

**LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COLOMBIA**

**PATRICIA CALDERÓN BUSTILLO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO**

**BOGOTÁ, D.C.**

**2010**

**LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COLOMBIA**

**PATRICIA CALDERÓN BUSTILLO**

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

**DIRECTOR:**

**NATALIA BARRERA SILVA**

Abogada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ, D.C.

2010

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946

*“ La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”*

<b>RESUMEN</b> .....	6
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>II. LA PUBLICIDAD</b> .....	9
2.1 Concepto general. ....	9
2.2. Elementos .....	9
2.3 Sujetos que intervienen en la comunicación comercial publicitaria.....	11
2.4. Otros conceptos relacionados .....	13
2.5 Efectos de la publicidad en el mercado. ....	14
2.6. Derecho a la publicidad .....	15
<b>III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA</b> .....	17
3.1. Consideraciones generales.....	17
3.2 El análisis de la publicidad engañosa a la luz del ordenamiento jurídico .....	18
3.2.1. La publicidad engañosa a la luz de la ley de competencia desleal (LCD) .....	20
a. Actos de engaño.....	23
b. Actos de comparación .....	24
c. Explotación de la reputación ajena. ....	30
d. Actos de confusión .....	34
e. Autoridades Competentes .....	36
f. Acciones, sanciones y responsabilidad. ....	38
3.2.2. La publicidad engañosa a la luz del régimen de protección al consumidor. ....	39
a. Responsabilidad.....	44
b. Autoridades competentes y sus facultades. ....	47

3.2.3. La publicidad engañosa a la luz del régimen de prácticas restrictivas de la competencia.....	48
3.2.4. El régimen de Autorregulación Publicitaria. ....	50
3.2.5. Comparación de régimen jurídico y no jurídico.....	56
IV. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO GENERAL DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA. ....	58
4.1. Prohibición de inducción al error .....	58
a. Definición de error.....	59
4.2. Cómo se concreta el error.....	61
4.2.1. Obligación de suministrar información veraz. ....	62
a. Principio de veracidad .....	62
b. Concepto de veracidad.....	62
Afirmaciones subjetivas u objetivas.....	63
c. Uso de aseveraciones falsas.....	66
d. Elogios subjetivos que hace el anunciante- La exageración publicitaria .....	69
4.2.2. Obligación de suministrar información suficiente. ....	71
a. Inducción a error como consecuencia de la omisión.....	73
4.3. Análisis básico que debe realizarse cuando se trata de establecer el alcance de un anuncio publicitario. ....	75
4.3.1. A quién se dirige el anuncio. ....	76
4.3.2. Análisis del mensaje en conjunto. ....	79
4.3.3. Análisis del contenido de las afirmaciones.....	81
4.3.4. Análisis sobre los elementos de la información. ....	81

V.	CONCLUSIONES.....	84
VI.	ANEXOS .....	89
6.1.	Anexo 1- Casos frecuentes .....	89
6.2.	Cuadro Comparativo SIC vs. CONARP .....	98
6.3.	Otros Regímenes Jurídicos. ....	106
VII.	BIBLIOGRAFÍA .....	109

## **RESUMEN**

**KEYWORDS:** PUBLICIDAD ENGAÑOSA, PUBLICIDAD, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, COMPETENCIA DESLEAL, ENGAÑO.

Las normas Constitucionales, legales y autorregulatorias han desarrollado la regulación de la actividad publicitaria, y fundamentalmente de la publicidad engañosa, debido a los efectos que ésta última genera sobre el comportamiento del mercado. Este documento tiene como fin presentar la manera en que la regulación de la publicidad engañosa, se ha desarrollado en el régimen del Derecho a la Competencia, el cual ha estipulado que la información publicitaria debe ser veraz y suficiente, de manera que no induzca a error a sus destinatarios.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La publicidad es el principal mecanismo de comunicación con que cuenta el mercado, en la medida en que se constituye como la herramienta que utilizan los comerciantes para dar a conocer sus marcas, bienes y servicios. Así mismo, es la principal fuente de información con que cuentan los consumidores para conocer las características de los productos que se ofrecen al público.

La publicidad es la herramienta de comunicación más significativa del mercado, puesto que se constituye como el mecanismo utilizado por los comerciantes para persuadir al consumidor acerca del producto que se ofrece, de tal manera que el comerciante puede influir en la decisión de compra del consumidor. Por lo anterior, su importancia es incalculable para el comercio de bienes y servicios y para el desarrollo de la libre competencia.

Sin embargo, la información que se transmite a través de medios publicitarios en ocasiones puede resultar distorsionada, y como consecuencia de dicha distorsión puede generar efectos negativos sobre el comportamiento del mercado, pues el consumo de un producto puede variar dependiendo de la información que se suministre sobre el mismo. En razón de lo anterior, dicha actividad debe ser regulada con el fin de que los efectos que ella produzca sobre el comportamiento del mercado no se tornen nocivos, como puede ser el caso por ejemplo, en que el consumo de un producto disminuya debido a que un anuncio publicitario desacredite las características de dicho producto. Por lo tanto, se ha desarrollado en torno a ella una amplia regulación a través de normas jurídicas y no jurídicas. Diferentes áreas del ordenamiento jurídico, e incluso el gremio mismo de los

publicistas han desarrollado los principios dentro de los cuales se enmarca el desarrollo de esta actividad.

Así, por ejemplo, los regímenes de competencia desleal, prácticas restrictivas del mercado, protección al consumidor, y la misma autorregulación publicitaria hecha por el gremio, han establecido normas que permean el ejercicio de la actividad publicitaria con el fin de proteger diversos intereses, dentro de los cuales pueden mencionarse la lealtad y transparencia en el mercado, el bienestar del consumidor y la ética profesional, entre otros.

Las normas mencionadas han consagrado como principio fundamental que la información que se otorgue al público en anuncios publicitarios debe ser veraz y suficiente, de tal manera que no induzca a error al destinatario de la misma. En consecuencia, se reprime el engaño y toda conducta que mediante el uso de información engañosa, genere o pueda generar efectos sobre el comportamiento del mercado, ya sea porque influye negativamente en la decisión de compra de los consumidores, o porque atenta contra la reputación de los demás competidores que concurren al mercado.

El objeto de análisis de este documento, consiste precisamente en estudiar la problemática de la publicidad engañosa a la luz de los regímenes mencionados, por ser éstos los que desarrollan el régimen del derecho a la competencia, y por lo tanto regulan los efectos que la publicidad puede generar sobre el mercado de bienes y servicios, y sobre los intereses de los competidores y consumidores.

## II. LA PUBLICIDAD

Antes de analizar qué se entiende por publicidad engañosa, es necesario definir, en primer lugar, qué se entiende por publicidad, cuáles son sus características y su importancia en el mercado<sup>1</sup>.

### 2.1 Concepto general.

La publicidad puede ser definida como un instrumento de comunicación comercial del cual se valen los competidores para promocionar sus productos, servicios o marcas, a través de los medios de difusión de información masivos o no masivos, con el fin de generar recordación sobre un producto en la mente de los destinatarios de la información, persuadir al público consumidor o influir en su decisión de compra.<sup>2</sup>

### 2.2. Elementos

Tras haber definido el concepto de publicidad y con el fin de comprender la importancia de este mecanismo de difusión de información, es importante hacer referencia a los elementos que la componen.

---

<sup>1</sup> Con el fin de lograr una mejor comprensión del concepto de publicidad, es importante recurrir al decreto 3466 de 1982, de protección al consumidor, en cuyo artículo primero se consagran las siguientes definiciones:

“a). Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios, destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.

b). Proveedor o expendedor: Toda persona natural o jurídica que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

c). Consumidor: Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, par la satisfacción de una o más necesidades.

d). Propaganda comercial: Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad.

e). Idoneidad de un bien o servicio: su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la normal y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

f). Calidad de un bien o servicio: El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”.

<sup>2</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

a. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la publicidad **es una forma de comunicación comercial**, es decir, es el medio a través del cual los comerciantes dan a conocer sus productos<sup>3</sup>.

b. La publicidad tiene como **objeto dar a conocer y brindar información acerca de una marca, producto o servicio con el fin de influir en la decisión de compra del consumidor**, lo cual se logra al generar recordación sobre la prestación en la mente del consumidor a través del uso de elementos subjetivos u objetivos<sup>4</sup>.

Los elementos subjetivos generan un impacto en la mente y emociones del receptor, al crear un vínculo afectivo o sentimental entre el receptor y el producto, por su lado, los elementos objetivos, resaltan atributos del producto, debido a que se refieren a las características o beneficios del mismo<sup>5</sup>.

c. La transmisión de mensajes publicitarios se realiza a través de **medios de comunicación masivos o no masivos**. Los medios de comunicación se pueden definir como el vehículo que pone en contacto al anunciante con el consumidor, con el fin de que el consumidor reciba el mensaje<sup>6</sup>.

Los medios de comunicación masivos, son aquellos que transmiten la información a una magnitud de personas, entre estos se encuentran la televisión, radio y prensa. Los medios de comunicación no masivos, se constituyen por cualquier otro mecanismo idóneo para la difusión de ideas, pero que no son percibidos por grandes magnitudes, pueden ser impresos

---

ercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*..“Si bien este objetivo se puede conseguir resaltando los atributos, las características o los beneficios que ofrece el producto o el servicio anunciado, en cuyo caso el mensaje será objetivo, no es menos cierto que en muchas ocasiones el anunciante pretende persuadir a los consumidores, transmitiendo mensajes esencialmente subjetivos, en los que se busca crear entre el receptor del mensaje y el producto, un vínculo afectivo o sentimental, por ejemplo, a través de mensajes emocionales o humorísticos”.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

o electrónicos, personales o impersonales, como por ejemplo revistas, internet, volantes, puntos de venta, vallas, correo directo, folletos, etc.<sup>7</sup>

d. La publicidad tiene como fin **generar recordación sobre un producto en la mente de los destinatarios de la información, persuadir al público consumidor o influir en su decisión de compra**. Por lo tanto, el publicista hace uso de su creatividad para conjugar diferentes elementos, tales como, imágenes, frases, colores, sonidos, etc., de tal forma que le permitan generar un impacto en la mente del consumidor.

### **2.3 Sujetos que intervienen en la comunicación comercial publicitaria.**

Se debe tener en cuenta que la comunicación, es el trato o correspondencia entre dos o más personas,<sup>8</sup> por lo tanto, resulta evidente que en la publicidad como medio de comunicación comercial, intervienen varios sujetos, entre éstos los siguientes:

1. **Anunciante:** Es la persona natural o jurídica queda lugar a que se origine el anuncio publicitario y define las características del mismo<sup>9</sup>, como por ejemplo, el público hacia el cual se dirige y los elementos que conforman la estrategia publicitaria, entre otros. Así mismo, es quién se beneficia y asume los riesgos que pueda surgir con ocasión de la publicidad<sup>10</sup>.

El anunciante es la fuente de la comunicación publicitaria y en virtud de ello tiene derechos y deberes. Por un lado, tiene derecho a exigirle al publicista lo pactado en relación con el anuncio publicitario, y cuando ello se incumpla tendrá derecho a exigir la indemnización

---

<sup>7</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá.

<sup>8</sup> Real Academia Española (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª ed., 2 tomos, Madrid, Espasa.

<sup>9</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá.

<sup>10</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

correspondiente a dicho incumplimiento. Por otro lado, es responsable por los perjuicios causados por su culpa y por desviación de la conducta<sup>11</sup>.

2. **Emisor:** Se constituye por la agencia o el publicista, quienes tienen como objeto la prestación de servicios publicitarios, en otras palabras, es quien a través del uso de comunicación verbal y no verbal (por ejemplo, imágenes), transmite el mensaje publicitario<sup>12</sup>.

En ocasiones el anunciante (quien ordena la emisión del mensaje) puede coincidir con el emisor (quien lo emite), sin embargo, no siempre coinciden, pues en la mayoría de los casos, son dos personas distintas, aunque cuando haya lugar a responsabilidad, responden solidariamente<sup>13</sup>.

3. **Receptor:** Es quién recibe el mensaje publicitario, es decir, es un potencial consumidor del producto, sin embargo, no siempre es el destinatario o consumidor del producto, en la medida en que el destinatario se conforma por el grupo de personas que, dadas una condiciones determinadas, se consideran los consumidores habituales o potenciales de un producto<sup>14</sup>, mientras que el receptor es cualquier miembro de la sociedad que reciba el mensaje.

4. **El Medio**<sup>15</sup>: En ocasiones el medio utilizado para transmitir la información es un sujeto en sí mismo. Tal es el caso en que la información se transmite a través de medios que se constituyen como personas jurídicas o naturales, como por ejemplo en los casos en que el

---

<sup>11</sup> Buitrago Lopez, E. (2008), *Derecho de la Publicidad*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. P.10

<sup>12</sup> Buitrago Lopez, E. (2008), *Derecho de la Publicidad*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. P. 11.

<sup>13</sup> Buitrago Lopez, E. (2008), *Derecho de la Publicidad*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. P. 12.

<sup>14</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá. "Así, por ejemplo, a pesar de que un hombre puede recibir o percibir un anuncio de toallas higiénicas, éste hecho no lo convierte en consumidor de ese producto, ni en destinatario de esa publicidad".

<sup>15</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

anuncio publicitario se transmite a través de un canal de televisión, una emisora radial, o un periódico, en dichos casos, el medio puede ser calificado como un sujeto. Distinto es el caso en que la información se transmite a través de volantes o vallas publicitarias, que no pueden ser calificadas como sujetos, en la medida en que son simples objetos.

Lo anterior es importante al tener en cuenta que las personas naturales y jurídicas tienen capacidad de comprometer su voluntad, por lo tanto podrían llegar a considerarse responsables por la información que transmiten. Sin embargo, al respecto vale la pena aclarar que para el caso de la información publicitaria, quien responde no es quien transmite la información, sino quien realiza o encarga la obra publicitaria, como por ejemplo el comerciante.

#### **2.4. Otros conceptos relacionados**

Después de haber observado los elementos que se desprenden de la definición de publicidad y los sujetos que intervienen en ésta, es importante hacer referencia a otros conceptos generales que comprende la actividad publicitaria.

a. **Mensaje o anuncio:** No se refiere al medio publicitario, sino al aviso publicitario compuesto por información verbal, como frases y afirmaciones, o no verbal, como por ejemplo, imágenes y sonidos, entre otros<sup>16</sup>.

La información que transmite el mensaje publicitario, se concreta en el uso de afirmaciones subjetivas u objetivas. De conformidad con el Código de Autorregulación Publicitaria<sup>17</sup> las

---

<sup>16</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá.

<sup>17</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá. -"Las objetivas se relacionarán con cualidades tangibles y valores medibles de un producto o servicio el cual puede ser medido a través de estándares aceptados o exámenes. Como hechos, son susceptibles de ser comprobados y el anunciante debe poseer las pruebas, con anterioridad a la difusión del anuncio. Las pruebas deberán estar suscritas por el jefe de

afirmaciones objetivas se refieren a las cualidades tangibles y medibles del producto, esto es, aquellas que pueden ser comprobadas. Por otro lado, las afirmaciones subjetivas son aquellas que se conforman por expresiones u opiniones personales acerca de las cualidades del producto,<sup>18</sup> este tema será analizado en detalle más adelante.

b. **Retroalimentación o comunicación de retorno:** Se refiere a la respuesta que otorga el destinatario con respecto al anuncio publicitario, y se ve reflejada en la concurrencia o compras sobre el producto o servicio<sup>19</sup>.

c. **Producto:** Es el objeto del mensaje publicitario y según el Código de Autorregulación Publicitaria puede consistir en un bien, servicio, persona, concepto, idea o institución.

d. **Consumidor:** Es el destinatario real o potencial del producto al cual se dirige el anuncio publicitario<sup>20</sup>.

## 2.5 Efectos de la publicidad en el mercado.

La publicidad beneficia al competidor en la medida en que le permite la difusión de información acerca de sus bienes o servicios; así mismo, beneficia al consumidor en la medida en que le informa acerca de la existencia, características, calidad e idoneidad de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado<sup>21</sup>.

---

laboratorio o técnico responsable de su veracidad y serán presentadas ante la CONARP debidamente refrendadas por el Representante Legal de la empresa que las aporta”.

<sup>18</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá. - “Las subjetivas, son expresiones de opinión o evaluaciones personales de una cualidad intangible de un producto o servicio. Las opiniones individuales o las aseveraciones de orgullo corporativo algunas veces pueden ser consideradas subjetivas y no sujetas a prueba”.

<sup>19</sup> Buitrago Lopez, E. (2008), *Derecho de la Publicidad*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. P. 15

<sup>20</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 2. Artículo 6. Bogotá.

<sup>21</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá. - “La publicidad, por sus características, es una de las herramientas más importantes con que cuenta el mercado para que exista una lucha sana entre los diferentes oferentes de bienes y servicios, en pro de una competencia económica real y efectiva. En tal sentido, la publicidad no sólo favorece al anunciante que se beneficia directamente con su difusión, sino que también beneficia al destinatario de la misma (consumidor), al informarle acerca de la existencia de las diferentes alternativas de marcas y productos con que cuenta para satisfacer sus deseos de consumo”.

Adicionalmente, los comerciantes utilizan la publicidad como un instrumento que les permite influir en la decisión de compra de los consumidores. Por lo tanto, la información que se transmite al público a través de anuncios publicitarios tiene una gran importancia, debido a que en ocasiones, los comerciantes pueden abusar del derecho a promocionar sus productos y afectar la libre decisión de los consumidores. Cuando se dan dichos abusos con respecto al uso de la publicidad, ésta genera efectos negativos sobre el comportamiento del mercado. Este es el caso en que por ejemplo, la información que se otorga al público sobre un producto no es cierta, y el consumidor se ve atraído por falsas cualidades que se atribuyen a dicho producto, en este caso, la demanda sobre el producto aumenta, por lo que se genera un efecto negativo sobre la demanda de los productos que cumplen las mismas finalidades que el primero, de tal manera que el comportamiento del mercado se ve alterado como consecuencia de conductas abusivas.

Lo anterior, permite comprender la razón por la cual la publicidad cuenta con una regulación especial y adicionalmente, en razón a los efectos que esta puede ocasionar, varios autores sostienen que la publicidad no es sólo una actividad, sino que se constituye como un derecho, como veremos a continuación.

