postulaba como algo lógico y natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor y si este no utilizaba el sentido común para evitarlo, entonces no debía quejarse. En el derecho occidental moderno se arraigaron ciertos principios que datan de la Revolución francesa.²²⁰

Efectivamente, si a todos los seres humanos se los consideraba libres e iguales, era lógico que la contratación estuviera regida por el principio de autonomía de la voluntad y que entonces el contrato fuera ley para las partes. Por otro lado, en los tiempos previos a la sociedad de consumo el contrato era un acto casi excepcional y, por ese motivo, resultaba previamente negociado, discutido y acordado casi con detalle. El derecho en aquel tiempo solo debía intervenir para velar que la voluntad manifestada fuera realmente libre y, en definitiva, rodear de garantías a los negocios jurídicos de los particulares.²²¹

El individualismo y el principio de no intervención del Estado aplicados a la relación de consumo dieron origen a la “teoría del libre mercado y el consumidor individual”,²²² citada por Piris, en la cual se daba la premisa de que el empresario y consumidor se encontraban en un plano de igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda. Pero fue el escenario contractual el que mostró esta falacia, ya que el consumidor era frecuentemente víctima de abusos como consecuencia de detentar una situación de inferioridad en el mercado.²²³

Si bien siempre existió mercado y, consecuentemente, consumidores, la necesidad de brindar protección especial a estos se tornó necesaria en el ámbito de una sociedad de consumo²²⁴ y de un mercado “complejo, altamente diversificado. Combinación que sólo se dio en el mundo una vez empezaron a verse los frutos de la etapa de reconstrucción de posguerra (II Guerra Mundial). Previo a este

²²⁰ J. M. Arrighi, “Comercio internacional y protección del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (dirigido por G. Stiglitz, Buenos Aires: La Rocca, 1994) 71.

²²¹ Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²² T. Bourgoignie, “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa”, *Rev. J.A.* II (1993): 85.

²²³ Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²⁴ A. Benjamín, “Derecho del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994) 56-64.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

período el consumo no estaba limitado a satisfacer necesidades básicas pues era considerado algo negativo”.²²⁵

En lo que a defensa del consumidor se refiere, fue en 1960 cuando se dio un gran avance al crear la primera federación que agrupó las organizaciones de consumidores a escala mundial: la Organización Internacional de Uniones de Consumidores (IOCU). En 1970, Estados Unidos toma en cuenta la difusión pública de las denuncias de R. Nader a la General Motors por la inseguridad que presentaban algunos de sus modelos y emprendió acciones colectivas en su contra. Además, se fundó el Public Interest Research Group (PIRG) y más tarde la organización de consumidores Public Citizen.²²⁶

La defensa del consumidor se da en varias facetas. Por ello, para José Castañeda, la primera fase va de 1835 a 1950, debido a que en este periodo se dio origen al movimiento de consumidores, entre los derechos del trabajo y los del consumo, como también surgieron en Europa asociaciones de consumidores: Forbrugarradet (Dinamarca), Asociación de Consumidores (Alemania Federal), Asociación de Consumidores y Unión Femenina para la Información y la Defensa del Consumidor (Bélgica), Unión Federal de Consumidores Francesa. Lo mismo sucedió en Italia, Gran Bretaña, Suiza y en los países nórdicos.²²⁷

La segunda etapa va de 1950 a 1970, cuando se dio la explosión del consumo de productos de uso doméstico. En América Latina, especialmente en Argentina, se conformó la “sociedad de consumo” con base en el consumo masivo de los sectores asalariados; además, se impulsó la profesionalización de las organizaciones de consumidores. Claro que el avance real en la defensa de los derechos surgió cuando se buscó una verdadera protección de derechos por medio de las protestas de consumidores frente a la prestación de un bien o servicio. Las protestas se dieron en Argentina entre 1933 y 1934 por el alza desmedida en los precios

²²⁵ Pirié, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²⁶ José Castañeda Muñoz, “Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (1992): 195-205. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahukewjti7uuyk_xahwm2ymkhd5bbyuqfggkmaa&url=https%3a%2f%2frevistas.ucm.es%2findex.php%2fcese%2farticle%2fdownload%2fcese9292110195a%2f11190&usq=aovvaw1ol25vqv0wsf3wot-5v4who

²²⁷ Ibid.

de electricidad, el teléfono y el combustible. Estas protestas se prolongaron por varios años.²²⁸

La tercera faceta se dio cuando se buscó la protección y la regulación de mecanismos de defensa en pro de los consumidores. Su primer eslabón se encuentra en Manchester, Inglaterra, en 1844, cuando los obreros de la industria textil crearon la Sociedad de los Equitativos Pioneros de Rochdale. En 1929, con la Gran Depresión, surgieron las primeras manifestaciones de consumidores contra la especulación y en demanda de un control de precios. Bajo la misma línea, en 1928 se creó la Consumers Union en Estados Unidos, con un perfil específico de defensa de los consumidores.

La cuarta etapa va de 1980 a 1990, cuando comienza la protección del consumidor en Latinoamérica; por ejemplo, en 1980 se da la recuperación de la democracia en el continente y con ello los derechos de los consumidores. Linealmente, en 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Directrices para la Protección de los Consumidores, y fue este el gran ejemplo para que en 1986 se creara la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Consumers International (antes IOCU), con sede en Uruguay.²²⁹

La quinta etapa converge entre los años 1990 y 2000, cuando la protección del consumidor entró en la agenda estatal latinoamericana. En pleno siglo XXI se dieron unos saltos enormes en la historia de la protección del consumidor debido a los siguientes hechos. En 1990 se aplicó el modelo económico neoliberal, que fomentó un auge del consumo a corto plazo. El *shopping center* instaló nuevas formas de consumo y en América Latina se redactaron en forma generalizada códigos de protección al consumidor. En 1991 se firmó el Tratado de Asunción, que dio nacimiento al Mercosur, con lo cual el consumo se consideró a escala regional. En 1993 se celebró en Argentina el Congreso Nacional que sanciona la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. En 1994 se aprobó la nueva Constitución Nacional Argentina, que reconoce los derechos de usuarios y consumidores y se creó una serie de nuevas asociaciones de consumidores.

²²⁸ W. I. Morgenstein, "El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011". *Estudios Socio-Jurídicos* 17, n.º 1 (2015): 195-217. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v17n1/v17n1a06.pdf>.

²²⁹ Pablo Truscello, "Evolución y actualidad del derecho del consumidor en Argentina y el MERCOSUR", *Ratio Iuris Revista de Derecho Privado* vol. 1, no. 2 (2013): 164-191.

Posteriormente, en 1998, el Consejo Económico y Social de la ONU formuló una propuesta para ampliar las Directrices, introduciendo el tema del consumo sustentable. En Argentina se crearon los Tribunales Arbitrales de Consumo. En el verano de 1999, un apagón eléctrico tuvo durante 15 días sin suministro de energía a los habitantes de numerosos barrios de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual llevó a debatir públicamente el tema de los derechos de usuarios y consumidores.²³⁰

Este periodo es conexo con la sexta etapa, que va del año 2000 a la actualidad, pues se da un cambio hacia el consumo sustentable y la racionalización de los hábitos de consumo. Bajo esta premisa, en 2007 todas las provincias argentinas ya contaban con oficinas de defensa del consumidor y avanzó la creación de oficinas municipales.²³¹ En países como Colombia se avanza en la creación de normas de protección al consumidor, siguiendo estándares europeos y estadounidenses, y se expide la Ley 1480 de 2011.

Según Cristian Ricardo Piris, el desarrollo del derecho del consumidor no es algo reciente, sino de antaño, por lo cual indica:

[...] incluso el propio derecho mercantil, donde se desenvuelven casi la totalidad de las relaciones de consumo, se origina y desarrolla con una impronta del todo ajena a la realidad del consumidor. Este derecho tiene su génesis histórica en la edad media estrechamente vinculada al tráfico de mercancías entre comerciantes y por ello toma como punto de referencia a este sujeto y su actividad profesional. Podríamos decir que el derecho comercial se elabora de cara al proveedor y de espaldas al consumidor. A pesar de ello el consumidor no se encontraba totalmente indefenso, ya que teorías y garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían cierta protección al consumidor-comprador. Además, a partir de este siglo se empieza a regular al mercado, a través de leyes que reprimían los monopolios, que alentaban la lealtad comercial, y que exigían a los productos ciertas condiciones mínimas para ser comercializados, todo lo cual indirectamente beneficiaba al consumidor.²³²

²³⁰ J. López Camargo, "Derechos del Consumidor: Consagración constitucional en América Latina", *Emercatoria* 2, n.º 2 (2003): 2-40. <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>.