## **2.6. Derecho a la publicidad**

Como se señaló anteriormente, la publicidad es el medio idóneo para que los comerciantes ofrezcan en el mercado sus productos, por lo tanto, debido a su importancia algunos autores<sup>22</sup> la han consagrado como un derecho.

---

<sup>22</sup> Entre estos, el Profesor Jorge Jaeckel en sus diversos escritos en relación con el tema de publicidad, ha hecho referencia al “Derecho de la publicidad”, así mismo Elker Buitrago, ha desarrollado toda una obra dedicada al estudio del Derecho de la Publicidad.

Lo anterior implica que la publicidad, entendida como un derecho, cuenta con su propia reglamentación y con mecanismos propios que permiten que los competidores y consumidores hagan efectivos los derechos que de esta se derivan, como por ejemplo, defenderse del uso de información incompleta o falsa que pueda influir en la decisión de compra de los consumidores o que perjudique la reputación de otros competidores.

La regulación de la actividad publicitaria se ha desarrollado entonces a través de normas jurídicas y normas no jurídicas, en las cuales se consagran principios y obligaciones que permean el derecho a la publicidad.

Diversas áreas del ordenamiento jurídico Colombiano consagran normas que reglamentan la publicidad, desde la Constitución Política, las normas de competencia desleal, de protección al consumidor, prácticas restrictivas del mercado, la propiedad industrial, el derecho de autor<sup>23</sup>, entre otras; hasta normas de naturaleza autorregulatoria, como el Código de Autorregulación Publicitaria (CONARP), expedido por el gremio de los publicistas.

Como se pudo observar, la publicidad se ha desarrollado más como un derecho que como una actividad, y por lo tanto no se deben transgredir las normas que la reglamentan, ni los principios que han sido consagrados por las normas jurídicas y no jurídicas.

Del análisis a grandes rasgos de las normas jurídicas y no jurídicas que permean el derecho a la publicidad, se desprende que el principio general a partir del cual se reglamenta, es la veracidad, lo cual permite comprender la razón por la cual se reprime la publicidad engañosa, sobre la cual versa este análisis.

---

<sup>23</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1999), *Publicidad Engañosa*, Bogotá.

### **III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

#### **3.1. Consideraciones generales**

Como se mencionó anteriormente, la publicidad es un medio lícito y necesario del cual se valen los competidores para transmitir mensajes de un producto o servicio e influir en la decisión de compra de los consumidores.

La publicidad es una herramienta clave para el funcionamiento del mercado, y por lo tanto, su ejercicio debe estar disciplinado por una regulación que permita que los beneficios naturales que de esta se derivan, no se tornen nocivos<sup>24</sup>.

Por los diversos bienes jurídicos que la publicidad engañosa puede vulnerar, se ha visto que se encuentra reprimida por varios regímenes, entre estos las normas contra la competencia desleal, el régimen de prácticas restrictivas de la competencia, protección al consumidor, e incluso normas impuestas por el mismo sector publicitario, como son las normas de autorregulación publicitaria. Estas normas, serán analizadas en este documento, teniendo en cuenta que a partir de éstas se regulan los efectos que la publicidad puede generar sobre el comportamiento del mercado. Adicionalmente, existen otros regímenes que tienen incidencia sobre la actividad publicitaria, tales como el derecho penal, la propiedad industrial y el derecho de autor, sin embargo, estos regímenes no serán objeto del presente análisis, no obstante, anexo se podrá encontrar una breve referencia a los mismos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004), Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

<sup>25</sup> Observar Anexo 3.

La regulación de la actividad publicitaria en los regímenes mencionados, propende por la transparencia en aras de garantizar una leal competencia y una efectiva protección al consumidor, lo cual se concreta básicamente en el principio fundamental que rige la actividad publicitaria, conforme al cual la información que se otorgue al público sobre un producto no debe inducir a engaño al consumidor, ni desviar la clientela de los demás competidores mediante mecanismos indebidos, como es el uso de información engañosa<sup>26</sup>.

En virtud de lo anterior, la principal restricción que se encuentra en relación con el ejercicio de la actividad publicitaria es la publicidad engañosa. En Colombia, esta restricción se encuentra prevista esencialmente en tres regímenes normativos: las normas sobre competencia desleal, sobre protección al consumidor y prácticas restrictivas del mercado, las cuales serán objeto de análisis en el presente trabajo.

Para efectos de este estudio, se iniciará con un análisis particular de la publicidad engañosa en cada uno de los mencionados cuerpos normativos. A continuación, se propondrá un concepto general de publicidad engañosa, dentro del cual se armonizarán las nociones de estos tres regímenes y se esbozará una teoría general sobre la publicidad engañosa.

### **3.2 El análisis de la publicidad engañosa a la luz del ordenamiento jurídico**

El artículo 20 de la Constitución Política, consagra el derecho a la información, el derecho a la libre expresión y la libertad de prensa; a partir de este artículo se desarrolla la legislación que permea el derecho a la publicidad, debido a que consagra los derechos, las

---

<sup>26</sup> Jaeckel Kovacs, J. (2004), *Presentación: La Regulación de la Publicidad y del Engaño*. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

libertades, las obligaciones y responsabilidades dentro de los cuales se desarrolla la actividad publicitaria.

*“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.  
“Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.*

El artículo en mención, además de consagrar la libertad de expresión y la libertad de prensa, consagra la obligación de otorgar información veraz, y el derecho a recibirla, por último, estipula que los medios de comunicación y quienes difunden información son libres, pero tienen responsabilidad social, consagra el derecho a la rectificación y prohíbe la censura, esto último implica que la publicidad puede hacerse libremente, y que los únicos límites que se establecen en torno a ella son la veracidad y la responsabilidad social.

Adicionalmente, el artículo 333 de la Constitución Política, estipula que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, y consagra el derecho a la libre competencia económica, del cual gozan todos los individuos y da lugar a que se concreten obligaciones. Así mismo, el artículo indica que el Estado podrá intervenir en la economía a través del mandato de la ley, con el fin de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica o con el fin de evitar los abusos de aquellos que tienen una posición de dominio en el mercado.

Más adelante, el artículo 334 de la Carta, consagra que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. En virtud de la facultad que el Estado le otorga al legislador para intervenir en la economía, se han desarrollado las normas de protección al consumidor y de competencia desleal, entre otras que intervienen en la economía nacional.

En relación, con el caso objeto de estudio, merece la pena hacer referencia al artículo 78 de la Constitución Política, el cual establece que la ley se encargará de regular el control de calidad de bienes y servicios, así como la información que se suministre al público en relación con la comercialización de dichos bienes y servicios<sup>27</sup>.

A partir de los artículos mencionados, se puede observar que la publicidad engañosa ha sido regulada a través de diferentes ordenamientos, pero para efectos de este análisis, se tendrán en cuenta los regímenes que conforman el derecho a la competencia, dentro de los cuales se destacan el de competencia desleal, el de protección al consumidor y el de prácticas restrictivas del mercado. Sin embargo, la regulación publicitaria no solo ha sido objeto de regulación jurídica, sino que también ha sido regulada por normas no jurídicas expedidas por el gremio de los publicistas.

### **3.2.1. La publicidad engañosa a la luz de la ley de competencia desleal (LCD)**

La publicidad, encuentra límites en torno a la protección de la leal competencia, cuyo régimen parte de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia los cuales han sido desarrollados básicamente en la ley 256 de 1996 (LCD) y demás normas concordantes<sup>28</sup>.

Las normas sobre competencia desleal han tenido una evolución en Colombia y en el mundo, principalmente con el transcurso de tres modelos o etapas, según expone el profesor Jorge Jaeckel en su escrito sobre Competencia Desleal (1998). El primero, es *el*

---

<sup>27</sup> Artículo 78º.- 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.

<sup>28</sup> Entre estas merece la pena mencionar las siguientes, Decreto 2153 de 1992, ley 155 de 1959, Decreto 266 de 2000, Ley 510 de 1999.

*modelo paleoliberal*, en el cual se consideraban contrarias a la leal competencia, aquellas conductas específicamente tipificadas en la ley, a las cuales se les atribuía generalmente una sanción penal, o se sancionaba a partir de las normas de responsabilidad civil extracontractual. En una segunda etapa, se desarrolló *el modelo profesional* (siglo XIX y principios del siglo XX), que surgió como respuesta a la insuficiencia del primer modelo, en esta etapa se destacaron las normas del Código de Comercio que regulaban de forma genérica la competencia desleal y la propaganda comercial y así mismo establecían acciones genéricas para dichos actos. El carácter profesional atiende precisamente a que la norma únicamente era aplicable a los casos en que ambas partes gozaban de la calidad de comerciantes, existía entre ellas una relación de competencia, y la conducta había sido reconocida como desleal por la costumbre mercantil. En razón de lo anterior, y como respuesta a la necesidad de atender a los intereses generales, y no exclusivamente a los intereses del comerciante, se generó una tercera etapa conocida como el *modelo social*, que atendiendo a los principios Constitucionales, se preocupó por el debido funcionamiento del mercado, la protección de los intereses generales del público, los del consumidor y los de los competidores, de tal manera que el principio que rige el mercado, se concreta desde entonces en la “buena fe”<sup>29</sup>.

En razón de lo anterior, fue necesario emitir una norma de carácter vinculante, que reuniera los actos de competencia desleal, así como el procedimiento y las acciones aplicables a la consecución de actos desleales. Por lo tanto, en 1996 el Congreso de la República expidió la ley 256 (LCD), a partir de la cual se consideran actos de competencia desleal aquellos

---

<sup>29</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1998), *Competencia Desleal*, Bogotá.

que resultan contrarios al principio de la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles, o a los usos honestos en materia comercial o industrial, aquellos que tienden a afectar la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento normal del mercado, de tal manera que se vulnere la libre y leal competencia.

El capítulo segundo de dicha ley, establece una prohibición general en materia de actos de competencia desleal, y así mismo tipifica concretamente algunos actos como contrarios a la leal competencia, como son por ejemplo, los actos de engaño, de explotación de la reputación ajena, de imitación, los pactos desleales de exclusividad, entre otros.

Como se mencionó anteriormente, los actos de competencia desleal se pueden originar como consecuencia de cualquier conducta que atente contra la buena fe comercial, así por ejemplo, pueden considerarse desleales algunos pactos u acuerdos que se realicen por ejemplo entre productores y distribuidores, así mismo se considera desleal el uso de marcas ajenas, entre muchas otras conductas que puedan atentar contra la lealtad y transparencia en el mercado.

El análisis de la LCD es importante para efectos de analizar la actividad publicitaria teniendo en cuenta que, en ocasiones, esta actividad se constituye como una de las conductas que puede dar lugar a que se generen prácticas desleales en el mercado. Este es el caso en que la publicidad se realiza sin atender a los principios de lealtad y transparencia.

Por lo tanto, se analizarán algunas normas consagradas en la LCD, con el fin de determinar los límites que encuentra la actividad publicitaria en relación con el régimen de competencia desleal.

Este análisis abordará los actos de engaño y de comparación, la imitación, la explotación de la reputación ajena, y por último la confusión, teniendo en cuenta que cuando la actividad publicitaria se realiza de forma abusiva, esta puede dar lugar a que se consoliden dichos actos.

#### **a. Actos de engaño.**

Dentro de los actos de engaño que pueden dar lugar a un acto de competencia, consideramos que podría incluirse la publicidad que pueda engañar o inducir a error al público al que se encamina. El **engaño**, como se verá más adelante, se presenta cuando la idea que el mensaje publicitario transmite al público se aleja de la realidad y por lo tanto se genera en la mente del destinatario un concepto equivocado sobre el bien o servicio objeto del mensaje<sup>30</sup>.

El engaño se concreta entonces en aquellos actos que buscan atraer al consumidor valiéndose de información sobre las características del producto o servicio, que no corresponde con la realidad. Tal sería el caso en que un anuncio publicitario indique que un producto tiene características que en realidad no posee, como por ejemplo decir que “una dosis diaria de un producto contiene la cantidad de calcio necesaria para evitar la osteoporosis”, cuando dicha afirmación no sea cierta, debido a que la cantidad de calcio que contiene el producto no es suficiente, sino que es necesario complementarlo con otros productos o alimentos para obtener la cantidad que el cuerpo necesita diariamente para prevenir la osteoporosis.

---

<sup>30</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

De tal manera que, de conformidad con el artículo 11 de la LCD, será desleal cualquier práctica que sea susceptible de generar entre sus destinatarios un concepto o juicio equivocado con respecto a una actividad, prestaciones mercantiles, establecimientos ajenos, la naturaleza, aptitudes o características de un producto. La misma ley prevé, que el error se puede concretar cuando se haga uso de aseveraciones incorrectas o falsas o cuando se omitan las aseveraciones verdaderas. Más adelante, se analizará a profundidad el concepto de error, la forma en que éste se concreta y las obligaciones que el ordenamiento ha consagrado con el fin de evitar que el público se vea inducido a error.

#### **b. Actos de comparación**

Los actos de comparación de prestaciones mercantiles están permitidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, se prohíbe la comparación que haga uso de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la comparación que omita las verdaderas y la que verse sobre extremos que no sean análogos ni comprobables, de conformidad con el artículo 13 de la LCD.

De acuerdo con lo anterior, la publicidad comparativa se reconoció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la LCD, y se define como aquella por medio de la cual el anunciante explícita o implícitamente,<sup>31</sup> compara el bien o servicio ofrecido, con el de otro u otros competidores, con el fin de destacar las ventajas de sus productos con respecto a las de los demás<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2001) Circular Externa 10. Numeral 2.1.2.6, Capítulo II, Título II.

<sup>32</sup> López García, Mabel. (2004), “*La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico*” [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>, recuperado: 25 de octubre de 2009.

La publicidad comparativa explícita, es aquella mediante la cual se menciona específicamente el nombre o producto de la competencia, y la implícita es aquella, por medio de la cual se sugiere algún detalle que pueda relacionarse con la competencia<sup>33</sup>.

Los múltiples comerciales de PEPSI vs. COCA-COLA, sirven como ejemplo de comparación explícita, pues en dichos comerciales se muestran las imágenes de los envases de PEPSI y los envases de COCA-COLA, además se hace mención explícita de cada una de las marcas, al decir que una es mejor que la otra, sin embargo, cuando estos comerciales no hagan uso de aseveraciones falsas sobre el competidor, serán consideradas legales.

Un ejemplo de publicidad comparativa implícita es el caso de Isenbeck vs. Quilmes<sup>34</sup> que tuvo lugar en Argentina, en este caso, Quilmes demandó a Isenbeck por considerar que su publicidad comparativa agravió a la demandante. Sin embargo, Isenbeck sacó al aire una segunda propaganda en que no mencionaba la marca Quilmes, pero hacía referencia a la cerveza “pib” (sonido utilizado normalmente para hacer referencia a términos que no se deben mencionar en público), al respecto la justicia consideró que esta medida no era suficiente, debido a que si bien no se mencionaba la marca competidora, la estrategia publicitaria era la misma, y por lo tanto el “pib”, claramente se asociaba a la marca Quilmes<sup>35</sup>.

Teniendo en cuenta que la publicidad comparativa tiene como fin que el consumidor escoja el producto por las ventajas que este ofrece y en consecuencia, rechace el producto del

---

<sup>33</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 3. Artículo 35. Bogotá.

<sup>34</sup> “Isenbeck le ganó la pulseada a Quilmes” [en línea], disponible en: [http://www.diariojudicial.com/printfriendly.asp?IDNoticia\\_Cabecera=25763](http://www.diariojudicial.com/printfriendly.asp?IDNoticia_Cabecera=25763), recuperado: 10 de febrero de 2010.

<sup>35</sup> Para una mejor comprensión, únicamente con fines académicos y no de reproducción, se puede observar el comercial de Isenbeck vs. Quilmes, en el siguiente link: [http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp\\_qFI](http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp_qFI)

competidor debido a que no ofrece las mismas ventajas, la doctrina ha establecido que el competidor debe ser identificado o identificable, pues de lo contrario no habría comparación alguna<sup>36</sup>.

Son diversos los casos de publicidad comparativa en Colombia, en que los competidores ofrecen las ventajas de sus productos, por medio de estrategias publicitarias en que por ejemplo, se muestran imágenes distorsionadas del producto competidor<sup>37</sup>. Tal es el caso por ejemplo de las propagandas de detergentes, en que aparecen amas de casa que comparan sus prendas en relación con otras prendas que han sido lavadas con el detergente de otro competidor, en ocasiones la imagen del detergente de la competencia aparece distorsionada, o se hace referencia a que “con otros detergentes” no se obtienen los mismos resultados<sup>38</sup>.

Así mismo, la publicidad comparativa ha sido utilizada frecuentemente por las grandes marcas del mercado internacional como un mecanismo para atraer clientela y desviar la clientela del producto competidor, tal es el caso por ejemplo de las campañas COCA-COLA vs. PEPSI, BURGUER KING vs. MC DONALDS, APPLE vs MICROSOFT, DUNKIN COFFE vs STARBUCKS, y NIKE vs. ADIDAS<sup>39</sup>.

Antes de que entrara en vigencia la ley 256 de 1996, no era posible hacer referencia directa a otros competidores en anuncios publicitarios. Sin embargo, a partir de dicha ley, en Colombia es permitida la publicidad comparativa<sup>40</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, ésta se

---

<sup>36</sup> Jaeckel Kovacs, J. *Publicidad Comparativa*. Dotel. Bogotá.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Para una mejor comprensión, únicamente con fines académicos y no de reproducción, se puede observar el comercial de Lavomatic en el siguiente link: <http://www.youtube.com/watch?v=tEOtJJUEebk>

<sup>39</sup> Para una mejor comprensión, se pueden observar los comerciales, Coke vs. Pepsi, y Adidas vs. Nike, únicamente con fines académicos y no de reproducción, en los siguientes links, respectivamente: <http://www.youtube.com/watch?v=wAP2yVsgI6c> y <http://www.youtube.com/watch?v=8TnG7jyfoWI>

<sup>40</sup> Botero, L. (1998), *Legislación y Derecho Publicitario*, Bogotá, El Navegante Editores. P. 53.

encuentra regulada por diferentes normas, entre éstas, la ley de competencia desleal y el Código de Autorregulación Publicitaria.

De conformidad con lo anterior, es posible concluir que en Colombia se acoge una posición intermedia con respecto a la publicidad comparativa, pues, a pesar de que no se prohíbe, las normas señalan requisitos que determinan la legalidad de la misma.

***(i) Requisitos que determinan la legalidad de la publicidad comparativa.***

Como se mencionó anteriormente, el artículo 13 de la LCD, establece en que casos la publicidad comparativa, será ilegal, a partir de dicho artículo, la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>41</sup>, ha establecido los parámetros que se deben tener en cuenta con el fin de incurrir en actos de comparación ilegales, estos parámetros, han sido acogidos y complementados por la CONARP:

1. La comparación debe referirse a hechos o datos objetivos y comparables.
2. No debe denigrar el producto comparado, sino únicamente mostrar las ventajas y diferencias del que se busca comparar.
3. Los datos científicos utilizados en la comparación deben ser respaldados con pruebas.
4. La comparación no debe contener afirmaciones que atenten contra el buen nombre de terceros.
5. Los objetos comparados deben satisfacer la misma finalidad.
6. La comparación no debe recaer sobre objetos de distintas épocas.
7. Que no haya confusión entre el anunciante y el competidor enfrentado,

---

<sup>41</sup> *Ámbito Jurídico* (2009, 14 de diciembre), "Publicidad Comparativa es ilegal, si confronta productos no equiparables". Bogotá. Pág.6.

8. La comparación debe realizarse aludiendo a las características reales del objeto, sin inducir a error sobre éstas y se debe realizar sobre extremos análogos<sup>42</sup>.

Como se pudo observar, los parámetros anteriores, permiten garantizar el artículo 13 de la LCD, el cual, como se mencionó anteriormente, prohíbe el uso de indicaciones falsas o incorrectas, y prohíbe la comparación de extremos que no sean análogos o comprobables. Lo anterior, permite concluir que la información de la cual se vale la publicidad comparativa no debe inducir a engaño sobre las prestaciones ajenas, pues en dicho caso, será ilegal. Con el fin de comprender lo anterior, es necesario analizar las restricciones que la misma ley ha impuesto con respecto a la falsedad de las afirmaciones.

***(ii) Restricciones relacionadas con la falsedad de las afirmaciones.***

Si bien no se prohíbe la publicidad comparativa, la LCD establece que se consideran contrarios a la leal competencia los actos de comparación, cuando se basen en aseveraciones o indicaciones incorrectas o falsas, cuando se omitan las afirmaciones verdaderas, o cuando se refieran a extremos que no sean análogos o comprobables.<sup>43</sup>

Al hablar de extremos análogos, se hace referencia a que los extremos a comparar si bien son distintos, deben ser semejantes en aras de que sea posible compararlos, pues de no ser semejantes no pueden ser comparables<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2001) Circular Externa 10. Numeral 2.1.2.6, Capítulo II, Título II. – En el mismo sentido se pronuncia el CONARP en su artículo 36.

<sup>43</sup> Artículo 13. Actos de comparación. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

<sup>44</sup> La palabra análogo viene de analogía, que según el diccionario de la Real Academia Española significa: **1.** f. Relación de semejanza entre cosas distintas.**2.** f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.

Recientemente, la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió el caso promovido por Danone Alquería contra Productos Alimenticios Alpina, con fundamento en la publicidad del yogurt Regeneris y el yogurt Activia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que los productos comparados deben ser análogos, por lo que no es suficiente que compartan algunas características. En este caso la Superintendencia concluyó que la publicidad hacía comparaciones implícitas, debido a que no se decía el nombre del producto competidor pero se hacía referencia a características de éste. Sin embargo, la comparación implícita no es razón suficiente para imponer una sanción, sólo habría lugar a sancionar en caso de que los extremos comparados no fuesen equiparables o la información transmitida fuese falsa. En el caso, la resolución concluyó que la información era falsa y además los extremos no eran comparables, debido a que los productos no satisfacen las mismas necesidades<sup>45</sup>.

Así pueden compararse por ejemplo dos bebidas que tengan como fin calmar la sed, pero no podrán compararse una bebida para calmar la sed con una bebida energizante, pues son productos con características diferentes y satisfacen necesidades distintas, por lo tanto no son comparables entre sí.

En el caso de Danone contra Alpina, se indicó además que la publicidad comparativa será ilegal cuando los extremos a compararse, pertenezcan a un mismo género y además se cumplan los criterios técnicos y jurídicos que prevé la Circular Única de dicha Superintendencia<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2009) Resolución No. 56801 de noviembre 15. Bogotá .

<sup>46</sup> *Ámbito Jurídico* (2009, 14 de diciembre), "Publicidad Comparativa es ilegal, si confronta productos no equiparables". Bogotá. Pág.6

Otro caso que sirve para ejemplificar que en la publicidad comparativa los extremos deben ser análogos, fue el caso de la campaña publicitaria denominada “*COMPARA*”, en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio, sancionó a la sociedad Telefónica Móviles Colombia S. A., debido a que la campaña de dicha sociedad comparó las tarifas ofrecidas por Movistar en la modalidad de postpago, con las tarifas ofrecidas por Comcel, en la modalidad prepago<sup>47</sup>.

De lo anterior, se puede vislumbrar la estrecha relación que existe entre la publicidad comparativa y la publicidad engañosa, en cuanto la primera será desleal, cuando se valga de información engañosa, lo anterior, se desprende de los presupuestos previstos en el artículo 13 de la LCD. Dicho artículo establece en primer lugar, que los extremos comparados deben ser análogos, pues de lo contrario la comparación podría inducir a error al destinatario de la información haciéndole creer que esta en presencia de un producto superior al competidor, cuando lo cierto sea que cada producto tiene una finalidad distinta. Por otro lado, indica que la comparación no debe incluir afirmaciones falsas o incorrectas, pues de esta manera se estaría engañando al destinatario de la información, y por lo tanto, en dicho caso, la comparación atenta contra la lealtad y la transparencia del mercado<sup>48</sup>. En vista de lo anterior, la publicidad comparativa será ilegal cuando distorsione la realidad, es decir, cuando sea engañosa.

### **c. Explotación de la reputación ajena.**

Esta restricción tiene una doble función, en primer lugar, busca salvaguardar los derechos de propiedad industrial y en segundo lugar, tiene como fin proteger la leal competencia.

---

<sup>47</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2009) Resolución No. 0001 de enero 22. Bogotá.

<sup>48</sup> *Ámbito Jurídico* (2009, 14 de diciembre), “Publicidad Comparativa es ilegal, si confronta productos no equiparables”. Bogotá. Pág.6

Esta conducta se tipifica como desleal en el artículo 15 de la ley 256 de 1996, conforme al cual, se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Así, la publicidad no podrá hacer referencia a las ventajas adquiridas por otros competidores, como si fuesen propias del producto promocionado, pues de esta manera, se concreta un aprovechamiento injustificado de la reputación ajena.

De acuerdo con Ascarelli, autor español, la explotación o aprovechamiento de la reputación ajena se puede dar por medio de actos de apropiación, por ostentación de méritos, o por medio de actos de denigración.

*“Mientras en la atribución de méritos la deslealtad radica en la no veracidad del mérito ostentado, en los actos de denigración la deslealtad reside en su alcance denigratorio frente a un concurrente o frente a los concurrentes (...). Por eso mientras en los actos de atribución de méritos no puede existir deslealtad cuando el mérito ostentado objetivamente exista, la veracidad de la noticia denigratoria no excluye la presencia de un acto de denigración”<sup>49</sup>.*

La cita anterior, demuestra como Ascarelli diferencia entre la deslealtad de los actos denigratorios y la deslealtad por la atribución de méritos. En el primer caso, como su nombre lo indica, la deslealtad se produce como consecuencia del carácter denigratorio, o el que tiende a afectar la reputación de otro u otros competidores. El segundo caso, se relaciona con los actos de ostentación desleales, que ocasionalmente se presentan cuando se hace referencia a méritos inexistentes.

En razón de lo anterior, la explotación de la reputación ajena se manifiesta a través de tres tipos de actos distintos, que se explican a continuación:

---

<sup>49</sup> Ascarelli, T. (1970), *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Editorial Bosch. P. 215

### ***(i) Actos de apropiación***

Se consideran desleales los actos conocidos en la doctrina española como actos de apropiación, que se definen como aquellos actos que tienden a apropiarse de méritos propios de los productos de un determinado concurrente. El término mérito se refiere a características de la actividad, de la empresa o del producto<sup>50</sup>. Para ejemplificar lo anterior, Ascarelli, señala lo siguiente:

*“No puede decirse entonces dentro de la publicidad que el producto fue diseñado conforme a las características de la empresa Coca-Cola, por ejemplo, pues se estarían aprovechando las ventajas de la reputación de otro, adquiridas en el mercado”<sup>51</sup>.*

Conforme a lo anterior, cuando la publicidad se valga de aseveraciones que hagan referencia a los méritos de otro competidor como si fueran propios, habrá lugar a que se consolide una práctica desleal.

### ***(ii) Actos de ostentación***

Además de los actos de apropiación, existen los actos de ostentación que ocasionalmente pueden dar lugar a que la publicidad sea desleal.

Los actos de ostentación se pueden consolidar en torno a ostentaciones genéricas, que son aquellas que hacen referencia a la calidad determinada del producto y en esa medida son lícitas; u ostentaciones específicas, las cuales se refieren a características determinadas del producto, actividad o empresa, sobre las cuales versa un juicio de legalidad, en la medida en que será necesario verificar que la información que se suministre con respecto a las características determinadas sea cierta, pues de lo contrario, se estaría incurriendo en una

---

<sup>50</sup> Ascarelli, T. (1970), *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Editorial Bosch. Pg. 213.

<sup>51</sup> Ascarelli, T. (1970), *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Editorial Bosch. Pg. 213.

conducta desleal, cuando por ejemplo se realice publicidad comparativa que verse sobre información falsa, pues de esta manera no sólo se estaría concretando el engaño, sino que además habría lugar a una explotación indebida de la reputación ajena.

Un ejemplo de ostentación en publicidad comparativa, son los frecuentes casos que se presentan entre Burger King y Mc. Donalds<sup>52</sup>, y viceversa, en que los competidores hacen referencia a que su producto es el mejor, en relación con el producto del competidor.

Un ejemplo de ostentación que se consideró ilegal en Argentina, es el caso de Isenbeck vs. Quilmes, en que se ofrecía una cerveza Isenbeck, por la entrega de dos tapas, una de Isenbeck y otra de Quilmes, en razón a que “*Isenbeck es la mejor cerveza, aunque Quilmes, es la cerveza que toma todo el mundo*”. En dicho caso es evidente que Isenbeck hace una ostentación de la calidad de su producto en relación con el producto Quilmes<sup>53</sup>.

### ***(iii) Actos de descrédito.***

El tercer tipo de actos se conforma por los actos tendientes a desacreditar a otro competidor, son conocidos como actos de denigración y se encuentran tipificados como una conducta de competencia desleal en el artículo 12 de la LCD<sup>54</sup>.

De tal manera que se reprimen las conductas tendientes a desacreditar la actividad, las prestaciones, los establecimientos, o las relaciones mercantiles de un tercero, valiéndose de aseveraciones incorrectas o falsas u omitiendo las verdaderas. La norma explícitamente

---

<sup>52</sup> Para una mejor referencia se puede observar, únicamente con fines académicos y no de reproducción, el comercial Burger King vs. Mc Donalds, en el siguiente link: <http://www.youtube.com/watch?v=WaGLeDE-Rwg>

<sup>53</sup> Para una mejor referencia se puede observar, únicamente con fines académicos y no de reproducción, el comercial Isenbeck vs. Quilmes, en el siguiente link: [http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp\\_qFI](http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp_qFI)

<sup>54</sup> “Artículo 12. Actos de descrédito. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes” .

indica que el descrédito no será desleal cuando lo aseverado se fundamente en información exacta, verdadera o pertinente.

Un ejemplo de lo anterior podría darse al suponer que, Hamburguesas Presto realice un comercial en que indique que el producto de Hamburguesas el Corral es de lombriz, lo anterior evidencia que el primer competidor pretende desacreditar el producto del segundo con fundamento en una afirmación falsa sobre las características del mismo.

En razón de lo anterior, aquellos actos encaminados a la violación del interés de la reputación son actos de denigración<sup>55</sup>, y éstos se pueden consolidar mediante cualquier conducta que tenga como objeto o por efecto desacreditar a un competidor, excluyendo aquellas afirmaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Así, la legislación Colombiana, explícitamente señala que serán desleales los anuncios publicitarios que se valgan de aseveraciones falsas, excluyendo aquellos que se valgan de información veraz y suficiente<sup>56</sup>.

En virtud de lo anterior, los actos de denigración o descredito, son ilegales en la medida en que se valgan de información engañosa, pues en el caso en que las afirmaciones sean reales o exactas, la publicidad será legal.

#### **d. Actos de confusión**

Al hacer referencia a los actos de engaño, vimos que éstos se producen como consecuencia de la inducción a error, sin embargo, la inducción a error también puede generar como

---

<sup>55</sup> Ascarelli, Tulio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Editorial Bosch. Barcelona, 1970 Pág. 213.

<sup>56</sup> Para una mejor referencia respecto a publicidad denigrante, se puede observar, únicamente con fines académicos y no de reproducción, el comercial Pepsi vs. Coke , en que si bien no se realizan afirmaciones falsas con respecto al producto del competidor, la idea conceptual que transmite el mensaje puede considerarse denigrante con respecto a la marca comparada. Véase el siguiente link: <http://www.youtube.com/watch?v=wAP2yVsgI6c>

consecuencia **confusión** en la mente del consumidor. En efecto, las normas de competencia desleal, además de reprimir el engaño, reprimen la confusión<sup>57</sup>.

La confusión se genera con ocasión al uso de información susceptible de inducir a error al consumidor con respecto al origen empresarial de un producto o servicio. Tal sería el caso, por ejemplo en que un anuncio publicitario utilice aseveraciones que generen como efecto que el consumidor asocie el producto con un origen empresarial distinto. Estos casos se presentan frecuentemente en relación con las marcas que distinguen los productos o servicios que ofrecen los competidores en el mercado, por ejemplo cuando un comerciante hace uso de una marca que resulte similarmente confundible con la marca de otro competidor. Por ejemplo, en el caso en que se utilice la marca “KIKE” para zapatos deportivos, en lugar de la marca “NIKE, de tal manera que se genera confusión en la mente del consumidor, quien puede adquirir el producto “KIKE”, pensando que al ser similar al producto “NIKE”, tienen un mismo origen empresarial.

En relación con este tema, vale la pena traer a colación el caso en que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la Sociedad Metalúrgica Prehispana Ltda., por hacer uso del nombre del Museo del Oro del Banco de la República y figuras precolombinas representativas de dicho museo, en la propaganda comercial para ofrecer sus productos al público. La SIC sancionó a dicha sociedad por inducir a error al consumidor con respecto a la naturaleza y origen de los productos que promocionaba, pues el consumidor podría verse confundido al asociar dichos productos al Museo del Oro del Banco de la República, de tal

---

<sup>57</sup> “Artículo 10. Actos de Confusión . En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos”.

manera que la sociedad sancionada se estaba aprovechando del reconocimiento de dicha entidad, para promocionar sus productos<sup>58</sup>.

Sin embargo, la confusión puede surgir también como consecuencia de los actos de imitación que versen sobre campañas publicitarias. Este sería el caso en que una compañía promocioe sus productos haciendo uso de una campaña publicitaria similarmente confundible con la campaña utilizada por otra compañía, con el fin de inducir a error al público respecto al origen empresarial del producto. Por ejemplo, si sale al mercado una nueva gaseosa que se promociona a través de propagandas de televisión que se valgan de imágenes de osos polares tomando gaseosa, y en ese momento se encuentra al aire la campaña de Coca-Cola, que se caracteriza también por las imágenes de osos polares tomando gaseosa, el destinatario de la información podrá verse confundido al pensar que la nueva gaseosa hace parte de una nueva línea de productos de la reconocida empresa Coca-Cola.

Lo anterior, permite concluir que puede haber publicidad engañosa cuando la información publicitaria sea susceptible de generar engaño o confusión entre el público consumidor, de tal manera que como consecuencia de dicho engaño o confusión, la decisión de compra del consumidor se pueda ver influenciada, sin que ello implique que necesariamente deba concretarse un daño, como se verá más adelante.

#### **e. Autoridades Competentes**

De acuerdo con los artículos 24 y 25 de la LCD y los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, las autoridades competentes para conocer los casos de competencia desleal, que se

---

<sup>58</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (1996, septiembre), *Sentencias*, “Expediente No. 3643”, M.P.: Urueta Ayola, M. S., Bogotá.

demanden como consecuencia de publicidad engañosa, serán la Delegatura de Promoción a la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, o la jurisdicción ordinaria a través de los jueces civiles del circuito o los jueces de comercio<sup>59</sup>.

Al respecto, vale la pena aclarar que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades administrativas, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, por medio de la expedición de actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, como son por ejemplo las resoluciones. Son funciones administrativas por ejemplo, imponer sanciones pecuniarias, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, dar por terminadas las investigaciones, o abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas<sup>60</sup>.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá ejercer funciones jurisdiccionales, en virtud de lo previsto en la ley 446 de 1998 y la LCD. Dichas normas otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de desarrollar las mismas funciones que desarrollan los jueces de comercio de la República en materia de competencia desleal<sup>61</sup>.

En ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá llevar a cabo las acciones declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición, que se explicarán a continuación<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Jaeckel Kovacs, J. (2004), *Presentación: La Regulación de la Publicidad y del Engaño*. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

<sup>60</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001, junio), *Sentencias*, "Sentencia C-649", M. P.: Lynett Montealegre, E., Bogotá.

<sup>61</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2002), Concepto 02007981 del 30 de Abril. Bogotá.

<sup>62</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001, junio), *Sentencias*, "Sentencia C-649", M. P.: Lynett Montealegre, E., Bogotá.