²³¹ Truscello, "Evolución y actualidad del derecho del consumidor", 18.

²³² Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

Concepto de consumidor

Luego de conocer *grosso modo* el desarrollo del derecho del consumidor, resulta pertinente definir qué es un consumidor y para ello la Ley 1480, en su artículo 5 numeral 3, lo define así:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.²³³

La doctrina también ha tratado de definir *consumidor* y, por esto, Juan Marcos Rivero ha sostenido que “el concepto de consumidor se encuentra vaciado de contenido, pues cada ley define, en función de una situación objetiva de peligro, a quién debe considerarse consumidor y son estos destinatarios los que se denominan genéricamente ‘consumidores’”.²³⁴

Por su parte, Javier H. Wajtraub advierte el origen del término *consumidor* relacionado con las ciencias económicas, aunque actualmente haga parte del mundo jurídico. Según el autor:

[...] para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.²³⁵

Así, al consumidor le interesa el valor de uso, mientras que al empresario, el valor de cambio. El consumidor es el último eslabón en la secuencia económica.

²³³ Congreso de Colombia, *Ley 1480 de 2011 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor* (Bogotá: Diario Oficial 48.220 de octubre 12 de 2011).

²³⁴ J. M. Rivero, *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* (Medellín: Diké, 1997) 14.

²³⁵ J. H. Wajtraub, “La noción de consumidor tras la reforma de la Ley 24240”. En *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor* (coordinado por R. Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: 2008) 155.

Normativa de protección al consumidor

Ahora bien, como ya se precisó lo que se entiende por *consumidor*, resulta pertinente hablar de la evolución normativa en el sistema jurídico colombiano con respecto a la protección al consumidor.

Cabe mencionar que las garantías y derechos del consumidor, antes de incluirse en una ley como la 1480, se encontraban consagradas en el Código Civil, que data de 1887. En él se regularon temas como las obligaciones del vendedor y las instituciones para la protección al comprador, como el saneamiento por vicios redhibitorios, el cual se daba específicamente cuando el bien tenía vicios ocultos en su funcionamiento, y el saneamiento por evicción, cuando la posesión se perdía por problemas jurídicos, mediante una sentencia judicial.²³⁶

Consecuentemente, el Código de Comercio (en adelante C. Co.) incluyó dos nuevas modalidades de protección al consumidor: la total, es decir, cuando al producto vendido se le incluye la garantía, lo que por presunción se determina como una venta con garantía,²³⁷ y la de vicios de calidad, aunque de esta se excluía el hecho de que se revisara la mercadería y no se presentara ninguna protesta.²³⁸

Dichas protecciones se quedaban cortas, ya que eran normas estrictas y, además, presentaban vacíos normativos, pues exigían bastantes requisitos, plazos de caducidad muy precarios y acciones de reclamación largas y dispendiosas, generando una acción retrógrada en el comprador, pues este determinaba no impetrar ninguna reclamación judicial. Por ello, en 1971 se expidieron las primeras normas de defensa a los consumidores con el Decreto 2416 de 1971, en el que se consagraron normas técnicas de calidad. Luego, la Ley 9 de 1979 consagró medidas para la protección del medio ambiente y normas sobre calidad del suministro de agua, alimentos, aditivos, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos de uso doméstico, etc., lo que usualmente se conoce como el Código Sanitario Nacional, sin ser realmente un código.²³⁹

²³⁶ *Código Civil Colombiano* (Bogotá: Legis, 1887) arts. 1893 a 1927.

²³⁷ *Código de Comercio* (Bogotá: Legis, 1971) arts. 932 y 933.

²³⁸ *Ibid.*, art. 939.

²³⁹ J. E. Ibáñez, "Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal". En *Política y derecho del consumo* (Bogotá: El Navegante Editores, 1998) 60.

Posteriormente, el Estado colombiano decidió tener una postura de intervención en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, para lo cual promulgó la Ley 73 de 1981 como consecuencia de la normativa de control de precios de la década de 1950. En la Ley 73 de 1981, básicamente se otorgó al Ejecutivo facultades temporales para regular la protección al consumidor en temas como mecanismos y procedimientos administrativos para establecer la responsabilidad de los productos por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que ofrecen en el mercado, así como para fijar las sanciones pecuniarias o relativas al ejercicio de su actividad, que deban imponerse a los infractores.²⁴⁰

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1320 de 1982 y fue desarrollada por múltiples normas, como el Decreto 1441 de 1982, en el que se regulan la organización, el reconocimiento, el control y la vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores. Según este Decreto, una liga de consumidores es

[...] toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos.²⁴¹

Luego se expidió el Decreto 3466 de 1982, el cual contenía definiciones básicas del derecho del consumo, como el consumo y sus similares. Este decreto fue conocido como “Estatuto General del Consumidor” y sería reemplazado integralmente por la Ley 1480. En dicho decreto se dictaron normas tocantes a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, así como la responsabilidad de sus productores, expendedores, proveedores, etc. Además, incluyó los conceptos de consumidor, productor, proveedor, propaganda comercial, idoneidad y calidad de un producto o servicio; también reguló múltiples registros de calidad e idoneidad en bienes y servicios, consagró las garantías que pueden tener los productos, incluyendo una supuesta garantía mínima presunta,

²⁴⁰ D. Ossa Gómez, “Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n.º 112 (2012): 203-239. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/1036/934>.

²⁴¹ Presidencia de la República, *Decreto 1441 de 1982 por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores* (Bogotá: Diario Oficial 36.024 de junio 11 de 1982) art. 1.

así como procedimientos administrativos y judiciales para sancionar el incumplimiento de las obligaciones allí impuestas y para que el consumidor afectado por un producto o servicio inadecuado o defectuoso pueda obtener una indemnización por daños y perjuicios.²⁴²

En aras de un derecho paulatino en defensa del consumidor, se expidieron los decretos 3467 y 3468, ambos de 1982, por medio de los cuales se dictan las normas relativas a las ligas y asociaciones de consumidores y se organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor. A la postre, con el Decreto 2876 de 1984 se dictaron reglas de control de precios y con el Decreto 1009 de 1988 se crearon y organizaron los Consejos Departamentales de Protección al Consumidor. En 1985, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 32-248,²⁴³ por medio de la cual instó a los países miembros a fortalecer la reglamentación en pro de los consumidores, institucionalizando sus políticas sobre la materia en normas de la mayor jerarquía posible.

Consecutivamente se expidió la Ley 45 de 1990,²⁴⁴ que regula lo tocante a la intermediación financiera y el ejercicio de la actividad aseguradora; además se previeron cánones que velan por la protección del usuario, dentro de los cuales se pueden destacar los artículos 77 al 88. En un avance de los derechos al consumidor se le dio un tratamiento constitucional proteccionista y progresivo en el artículo 78 superior al versar:

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.²⁴⁵

.....
²⁴² Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 205.

²⁴³ ONU, Resolución 32-248 de la Asamblea General (Washington: ONU, 1985. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>).

²⁴⁴ Congreso de Colombia, *Ley 45 de 1990 por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera* (Bogotá: Diario Oficial 39.607 de diciembre 19 de 1990).

²⁴⁵ *Constitución Política de Colombia* (Bogotá, 1991).

Con el fin de cumplir este mandato constitucional, se promulgaron diversas normativas en consonancia con el artículo 13 superior, dentro de los que se destacan los decretos 2152²⁴⁶ y 2153²⁴⁷ de 1992, los cuales reestructuraron el Ministerio de Desarrollo Económico y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), otorgándoles funciones de protección al consumidor, de vigilancia y acreditación de las normas técnicas y de calidad. También estas entidades fueron investidas con poderes investigativos y sancionatorios de conductas atentatorias contra la libre y leal competencia, incumplimientos en normas de calidad e idoneidad de productos y atentados contra los derechos del consumidor. De la misma manera, fueron facultadas para atender y dar trámite a las quejas formuladas por los particulares respecto a las violaciones sobre protección a derechos del consumidor.²⁴⁸

Subsiguientemente, con la promulgación del Decreto 2269 de 1993 se organizó el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, cuya finalidad es promover en los mercados la seguridad, la calidad y la competitividad del sector importador de bienes y servicios y proteger los intereses de los consumidores.²⁴⁹

En lo tocante a la protección del consumidor con respecto a los servicios públicos domiciliarios, se expidió la Ley 142 de 1994,²⁵⁰ con la cual se establecieron las comisiones para promulgar la regulación económica de los monopolios en la prestación de tales servicios cuando la competencia no sea posible, y para promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos, todo con apego al principio de eficiencia, el cual implica que se evite a toda costa el abuso de la posición dominante y, por el contrario, impere que se presten servicios de calidad.