Sin embargo, merece la pena aclarar que con el fin de garantizar la imparcialidad de la Superintendencia de Industria y Comercio, se ha establecido que un mismo funcionario o Despacho de la Superintendencia, no podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de los casos en los que previamente haya ejercido funciones administrativas<sup>63</sup>.

#### **f. Acciones, sanciones y responsabilidad.**

Después de haber analizado los principales actos de competencia desleal en que puede incurrir el publicista, es necesario ahora, hacer referencia a las sanciones que la misma ley establece para dichos actos.

El artículo 20 de la ley 256 de 1996, establece dos tipos de acciones que se pueden interponer contra los actos de competencia desleal.

En primer lugar se encuentra la acción declarativa y de condena, que tiene como fin que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados, y consecuentemente, se obligue al infractor a la remoción de los efectos producidos por los actos y la indemnización de perjuicios causados.

Por otro lado, se encuentra la acción preventiva o de prohibición, que tiene como fin la suspensión de la conducta desleal, esta sanción pretende evitar que se presenten daños y perjuicios futuros.

En lo que se refiere al tema de responsabilidad, es claro que tanto el publicista como el productor tienen el deber de evitar incurrir en prácticas desleales.

*“Es obligación ética del publicista informar al cliente sobre los riesgos que se corren al ejercer una conducta desleal, con el agravante de que la agencia o el profesional de la publicidad puede incurrir en las sanciones establecidas por la ley. El publicista puede verse obligado a remover los efectos de*

---

<sup>63</sup> Colombia, Corte Constitucional (2001, junio), *Sentencias*, “Sentencia C-649”, M. P.: Lynett Montealegre, E., Bogotá.

*los actos y a indemnizar los perjuicios causados por las conductas que la ley considera como de competencia desleal”<sup>64</sup>.*

La responsabilidad será extracontractual cuando no exista una relación contractual<sup>65</sup> entre el publicista o productor y quien se ve afectado, como puede ser el caso, en que se haga uso de publicidad comparativa ilegal y se causen perjuicios a otro competidor, que no ha celebrado contrato alguno con el publicista o el otro competidor.

Así mismo, podrá haber responsabilidad contractual, cuando exista un contrato previo entre las partes, por ejemplo, en el caso hipotético en que salga al aire una campaña publicitaria dirigida a los usuarios de Comcel, en que se indique que podrán realizar llamadas a otros operadores de Comcel gratuitamente, y ello sea falso. En dicho caso, se induce a error a los destinatarios de la información sobre las características del producto y por ende, habrá responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que entre Comcel y los usuarios de sus líneas existe un acuerdo de voluntades previo.

### **3.2.2. La publicidad engañosa a la luz del régimen de protección al consumidor.**

Además de constituir un acto de competencia desleal, la publicidad engañosa puede constituir una infracción al régimen de protección al consumidor. Las normas de protección al consumidor, fueron recogidas en el decreto reglamentario 3466 de 1982 (EPC), norma de orden público, que tiene como fin desarrollar y reglamentar los artículos constitucionales que buscan la protección de los intereses del consumidor, en virtud de lo anterior se debe atender al estricto cumplimiento de las disposiciones en el contenidas.

---

<sup>64</sup> Botero, L. (1998), *Legislación y Derecho Publicitario*, Bogotá, El Navegante Editores. P. 55.

<sup>65</sup> Botero, L. (1998), *Legislación y Derecho Publicitario*, Bogotá, El Navegante Editores. P. 34.

El Estatuto de Protección al Consumidor (EPC), salvaguarda los intereses de los consumidores, garantizando la calidad e idoneidad de los productos o servicios que se ofrecen, la veracidad de la información sobre las características de los productos o servicios, el establecimiento de un régimen de responsabilidad en cabeza de productores y distribuidores, y la constitución de garantías a favor de los consumidores.

El artículo 14<sup>66</sup> del EPC establece los parámetros conforme a los cuales se debe suministrar información al consumidor. Dicho artículo establece las dos obligaciones con respecto a la información que se debe suministrar al público, la obligación de suministrar información veraz, y la obligación de suministrar información suficiente con respecto a los componentes y propiedades de los productos ofrecidos. Adicionalmente, prohíbe el uso de marcas, leyendas y propaganda comercial que no corresponda con la realidad o que pueda inducir a error al consumidor. Por último, exige la obligación de registrar ciertos productos y su finalidad, con el fin de garantizar la calidad e idoneidad de los mismos, este es el caso de los automotores, electrodomésticos, baterías, entre otros.

Así, el EPC establece que la información que se otorgue al público debe ser, en primer lugar, **veraz**. Sin embargo, la obligación de otorgar información verídica no recae sobre todo tipo de información. En este sentido, el EPC señala que la obligación de veracidad únicamente recae sobre la información que se brinde al consumidor acerca de los

---

<sup>66</sup> ARTICULO 14. MARCAS, LEYENDAS Y PROPAGANDAS. Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad o idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. a 7o. del presente Decreto o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializadas, según el caso.

**componentes y propiedades** de los productos que se ofrezcan al público. De conformidad con lo cual, es posible concluir que no toda la información debe ser veraz, sino únicamente aquella que verse sobre información objetiva del producto, como puede ser el precio, medida, peso, u otras características objetivas del producto. Más adelante, se podrá observar más a profundidad este tema, el cual se desarrolla en el capítulo dedicado al concepto de veracidad, en que se hace referencia al uso de afirmaciones subjetivas u objetivas<sup>67</sup>.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que de conformidad con el régimen de protección al consumidor, el publicista puede hacer uso de frases que no sean ciertas, siempre y cuando la información que se brinde acerca de características y calidades específicas del producto sí corresponda con la realidad, de tal manera que no engañe al consumidor. Por lo tanto, se puede hacer uso de afirmaciones falsas que no versen sobre las características objetivas del producto, así, el anuncio publicitario puede incluir por ejemplo, afirmaciones subjetivas sobre el producto que no sean veraces, como por ejemplo, decir que el producto es el “mejor” del mercado.

Más adelante se realiza una aproximación más específica con respecto al uso de afirmaciones subjetivas u objetivas, y sobre cuáles de estas recae el análisis de veracidad<sup>68</sup>.

El EPC define la propaganda comercial como:

*“ Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad”<sup>69</sup>.*

---

<sup>67</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P.599

<sup>68</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1998), *El Principio de Veracidad*. Bogotá.

<sup>69</sup> Colombia, Ministerio de Gobierno (actualmente Ministerio de Interior y Justicia), (1982, 2 de diciembre) “Decreto número 3466 del 2 de diciembre de 1982, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las

Conforme a la definición anterior, la propaganda comercial es aquella que se realiza con el fin de influir sobre la decisión de compra del destinatario.

Con el fin de proteger los intereses del consumidor, se prohíbe la propaganda comercial engañosa. Se considera propaganda comercial engañosa, aquella que incluida su presentación, induzca a error a los consumidores, de tal manera que su comportamiento económico se pueda ver afectado, es decir, que su decisión de compra se vea influenciada a causa del error<sup>70</sup>. Con el fin de evitar la inducción a error, el EPC establece normas específicas en relación con la propaganda comercial.

Por un lado, el EPC hace referencia concreta a la propaganda comercial con imágenes, al establecer en su artículo 15 que cuando se haga uso de imágenes del producto que se ofrece, tales como fotografías, películas, o dibujos, la cantidad del producto debe corresponder a la que muestra la imagen utilizada, de lo contrario, el productor debe responder por inducir error al consumidor, respecto a la cantidad del producto<sup>71</sup>.

Por otro lado, el artículo 16<sup>72</sup>, del EPC, hace referencia a la propaganda comercial con incentivos, mediante la cual se ofrece al público rifas, sorteos, cupones, vales, fotos,

---

propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”, en *Diario Oficial*, núm. 33.559, 3 de diciembre de 1982, Bogotá. Artículo 1- Literal d.

<sup>70</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 603.

<sup>71</sup> ARTICULO 15. PROPAGANDA CON IMAGENES. Cuando la propaganda comercial de un bien o de un conjunto de bienes se haga utilizando imágenes del bien o del conjunto, como cuando en su envase o empaque o en etiquetas adheridas a tal envase o empaque, o en cualquier otro medio de publicidad empleado para hacer la propaganda, aparezcan películas, fotografías o dibujos del bien o del conjunto de bienes, la cantidad de uno u otro, contenida dentro de envase o empaque, deberá ser, como mínimo, la que aparezca en las imágenes empleadas en la propaganda. En caso contrario, el productor responderá por inducción a error al consumidor respecto de la cantidad.

<sup>72</sup> ARTICULO 16. PROPAGANDA COMERCIAL CON INCENTIVOS. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Comercio, los productores serán responsables ante los consumidores, en los términos de los artículos 31 y 32 de este Decreto, por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como el ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas, y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie, en los siguientes casos:

a). Cuando dicha propaganda no corresponda a la realidad, lo cual se entiende por el hecho de que no se satisfagan los incentivos al consumidor en la oportunidad indicada para ello, o a falta de indicación precisa de la oportunidad para su satisfacción, dentro del plazo en el cual se utilice este tipo de propaganda comercial, y

b). Cuando con la propaganda de que trata el presente artículo, se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los

figuras, afiches, dinero, retribuciones en especie, etc., con el fin de atraer la atención del consumidor, para que adquiriera el producto. El artículo en mención establece, como se verá más adelante, que hay lugar a responsabilidad del productor cuando la propaganda no corresponda con la realidad o cuando pueda inducir a error al destinatario de la información<sup>73</sup>.

Para ejemplificar lo anterior, se puede observar el caso de los Helados Donofrio que tuvo lugar en Perú, en el cual la sociedad anunció que el sábado 27 y domingo 28 de 2009, todos los helados tendrían un valor correspondiente a un sol. Los consumidores, representados por ANDECOPI (sociedad que los representa) se quejaron porque no todos los helados se podían encontrar a este valor, únicamente se encontraron los helados que comúnmente costaban un sol, por lo que consideraron que la publicidad era engañosa en razón a que no existía la rebaja anunciada<sup>74</sup>.

Por otro lado, el mismo estatuto, establece que en la propaganda de aquellos bienes que sean nocivos para la salud, tal nocividad, indicaciones, contraindicaciones, y fecha de expiración deben expresarse en forma clara y en caracteres perfectamente legibles, en las etiquetas, envases, empaques, o anexos que se incluyan dentro del empaque<sup>75</sup>.

---

incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de éstos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo, o a la par con éste, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos.

<sup>73</sup> Colombia, Ministerio de Comunicación, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2006), Resolución 1534. Bogotá.

<sup>74</sup> Para una mejor referencia con respecto a este tema se puede observar, únicamente con fines académicos y no de reproducción, el comercial de Helados Donofrio en el siguiente link: <http://www.youtube.com/watch?v=0o8EiCiwqU>

<sup>75</sup> ARTICULO 17. LEYENDAS Y PROPAGANDAS ESPECIALES. Tratándose de bienes o servicios que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de éstos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso.

En la propaganda comercial que se haga de aquellos bienes o servicios, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto así como las contraindicaciones del caso.

Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en avisos que se fijen en sitios visibles al público, o en sus etiquetas, envases o empaques, si se trata de productos perecederos procesados o transformados, envasados o empacados.

En relación con el precio, el artículo 18<sup>76</sup> del EPC, establece que el proveedor o expendedor, está obligado a fijar los precios máximos de los productos que se ofrecen al público.

Adicionalmente, con respecto a la indicación pública de precios, la doctrina ha señalado que dicho precio debe corresponder al precio total del producto, y anunciarse en forma clara y visible<sup>77</sup>.

Lo anterior, permite ver como el EPC consagra diversas normas que se encamina a proteger al consumidor del engaño publicitario, y a garantizar la veracidad y suficiencia de la información. Cuando dichas normas se vulneren, habrá lugar a responsabilidad, como se verá a continuación.

#### **a. Responsabilidad.**

En virtud del régimen de defensa al consumidor, quienes causen perjuicios a los consumidores como consecuencia de la publicidad engañosa, serán responsables ante las autoridades competentes por dicho hecho.

El artículo 78 de la Carta Política, antes mencionado, establece la responsabilidad de los productores y comercializadores de los bienes y servicios. En el mismo sentido, se

---

Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno podrá prohibir o someter al cumplimiento de requisitos especiales la propaganda comercial de todos o algunos de los bienes y servicios de que trata el presente artículo.

<sup>76</sup> ARTICULO 18. OBLIGACION DE FIJAR LOS PRECIOS MAXIMOS AL PUBLICO. Todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencias, el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos.

Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor.

<sup>77</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 606.

pronuncia el EPC en sus artículos 31 y 32<sup>78</sup>, al establecer que todo productor será responsable por la publicidad cuyo contenido no corresponda con la realidad o induzcan a error al consumidor.

Por su lado, los artículos 16 y 32 establecen que el productor podrá incurrir en sanciones administrativas de índole pecuniaria cuando se realice propaganda comercial con incentivos que no corresponda con la realidad, o induzca a error al consumidor. Así mismo, la autoridad podrá ordenar la corrección de la propaganda comercial y tomar las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se genere un perjuicio para los consumidores<sup>79</sup>.

En cuanto a eximentes de la responsabilidad el EPC señala que el productor *“(...) sólo podrá ser exonerado de responsabilidad cuando demuestre que la marca, la leyenda o la propaganda comercial fue adulterada o suplantada sin que hubiese podido evitar la*

---

<sup>78</sup> “Artículo 31. Responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial. Todo productor es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes o servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor.

“Se consideran contrarias a la realidad o que inducen a error, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan, en todo o en parte, a las condiciones de calidad e idoneidad registradas, o a las contenidas en las licencias expedidas o en las normas técnicas oficializadas, o a las reconocidas ordinaria y habitualmente cuando se trate de bienes y servicios cuya calidad e idoneidad no hayan sido registradas, no siendo obligatorio su registro”.

“Artículo 32. Sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, la leyendas y la propaganda. En todo caso que se compruebe, de oficio o a petición de parte, que las marcas, la leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, la autoridad competente impondrá la multa de que trata la letra a) del artículo 24o. y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores. Para tal efecto, en la misma providencia se indicará un plazo razonable a juicio de quien la expida y se indicará que se causa una multa en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de la expedición de aquella providencia, por cada día de retardo en su cumplimiento. A la actuación se aplicarán las normas procedimentales previstas en el artículo 28.”

El productor sólo podrá ser exonerado de responsabilidad cuando demuestre que la marca, la leyenda o la propaganda comercial fue adulterada o suplantada sin que hubiese podido evitar la adulteración o suplantación”

<sup>79</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003), Resolución No. 18887 del 27 de Junio. Bogotá.

*adulteración o suplantación*<sup>80</sup>. La carga probatoria respecto de los eximentes de responsabilidad corresponde al productor, importador o distribuidor del bien o servicio<sup>81</sup>.

Es importante mencionar que, de conformidad con lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia, además de la responsabilidad del productor, el distribuidor o expendedor también podrá ser responsable por la publicidad engañosa que se exhibe en los productos que ofrece.

El Consejo de Estado se pronunció a este respecto, en relación con un caso en que la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso a Carrefour (Grandes Superficies de Colombia S.A.) una multa debido a que la sociedad estaba incumpliendo las normas sobre indicación pública de precios, en su almacén ubicado en la calle 80 de la ciudad de Bogotá, al haber promocionado un producto como gratuito, cuando en realidad se cobraban mil pesos por su compra<sup>82</sup>.

En este caso, Carrefour interpuso una acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra el acto administrativo que impuso la sanción, bajo el argumento según el cual, el acto era ilegal debido a que las normas de protección al consumidor, establecen únicamente que será responsable el productor, que en este caso era quien había realizado la promoción, y por lo tanto, los expendedores y distribuidores no son sujetos activos de la publicidad engañosa<sup>83</sup>. Al respecto, el Consejo de Estado<sup>84</sup> consideró que el distribuidor o expendedor,

---

<sup>80</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003), Resolución No. 36871 del 24 de Diciembre. Bogotá.

<sup>81</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008), Resolución No. 49874 del 28 de noviembre. Bogotá.

<sup>82</sup> *Ámbito Jurídico* (2010, 31 de enero), "Distribuidor responde por publicidad engañosa de los productos que exhibe". Bogotá. Pág. 6.

<sup>83</sup> *Ámbito Jurídico* (2010, 31 de enero), "Distribuidor responde por publicidad engañosa de los productos que exhibe". Bogotá. Pág. 6.

<sup>84</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2009, noviembre), *Sentencias*, "Expediente No. 2002200052301", M.P.: Rojas, M. C., Bogotá.

también es responsable por actos de publicidad engañosa, pues la interpretación de la norma en sentido estricto, implica desconocer los derechos del consumidor.

Adicionalmente, es importante resaltar que, atendiendo a la teoría general de la responsabilidad, ésta podrá ser **contractual** cuando surja como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales. Por ejemplo, cuando se incumpla el anuncio ofrecido en relación con un producto que está a la venta, y una vez comprado se causen perjuicios para el comprador, como consecuencia del incumplimiento de lo ofrecido, habrá responsabilidad contractual, debido a que existe un vínculo entre el comprador y el vendedor del producto en virtud de un contrato de compraventa<sup>85</sup>.

Así mismo, podrá haber responsabilidad extracontractual cuando no exista relación contractual entre las partes, como por ejemplo cuando sale al aire una oferta publicitaria que engaña a los destinatarios de la información, sin que ellos hayan adquirido el producto. En este caso, el anunciante será responsable extracontractualmente por la información contenida en la oferta, pues no existe aun ningún contrato.

#### **b. Autoridades competentes y sus facultades.**

En los casos en que se demanden casos de publicidad engañosa a través del régimen de defensa al consumidor, la autoridad competente será la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, en ejercicio de sus funciones administrativas, podrá interponer multas<sup>86</sup> a quienes incurran en dicha conducta,

---

<sup>86</sup> Jaeckel Kovacs, J. (2004), *Presentación: La Regulación de la Publicidad y del Engaño*. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

de conformidad con lo establecido en los artículos 24, 28, 31 y 32 del Decreto 3466 de 1992.