Esta ley fue complementada por las leyes 689 de 2001, 1117 de 2006 (derogada parcialmente por las leyes 508 de 2008 y 1215 de 2008) y por la Ley 1117

²⁴⁶ Presidencia de la República, *Decreto 2152 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico* (Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992).

²⁴⁷ Presidencia de la República, *Decreto 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio* (Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992).

²⁴⁸ Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 217.

²⁴⁹ Presidencia de la República, *Decreto 2269 de 1993 por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología* (Bogotá: Diario Oficial 41.110 de noviembre 16 de 1993) art. 1.

²⁵⁰ Congreso, *Ley 142 de 1994*.

de 2006. El Decreto 2100 de 1994 creó el Consejo Nacional de Competitividad, como organismo asesor del gobierno nacional en temas relacionados con la calidad, productividad y competitividad del país.²⁵¹

Dos años después, en 1996, se expidió la Ley 256, por medio de la cual se dictaron normas sobre competencia desleal y se salvaguardó a los consumidores de manera indirecta, pues en dicha normativa se buscó garantizar una libre y leal competencia en la que los productores y comerciantes compitieran en aspectos como mayor variedad, calidad y bajos precios. Por otra parte, se declararon de forma cognoscitiva e interpretativa los actos que constituyen competencia desleal, dentro de los cuales se encuentran los de confusión, desviación de clientela, desorganización y descrédito de otros comerciantes, entre otros.²⁵²

Luego se promulgó el Decreto 990 de 1998, que contiene el reglamento de los usuarios del servicio de telefonía móvil celular y consagra, además, un catálogo de derechos para los usuarios de estos servicios, así como algunas obligaciones laxas para sus operarios; también da ciertas definiciones básicas, como qué debe entenderse por factura, operador, suscriptor, contratos de servicios, etc. Ese mismo año se promulgó la Ley 446, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia; su artículo 145 consagra algunas funciones de la SIC en pro de la protección de los consumidores, funciones que posteriormente la Corte Constitucional, por medio de Sentencia C-1071 de 2002, consideró jurisdiccionales.²⁵³

Sin embargo, dicha normativa fue modificada por la Ley 472 de 1998, ya que se transformó el procedimiento para la solicitud de la indemnización de daños y perjuicios consagrada en los artículos 36 y 37 del antiguo Estatuto del Consumidor, estableciendo que esta indemnización debe reclamarse por la acción de grupo contenida en esta ley.²⁵⁴

En lo tocante al consumidor financiero, mediante la Ley 1328 de 2009 se dictan algunas medidas en materia financiera, de seguros y del mercado de

.....
²⁵¹ Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 217.

²⁵² *Ibid.*, 218.

²⁵³ *Ibid.*, 218.

²⁵⁴ Congreso de la República, *Ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones* (Bogotá: Diario Oficial 43.357 de agosto 6 de 1998) art. 69.

valores. Además, el Título I establece qué debe entenderse por cliente, usuario, consumidor financiero, entidades vigiladas, etc. Así consagra los principios o derroteros por los cuales deben regirse las entidades vigiladas y los consumidores financieros. Por otra parte, esta ley otorga una serie de derechos al consumidor financiero, especialmente los relacionados con el derecho de información. Así mismo, se determinan las obligaciones de las entidades vigiladas y se impone la obligación de implementar el Servicio de Atención al Consumidor Financiero (SAC) para propiciar la atención, información, educación y respeto de este.²⁵⁵

Mediante la misma ley se insta a la creación de la Defensoría del Consumidor Financiero, a la cual se le dota de autonomía e independencia con el fin de que establezca las medidas para la protección de los derechos de los consumidores financieros, dentro de las cuales se destaca la prohibición de pactar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (se enuncia una lista de cláusulas consideradas abusivas) y prescribe que tales cláusulas, de ser pactadas, se considerarán como no escritas. Finalmente, señala el régimen sancionatorio para las entidades que transgredan los derechos y obligaciones previstos en esta norma.²⁵⁶

Por último, se encuentra la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor. Unos de sus principales aspectos son la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad, el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas, la educación del consumidor, la libertad de constituir organizaciones de consumidores, la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten y la protección especial a niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido con el Código de Infancia y Adolescencia; todo lo anterior, en consonancia con el auge del comercio electrónico.

Con este desarrollo normativo se ha logrado evidenciar que los derechos del consumidor en el sistema jurídico colombiano se han venido gestando de una forma paulatina debido a la incursión de nuevas modalidades de ofertas y consumo, por ejemplo, el internet.

²⁵⁵ Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 219.

²⁵⁶ *Ibid.*

Origen e historia de la publicidad engañosa

El mercado de consumo aumentó de forma exponencial en las últimas décadas y una de las modalidades en las que se evidenció su crecimiento desmedido fue la publicidad, por ser una de las mejores formas de promocionar los productos con el fin de ampliar el mercado. Por esto la investigadora española Cristina Santamaría opina:

[...] la publicidad ha sido la gran encargada de producir la parafernalia de la imago mitológica de los valores fundamentales de la cultura de occidente, los cuales, inexorablemente, tienden a aludir al mercado en tanto institución central del amplio y cambiante mundo de las mercancías materiales y de las intangibles axiologías de dominación, es decir de la producción de mercados ideológicos.²⁵⁷

De la misma forma como se amplió el mercado, también surgieron desventajas para el consumidor, como es el caso de la *publicidad engañosa*, definida por Edwin Farfán como “un conjunto de situaciones, de muy diversa índole, encargadas de intentar agrupar todos los peligros de los cuales el consumidor es víctima frente a la publicidad”. Además la clasifica en cuatro grupos diferentes de situaciones en las que se protege al consumidor frente a la publicidad: “violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos”.²⁵⁸

A su turno, Manuel Santaella señala que se pueden distinguir tres variedades de publicidad engañosa: “[...] la que afecta el comportamiento económico de los destinatarios, la que perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor y aquella que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios”.²⁵⁹

Ahora bien, como en esta relación de consumo quien ostenta la posición dominante es el vendedor, fabricante o comercializador, esto indica que la aparición de la publicidad engañosa tratará de hacer parte de la relación de consumo. Esto se debe, según Francisco Sandoval, a “las múltiples formas bajo las cuales puede

²⁵⁷ C. Santamaría, “La publicidad como voluntad de representación”, *Revista Política y Sociedad*, 39 n.º 1 (2002): 35.

²⁵⁸ E. Farfán, “Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”, *Estudios de Derecho LXV*, n.º 145 (2008): 220.

²⁵⁹ M. Santaella, *El nuevo derecho de la publicidad* (2da. ed. Madrid: Civitas, 1989) 86.

realizarse la inducción al error y los variados elementos de un bien, actividad o servicio sobre los cuales puede recaer dicha inducción a error”.²⁶⁰

Por otra parte, así como salta a la vista un problema social de constante vulneración de derechos del consumidor, también es menester evitar el menoscabo de los derechos del consumidor colombiano, y para ello la Corte Constitucional en la Sentencia T-381 de 1994 aclarara que el medio idóneo para preservar los derechos fundamentales de los consumidores frente a la publicidad es la autorregulación, pues esta permite controlar la constitucionalidad del mensaje antes de que sea emitido, ya que si se permite esto, el derecho constitucional será violado y lo único que se podría hacer sería pasar a la indemnización de perjuicios, si diera lugar, o a la rectificación del anunciante frente a lo dicho.

Esto concuerda con lo que el autor colombiano Luis Gabriel Botero sostiene, en cuanto a que en la publicidad la responsabilidad social incorpora el respeto por los derechos fundamentales como un mecanismo de autorregulación y protección. Por esto, “cuando se presenta un choque entre la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, son estos el límite para el primero, es decir, siempre que la libertad de expresión vulnere un derecho fundamental debe ceder ante este”.²⁶¹

Esta cesión debe entenderse bajo la primacía del interés general sobre el particular en aras de proteger los derechos del consumidor de la publicidad engañosa y aquellos otros medios que alteran la oferta de un bien o servicio.

Otro tratamiento a esta pugna entre los derechos de los consumidores y la libertad de expresión es mediante la ponderación y el balanceo, como lo denominó Robert Alexy, pues con el artículo 20 de la Constitución Política, que consagra la libertad de opinión, prensa e información, se puede comenzar a construir la veracidad como un principio general del derecho publicitario que ha de irradiar las diferentes leyes y reglamentos que se dicten sobre esta actividad.

Como lo dice el autor colombiano Jorge Jaeckel, la veracidad, como principio general que rige la publicidad, se centra en que

[...] aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reinen

²⁶⁰ F. Sandoval, “Publicidad engañosa”, *Revista Universidad de Chile*, n.º 230 (2005): 45.

²⁶¹ Luis Gabriel Botero, *Qué se puede hacer y qué no en publicidad* (Medellín: Hombre Nuevo Editores e Instituto de Artes, 2004).

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida.²⁶²

Es preciso traer a colación nuevamente la jurisprudencia que denota cómo al consumidor se le están vulnerando constantemente sus derechos fundamentales, por ser el destinatario final de los bienes y servicios. Se presume que estos derechos no solo deberían ser garantizados por la entidad encargada, sino que también debería existir una protección por parte de los organismos administrativos y jurisdiccionales. Ya que estas categorías de derechos son inherentes al ser humano, el Estado debe darles prevalencia a estos en cualquier caso de confrontación con respecto a otros; por esto el Consejo de Estado “Presume y especifica la buena fe, la confianza legítima sobre las empresas encargadas de la fabricación y distribución de productos”.²⁶³

Atendiendo a lo anterior, los órganos administrativos deben ser los garantes del consumidor, los cuales no podrán imponer una carga adicional al consumidor.²⁶⁴

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como órgano máximo encargado de impartir justicia en la jurisdicción ordinaria, expone que toda información de un producto debe ser veraz para no incurrir en la sanción que contempla la ley, debido a que los productores y proveedores tienen responsabilidad solidaria con respecto a todos sus productos,²⁶⁵ por lo que deberán resarcir todos los perjuicios causados debido a la imperfecta información y elaboración del producto que circula en el mercado. La Sentencia del 4 de abril de 2001 deja entrever que la

²⁶² J. Jaeckel Kovacs, “Publicidad engañosa y publicidad comparativa”, *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados* 24, N.º 198 s. d.

²⁶³ Consejo de Estado de Colombia, *Expediente No. 2012-00607-01* (Sección Primera, 24 de septiembre de 2015. MP María Elizabeth García González).

²⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), *Resolución 17532* (Bogotá: Diario Oficial s. n. 26 de marzo de 2010).

²⁶⁵ F. García Sais, “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Privado, Nueva Época* III, n.º 9-10 (2004): 37-42.

protección al consumidor promedio²⁶⁶ colombiano, más que normativa, debe ser real y eficaz.²⁶⁷

Criterios filosóficos de protección de la publicidad engañosa

La protección de los derechos no es una tarea fácil para el Estado; sin embargo, al ser garante de sus prohijados, se le atribuye una responsabilidad adicional, la de poner en funcionamiento cada uno de los aparatos institucionales en pro de los derechos de sus gobernados. Este no es un tratamiento de los Estados modernos, esta idea deviene, más bien, de la necesidad de las personas de agruparse y buscar protección en una figura llamada Estado.

Se realizará una abstracción de los planteamientos filosóficos de Kant, Dworkin y Kelsen —aunque hay muchos otros filósofos, como Robert Alexy, que darían asidero a la defensa de los derechos del consumidor—, a fin de establecer que la protección de los derechos del consumidor está endilgada al Estado.

Con referencia a este tema, Kant dice:

Los pueblos, como Estados que son, pueden considerarse como individuos en estado de naturaleza, es decir, independientes de toda ley externa, cuya convivencia en ese estado natural es ya un perjuicio para todos y cada uno. Todo Estado puede y debe afirmar su propia seguridad, requiriendo a los demás para que entren a formar con él una especie de constitución, semejante a la constitución política, que garantice el derecho de cada uno.²⁶⁸

Sin dejar a un lado la importancia de lo reseñado anteriormente, también dice Kant que la comunidad que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la Tierra ha llegado hasta el punto de que la violación de un derecho repercute en todos los demás pueblos, de allí que podamos inferir sobre la idea no tan descabellada de un derecho de ciudadanía mundial, argumento que nos permite investir

²⁶⁶ El consumidor promedio es la persona que interpreta la publicidad en la forma natural en la que le es transmitida, sin darle a las palabras e imágenes un alcance distinto del que naturalmente tienen, e interpretándolas en una forma superficial, sin realizar un análisis profundo o detallado, tal como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado. Pronunciamento de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

²⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, *Sentencia Expediente No. 5716* (Sala de Casación Civil y Agraria, 4 de abril de 2001. MP: Jorge Antonio Castillo Rugeles).

²⁶⁸ I. Kant, *La paz perpetua* (6ta ed. Madrid: Tecnos, 1998).

de fundamento epistemológico pertinente nuestra solución a la vulneración de los derechos del consumidor.²⁶⁹

Presumiendo que se pronuncien dichos Estados con una normativa legal internacional legitimada con base en los derechos fundamentales del consumidor, se permitirá hablar de justicia para los consumidores. Por esta razón, Dworkin expresa: “[Se] llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.²⁷⁰

Para Dworkin, hablar de *principio* es finalmente hablar de los derechos fundamentales, aquellos que permanecen en el tiempo y requieren ser legitimados mediante las normas. Este filósofo aboga por la integralidad del sistema jurídico, en el cual sean concomitantes tanto las directrices políticas y las normas jurídicas como los principios que reunidos tendrán como objetivo final la justicia; al lograr esto se podrá decir que el derecho le responde de manera efectiva al problema de este grupo específico de la humanidad: los consumidores.

En cuanto a la justicia para nuestro consumidor, Kelsen reconoce que “está hecha de moral, es un valor que busca la libertad, la igualdad y la tolerancia de más valores, por ello es relativa, depende de cada persona, pero puede ser objetivizada en la norma jurídica que entrará a regular las conductas”,²⁷¹ generando así felicidad en los seres humanos y dando como resultado una mayor libertad, que es un principio social referido a la capacidad de decidir. Sin embargo, debido a que se debe tener en cuenta que la felicidad de uno causa infelicidad al otro y que esto crea un conflicto, para dirimirlo se debe obedecer a la legalidad derivada de la norma jurídica.

Regulación normativa de la publicidad engañosa

La *publicidad* en el sistema jurídico colombiano ha de entenderse, según el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480, como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”.

.....
²⁶⁹ Ibid., 13.

²⁷⁰ R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2000) 56.

²⁷¹ H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (Barcelona: Ariel, 2005) 21.

En cuanto a la *publicidad engañosa*, el numeral 13 la define como “aquella en cuyo mensaje se presente una información que no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”.

En lo que respecta a la protección contra la publicidad engañosa, esta ley, en su artículo 30, consagra unas prohibiciones y responsabilidades con respecto a la publicidad, en las que se destaca que 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 los daños y perjuicios causados.

También se determina como una acción jurisdiccional la protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios dentro de otras por información o publicidad engañosa.

Luego de la Ley 1480 se promulgó el Decreto 1369 de 2014, por el cual se reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos. Este decreto continúa la misma línea de protección al consumidor respecto de la publicidad engañosa, tanto así, que en su parte considerativa se limita a transcribir literalmente los artículos 3 (numerales 7, 8, 12) y 5 (numerales 13, 23 y 29) de la Ley 1480.

Limitantes de la publicidad engañosa

Como el ámbito de protección al consumidor es un sistema integral, en él deben confluir muchos derechos, como los de la libertad, la dignidad, la imagen y la propiedad intelectual, de la infancia. Además de otro no menos importante en nuestro país: el de la libertad de empresa.²⁷²

²⁷² V. Rodríguez, “¿Cuál es el límite de la publicidad engañosa?” *El Economista*, septiembre 17 de 2006.

Ilícita

En el sistema jurídico colombiano la publicidad engañosa, desleal, subliminal o que infrinja lo reglado con respecto a la difusión de determinados productos, bienes o servicios es considerada publicidad ilícita.