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá ordenar la suspensión o corrección de la propaganda comercial, u ordenar las medidas necesarias para evitar incurrir nuevamente en error o con el fin de evitar que se cause un daño a los consumidores.<sup>87</sup>

### **3.2.3. La publicidad engañosa a la luz del régimen de prácticas restrictivas de la competencia**

Las prácticas restrictivas del mercado se generan con ocasión a aquellos comportamientos que tengan como fin o efecto inhibir o disminuir las fuentes de la competencia en el mercado o eliminar sus beneficios<sup>88</sup>. Por lo tanto, el artículo primero de la ley 155 de 1959, modificado por el decreto 3307 de 1963, prohíbe expresamente todas aquellas prácticas o procedimientos que tiendan a limitar la libre competencia, o a mantener precios inequitativos. La regulación de las prácticas restrictivas del mercado parte de la ley 155 de 1959 y se desarrolla en diversas normas. Entre estas, merece la pena mencionar el decreto 2153 de 1992, que fue modificado por la ley 1340 de 2009, el cual tiene como fin reglamentar las normas relativas al régimen de prácticas restrictivas de la competencia y establecer las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad encargada de vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el régimen de prácticas restrictivas, e imponer las sanciones pertinentes a la materia.

---

<sup>87</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P.608.

<sup>88</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P.31.

Es evidente entonces, que el régimen de prácticas restrictivas tiene como fin garantizar la libre competencia<sup>89</sup>, sin embargo, a diferencia del régimen de competencia desleal que tiene como fin que las conductas de los competidores se ajusten a la buena fe comercial, las normas de prácticas restrictivas tienden a garantizar no sólo los derechos de los competidores, en cuanto garantizan su libertad de acceso al mercado, y la eficiencia del aparato productivo, sino que además también protegen los intereses de los consumidores, en cuanto propenden por que haya una variedad de precios y calidades en el mercado y se garantice la libre escogencia del consumidor.<sup>90</sup>

De esta manera, el decreto 2153, establece explícitamente cuáles son los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia. En relación con el tema objeto de este análisis, merece la pena mencionar que de conformidad con el artículo 48 de dicho artículo, la publicidad puede dar lugar a que se consoliden prácticas restrictivas del mercado, en la medida en que el Numeral Primero de dicho decreto, expresamente señala que será un acto contrario a la leal competencia: *“Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor”*.

Si bien infringir las normas sobre publicidad se considera expresamente como una práctica restrictiva del mercado, como se desprende de la disposición anterior, el decreto 2153 de 1992, no regula el tema de publicidad, sino que, como se pudo observar hace una remisión expresa al estatuto de protección al consumidor, en que se desarrolla dicha práctica.

---

<sup>89</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2002), Concepto 02067355 02067622 del 17 de Septiembre. Bogotá. -.*“Se orienta a reprimir las limitaciones a la competencia y tutela la prevalencia de ésta en el mercado, como columna vertebral de la economía de mercado.” “Es decir, estas normas se orientan a lograr la prevalencia de la libre competencia “para consolidar con su presencia y normal desarrollo, el imperio de un sistema económico que tenga como soporte la libre iniciativa privada, a fin de que el desempeño de los distintos participantes se realice libre de trabas (...)”*

<sup>90</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P.31.

Por lo tanto, al presentarse casos de publicidad engañosa, es posible considerar que dicha práctica es restrictiva del mercado, cuando el competidor vulnera las disposiciones del EPC, que se analizaron anteriormente, y con ello de lugar a que se restrinja la libre competencia, de tal manera que se generen perjuicios para los consumidores u otros competidores.

### **3.2.4. El régimen de Autorregulación Publicitaria<sup>91</sup>.**

#### *1. Naturaleza.*

En Colombia, el gremio de los publicistas cuenta con un código de autorregulación publicitaria, cuya naturaleza jurídica<sup>92</sup> se define en su artículo 1, como una disposición de carácter ético, que surge de la voluntad privada del gremio de los publicistas, y que tiene como fin establecer normas de comportamiento y principios que ofrezcan garantías de respeto para quienes ejercen la actividad publicitaria, para los anunciantes y para los consumidores<sup>93</sup>.

La importancia de la autorregulación consiste precisamente en que ésta se constituye como un mecanismo que permite prevenir conflictos y que se funda en la confianza que en ella depositan quienes acuden a ésta, fomentando así la creación de mecanismos de autocontrol que permiten lograr un importante desarrollo en la sociedad moderna<sup>94</sup>. En palabras del autor Luis Gabriel Botero, el Código de Autorregulación Publicitaria, tiene como pilar

---

<sup>91</sup> Solicito se tenga en cuenta que los casos de la CONARP están protegidos como información confidencial, por lo tanto, a pesar de que tuve acceso a algunos, no hago referencia expresa a su contenido, debido a que se me exigió cumplir con el deber de reserva sobre la información contenida en ellos.

<sup>92</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Artículo 1. Bogotá. - "ARTICULO 1o. : NATURALEZA : El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria es una disposición de naturaleza ética, procedente de la voluntad privada del sector publicitario de establecer normas que rijan los contenidos del mensaje publicitario y establezcan responsabilidades y consecuencias para quienes deben someterse a sus lineamientos".

<sup>93</sup> Tapias Escobar, X. (2000), *Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria*. Bogotá, P.7

<sup>94</sup> Tapias Escobar, X., (2000), *Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria*. Bogotá, P.8.

fundamental la autodisciplina, por lo cual quienes intervienen en la práctica publicitaria son quienes deben controlar los alcances de la misma,<sup>95</sup> sin que existan mecanismos o una institución privada encargada de exigir el cumplimiento de las normas éticas, por el contrario, el cumplimiento de éstas queda supeditado a la convicción de aquellos que desarrollan la actividad publicitaria.

## ***2. Evolución de la institución.***

Desde sus inicios en 1980, el Código de Autorregulación Publicitaria reconoció que la publicidad como un mecanismo de la leal competencia es determinante para garantizar la libertad de empresa, y en esta medida la publicidad debe cumplir con un fin social y con un fin económico<sup>96</sup>.

En 1987, y más adelante en 1997, el código fue sometido a una revisión en la que se actualizaron conceptos tales como la publicidad comparativa, el uso de imágenes, y la regulación de sectores específicos de productos que ameritaban una regulación específica dada su complejidad, tales como los medicamentos, los servicios públicos y entidades financieras, la publicidad de menores, entre otros. Adicionalmente, en 1997 se integraron conceptos desarrollados en normas autorregulatorias de otros países como Chile y Brasil (entre otros) y aquellos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional (International Code of Advertising Practice)<sup>97</sup>. A partir de dicho año, no se han realizado modificaciones o revisiones sobre el Código.

---

<sup>95</sup> Botero, L. (2004), *Qué se puede y qué no en la publicidad, Guía Legal para Publicistas*. Bogotá, Hombre Nuevo Editores. P. 217.

<sup>96</sup> Botero, L. (2004), *Qué se puede y qué no en la publicidad, Guía Legal para Publicistas*. Bogotá, Hombre Nuevo Editores. P. 217.

<sup>97</sup> Tapias Escobar, X. (2000), *Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria*. Bogotá, P.10

### ***3. Autoridades competentes y naturaleza de sus decisiones.***

Este código es aplicable a cualquier persona que voluntariamente desee someterse a las normas de contenido autorregulatorio<sup>98</sup>. Entre estos se destacan los anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y demás personas que emitan cualquier tipo de mensajes publicitarios a excepción de aquellos relacionados con publicidad política o electoral<sup>99</sup>

La entidad que conoce de los casos de publicidad engañosa es la misma Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, la cual se encarga de estudiar el caso y desarrollar conceptos que se desarrollan a partir de los principios y disposiciones de naturaleza ética que se establecen en el Código. Como consecuencia del estudio realizado a la luz de las normas éticas, se otorgan recomendaciones a las partes, tales como la corrección del anuncio, el retiro del mismo, o el rechazo de la publicación del anuncio<sup>100</sup>. Al respecto es importante tener en cuenta que dichas recomendaciones no tienen fuerza jurídica vinculante<sup>101</sup>, por lo que las partes podrán decidir libremente si las acatan o no. Lo anterior debido que, a diferencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, la CONARP no cuenta con mecanismos encaminados a ejecutar sus decisiones, por lo tanto no es posible obligar a las partes a cumplir las recomendaciones.

Lo anterior, debido a que, tal y como lo expresó Mónica Trujillo, en Ponencia ante la ANDA (Asociación Nacional de Anunciantes), la existencia y funcionamiento de la CONARP se justifica básicamente en la **convicción íntima y comprometida** de aquellos

---

<sup>98</sup> Botero, L. (2004), *Qué se puede y qué no en la publicidad, Guía Legal para Publicistas*. Bogotá, Hombre Nuevo Editores. P. 218.

<sup>99</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Artículo 2. Bogotá.

<sup>100</sup> Jaeckel Kovacs, J. (2004), *Presentación: La Regulación de la Publicidad y del Engaño*. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

<sup>101</sup> Trujillo, M. (Octubre 25). *Ponencia ante la ANDA. Tres razones para la autorregulación*. Bogotá.

que consideran que la autodisciplina sirve como un mecanismo efectivo para el ejercicio de la **responsabilidad**, que radica en cabeza de los productores y comercializadores de bienes y servicios, y los anunciantes o publicistas, en relación con la información que le otorgan al público sobre los productos que se ofrecen en el mercado<sup>102</sup>. Como se mencionó antes, ésta responsabilidad se consagra en el artículo 20 de la Carta Política y tiene como fundamento el compromiso con los fines sociales que se buscan garantizar en un Estado Social de Derecho. Por último, la CONARP encuentra fundamento en la **conveniencia**, que se traduce en la necesidad de normas éticas que regulen la interacción de las empresas con la sociedad<sup>103</sup>. Las razones anteriormente expuestas, fundamentan la existencia de un ente autorregulatorio, que desarrolla principios de naturaleza ética.

De lo anterior se desprende que, si bien no es posible exigir el cumplimiento de los conceptos de la CONARP, dicha institución encuentra una importante justificación que le ha permitido posicionarse exitosamente, de tal manera que importantes empresas nacionales y multinacionales han acudido voluntariamente a ella con el fin de dirimir sus conflictos, sin necesidad de acudir a instancias judiciales o administrativas. Tal es el caso de Colgate o Alpina, empresas responsables, que no requieren de la coercibilidad para cumplir las normas éticas<sup>104</sup>. Sin embargo, existen otras empresas que no acatan los pronunciamientos de la CONARP, y por lo tanto, ha sido necesario que esta entidad, con el fin de hacer prevalecer los intereses generales, remita algunos casos a la SIC con el fin de que esta última emita pronunciamientos de obligatorio cumplimiento<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Trujillo, M. (Octubre 25). *Ponencia ante la ANDA. Tres razones para la autorregulación*. Bogotá.

<sup>103</sup> Trujillo, M. (Octubre 25). *Ponencia ante la ANDA. Tres razones para la autorregulación*. Bogotá.

<sup>104</sup> *Revista Dinero* (2007), "Publicidad Engañosa".

<sup>105</sup> García, S. (2010, 27 de abril), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

#### ***4. Contenido del Código y su armonización con las normas jurídicas.***

Los principios y disposiciones de carácter ético consagrados por la CONARP y desarrollados en sus conceptos, reconocen la obligación de suministrar información veraz en los anuncios publicitarios, de tal manera que la presentación que se haga sobre las características y otras calidades del producto deben ser ciertas y comprobables<sup>106</sup>; adicionalmente, se establece que el mensaje publicitario se debe analizar en conjunto, es decir, se deben observar todas sus partes como un todo, y no de manera independiente, pues así todas sus partes sean veraces, puede que en conjunto transmitan una idea falsa. Así mismo, los artículos 9 y 15<sup>107</sup> del CONARP, establecen como premisa fundamental que la publicidad debe atender a las normas de la leal competencia, de tal manera que no deben ser usados con el fin de confundir o denigrar mediante afirmaciones falsas los productos o marcas de otros competidores. En razón de lo anterior, aquellos casos que llegan a la CONARP en que se puedan observar conductas que aparentemente vulneren el régimen de competencia o de propiedad industrial, o cualquier disposición de orden jurídico, son remitidos por este ente autorregulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que dicha entidad se pronuncie en relación con la legalidad de dichas conductas<sup>108</sup>. De lo anterior, se concluye que el régimen de autorregulación publicitaria se armoniza con las normas jurídicas que regulan la publicidad engañosa en el marco del derecho a la competencia, y reconoce la legitimidad de las instituciones jurídicas. No obstante, la SIC,

---

<sup>106</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2008), Concepto No. 69 del 12 de noviembre. Bogotá.

<sup>107</sup> “ARTICULO 9o. Los anuncios deben respetar las normas y principios de la leal competencia. No podrán denigrar, confundir, ni realizar afirmaciones que no correspondan a la verdad en relación con productos, marcas o empresas de la competencia, ni atribuir a los productos anunciados características y calidades objetivas que no sean ciertas y comprobables”.

“ARTICULO 15o. PRESENTACION VERIDICA: El anuncio debe realizar una presentación verídica del producto anunciado en cuanto se refiera a sus características, identificación, precio y forma de pago, condiciones de entrega, garantías, propiedad y reconocimientos o aprobaciones oficiales.

PARAGRAFO: El anuncio publicitario debe ser considerado como un todo. Como consecuencia, puede resultar falso aún, cuando literalmente cada una de sus frases sea verdadera”.

<sup>108</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2006), Concepto No. 63 del 27 de septiembre. Bogotá.

no está obligada a reconocer o acoger los pronunciamientos emitidos por la CONARP, y en razón de ello no se encuentra obligada a acatarlos.<sup>109</sup>

Por otro lado, en relación con la publicidad comparativa, el artículo 35<sup>110</sup> consagra su definición y además, establece las dos modalidades de comparación, la explícita y la implícita, a las cuales se hizo referencia en el capítulo relacionado con los actos de comparación. El contenido de los conceptos de la CONARP, se armoniza con los principios jurídicos conforme a los cuales la publicidad comparativa es válida siempre y cuando no sea denigrante, no induzca a error o confusión, y verse sobre datos objetivos, comparables y que puedan respaldarse<sup>111</sup>. De lo anterior, se concluye que en materia de publicidad comparativa la CONARP adopta una postura intermedia, en cuanto esta institución ha desarrollado y aplicado los mismos principios acogidos por la doctrina en relación con este tema, y que tienden a proteger la leal competencia y los intereses de los consumidores.

Finalmente, en aras de proteger la propiedad industrial, el gremio de los publicistas, estipula una prohibición conforme a la cual la publicidad comparativa no podrá hacer uso indebido del prestigio de las marcas competidoras, ni presentar productos o servicios que imiten otros cuya marca se encuentre registrada<sup>112</sup>.

Lo anterior permite evidenciar que el gremio de los publicistas cuenta con una detallada regulación que reúne los principios que deben regir la actividad publicitaria y se armoniza

---

<sup>109</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2007). Auto No.498 del 14 de febrero. Bogotá.

<sup>110</sup> “ARTICULO 35o.: Entiéndase por publicidad comparativa toda aquella que aluda explícita o implícitamente a una empresa competidora o a sus bienes, productos o servicios en relación con la empresa, bienes, productos o servicios anunciados.

PARAGRAFO: La publicidad comparativa es explícita cuando menciona específicamente el nombre de la competencia o muestra directamente el producto enfrentado e implícita cuando sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia”.

<sup>111</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2010), Concepto No. 77 del 9 de febrero. Bogotá.

<sup>112</sup> Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Artículo 37. Bogotá.

con las normas jurídicas que regulan el derecho publicitario, las cuales se encuentran dispersas en diferentes cuerpos normativos, mientras que la CONARP las unifica en un mismo Código.

Así, a pesar de que el contenido de las normas autorregulatorias es ético, y el del ordenamiento es jurídico, unas y otras desarrollan principios que se armonizan entre sí, y buscan un mismo fin, es decir, un adecuado funcionamiento del mercado, a partir de la protección de los intereses del público concurrente, ya sea en calidad de competidor o consumidor, lo cual se logra al garantizar la transparencia y lealtad en la actividad publicitaria<sup>113</sup>.

### **3.2.5. Comparación de régimen jurídico y no jurídico<sup>114</sup>.**

Si bien es cierto que la única forma de garantizar un resultado concreto, como por ejemplo una indemnización o la remoción del aviso publicitario, es acudiendo a la SIC, o a la jurisdicción ordinaria (jueces de comercio o civiles de circuito), también es cierto que acudir a la CONARP cuenta con significativas ventajas. En primer lugar con respecto al trámite que ante ella se cursa, que por ser un trámite informal, resulta menos costoso, pues no se necesitan apoderados, es más rápido, y sólo puede ser objeto de modificación mediante el recurso de revisión, pues no proceden más instancias facultadas para modificar la decisión como sí sucede ante la jurisdicción ordinaria o administrativa. Adicionalmente, los miembros de la CONARP<sup>115</sup> son particulares que cuentan con una gran especialización

---

<sup>113</sup> García, S. (2010, 27 de abril), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

<sup>114</sup> Por favor observar el cuadro comparativo comprendido en el Anexo 2.

<sup>115</sup> García, S. (2010, 27 de abril), entrevistado por Calderón, P., Bogotá. Hacen parte de la CONARP, las siguientes agrupaciones, ANDIARIOS (Asociación Nacional de Diarios), ASOMEDIOS (Asociación de Medios), ANDA (Asociación Nacional de Anunciantes) y UCEP (Unión Colombiana de Empresas Publicitarias), y cualquier particular o gremio que desee adherirse.

en las materias que se tratan debido a que son quienes directamente se involucran en la actividad publicitaria, y por lo tanto, el contenido de sus conceptos contiene un gran valor conceptual.

Así mismo, los miembros de la CONARP analizan el contenido de la información publicitaria atendiendo a los principios éticos, que se interpretan con el fin de proteger intereses generales del mercado, por lo que gozan de una gran imparcialidad, debido a que no hay prevalencia de ningún régimen sobre otro, como si sucede al acudir a la SIC, en cuanto en cada delegatura prevalecen intereses distintos, ya sea la protección del consumidor, la leal competencia, o el impedimento de la consecución de prácticas restrictivas.