Primordialmente, está prohibida la publicidad “que atenta contra la dignidad de la persona o que vulnera los valores y derechos reconocidos por nuestra Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.²⁷³

Engañosa

Ha de entenderse como aquella publicidad que induce a confusión en cualquiera de los siguientes aspectos: características de los productos o servicios; precio; condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización o entrega; motivo de la oferta; naturaleza del anunciante, o servicios postventa.

Esta confusión puede deberse a que alguno de estos datos se silencie o induzca a error. Además, la publicidad relativa a ciertos bienes debe ser aprobada por un organismo competente antes de su difusión. En el caso de los medicamentos que no precisan prescripción médica, por parte del Ministerio de Salud; y en el de los de carácter económico, como productos financieros, por los de Economía y Hacienda.²⁷⁴

Desleal

Según la ley, este tipo de publicidad es la que denigra o menosprecia de forma directa o indirecta personas, empresas o productos, tanto por el contenido del anuncio en cuestión, como por la forma de presentación o difusión.²⁷⁵

.....
²⁷³ Ibid., 23.

²⁷⁴ Ibid., 23.

²⁷⁵ Ibid., 24.

Comparativa

Pese a entrar en el apartado de publicidad desleal, la comparativa sí está permitida por la ley. Sin embargo, es una de las más controvertidas porque la línea que la separa con la desleal es muy delgada. Para empezar, la definición es muy genérica: “[...] alude explícita o implícitamente a un competidor o los bienes ofrecidos”.²⁷⁶

A partir de ahí, se establece una serie de requisitos para considerar un anuncio como publicidad comparativa. Por ejemplo, si se realiza de forma objetiva entre una o más características esenciales, pertinentes o verificables de los productos, entre las cuales se puede incluir el precio. “Eso sí, no puede sacarse ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial de algún competidor”.²⁷⁷

Concepto de la genialidad creativa

Con el fin de determinar un concepto global de genialidad creativa, se debe primero tener una aproximación a lo que es la creatividad, pues su definición se encuentra permeada por palabras en cuyo sentido literal existe un sinónimo; de igual forma, es necesario considerar la existencia de diversas orientaciones basadas en teorías antiguas y modernas. En algunos casos se le da más importancia al proceso, al potencial o las condiciones o capacidades innatas de las personas para crear. En otras situaciones, se brinda un enfoque sobre el producto creativo o se considera que debe ser una mezcla de ambas líneas de pensamiento, pero también se estudia la influencia que tiene el ambiente sobre las personas creativas.²⁷⁸

Es significativo tener en cuenta los sinónimos con los que se ha relacionado la palabra *creatividad*. Monreal, por ejemplo, manifiesta que la creatividad se encuentra íntimamente relacionada con la *genialidad*, aunque también se emplean sinónimos como *originalidad*, *productividad*, *inventiva* y *descubrimiento*.²⁷⁹ Por su parte, Corbalán, Martínez y Donolo expresan que es difícil distinguir

²⁷⁶ Ibid., 24.

²⁷⁷ Ibid., 24.

²⁷⁸ Y. Chacón Araya, “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, *Actualidades Investigativas en Educación* 5, n.º 1 (2005): 2-30.

²⁷⁹ J. Corbalán Berná, “¿De qué se habla cuando hablamos de creatividad?”, *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, n.º 35 (2008): 11-21.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

creatividad de otros conceptos como genialidad, superdotación o arte y que se debe tener paciencia para llegar a un consenso respecto a la definición de este complejo constructo.²⁸⁰

Torre, citado por Trigo y De la Piñera, reúne cuatro ámbitos de la creatividad enfocados en categorías de personas; el genio creador, con condiciones excepcionales para la creatividad; la persona creadora, que expresa su creatividad en obras de valor; la persona creativa, que involucra a cualquiera que tenga el potencial para hacer cosas nuevas, mejores o diferentes, y la persona pseudocreativa, que utiliza la creatividad para destruir o generar corrupción.²⁸¹

Monreal opina que el término *creatividad* “se aplica tanto a las personas (creadores, creativos) como a los productos (ideas u obras creativas) o a los procesos creadores o a los entornos y ambientes (educación creadora, familia creativa) y son muchos los componentes que la integran”.²⁸²

Entre tanto, la jurisprudencia, mediante la Sentencia C-592 de 2012 de la Corte Constitucional indica que la creatividad es

[...] de quienes inventan formas abiertas o sutiles, directas o indirectas, generales o específicas, de control previo parece no tener límites. Por eso, en esta materia, no se puede dejar de recordar que, en los orígenes de la democracia moderna, una de las batallas célebres en defensa de la libertad de prensa se dio precisamente contra una modalidad de control previo, denominada licenciamiento.²⁸³

En síntesis, el proceso creativo involucra todos estos aspectos. De este modo, las orientaciones que se han planteado permiten determinar la creatividad, ya sea como proceso o producto o enfocándose en la persona creativa. Para ello se cuenta también con diferentes propuestas de modelos y teorías.²⁸⁴

Pero en lo que respecta a la genialidad creativa en materia publicitaria, ha de entenderse como el diseño de campañas con mucho de arte y de estilo, en las que

²⁸⁰ J. Corbalán, F. Martínez y D. Donolo, *Manual Test CREA. Inteligencia creativa. Una medida cognitiva de la creatividad* (Madrid: TEA Ediciones, 2003).

²⁸¹ Eugenio Trigo Aza y S. De La Piñera, “Creatividad, motricidad y formación de colaboradores”. Barcelona: INDE Publicaciones, no. 56 (1999) 113.

²⁸² C. A. Monreal, “*Qué es la creatividad*” (Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2000).

²⁸³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-592* (Bogotá: 25 de julio de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁸⁴ Chacón, “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, 5.

muchas veces es difícil averiguar qué es lo que realmente se está anunciando, pero que en pocos días es algo renombrado y conocido por el gran público.²⁸⁵

Por su parte, Clara Hernández indica que el rasgo más básico que define la genialidad creativa radica en la novedad. No obstante, no se constituye en la condición indispensable para el desarrollo de la creatividad. Así mismo, considera que a la creatividad debe añadirse un valor de utilidad, de modo que permita la resolución de problemas y satisfaga las exigencias planteadas.²⁸⁶

Entonces, ¿cómo debe ser esta creatividad? J. J. Pérez Cuesta y Rafael Esteve, en su libro *Rompefrenos*, indican que debe ser rompedora y vendedora, debe buscar la manera de conseguir no solo que brille en festivales y premios, sino que brille para el anunciante y consiga mejorar sus resultados.²⁸⁷

La creatividad, además, funciona primero mediante el desarrollo de una estrategia y la elaboración de una idea, luego se mira a través de qué medios se desarrollará, y si no se encuentra un camino fácil para que la gente pueda llegar a ella, se crea uno nuevo. Una buena idea no tiene por qué necesariamente estar circunscrita en el marco de una valla, una pantalla o una gráfica, porque quizá la experiencia de la marca se viva mejor a través de otros medios y soportes. Las marcas van a necesitar encontrar sus propios espacios, su universo particular y exclusivo que les permita ofrecer auténticas experiencias de marca.²⁸⁸

Distinción entre publicidad engañosa y genialidad creativa

La creatividad publicitaria a la hora de publicitar un producto se esconde bajo camuflajes terminológicos, pero el hecho de que la palabra es creadora, no indica que no sea embaucadora.²⁸⁹ La publicidad engañosa, por su parte, causa perjuicio

²⁸⁵ R. Cerdá Sanjuan, *Manual de publicidad* (Colección Publicaciones GMC. Onteniente, España: Gestión y Mecanizaciones Contables SL., 2000).

²⁸⁶ G. Jiménez Marín, D. Polanco Serrano y J. Jódar Marín, "Innovación tecnológica y creatividad. Los nuevos soportes publicitarios en el marco de la era digital". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 47-54. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

²⁸⁷ C. Balado Albiol y E. Brea Franch, "¿Cómo crear para el medio exterior en el entorno de las nuevas tecnologías?". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 134. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

²⁸⁸ *Ibid.*, 24.

²⁸⁹ J. Sabaté López, J. Solanas García y C. Martorell Castellano, "De jumbo a internet: ¿no será que no hay nada tan nuevo en creatividad y en publicidad?". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 87. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

al consumidor o usuario de forma directa porque lo manifestado no concuerda o es insuficiente con la realidad del producto, de manera que induce o puede inducir en error, engaño o confusión. Por ejemplo, indicar que se trata de un yogur cuando en realidad la tabla de nutrición indica que es una bebida a base de yogur. Estas actuaciones defraudadoras son las que menoscaban los derechos del consumidor.