En virtud de lo anterior, quien decida acudir a uno u otro régimen, deberá ponderar las ventajas o desventajas de cada uno, en consideración del interés que pretende proteger. De igual manera, quien acuda al régimen jurídico deberá determinar cuál es el interés que pretende proteger en aras de lograr determinar ante que Delegatura debe presentarse, pues tal y como se determinó en los apartes anteriores, cada uno tutela un bien jurídico distinto, a pesar de que se interrelacionan entre sí y persiguen un mismo interés. No obstante lo anterior, cuando un caso llega a una Delegatura que no corresponde, esta se encuentra facultada para remitirla a la autoridad competente.

#### **IV. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO GENERAL DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.**

De conformidad con el análisis legislativo realizado, se concluye que el engaño es, como su nombre lo indica, el elemento principal de la publicidad engañosa, y se ha desarrollado en la LCD como una conducta desleal, y así mismo, ha sido prohibido por medio del EPC, e incluso por el mismo gremio de los publicistas.

Así, las cosas, es claro que la publicidad engañosa, se da cuando se induce al destinatario a error sobre las calidades del producto que se ofrece, pues es en este caso cuando se configura el error. Con el fin de evitar la inducción a error, el EPC establece que la información que se suministre al público debe ser veraz y suficiente.

En concordancia con las normas citadas, La Circular Única 10 de la Superintendencia de Industria y Comercio ha definido la publicidad engañosa así:

*“Se considera información engañosa, la propaganda comercial marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, pueda afectar su comportamiento económico”.*

Después de haber estudiado la forma en que la legislación colombiana, y en particular las normas que desarrollan el derecho a la competencia, han desarrollado la regulación de la publicidad engañosa, es importante analizar específicamente cada uno de los conceptos principales que se desprenden de dichas normas, con el fin de lograr determinar en qué casos se puede dar la publicidad engañosa.

##### **4.1. Prohibición de inducción al error**

Como se pudo observar, las normas jurídicas, entre éstas la LCD (artículo 11), el EPC (artículo 14) y las normas de autorregulación publicitaria reprimen el engaño, y lo definen

como aquella conducta susceptible de inducir a error al destinatario de la información. Para comprender a cabalidad en qué consiste el engaño, es necesario determinar en primer lugar, qué se entiende por error y cómo se concreta.

#### **a. Definición de error.**

De conformidad con el Diccionario Planeta de la Lengua Española Usual<sup>116</sup> (, el error puede ser definido como un “*concepto equivocado o juicio falso*”. Según dicha definición, el error se concreta en la mente humana en el momento en qué está desarrolla un juicio o concepto equivocado sobre una cosa. Sobre este tema, la Superintendencia de Industria y Comercio, ha dicho que el error se da cuando para una o más personas se genera un concepto equivocado acerca de una cosa<sup>117</sup>.

Lo anterior permite llegar a una primera conclusión conforme a la cual el engaño se presenta cuando se **concreta** el error, es decir, cuando se genere un concepto o juicio equivocado sobre una cosa en la mente del consumidor. Dicho concepto o juicio equivocado debe consistir en que se represente una ventaja del producto o servicio, para el destinatario del consumidor, en este sentido se ha pronunciado el autor Otamendi en su obra “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, quien ha dicho que el error debe proporcionar un plus concurrencial al producto o servicio que se ofrece. Ese plus puede recaer sobre la naturaleza del producto, el modo de fabricación o distribución, sus características, calidad, cantidad, aptitud en el empleo, entre otros, y debe ser

---

<sup>116</sup> Marsa, F. (1988). *Diccionario Planeta de la Lengua Española Usual*, Ed. Colombiana. Bogotá, Lerner.

<sup>117</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2004). Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

potencialmente idóneo para afectar el comportamiento del mercado<sup>118</sup>. En la obra citada, el mismo autor ha mencionado que:

*“Estas ventajas del producto o servicio no tienen por qué tener una traducción económica; basta con que el consumidor las valore positivamente de modo que sean susceptibles de motivarle a la aceptación de una oferta (si no lo motivara no existiría finalidad concurrencial)”*.

Así, el plus o ventaja que representa el engaño no tiene que ser necesariamente de carácter económico, simplemente debe dar lugar a una valoración positiva por parte del consumidor, que **influya o motive su decisión de compra**, de tal manera que potencialmente se pueda generar un efecto sobre el comportamiento de la demanda del producto,<sup>119</sup> es decir, que el público destinatario de la información se vea atraído por la oferta, de tal manera que se motive a adquirir el producto.

Tal sería el caso en que un anuncio publicitario indique que los beneficios de un producto se encuentran comprobados clínicamente, en este caso, las personas se verán inducidas a adquirir el producto, por los beneficios “comprobados clínicamente” que este genera. En dicho caso la decisión de compra del consumidor se puede ver influenciada y por lo tanto se puede generar un efecto positivo sobre el comportamiento de la demanda del producto, que afecta el consumo de otros productos, por lo tanto, si en dicho caso no es cierto que los beneficios se comprobaron clínicamente, hay una efectiva o potencial inducción a error, debido a que la información que se otorga, le atribuye al producto una ventaja que no posee con respecto a otros productos, y dicha ventaja influye en la decisión de compra del consumidor.

---

<sup>118</sup> Rodríguez Otamendi, J.J. (1994), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, Aranzadi. Pg. 178

<sup>119</sup> *Ibidem*. Con el fin de explicar lo anterior, el autor Otamendi, en señala como ejemplo, el caso en que se indica que un producto es elaborado por personal minusválido, siendo esto falso, en dicho caso, estamos frente a un caso de engaño concurrencial, debido a que el consumidor, por esa circunstancia, puede verse motivado a preferir el producto sobre otros productos con las mismas características.

Es importante resaltar que no es necesario que el error efectivamente produzca un daño sobre el comportamiento del mercado (por ejemplo al aumentar la demanda del producto, o sobre la demanda de otros productos similares), basta con la simple inducción a error. Así, para que la publicidad se considere engañosa, sólo es necesario que el engaño sea potencialmente idóneo para producir un daño. Sirve como ejemplo para ilustrar lo anterior, el caso en que un anuncio en el periódico indique desde el lunes que el domingo va a haber rebajas en un almacén del 50%, y llegado el día el público se entera de que no existe tal rebaja. Dicho anuncio es engañoso desde el día en que sale al aire, independientemente de que no se haya generado ningún perjuicio económico para los destinatarios del mensaje.

En virtud de lo anterior, la inducción a error se da desde el momento mismo en que sea posible afectar el comportamiento económico del destinatario o desde que un consumidor, un competidor o la sociedad misma, puedan verse afectados de cualquier manera a causa del error<sup>120</sup>. Ahora, es necesario determinar cómo se concreta el error.

#### **4.2. Cómo se concreta el error.**

Las normas jurídicas y autorregulatorias, no sólo establecen que el engaño surge como consecuencia de la inducción a error, sino que además establecen cómo se concreta el mismo. Al respecto, se debe tener en cuenta que el error se concreta por la vulneración de dos obligaciones que, como se verá más adelante, han sido consagradas en las normas jurídicas y reconocidas por el gremio de los publicistas. La primera, la obligación de suministrar información **veraz**, y la segunda, que dicha información sea **suficiente**.

---

<sup>120</sup> Méndez, R.M. y Vilalta, A.E. (2002), "La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros, p.12. TATO PLAZA, A.: "Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias", en *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 60, 2002, Madrid, p.27-34.

#### **4.2.1. Obligación de suministrar información veraz.**

Como ya se ha mencionado, las normas jurídicas y de autorregulación publicitaria, establecen como premisa fundamental, que la información de la cual se vale la publicidad debe ser veraz, de tal manera que no se induzca a error o engaño al público consumidor<sup>121</sup>.

Con el fin de comprender el alcance de esta obligación es necesario hacer referencia a la veracidad, entendida como un principio y como un concepto, así mismo, resulta importante examinar el contenido de los mensajes publicitarios.

##### **a. Principio de veracidad**

Las normas contra la competencia desleal y de defensa del consumidor, así como los principios de la autorregulación publicitaria, indican que la información de la cual se vale la publicidad debe ser veraz. El profesor Jorge Jaeckel en su escrito “Publicidad Engañosa”, establece que la veracidad se debe entender dentro del concepto general de transparencia, que se desarrolla en las normas que regulan la actividad publicitaria<sup>122</sup>.

##### **b. Concepto de veracidad.**

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra veraz significa “*Que dice, usa o profesa siempre la verdad*”. La misma fuente indica que la palabra verdad significa “*conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente*”<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003) Resolución No. 36871 del 24 de diciembre. Bogotá.

<sup>122</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1999), *Publicidad Engañosa*, Bogotá.

<sup>123</sup> Real Academia Española (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª ed., 2 tomos, Madrid, Espasa.

Para continuar el análisis sobre la obligación de suministrar información veraz, es necesario hacer referencia al tipo de afirmaciones que pueden ser utilizadas en un mensaje, en aras de determinar sobre cuáles de estas debe recaer el análisis de veracidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que un anuncio publicitario se considera engañoso cuando efectiva o potencialmente pueda engañar al destinatario y no por el simple hecho de incluir afirmaciones verídicas o falsas, como se explicará en seguida.

### **Afirmaciones subjetivas u objetivas.**

Los mensajes publicitarios se conforman por varias afirmaciones que deben ser analizadas en conjunto en aras de determinar la veracidad o falsedad del mensaje. Las afirmaciones se pueden dividir en dos clases: las subjetivas y las objetivas<sup>124</sup>.

Las **afirmaciones subjetivas** consisten en simples opiniones<sup>125</sup> que no recaen sobre características cuantificables y comprobables del bien o servicio, y el consumidor debe entender que es apenas lógico que todo productor manifieste las mejores opiniones sobre su producto, por lo que sobre dichas afirmaciones no recae la decisión de compra del consumidor. Las afirmaciones subjetivas, son por ejemplo aquellas como: “El *magnífico* arranca grasa”, éstas al ser simples valoraciones que manifiestan la opinión del dueño del producto sobre éste, no pueden ser calificadas como verdaderas ni falsas.

Por su parte, **las afirmaciones objetivas** son aquellas que se refieren a características objetivas del producto, en esta medida, estas sí son cuantificables y comprobables e influyen considerablemente en la decisión de compra del consumidor, por lo que **sobre**

---

<sup>124</sup>“Sentencia 002 del 17 de febrero” (2006) [En línea], disponible en: [http://www.sic.gov.co/Informacion\\_Interes/Boletines\\_Juridicos/2006/Boletin\\_Juridico\\_3.php](http://www.sic.gov.co/Informacion_Interes/Boletines_Juridicos/2006/Boletin_Juridico_3.php) Colombia, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, recuperado: 8 de septiembre de 2009.

<sup>125</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

**estas se establece la obligación de otorgar información veraz**, pues de lo contrario no serían susceptibles de generar engaño o confusión<sup>126</sup>.

En virtud de lo anterior, a la hora de analizar la veracidad del mensaje publicitario se debe diferenciar el tipo de afirmaciones que contiene el mensaje, debido a que el engaño se configura en torno a los mensajes compuestos por afirmaciones objetivas y no sobre las afirmaciones subjetivas.

Sin embargo, las afirmaciones subjetivas pueden recaer sobre características objetivas del producto siempre y cuando correspondan con la realidad<sup>127</sup>. Así, el vendedor puede calificar su producto como “el mejor”, como “magnífico”, o calificar sus resultados como “sorprendentes”, entre otros, pero no podrá hacer valoraciones imprecisas sobre características cuantificables, como decir que su producto tiene más cantidad de la que realmente tiene.

El artículo publicado por el profesor Jorge Jaeckel sobre el Principio de Veracidad, explica la razón por la cual únicamente las afirmaciones objetivas pueden ser falsas con fundamento en lo siguiente:

1. Las afirmaciones subjetivas consisten en meras opiniones, de tal manera que no son comprobables, mientras que, el contenido de las afirmaciones objetivas se constituye de elementos que si pueden ser comprobables, es decir, el contenido de la afirmación se puede confrontar con la realidad con el fin de determinar si coincide o no con ésta.

---

<sup>126</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

<sup>127</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

2. Las afirmaciones objetivas son las únicas que pueden generar engaño, pues como ya se ha mencionado, las afirmaciones subjetivas son simples opiniones y los consumidores no fundamentan su decisión de compra en las opiniones que brinde el oferente acerca de su producto, sino en las características objetivas del producto que son las que pueden generar un beneficio.
3. Se debe partir de la base que el consumidor sabe que la publicidad no es neutra y que por el contrario, los anunciantes buscan alabar los productos, por lo tanto el consumidor se encuentra en capacidad de diferenciar las afirmaciones que transmiten información objetiva de aquellas que transmiten la opinión del anunciante sobre su producto.

En conclusión, y de conformidad con los criterios expuestos por el profesor Jaeckel, existen afirmaciones subjetivas y afirmaciones objetivas, siendo las segundas las únicas sobre las cuales puede recaer el engaño publicitario, al ser estas las que versan sobre características cuantificables y comprobables del producto.

Sin embargo, merece la pena resaltar que la interpretación del mensaje publicitario debe realizarse atendiendo al conjunto de elementos que lo integran, teniendo en cuenta que el mensaje despierta una idea en la mente del consumidor al ser visto en conjunto;<sup>128</sup> por lo tanto, el contenido de una frase aisladamente considerada no determina que la misma sea objetiva o subjetiva, pues esta connotación depende del tipo de información que pretende transmitir el mensaje, como se verá más adelante. En palabras del profesor Jorge Jaeckel:

---

<sup>128</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, Cigarette Rule Statement of Basis and Purpose*, 29 FR 8324, 8352 (July 2, 1964). Washington.

*“Debido a lo anterior, una frase que aisladamente es subjetiva, puede llegar a ser calificada como objetiva, cuando forma parte de un mensaje que transmite información acerca de las características de un producto, o se refiere a factores que pueden ser cuantificables dentro del mensaje; pero podrá mantenerse como subjetiva, si no forma parte del mensaje objetivo del anuncio, o cuando el consumidor la separa de éste y la percibe como una simple opinión que el propio anunciante hace de su producto”<sup>129</sup>.*

En virtud de lo anterior, la veracidad de la información se analiza a partir de las circunstancias y el contexto en el que se suministra la información<sup>130</sup>, pues puede darse el caso en que todos los elementos de un anuncio publicitario sean veraces, pero el mensaje resulte falso debido al contexto en que se presenta.

### **c. Uso de aseveraciones falsas.**

Es importante tener en cuenta que los mensajes publicitarios pueden estar compuestos por frases falsas que no necesariamente sean engañosas, así como por frases engañosas que no sean falsas.

En efecto, cuando la falsedad es evidente para el receptor de la información, éste no se ve inducido a engaño debido a que tal falsedad no determina la decisión de compra del consumidor.

De otra parte, también puede ocurrir que una frase sea engañosa aunque su contenido sea veraz, pero independientemente de ello genera en la mente del consumidor una idea distorsionada de la realidad, de tal manera que la decisión del consumidor se ve influenciada<sup>131</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que el hecho de que una frase sea falsa no implica que el anuncio sea engañoso, teniendo en cuenta que los receptores de los anuncios publicitarios

---

<sup>129</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1998), *El Principio de Veracidad*. Bogotá.

<sup>130</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 591.

<sup>131</sup> Jaeckel Kovacs, J. (1998), *El Principio de Veracidad*. Bogotá.

interpretan el mensaje en su totalidad y no considerando sus elementos aisladamente. En esta medida, existen anuncios publicitarios que contienen información o frases falsas y no por ello son considerados engañosos.

Tal es el caso de los comerciales de televisión de los desodorantes AXE, en que los hombres que usan dichos desodorantes son perseguidos por muchas mujeres. Un anuncio como éste no es engañoso, debido a que un hombre racional no sujeta su decisión de compra por el hecho de haber visto estas imágenes en televisión, sino que al ver todos los elementos del anuncio publicitario, la impresión que genera el anuncio es que el desodorante genera un olor agradable, sin embargo el anuncio no busca transmitir la idea de que el uso del desodorante hace que todas las mujeres persigan a los hombres que lo usan<sup>132</sup>.

Así, el uso de aseveraciones falsas o incorrectas no siempre es engañoso, únicamente podrán considerarse como engañosas aquellas aseveraciones cuyo uso genere como consecuencia que el consumidor se vea afectado en su decisión de compra.

En virtud de ello, la publicidad engañosa no se debe analizar estrictamente atendiendo a la falsedad o veracidad de la información otorgada, sino al efecto que el engaño genere sobre el comportamiento del mercado. Así lo sostuvo la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar:

*“Es importante resaltar que la noción de publicidad engañosa acá expuesta, no se centra en los conceptos de veracidad ni de falsedad, sino que se basa en la noción de engaño, toda vez que un mensaje puede contener afirmaciones verdaderas, que a pesar de su veracidad, engañan o son*

---

<sup>132</sup> Para una mejor referencia, y únicamente con fines académicos y no de reproducción, se puede observar el siguiente link correspondiente a un comercial de AXE: <http://www.youtube.com/watch?v=I9tWZB7OUSU>

*susceptibles de inducir a engaño a sus destinatarios, al igual que puede contener elementos falsos, que a pesar de su falsedad no engañan al consumidor (por ejemplo las exageraciones obvias)”<sup>133</sup>.*

De conformidad con la decisión emitida por la SIC, existen afirmaciones falsas que no son engañosas, como los ejemplos que se mencionaron anteriormente, así mismo, existen afirmaciones verídicas que al ser transmitidas al público, por la forma en que se representan sí son engañosas<sup>134</sup>. Tal sería el caso por ejemplo, en que un anuncio publicitario indique que tomar diariamente la malteada X, ayuda a que se pierdan 10 kilos en un mes, dicha afirmación puede ser absolutamente cierta, pero si para lograr el resultado prometido es necesario además que el consumidor haga dieta y ejercicio, el anuncio puede ser engañoso debido a que la palabra “ayuda” da lugar a diferentes interpretaciones dependiendo de los demás elementos que compongan el mensaje. Por ejemplo, si el mensaje muestra a una persona que toma la bebida después de hacer ejercicio y sólo come frutas, se podría concluir que el mensaje no es engañoso; sin embargo, si el mensaje muestra a una persona que come chocolates mientras ve televisión y toma la malteada, el mensaje sí puede resultar engañoso por el contexto en que se presenta.