La genialidad creativa es utilizada para dar a conocer un producto o generar recordación de la marca en el consumidor utilizando diversos mecanismos creativos, y por este actuar no se prevé responsabilidad; en cambio, la publicidad engañosa sí posee una responsabilidad de reparación tanto para la empresa o marca como para el medio de comunicación utilizado para la divulgación de la publicidad comercial.

Sin embargo, hay posiciones como la de Fernando Ramos, quien indica que, conforme a la Directiva 84/450 de la Unión Europea, no hay diferencias entre publicidad engañosa y genialidad creativa, sino que, por el contrario, han de entenderse como similares.²⁹⁰

Para finalizar este apartado es necesario traer a colación unos ejemplos tanto de genialidad creativa como de publicidad engañosa, a fin de finiquitar la diferenciación.

- *Doña Gallina* (genialidad creativa) realizó una publicitación y recordación de la marca cuando a un niño lo manda su mamá a la tienda para que traiga un caldo de gallina, y para generar recordación hace la imitación de una gallina diciendo: “Doña Gallina, Doña Gallina”.
- *Coca-Cola*, mediante sus campañas no solo genera recordación de la marca, sino que despliega un precedente de la búsqueda de la felicidad, y el hecho de generar la sensación del consumidor al momento de ver su publicidad.
- *Heineken* realizó una genialidad creativa mediante la realidad generada en una valla donde se evidenciaba una mano detrás que daba la impresión de que iba a tomar la botella de la valla.

²⁹⁰ F. Ramos Fernández, “La publicidad en España como elemento de marketing: límites”, *Revista Universidad Complutense de Madrid*, s. d. 50

- *Kellogg's*, con sus Choco Krispis, realizó una publicidad engañosa que inducía a error, según la AAP, ya que son los únicos recomendados por el Instituto de Nutrición.
- *Cicatricure* no cuenta, según evidenció la SIC, con estudios médicos o científicos contundentes para soportar afirmaciones como las realizadas en varias de las piezas publicitarias.
- *Redu Fat Fast* no tiene, según la SIC, los estudios médicos y científicos de rigor que permitan demostrar que, como lo anunciaba, es efectivo para “eliminar la grasa, reducir peso o disminuir medidas corporales”.

Análisis del *common law* vs. el derecho colombiano (Ley 1480 de 2011)

Resta ahora analizar la Ley 1480, a fin de establecer si es necesario modificar la protección al consumidor, o si, por el contrario, ya se previeron las garantías necesarias para salvaguardar sus derechos como parte débil en la relación de consumo, todo ello bajo el amparo del *common law* y el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que el *common law* es el pionero en la protección de los derechos del consumidor.

Lo primero que hay que mencionar es que el *common law* es un Estado preventivo y proteccionista del consumidor como parte débil en la relación contractual, y para vislumbrar ello se bosquejará en dos casos ocurridos y demandados ante este sistema jurídico.

Stella Liebeck es quizás uno de los nombres más conocidos en la historia de la protección al consumidor. La señora Liebeck compró un café en McDonald's. En el automóvil en el que llevaba el café tuvo la peregrina idea de echarle azúcar. Una vez detenido el automóvil a un lado de la vía, destapó el café que había colocado entre sus piernas. El café se derramó y le generó quemaduras de tercer grado. Demandó a McDonald's por servir café muy caliente. Obtuvo una indemnización de US\$2.900.000, una cantidad bastante atractiva como para coger una taza de café, tomar una gran bocanada de aire y echársela encima para ir a cobrar una indemnización. Abrir una taza de café caliente sujetando el envase entre las piernas no parece muy razonable. Pero la señora Liebeck recibió una indemnización porque las cortes estimaron que merecía que McDonald's la protegiera contra su propia estupidez.

[...]

Una mujer mayor solía secar a su gato, luego de bañarlo, colocándolo en su horno de gas a muy baja temperatura (lo que ya es de por sí bastante idiota). Un día, su yerno le regaló un horno de microondas y no tuvo mejor idea que colocar su gato y encender el horno “bajito”. El pobre gato falleció de una manera espantosa. El resultado no se hizo esperar: el fabricante de microondas fue demandado por no haber advertido que no se podía secar gatos en su producto, en donde al revisar el manual no se prohibía tal acción y por ende fue sancionado drásticamente a indemnizar los perjuicios causados y a modificar el manual de uso con respecto a las prevenciones de uso de este electrodoméstico.²⁹¹

Con este parangón se evidencia la diferencia entre ambos sistemas, porque mientras el derecho anglosajón posee una mayor protección al consumidor en la relación contractual, en el sistema colombiano se da por sentado que el consumidor tiene o debe tener unos conocimientos mínimos para la defensa de sus derechos; lo anterior se basa en los tiempos de reclamación y la efectividad de las garantías, como lo contempla el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Sin embargo, dicho precepto no resulta verdadero partiendo del hecho de que en Colombia existen tres clases de consumidor, según la SIC.

El primero de los consumidores es conocido como simple consumidor, es quien simplemente compra un producto, bien o servicio sin revisar ninguna especificación, sino que, por el contrario, se fija más en el precio. El segundo es el consumidor promedio, el cual en medio de la relación de consumo es el de mayor población, ya que no solamente se fija en el precio, sino también en cosas mínimas, como la fecha de vencimiento y el estado del producto. Por último, se encuentra el consumidor experimentado o analítico, quien primero realiza un mapa mental de costo-beneficio y luego revisa la etiqueta del producto con el fin de determinar la fecha de vencimiento y los componentes de dicho producto para evidenciar si lo que dice ser o contener es lo que en verdad posee.

Ahora bien, para poder instituir si es necesaria una modificación, es necesario saber que tanto en la promulgación de la Ley 1480, como en la del *common law* prima la idea proteccionista de los derechos de los consumidores, con el fin de restablecer el equilibrio contractual en las relaciones del consumo; este

²⁹¹ Alfredo Bullard, *Ensayos sobre protección al consumidor en Perú*. (Perú: Universidad del Pacífico, 2011) 183-231.

es un postulado que ha sido abanderado por los Estados modernos al momento de redactar los distintos estatutos de protección al consumidor,²⁹² y se han visto enfrentados a una dificultad de orden jurídico y de antecedentes filosóficos, económicos y políticos: la concepción clásica del postulado de la autonomía privada,²⁹³ piedra angular de las relaciones jurídicas entre particulares, el cual se basa en el principio de igualdad entre las partes.²⁹⁴

Este postulado, especialmente en lo que tiene que ver con los contratos de consumo,²⁹⁵ de manera alguna resiste una interpretación y una aplicación basadas en ideas individualistas, porque —como ya se dijo— hay grandes desigualdades entre las partes que intervienen en esta categoría de contratos,²⁹⁶ asimetrías fruto de las nuevas y aceleradas dinámicas del mercado, las cuales exigen que las relaciones contractuales entre consumidores y productores de bienes y servicios tengan una regulación especial que precisamente esté dirigida a alcanzar, entre otros objetivos, la protección del principio de la autonomía contractual.²⁹⁷

La Ley 1480 instituye las características mínimas que debe reunir la información suministrada por productores o distribuidores a los consumidores de bienes y servicios. Este es uno de los muchos mecanismos tomados en pro del consumidor. Bajo la concepción de que el consumidor promedio no tiene mayor experticia, la información se puede resumir, según Saavedra, de la siguiente manera: 1) veraz y comprobable, es decir, basada en datos reales y verídicos, a fin de que no se engañe o no se induzca al error al consumidor, y de esta forma se genere confianza en el mercado; 2) adecuada, suficiente y completa, para que el consumidor tenga conocimiento tanto de los beneficios como de los riesgos del producto o servicio de acuerdo con su naturaleza; 3) clara, comprensible y entendible, para que a esta

²⁹² L. Arias, "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", *Revista Emercatoria* s. d. www.emercatoria.edu.co/Paginas/volumen7/pdf01/consumidor.pdf.

²⁹³ J. Arrubla, "Contratos mercantiles" (tomo I. *Teoría general del negocio mercantil*) (Medellín: Editorial Dike, s. d.).

²⁹⁴ J. Villalba, *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano* (Bogotá: Vniversitas, 2009) 309.

²⁹⁵ M. Arana, "Contrato de consumo: cláusula abusiva", *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* s. d. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000112&pid=S0124-0579201500010000600003&lng=en.

²⁹⁶ Arias, "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", 21.

²⁹⁷ J. Granados, "Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales", *Revista Emercatoria* s. d.

pueda acceder el consumidor promedio del bien o servicio teniendo en cuenta las condiciones propias del mercado en que se ofrece, y 4) oportuna, sobre todo en la etapa precontractual, pero también en las de perfeccionamiento y ejecución de contrato, a fin de que el consumidor pueda hacer un uso efectivo de esta.²⁹⁸

En cuanto a la forma de cumplir la obligación de informar, se debe tener en cuenta la máxima del derecho del consumo: “a mayor información, menor posibilidad de causar daño”,²⁹⁹ por lo que se exhorta y se impone una carga al productor a fin de que otorgue una información mínima, como etiquetas, embalajes, folletos informativos, manuales de instrucciones, transmisión directa por medio de sus dependientes, entrega previa de los contenidos contractuales, publicación en los portales de internet del contenido informativo esencial y conexo de los servicios y productos, presentación de ofertas comerciales junto con el detalle de la presentación informativa, publicación periódica de boletines, fijación de avisos informativos en los establecimientos de comercio, implementación de un centro de servicios de atención al cliente y, en la medida de lo posible, transmisión personal de la información.³⁰⁰

Ahora, como en la Ley 1480 se prevé una responsabilidad de tipo comercial para el productor y para aquellos que intervienen en la cadena de consumo, también resulta pertinente preguntarse cuál es la responsabilidad civil en la que incurren productores y expendedores cuando no suministran al consumidor la información suficiente y adecuada sobre los productos que ponen en el mercado.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha establecido que si el productor o el expendedor no le brindan al consumidor ninguna información o si la información que le otorga es insuficiente o inapropiada, incurre en responsabilidad precontractual como consecuencia de una infracción a los deberes emanados de la buena fe *in contrayendo* y debe indemnizar los eventuales daños que le ocasione al consumidor, comoquiera que el productor o expendedor que incumple su obligación

²⁹⁸ C. Saavedra, “El deber de información al consumidor financiero: caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008”, *Emercatoria*, s. d. <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN11/HTML2/145.html>.

²⁹⁹ W. I. Morgenstein Sánchez, “El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano”.

³⁰⁰ V. Monsalve, *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor* (Bogotá: Vniversitas, 2012) 236.

de informar transgrede su deber de corrección impuesto por el artículo 863 del Estatuto Mercantil colombiano y ejerce arbitrariamente sus propios derechos.³⁰¹

Resulta prudente resaltar los avances en materia de garantías, pues se incluyó la garantía de bienes imperfectos o remanufacturados y la prestación de servicios que suponen la entrega de bienes. Este avance se sustenta como mecanismo que salvaguarda al consumidor en los eventos en que un producto no cumple las especificidades o el servicio o función para el cual fue creado; por tal razón en estos casos en los que el producto sea defectuoso se protege a la víctima cuando esto cause daños a personas y bienes; esta responsabilidad es trasladada al productor y/o al proveedor.

Otro aspecto resaltable es que se reguló la protección frente a riesgos de salud y seguridad, educación del consumidor, libertad para la formación de organizaciones que velen por los intereses del consumidor y protección especial para infantes y adolescentes en calidad de consumidores (este último como mecanismo protector de hechos).

También genera unos parámetros mínimos respecto de la calidad de los productos, a fin de establecer una responsabilidad a los productores y/o proveedores, además otorga unos derechos y deberes a los consumidores, con el fin de protegerlos de figuras como la publicidad engañosa y las relaciones contractuales como los contratos de adhesión. Dentro de los mecanismos provistos para la defensa de los derechos del consumidor se destacan las acciones populares y de grupo y las de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. También faculta a la SIC como garante de los derechos del consumidor y de las posibles medidas punitivas y sancionatorias que puede realizar cuando un productor y/o proveedor haya incumplido lo reglado por la Ley 1480.

Aun cuando son grandes los avances, Jorge Tomillo, docente de la Universidad de Cantabria, España, señaló acerca del Estatuto del Consumidor colombiano:

[...] hizo falta hacer una precisión en la redacción de la obligación, y en la falta de una norma que restablezca equidad en caso de que las garantías se incumplan por parte del productor, y el proveedor haya sido quien respondió ante el consumidor sin

³⁰¹ V. Monsalve, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: una perspectiva europea* (Bogotá: Universitas, 2008) 120.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

haber incurrido en una falta. Hay zozobra conceptual que hace que las soluciones que están propuestas puedan tener dificultades al ser interpretadas y aplicadas.³⁰²

Además, resulta proclive la medida de limitar la responsabilidad del productor y/o proveedor solo a la relación contractual o de consumo, porque esta última se conceptúa bajo el concepto de lo oneroso y, por ende, excluye factores como el hecho de que resulte perjudicado un tercero al cual le llegó el producto de forma gratuita o cuando no habiendo tenido contacto con la relación de consumo resulta afectado por la manipulación de dicho producto. Por ejemplo, una persona que sin haber adquirido el producto pasa por el lugar donde este se elabora, y por una indebida manipulación del productor, resulta intoxicada por un gas producido en la empresa; aun cuando es un tercero, jamás se involucró en la relación de consumo. En apego a lo anterior, se concluye que sí es necesario reforzar la protección del consumidor y, por ende, debe ampliarse el concepto de consumidor, tan limitado en la Ley 1480.

Por otra parte, si bien se analizó la responsabilidad existente de los proveedores, productores, vendedores, etc., también es necesario poner de presente que, aunque no es tema de este capítulo, ha de estudiarse cuál es la responsabilidad que tienen los medios de comunicación o difusión a la hora de emitir o transferir publicidad engañosa, que en últimas termina vulnerando los derechos del consumidor.

Conclusiones

A lo largo del trabajo se advierte que la regulación jurídica de la publicidad engañosa en nuestro ordenamiento jurídico es aún insuficiente para neutralizar sus efectos perjudiciales. Resulta entonces necesario y eficaz elaborar nuevas disposiciones para ampliar la tutela frente a sus destinatarios, es decir, el consumidor, en particular por el desarrollo que ha tenido la publicidad en los últimos años y el que seguirá teniendo conforme al avance de las tecnología de la información y la comunicación.

³⁰² J. Tomillo, *Expertos analizan el Estatuto del Consumidor* (Santander, España: Universidad de Cantabria, s. d. <http://www.uninorte.edu.co/web/grupo-prensa/noticia?articleId=636638&groupId=73923>).

En la relación de consumo, quien ostenta la posición dominante es el vendedor, el fabricante o el comercializador, y esto indica que la aparición de la publicidad engañosa tratará de hacer parte de la relación de consumo.

La genialidad creativa es definida como aquel uso de la publicidad en la que se oferta un bien o servicio de una forma particular que genera recordación en los consumidores; dicha actuación es permitida mientras no transgreda los derechos del consumidor.

El fin de la genialidad creativa es dar a conocer un producto o generar recordación de la marca en el consumidor, utilizando diversos mecanismos creativos. Esta actuación está exenta de responsabilidad. Por su parte, la publicidad engañosa busca dar una información que no es real o que es insuficiente, y esta conducta sí implica una responsabilidad.

El régimen de defensa del consumidor reconoce de manera general la desigualdad existente en las relaciones que se presentan entre consumidores y usuarios con productores, fabricantes y distribuidores; por lo tanto, su finalidad última precisa el restablecimiento de un plano de igualdad en este tipo de relaciones.

Con el desarrollo normativo se ha logrado evidenciar que los derechos del consumidor en el sistema jurídico colombiano se ha gestado de forma paulatina, debido a la incursión de nuevas modalidades de ofertas y consumo, por ejemplo el internet.

La responsabilidad por la garantía legal y por productos defectuosos, regulada en la Ley 1480 de 2011, debe entenderse como dispositivos protectores cuya finalidad es, primero, establecer mecanismos de protección en eventos en los cuales el producto no reúne las calidades esperadas o no cumple con la función para la cual fue adquirido, y segundo, proteger a los consumidores cuando por vicios de seguridad los productos causan daños a personas o bienes.

El derecho internacional debe dar un mayor tratamiento jurídico que cuente con el respaldo de los países, respondiendo lógicamente al plano de justicia social y que regule las conductas de las relaciones de consumo entre Estados. Específicamente con respecto al consumidor, se lograría que los Estados tengan la obligación principal de poner en prevalencia los derechos fundamentales del consumidor, generando una presumible garantía real y eficaz de estos. Por ende, es necesario ampliar el espectro de protección de los derechos del consumidor.