Lo anterior, permite concluir que los mensajes publicitarios pueden o no ser engañosos dependiendo de la idea general que despierten en la mente del consumidor, independientemente del tipo de aseveraciones que se utilicen<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

<sup>134</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

<sup>135</sup> Para lograr determinar cuándo un mensaje falso puede ser engañoso y cuando no será engañoso a pesar de la falsedad de sus afirmaciones, merece la pena traer a colación la clasificación que el profesor JORGE JAECKEL, ha realizado en relación con la categoría de las afirmaciones, así:

**1. Mensajes literalmente falsos**

Los mensajes literalmente falsos son aquellos que transmiten una afirmación que no corresponde con la realidad, tal es el caso por ejemplo, de un mensaje que indique que “el producto X contiene 250 mg”, y al medir el contenido del producto se obtiene como resultado un contenido distinto al que indica el anuncio. Otro ejemplo que sirve para ilustrar este tipo de mensajes, es el caso en que un anuncio diga que el producto fue elaborado a mano por un grupo determinado de personas y ello sea falso.

#### **d. Elogios subjetivos que hace el anunciante- La exageración publicitaria**

Las exageraciones publicitarias o “puffery”, son un mecanismo creativo del cual se vale el publicista para lograr atraer la atención del público. Por lo tanto, prohibirlas sería restringir la creatividad de los publicistas para atraer clientela sobre un producto. En virtud de lo anterior, el publicista puede hacer uso de exageraciones publicitarias al otorgar un adjetivo al producto que refleje la opinión sobre dicho producto, sin embargo, el publicista no podrá hacer uso de exageraciones para referirse a características objetivas del producto<sup>136</sup>.

La exageración puede ser percibida fácilmente por el consumidor<sup>137</sup> y en esa medida es permitida y no requiere ser comprobada. En este sentido se ha pronunciado el profesor Jorge Jaeckel, quien además ha dicho que:

---

En virtud de lo anterior, los mensajes literalmente falsos recaen sobre afirmaciones exactas, de tal manera que su veracidad o falsedad se puede verificar por medio de estudios que otorguen resultados concretos, como estudios de mercado, de laboratorio, entre otros. Así, el doctor Jorge Jaeckel, en su artículo “Publicidad Engañosa”, ejemplifica lo anterior con la afirmación “no contiene azúcar”, la cual se refiere a una característica del producto que se puede comprobar por medio de un análisis de laboratorio, y con la afirmación “preferido por el 64% de las mujeres entre 14 y 55 años”, que hace referencia a una actitud de las mujeres frente al producto, y por lo tanto se puede verificar a través de estudios de mercado.

En los casos en que la falsedad es evidente, como es el caso de los mensajes literalmente falsos, el engaño se presume, por lo tanto, en principio no se exige al demandante prueba de dicho engaño, sin embargo, dicha presunción admite prueba en contrario, de tal manera que el demandado puede probar que su afirmación no es engañosa, debido a que a pesar de ser falsa, no es constitutiva de una conducta desleal.

##### **2. Mensajes literalmente ciertos pero engañosos**

En diversos escritos el profesor Jaeckel ha indicado que aun cuando una frase sea cierta, cuando sea susceptible de inducir a engaño al consumidor será considerada desleal.

Lo anterior, encuentra fundamento en dos razones, por un lado, se debe tener en cuenta que el fin primordial de las normas, como ya se ha dicho, consiste en prevenir del error al destinatario del mensaje; la segunda razón, consiste en que el análisis del anuncio se debe realizar atendiendo al conjunto que lo compone, es decir sin descomponerlo, y de conformidad con el contexto en que se presenta.

Así, se pueden presentar casos en que los mensajes publicitarios se componen por afirmaciones ciertas, pero al ser vistos en conjunto, despiertan una idea falsa en la mente del destinatario. Este es el caso en que por ejemplo, se citan resultados parciales de estudios técnicos, estadísticos o de mercado, o cuando se omite alguna información, que de haberse otorgado, el mensaje hubiera despertado una idea distinta en la mente del consumidor, tal sería el ejemplo del anuncio que omite información acerca del tamaño de la cuchara con que se mide la cantidad de un producto o el ejemplo del anuncio que promociona la malteada para bajar de peso en que no se dice que toca hacer dieta y ejercicio para lograr los resultados prometidos.

Las aseveraciones literalmente ciertas se pueden probar por medio de estudios de mercado, dictámenes periciales, entre otros. En estos casos, así como lo señala el profesor Jaeckel, se exige al demandante realizar una actividad probatoria más exigente, debido a que el engaño que se produce como consecuencia del uso de aseveraciones ciertas es más difícil de probar en la medida en que no salta a la vista, como ocurre en el caso de los mensajes literalmente falsos, sino que lo que se debe probar es la reacción que surge entre el destinatario de la información. - **Jaeckel Kovacs, J. (1999), *Publicidad Engañosa*. Bogotá.**

<sup>136</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *Wilmington Chemical*, 69 F.T.C. 828, 865 (1966). Washington.

<sup>137</sup> Para una mejor referencia, y únicamente con fines académicos y no de reproducción, se puede observar el siguiente link correspondiente a un comercial de AXE: <http://www.youtube.com/watch?v=I9tWZB7OUSU>

*“toda vez que el consumidor no la percibe como engaño, sino como un simple elogio normal en la publicidad, que no es determinante ni creíble por parte del consumidor”.*<sup>138</sup>

Un ejemplo de lo anterior sería el caso de un comercial de televisión en que se promoció una camioneta grande y se diga que es la más grande del mercado y aparezca una imagen de una camioneta más alta que los edificios, la falsedad de esta exageración resultaría evidente a los ojos del consumidor medio, por lo que éste no se vería engañado.

Sin embargo, la exageración podría llegar a considerarse engañosa cuando verse sobre afirmaciones objetivas, es decir cuando haga referencia a las características del producto. Tal sería el caso de un anuncio publicitario en que se indique que “el detergente X es el más barato del mercado”, si en dicho caso no es cierto que el detergente es el más barato del mercado, la exageración es engañosa, en cuanto recae sobre una característica comprobable del producto.

La razón por la cual se permite el uso de aseveraciones falsas en la exageración publicitaria se debe a que el uso de dichas aseveraciones resulta evidente para el consumidor y adicionalmente, éstas no recaen sobre características objetivas del producto. Por lo tanto, este tipo de engaño no genera perjuicio alguno para el destinatario. En este sentido, la doctrina ha dicho lo siguiente:

*“Para que las indicaciones sean consideradas engañosas no se requiere que todas ellas lo sean; basta con que algún extremo sea inexacto, siempre que induzca a error al consumidor”*<sup>139</sup>.

Como se pudo observar, no se consideran engañosas aquellas representaciones exageradas que el consumidor ordinario no toma en cuenta a la hora de decidir si adquiere el producto, como es el caso de las meras opiniones que se otorguen sobre el producto. Sin embargo,

---

<sup>138</sup> Jaeckel Kovacs, Jorge. (1999), *Publicidad Engañosa*, Bogotá.

<sup>139</sup> Otamendi Rodríguez, J.J. (1994), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Pamplona. Editorial Aranzadi. Pg 182.

otras exageraciones si pueden ser consideradas engañosas, debido a que sí son tomadas en cuenta por el consumidor, como las que recaen sobre características objetivas del producto. En este sentido, se pronunció la Comisión Federal del Comercio (Federal Trade Commission) en Estados Unidos, al afirmar que:

*“La comisión no tendrá en cuenta los casos en que se realicen propagandas que evidentemente representen una exageración del producto, es decir, aquellas que resultan obvias para el consumidor medio, quien por lo tanto, no la tomaría en serio. Sin embargo, algunas exageraciones, no son evidentes para el consumidor, y si pueden ser tenidas en cuenta por éste, y por lo tanto éstas si podrían dar lugar a que se demande el engaño en la información publicitaria<sup>140</sup>. (Traducción libre)*

Así, en relación con las exageraciones publicitarias, se puede concluir que éstas son producto del ingenio del publicista, y por lo tanto, en principio son permitidas pues la actividad publicitaria consiste precisamente en presentar un producto de la manera más creativa posible, de tal manera que éste llame la atención del consumidor. Sin embargo, cuando versen sobre características objetivas del producto podrán considerarse engañosas.

Sin embargo, se ha dicho que no es suficiente que las indicaciones que versen sobre características objetivas del producto sean inexactas, es necesario además que el consumidor se vea inducido a error, pues de lo contrario no se genera un ilícito concurrencial, es decir, cuando el consumidor no se vea inducido a error, si bien hay inexactitud en las indicaciones publicitarias, no habrá lugar a publicidad engañosa<sup>141</sup>.

#### **4.2.2. Obligación de suministrar información suficiente.**

Después de haber analizado la obligación de suministrar información veraz, es necesario examinar la segunda obligación, que se establece con el fin de evitar que el público

---

<sup>140</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

<sup>141</sup> Lema Devesa, C. (1991, Agosto), “La Publicidad Desleal: Modalidades y Problemas”, en *Revista General de Derecho*. pg 6.138.

consumidor se vea inducido a error, la cual, de conformidad con las normas de protección al consumidor, consiste en que la información debe ser suficiente.

El Diccionario Planeta de la Lengua Española, define la palabra suficiente como “*bastante para lo que se necesita*”<sup>142</sup>. Sin embargo, no se puede entender este concepto en su sentido más amplio, pues sería ilógico pensar que un anuncio publicitario debe otorgar toda la información en relación con un producto. Dicha información puede resultar casi infinita y de exigirse esto, los anuncios publicitarios se tornarían excesivamente extensos. De hecho, esa función la cumplen por lo general los manuales de uso que traen algunos productos, en los que consta toda la información acerca de sus propiedades y características. En virtud de lo anterior, se debe partir de la base que la función de la publicidad es simplemente persuadir al consumidor con el fin de influir en su decisión de compra y no la de informar acerca de todas las características del producto.

De conformidad con lo anterior, al hacer uso de la palabra “suficiente”, la norma mencionada hace referencia a que se debe otorgar toda la información **relevante** sobre las características del producto. Por ejemplo, en un anuncio publicitario en que se promocionen productos que puedan incidir sobre la salud de las personas, la información es relevante para el consumidor y por lo tanto se debe otorgar en detalle<sup>143</sup>. Por el contrario, no será relevante o necesario informar al consumidor de automóviles en un anuncio publicitario los colores en que dicho producto se puede encontrar, pues si bien dicha información puede beneficiar al consumidor, esta no es relevante, debido a que el hecho de no otorgarla tampoco genera ningún perjuicio para el consumidor.

---

<sup>142</sup> Marsa, F. (1988). *Diccionario Planeta de la Lengua Española Usual*, Ed. Colombiana. Bogotá, Lerner.

<sup>143</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

Según la doctrina de la Comisión Federal del Comercio de los estados Unidos (Federal Trade Commission), puede considerarse como información relevante la que se relaciona con el propósito, eficacia, costos, seguridad, durabilidad, desempeño, garantías y calidad del producto, así mismo, la información relacionada con descubrimientos que otras empresas hayan hecho sobre el producto que se ofrece<sup>144</sup>.

En virtud de lo anterior, se debe entender que los anuncios publicitarios sólo deben otorgar la información mencionada cuando sea relevante para el mensaje que se trata de enviar, y no toda la información sobre el mismo.

En relación con este tema vale la pena mencionar el caso de Inversiones Cromos S.A., la cual según el Consejo de Estado, omitió información relevante en relación con un incentivo que se otorgó al público, para promocionar la suscripción a la revista Cromos. En este caso, la sociedad sacó al aire 8 comerciales, de los cuales en sólo 3 hacía referencia a que, para acceder al incentivo, era necesaria la renovación automática de la suscripción por un segundo año, y en ninguno se hizo referencia a la necesidad de renovar en los años subsiguientes. En la sentencia que resolvió este caso, el Consejo de Estado consideró que la información otorgada al público con respecto a las condiciones necesarias para acceder a los incentivos no fue suficiente y en esta medida, se consideró engañosa<sup>145</sup>.

#### **a. Inducción a error como consecuencia de la omisión.**

En relación con la obligación de suministrar información suficiente, es importante hacer referencia a la inducción a error que puede surgir como consecuencia de la omisión de

---

<sup>144</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

<sup>145</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (2003), *Sentencias*, "Expediente No. 8149", M.P.: Urueta Ayola, M. S., Bogotá.

información. Las normas contra la competencia desleal, al hacer referencia al engaño, establecen que éste se puede generar cuando se omitan aseveraciones verdaderas.<sup>146</sup> Sin duda, esta frase hace referencia a que hay lugar a engaño en aquellos casos en que el mensaje omite información relevante para el consumidor. En este sentido se pronunció la SIC al señalar:

*"Puede existir también la publicidad engañosa por omisión de información necesaria. Hablamos aquí de faltar al "conocimiento relevante" que debe tener todo consumidor al momento de ejercer su derecho de reflexión previo a la compra. Es una publicidad falsa por defecto u omisión."<sup>147</sup>*

Según Otamendi, el hecho de que la publicidad que omita información relevante pueda considerarse engañosa, no implica que toda la publicidad deba ofrecer toda la información posible al consumidor, sino únicamente aquella que verse sobre aspectos que de ser omitidos, inducirían a error<sup>148</sup>. Así, la omisión de información resulta engañosa cuando el consumidor pueda atribuirle al producto características que no existen y que pueden resultar evidentes a sus ojos, debido a que no se hace aclaración en contrario. Un ejemplo de lo anterior, sería el caso en que un anuncio publicitario indique que va a haber un descuento en un almacén de ropa, y no indique que las prendas sujetas a descuento presentan imperfechos en su fabricación. Esta información es relevante y por lo tanto, se considera engañosa pues el consumidor puede basar su decisión de compra sobre este hecho.

Por el contrario, no sería engañoso el anuncio que indique que va a haber un descuento en el mismo almacén de ropa, y efectivamente lo haya pero no sobre toda la ropa. Pues si bien esta información beneficia al consumidor, no por ello el consumidor se ve engañado, pues

---

<sup>146</sup> Colombia, Congreso de la República (1996, 15 de enero), Ley 256 del 15 de enero de 1996, *por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*, en *Diario Oficial*, num. 42692, 18 de enero de 1996, Bogotá. Artículo 11.

<sup>147</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003) Resolución No. 21942 del 31 de julio. Bogotá.

<sup>148</sup> Otamendi Rodríguez, J.J. (1994), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Pamplona. Editorial Aranzadi. Pg. 184. - "Un producto que tenga un estándar de calidad normalizado en el mercado; si se omite que el material en su fabricación no es el usual, puede llevar a engaño al consumidor"

el descuento existe y depende del consumidor si queda satisfecho o no con la oferta de ropa en descuento.

De conformidad con lo anterior, en estos casos debe probarse que efectivamente la omisión de la información haya causado engaño, pues como se pudo observar, no todas las omisiones son engañosas aun cuando se haya omitido información que pudiera beneficiar al consumidor.<sup>149</sup>

En conclusión, es posible afirmar que la información será considerada como relevante cuando ésta influye en la decisión de compra del consumidor. Por tanto, son engañosos los anuncios publicitarios en que se omite información que de haberse otorgado, hubiera influido en la decisión de adquirir el producto<sup>150</sup>, es decir, la decisión del consumidor hubiera sido otra si se hubiera otorgado toda la información.

Así las cosas, es posible concluir que el error puede presentarse por acción o por omisión. Por acción, cuando surja como consecuencia del uso de aseveraciones falsas o incorrectas y por omisión cuando no se otorgue información relevante acerca de un producto.

#### **4.3. Análisis básico que debe realizarse cuando se trata de establecer el alcance de un anuncio publicitario.**

Los elementos estudiados arriba permiten determinar el alcance de una frase, imagen o promesa publicitaria, en aras de establecer si un elemento publicitario puede resultar engañoso. Para tales efectos, merece la pena hacer referencia a algunos elementos que pueden servir para realizar el análisis de veracidad de la información.

---

<sup>149</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, ITT Continental Baking Co. Inc.*, 83 *F.T.C.* 865, 965 (1976). Washington.

<sup>150</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

#### 4.3.1. A quién se dirige el anuncio.

El consumidor es el sujeto principal, pues es a éste a quien se transmite el mensaje publicitario y por lo tanto es él quien lo interpreta. Por lo tanto, se debe establecer quién es el consumidor del producto, pues no todo el público destinatario de los mensajes publicitarios es consumidor de los mismos. Así por ejemplo hay productos que sólo adquieren las mujeres (como por ejemplo los maquillajes), así como hay productos exclusivos para hombres (como las máquinas de afeitar), etc<sup>151</sup>. Por lo tanto, como primera medida se debe establecer a qué grupo de consumidores se dirige el mensaje y cuál es el nivel de educación medio que tiene dicho grupo<sup>152</sup>, con el fin de determinar cuáles son las posibles interpretaciones que se pueden otorgar con respecto al mensaje. La doctrina ha dicho que el destinatario de un mensaje publicitario se compone por:

*“(...)el grupo de personas que por reunir unas condiciones determinadas (sexo, edad, nivel cultural y de educación, características económicas, grupo social, etc.) son consumidoras habituales o potenciales de un producto”<sup>153</sup>.*

Conforme a lo anterior, el destinatario directo del mensaje publicitario es el **consumidor** del producto, por lo tanto, en principio, es éste quién potencialmente puede verse engañado. Sin embargo, el hecho de que el consumidor sea el destinatario de una publicidad, no implica que no pueda afectar a otros agentes del mercado que no sean los destinatarios. En efecto, el mensaje publicitario también puede afectar a los competidores, cuando la demanda de sus productos disminuya porque otro competidor haga uso de publicidad engañosa para aumentar la demanda de su producto, o en algunos casos de publicidad

---

<sup>151</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

<sup>152</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, Bates v. Arizona*, 433 U.S. 350, 383 n.37 (1977). Washington.

<sup>153</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

comparativa, como ya se observó. Lo anterior, genera como efecto que el mercado mismo también se pueda ver afectado debido a que su comportamiento natural se altera cuando algunos competidores hacen uso de publicidad engañosa; por último, la sociedad en general se verá afectada, pues es ésta quien recibe los mensajes publicitarios falsos.