Bibliografía

- Alterini, A. “El consumidor en la sociedad posmoderna”, *L&L* 818 (1996): 818 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919248.pdf>.
- Arana, M. “Contrato de consumo: cláusula abusiva”. *Revista de la Competenciay la Propiedad Intelectual* s. d. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000112&pid=S0124-0579201500010000600003&lng=en.
- Arias, L. “Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero”. *Revista Emercatoria* s. d. www.emercatoria.edu.co/Paginas/volumen7/pdf01/consumidor.pdf.
- Arrighi, J. M. “Comercio Internacional y protección del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* 71, dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- Arrubla, J. “Contratos mercantiles”, tomo I. *Teoría general del negocio mercantil*. Medellín: Editorial Dike, s. d.
- Balado Albiol C. y E. Brea Franch. “¿Cómo crear para el medio exterior en el entorno de las nuevas tecnologías?”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 134, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Benjamín, A. “Derecho del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* 56-64, dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- Botero, R. L. G. *Qué se puede hacer y qué no en publicidad*. Medellín: Hombre Nuevo Editores e Instituto de Artes, 2004.
- Bourgoignie, T. “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa”, *Rev. J.A.* II (1993): 85.
- Bullard, A. *Ensayos sobre protección al consumidor en Perú*. Perú: Universidad del Pacifico, 2011.
- Castañeda Muñoz, J. M. “Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE” *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (1992): 195-205. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahukewjti7uuyk_xahwm2ymkhd5bbyuqfgkmaa&url=https%3a%2f%2ffvistas.ucm.es%2findex.php%2fcese%2farticle%2fdownload%2fcese9292110195a%2f11190&usg=aovvaw1ol25vqv0wsf3wot5v4who
- Cerdá Sanjuan, R. *Manual de publicidad*. Colección Publicaciones GMC. Onteniente, España: Gestión y Mecanizaciones Contables SL, 2000.
- Chacón Araya, Y. “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, *Actualidades Investigativas en Educación* 5, n.º 1 (2005): 2-30.
- Código Civil Colombiano*. Bogotá: Legis, 1887.
- Código de Comercio*. Bogotá: Legis, 1971.

- Congreso de Colombia. *Ley 1480 de 2011 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Diario Oficial 48.220 de octubre 12 de 2011.
- Congreso de Colombia. *Ley 45 de 1990 por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera*. Bogotá: Diario Oficial 39.607 de diciembre 19 de 1990.
- Congreso de la República. *Ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 43.357 de agosto 6 de 1998.
- Consejo de Estado de Colombia. *Expediente No. 2012-00607-01*. Sección Primera, 24 de septiembre de 2015. MP María Elizabeth García González.
- Consejo Económico y Social de la ONU. *Resolución 1981/62, directrices para la protección al consumidor*: 23 de julio de 1981. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic906.htm
- Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 1991.
- Corbalán Berná, J. “¿De qué se habla cuando hablamos de creatividad?”, *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, n.º 35 (2008): 11-21.
- Corbalán, J., F. Martínez y D. Donolo. *Manual Test CREA. Inteligencia creativa. Una medida cognitiva de la creatividad*. Madrid: TEA Ediciones, 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 592*. Bogotá: 25 de julio de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia Expediente No. 5716*. Sala de Casación Civil y agraria, 4 de abril de 2001. MP: Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 22ª edición.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Farfán, E. “Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”. *Estudios de Derecho LXV*, n.º 145 (2008): 220.
- García Sais, F. “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”. *Revista de Derecho Privado, Nueva Época III*, n.º 9-10 (2004): 37-42.
- Granados, J. “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales”. *Revista Emercatoria* s. d.
- Ibáñez, J. E. “Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal”. En *Política y derecho del consumo* s. d. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.
- Jaeckel Kovacs, J. “Publicidad engañosa y publicidad comparativa”. *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados 24*, N.º 198 s. d. <http://www.redalyc.org/pdf/720/72001313.pdf>

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

- Jiménez Marín, G., D. Polanco Serrano y J. Jódar Marín. “Innovación tecnológica y creatividad. Los nuevos soportes publicitarios en el marco de la era digital”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 47-54, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Kant, I. *La paz perpetua*, 6ta ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- Kelsen, H. *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel, 2005.
- López Camargo, J. “Derechos del consumidor: Consagración constitucional en América Latina”, *Emercatoria* 2, n.º 2 (2003): 2-40.
- Lorenzetti, R. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994.
- Madriñán, R. “Cambios en la tramoya: transformaciones en los contornos del Estatuto de Protección al Consumidor”. *Estudios Socio-Jurídicos* 9, n.º 1 (2007): 71-95.
- Monreal, C. A. “*Qué es*” la creatividad. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2000.
- Monsalve, V. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: una perspectiva europea*. Bogotá: Vniversitas, 2008.
- Monsalve, V. *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor*. Bogotá: Vniversitas, 2012.
- Morgenstein, W. I. “El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011”. *Estudios Socio-Jurídicos* 17, n.º 1 (2015): 195-217.
- ONU. *Informe del Secretario General a la Comisión Sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de la ONU*. Washington: 19 de febrero de 1998.
- ONU. *Resolución 32-248 de la Asamblea General*. Washington: ONU, 1985 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>
- Ossa Gómez, D. “Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n.º 112 (2012): 203-239. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/1036/934>.
- Ovalle, José. *Derechos del consumidor*. México: Circuito Maestro Mario de la Cueva, 2000.
- Piris, C. R. *Evolución de los derechos del consumidor*. Corrientes, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste, s. f. http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf.
- Presidencia de la República. *Decreto 2152 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico*. Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992.
- Presidencia de la República. *Decreto 2269 de 1993 por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología*. Bogotá: Diario Oficial 41.110 de noviembre 16 de 1993.

- Presidencia de la República. *Decreto 1441 de 1982 por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores*. Bogotá: Diario Oficial 36.024 de junio 11 de 1982.
- Presidencia de la República. *Decreto 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992.
- Ramos Fernández, F. “La publicidad en España como elemento de marketing: límites”. *Revista Universidad Complutense de Madrid* s. d.
- Rivero, J. M. *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* Medellín: Diké, 1997.
- Rodríguez, V. “¿Cuál es el límite de la publicidad engañosa?” *El Economista*, septiembre 17 de 2006.
- Rodríguez, Jaime. *Derechos de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblo S.L., 2008. http://www.cortsvalecanes.es/opaccgi/basis/tlpcv/v/www/cat3/edw?w%3dmaterias1+ph+like+%27integracion+europea%27+and+tipo_de_material%3d%27monografia%27+order+by+primer_autor/a&m%3d1.
- Saavedra, C. “El deber de información al consumidor financiero: caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008”. *Emercatoria* s. d. <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen11/html2/145.html>.
- Sabaté López, J., J. Solanas García y C. Martorell Castellano. “De jumbo a internet: ¿no será que no hay nada tan nuevo en creatividad y en publicidad?”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 87, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Sandoval, F. “Publicidad engañosa”. *Revista Universidad de Chile*, n.º 230 (2005): 45.
- Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*, 2da. ed. Madrid: Civitas, 1989.
- Santamaría, C. “La publicidad como voluntad de representación”, *Revista Política y Sociedad*, 39 n.º 1 (2002): 35.
- Stiglitz, G. y R. Stiglitz. *Derechos y defensas de los consumidores*. Barcelona: Ediciones La Rocca, 1994.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). *Resolución 17532*. Bogotá: Diario Oficial s. d. 26 de marzo de 2010.
- Tomillo, J. *Expertos analizan el Estatuto del Consumidor*. Santander, España: Universidad de Cantabria, s. d. <http://www.uninorte.edu.co/web/grupo-prensa/noticia?articleId=636638&groupId=73923>.
- Trigo Aza E. y S. De La Piñera. *Creatividad y motricidad*. Barcelona: INDE Publicaciones, 1999. <http://pdf-directory.org/ebook.php?id=W2iGAGszy2IC>
- Truscillo, P. M. “Evolucion y actualidad del derecho del consumidor en Argentina y el MERCOSUR”, *Ratio Iuris Revista de Derecho Privado* vol. 1, no. 2 (2013): 164-191.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

Villalba, J. *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Bogotá: Vniversitas, 2009.

Wajntraub, J. H. “La noción de consumidor tras la reforma de la Ley 24240”. En *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor 155*, coordinado por R. Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: s. d. 2008.