En relación con lo anterior, se debe tener en cuenta el parámetro del **consumidor medio o racional**. Dicho parámetro consiste en que, teniendo en cuenta que el mensaje publicitario puede ser interpretado de diferentes maneras por cada persona, sólo debe tomarse en cuenta la interpretación generalizada, es decir, aquella que otorga el público en general y no todas las interpretaciones que cada sujeto le pueda atribuir al mensaje publicitario<sup>154</sup>.

En relación con la figura del consumidor racional, la Comisión Federal del Comercio (Federal Trade Commission) de los Estados Unidos ha señalado:

*“Un anunciante no puede ser acusado de ser responsable por cualquier concepción errada imaginable, o aún más por una concepción descabellada, donde las interpretaciones estarán sujetas a la ridiculez o a la credibilidad mental. Algunas personas, por su ignorancia o por su incomprensión, pueden caer en error hasta por una afirmación escrupulosamente honesta. (...) Una interpretación no se convierte en falsa o engañosa solamente por el hecho de que sea malentendida irracionalmente por un segmento insignificante y no representativo de las personas a las cuales el mensaje está dirigido”<sup>155</sup>. (Traducción Libre).*

Resulta claro que se debe atender siempre a la interpretación generalizada sobre el anuncio publicitario, pues en ocasiones pueden presentarse interpretaciones absurdas que no deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar si se está frente a un caso de publicidad engañosa.

Un ejemplo muy utilizado para ilustrar lo anterior, es el caso en que un consumidor ve el anuncio de una panadería donde venden pan francés, y al enterarse que el pan es fabricado

---

<sup>154</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

<sup>155</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis.Pg. 590.

en la panadería Colombiana y no en Francia argumenta que el anuncio publicitario era engañoso<sup>156</sup>. En este caso, se debe atender a la interpretación generalizada con respecto al anuncio, sin tener en cuenta interpretaciones descabelladas, como la mencionada anteriormente.

Así, el anuncio se considera engañoso si afecta a un grupo de consumidores cuya interpretación se considera razonable<sup>157</sup>. Así mismo se debe tener en cuenta que la interpretación del consumidor es superficial, lo cual no implica que sea descuidada o irresponsable sino que el consumidor no es experto y por lo tanto no hace un análisis exhaustivo y detallado del anuncio<sup>158</sup>.

Debido a lo anterior, la interpretación del anuncio debe realizarse sin acudir a reglas complicadas o extensivas sino simplemente acudiendo al sentido común y usual de las palabras que componen el anuncio publicitario, de tal manera que la interpretación más acertada será la que surge de manera natural a los ojos del consumidor<sup>159</sup>.

En conclusión, se debe tener en cuenta la interpretación del mensaje publicitario otorgada por el consumidor medio, es decir la que otorgue un número generalizado de consumidores.

Así mismo, serán engañosos algunos mensajes dependiendo del consumidor al cual se dirigen. En este sentido se pronunció la Comisión Federal del Comercio (Federal Trade Commission) de los Estados Unidos, en el caso *Travel King*<sup>160</sup>, en el cual se consideró engañoso un anuncio en que se ofrecía un viaje para practicar una operación a personas

---

<sup>156</sup> Jaeckel Kovacs, J. (2009, 21 de Julio), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

<sup>157</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

<sup>158</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. 590

<sup>159</sup> Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, (1996) Resolución No. 052-096 TRI –SDC. Lima

<sup>160</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, Travel King*, 86 F.T.C. 715, 719 (1975), Washington.

enfermas, en este caso la Comisión consideró que los sueños y esperanzas de los enfermos y sus familias podrían llevarlos, sin pensar razonablemente, a gastar dinero en un viaje, sin que hubiera operación alguna. En razón de lo anterior, cuando el anuncio se dirige a un grupo de personas con características de debilidad, como es el caso de los enfermos, los niños, las mujeres embarazadas, los ancianos, el examen debe ser más cuidadoso<sup>161</sup>.

#### **4.3.2. Análisis del mensaje en conjunto.**

En seguida, se debe observar la forma en que el mensaje se transmite al consumidor, esto es, como un todo, y no considerando sus partes de manera independiente, pues como vimos anteriormente, puede haber mensajes que se componen por frases ciertas pero engañosas, o por frases falsas que no resulten engañosas. Así las afirmaciones que componen el mensaje individualmente consideradas, no merecen importancia. Lo que realmente es importante es la idea que el mensaje visto en conjunto despierta en la mente del consumidor<sup>162</sup>.

Al observar el mensaje en conjunto es posible encontrar el significado que el consumidor medio le puede otorgar al mensaje, es decir, la interpretación generalizada que se haga del mensaje, de esta manera es posible evitar que se tengan en cuenta las interpretaciones absurdas que una minoría le pueda otorgar al mensaje.

Adicionalmente, permite determinar cuándo es o no engañoso, independientemente de que el mensaje conste de alguna afirmación que sirva como excusa o justificación al contenido del mensaje, en estos casos, aun cuando existe tal justificación, el mensaje será considerado

---

<sup>161</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

<sup>162</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, American Home Products*, 695 F.2d 681, 688 (3d Cir. Dec. 3, 1982), Washington.

engañoso. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Federal del Comercio (Federal Trade Commission) de los Estados Unidos:

*“(...) para determinar cuando la publicidad es o no engañosa (...) no se deben tener en consideración aquellas distinciones o argumentos que se puedan usar como excusa, sino los efectos que podría causar razonablemente el anuncio, en el público general. El criterio importante es la impresión global que genere el anuncio en la población general”<sup>163</sup>.*

Así, se incurre en un error al considerar, por ejemplo, la imagen independientemente de la frase; el análisis correcto consiste precisamente, en interpretar en conjunto la frase, la imagen y demás elementos que componen el mensaje.

Con el fin de ilustrar lo anterior, merece la pena traer a consideración el caso en que el Consejo de Estado, consideró que no había engaño en la información suministrada al público con respecto al producto “Familia 3 en 1”. Toda vez que, el paquete de dicho producto en su reverso expresaba lo siguiente:

*“Familia 3 en 1 Papel Higiénico Doble Hoja Blanco, rinde tres veces más que los rollos normales de 21 Mts., porque Familia 3 en 1 son tres rollos suaves, compactados en 1, 65 MTS. POR ROLLO-570 HOJAS de 11.4 CMS. DE LARGO X 10.2 CMS. DE ANCHO”.*

La decisión de dicha entidad encontró fundamento en el hecho de que el consumidor medio tiene una carga de diligencia, así, los productores cumplen con otorgar la información relevante para la comprensión del mensaje, y conforme a dicha información los consumidores deciden si la adquisición del producto es o no conveniente para ellos<sup>164</sup>.

El ejemplo anterior, permite ilustrar la razón por la cual el análisis de veracidad sobre la información otorgada con respecto a un producto, debe hacerse atendiendo a la totalidad de los elementos que la componen, lo anterior, teniendo en cuenta que en el caso en mención,

---

<sup>163</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. Pg. 591.

<sup>164</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (2007, febrero), *Sentencias*, “Expediente No. 25000-23-24-000-2002-00225-01 ”, M.P.: Ostau De Lafont Pianeta, R. E., Bogotá.

la SIC estipuló que el mensaje era engañoso, debido a que no tuvo en cuenta la información que se encontraba al respaldo de la etiqueta, información que hacía parte del mensaje y que por lo tanto debía tenerse en cuenta al momento de interpretar el mensaje.

#### **4.3.3. Análisis del contenido de las afirmaciones.**

Vale la pena resaltar que dentro del conjunto, se debe analizar el tipo de afirmaciones que componen el mensaje en aras de establecer si estas son subjetivas u objetivas, pues éste es el punto de partida para establecer si se está frente a un caso de publicidad engañosa. En este sentido, el mensaje publicitario debe ser susceptible de ser valorado en términos de veracidad, es decir los datos contenidos en el mensaje publicitario deben coincidir con la realidad. No obstante, sólo se valorará la veracidad de las afirmaciones objetivas, pues son éstas las que otorgan u omiten información relevante acerca del producto ofrecido, pues como ya se mencionó, cuando se trate de afirmaciones subjetivas no habrá lugar a engaño, en este sentido se ha pronunciado no sólo la doctrina Colombiana, sino también la Española:

*“Tal y como señalan Massaguer y Palau, no puede enjuiciarse como acto de engaño la comunicación al público de juicios de valor puros, y por esta misma razón, tampoco puede ser enjuiciada como engaño la publicidad directamente encaminada a provocar sentimientos irracionales, ni la publicidad meramente sugestiva, carente de mensaje informativo[3]. Pero, debemos precisar que la publicidad plenamente irracional que según la doctrina no será considerada engañosa por el mensaje, si puede llegar a ser considerada engañosa por el modo de presentación(...)”<sup>165</sup>.*

#### **4.3.4. Análisis sobre los elementos de la información.**

Por último, se debe tener en cuenta los elementos del producto sobre los cuales recae la afirmación falsa, con el fin de evaluar si el mensaje es susceptible de generar engaño.

---

<sup>165</sup> López García, Mabel. (2004), “La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico” [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>, recuperado: 25 de octubre de 2009.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció en su concepto rendido el 26 de Septiembre de 2003<sup>166</sup>, mediante el cual indicó que los elementos a evaluar en aras de determinar si el mensaje publicitario es engañoso son los siguientes:

- Las características del producto o servicio, tales características pueden ser por ejemplo, la disponibilidad del producto o servicio, la naturaleza del mismo, la fecha de fabricación o prestación, la composición, la cantidad, la forma en que debe ser utilizado, el origen del mismo, los resultados que puedan esperarse de su utilización, entre otros.

- El precio o su modo de fijación.

- Las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.

- La naturaleza y características del bien o servicio, entre éstos se puede destacar todo aquello que hace alusión a la identidad y patrimonio del producto o servicio, sus cualificaciones, entre otros.

- Los derechos del anunciante, como son por ejemplo los derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios o distinciones que haya recibido el anunciante.

- En el caso de aquellos bienes y servicios cuyas condiciones de calidad e idoneidad estén registradas, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad deriven de la oficialización de una norma técnica, se considerará engañosa la publicidad que no corresponda con lo registrado o lo contenido en licencia o en las normas.

En vista de todo lo anterior, se puede concluir que en aras de determinar cuándo se está frente a un caso de publicidad engañosa, es necesario tener en cuenta al destinatario del

---

<sup>166</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2003), Concepto 03050474 del 26 de Septiembre. Bogotá.

mensaje, debido a que la interpretación del mensaje puede variar dependiendo de las condiciones del grupo de consumidores al que se destina el mensaje; adicionalmente, se deben tener en consideración todos los elementos que componen el mensaje vistos como un todo, con el fin de determinar la idea que el mensaje visto en conjunto, despierta entre los destinatarios, y los elementos sobre los cuáles recae la falsedad de la información, con el fin de determinar si el mensaje es susceptible de ser falso.

Adicionalmente, atendiendo a los criterios señalados arriba, quien analice el mensaje publicitario debe formularse las suficientes preguntas que permitan establecer si el mensaje resulta o no engañoso, como por ejemplo: ¿Qué tan clara es la representación? ¿Qué tan evidente es la información subjetiva? ¿Qué tan importante es la información que se omite? ¿Existen otros mecanismos para obtener la información que fue omitida? ¿qué tan familiar es el producto para el público?<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

## V. CONCLUSIONES

La Carta Política consagra la libertad económica, y en virtud de dicha libertad, estipula que se protege el derecho a la libre competencia. Sin embargo, la misma norma faculta al Estado para intervenir en la economía a través de las leyes. Así mismo, consagra el derecho a la información, y al respecto señala que toda persona tiene derecho a recibir información veraz e imparcial.

Teniendo en cuenta que la información además de ser un derecho Constitucional, objeto de desarrollo legislativo y reglamentario, es el instrumento de comunicación del mercado, que se desarrolla principalmente a través de la actividad publicitaria, las leyes que regulan el régimen de competencia han establecido normas que buscan garantizar el cumplimiento de la disposición Constitucional, conforme a la cual se garantiza el derecho a la información y se establece que ésta debe ser veraz.

En virtud de lo anterior, la ley de competencia desleal reprime el engaño; por su lado, el estatuto de protección del consumidor, establece la obligación de suministrar información veraz y suficiente y además prohíbe la propaganda susceptible de inducir a error al consumidor; por último, el régimen de prácticas restrictivas de la competencia, remite a las normas de protección al consumidor con respecto a la publicidad o propaganda comercial. Así, las normas que conforman el régimen de competencia, establecen obligaciones y prohibiciones encaminadas a garantizar que la información que se suministre al público sea veraz, y así mismo, consagra sanciones para los casos en que se contradigan dichas disposiciones.

Sin embargo, no sólo las normas que constituyen el régimen de competencia reprimen la publicidad engañosa, pues el gremio mismo de los publicistas consagra principios que rigen la actividad publicitaria, y que se desarrollan en los conceptos que emite la CONARP, en su calidad de ente autorregulador.

El análisis realizado a lo largo de este documento, permite vislumbrar que si bien la regulación de la publicidad es objeto de regímenes que protegen diferentes intereses, cuenta con principios y disposiciones que se armonizan entre sí, tanto en el aspecto jurídico como en el ético, y que tienen como fin último evitar que la información publicitaria que se otorgue al público sea engañosa, debido a que dicha información puede dar lugar a que se consoliden efectos indeseados sobre el comportamiento del mercado, en la medida en que es susceptible de influir en la decisión de compra de los consumidores, y consecuentemente repercute sobre los intereses de los competidores.

Así las cosas, la regulación de la publicidad engañosa encuentra fundamento en que el comportamiento del mercado debe atender a los principios de lealtad y transparencia.

Sin embargo, no se debe pasar por alto que la publicidad es más que un mecanismo de comunicación, en la medida en que es una actividad cuya esencia radica en la creatividad de quienes la desarrollan y por lo tanto es, así como las artes, el producto de la imaginación ilimitada, y es precisamente esta característica la que le otorga un valor importante a los anuncios publicitarios.

En razón de lo anterior, si bien se deben establecer ciertos principios y límites en torno a la actividad publicitaria, estos no deben tomarse excesivos, pues de esta manera sólo se

logrará menguar la esencia misma de la actividad publicitaria, que se refleja en la imaginación o creatividad de los publicistas.

En efecto, la actividad publicitaria reviste una gran importancia sobre los intereses de los competidores y de los consumidores, por lo tanto, su regulación debe consistir exclusivamente en evitar que como efecto de su ejercicio se generen perjuicios para quienes concurren al mercado, ya sea en calidad de oferentes o en calidad de consumidores.

Por lo tanto, debe existir un equilibrio que permita garantizar los derechos de los consumidores sin limitar innecesariamente el ejercicio de los derechos de los competidores. Lo anterior permite concluir que no se debe otorgar una protección excesiva al consumidor, pues de esta manera se puede ver afectado el comerciante, y la actividad del publicista.

Así, si bien es cierto que las normas de competencia consideran desleales los actos que se encaminen a afectar la decisión de compra de los consumidores, esto no debe considerarse en su sentido literal y estricto, pues, como bien lo ha señalado el profesor Jaeckel, en tal caso todos los actos que realiza un oferente estarían prohibidos<sup>168</sup>. Así, por ejemplo, el propósito de la actividad publicitaria es precisamente influir en la decisión de compra del consumidor por medio de mecanismos ingeniosos que permitan atraer su atención, por lo tanto, de considerarse prohibido todo acto que pretenda persuadir al consumidor, la publicidad sería una actividad ilícita. En razón de lo anterior, las normas que regulan la publicidad engañosa no deben interpretarse de manera restrictiva.

En consecuencia, se debe tener en cuenta que las normas analizadas, además de propender por la transparencia y lealtad en el mercado, también pretenden lograr que se de una

---

<sup>168</sup> Jaeckel Kovacs, J. *La Cláusula General De Competencia Desleal*. Bogotá

competencia efectiva, pues de lo contrario, no se estaría garantizando el derecho Constitucional a la libre competencia. En razón de lo anterior, no se deben establecer restricciones innecesarias pues de esta manera se estarían contrariando los fines mismos de la Carta Política, y en consecuencia, los fines de las normas de competencia, entre otras.

Por lo tanto, si bien se reconocen algunos límites a la publicidad en aras de proteger al consumidor, también es necesario definir criterios que favorecen al competidor, a la hora de interpretar el mensaje publicitario. A partir de dichos criterios, es posible establecer en qué casos se presenta la publicidad engañosa, de tal manera que no todo el contenido o información publicitaria que no corresponda con la realidad será considerado engañoso.

Así, no es necesario que toda la información que se otorgue al público sea cierta, pues sólo resulta desleal y perjudicial para el consumidor, el engaño que se concreta sobre los elementos objetivos del producto o servicio que se ofrece, pues en estos casos el engaño es idóneo para inducir a error<sup>169</sup> al destinatario de la información. Por lo tanto, la información que no recaiga sobre características objetivas del producto podrá ser falsa, pues no induce a error al consumidor debido a que versa sobre juicios subjetivos que realiza el anunciante sobre el producto que ofrece.

Así las cosas, a la hora de analizar el alcance del contenido de la información publicitaria, lo más importante no es determinar si la información que se suministra es veraz o falsa, sino sobre qué tipo de información recae la falsedad.

En el mismo sentido, se deben tener en cuenta otros factores que permiten determinar el alcance del anuncio publicitario, entre estos, cabe destacar el público hacia el cual se dirige

---

<sup>169</sup>Rodríguez Otamendi, J.J. (1994), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, Aranzadi. P. 177-178

el anuncio, la totalidad de elementos que comprende el anuncio, el contenido de las afirmaciones y finalmente, la naturaleza de los elementos sobre los cuales recae la información.

En conclusión, el análisis de la información que se otorga al público por medio de anuncios publicitarios, se debe realizar atendiendo a los diferentes factores que pueden dar lugar a que se configure la inducción a error, y no debe versar únicamente sobre la falsedad o veracidad de las afirmaciones.

En virtud de lo anterior, las normas que regulan la actividad publicitaria, no deben ser interpretadas de manera restrictiva, pues de esta manera se estaría limitando sin razón la creatividad de los publicistas y así mismo, el derecho de los competidores a ofrecer sus productos valiéndose de elementos creativos.

Por lo tanto, dichas restricciones se deben establecer únicamente con el fin de evitar que el consumidor, otros competidores, o la sociedad misma puedan verse afectados como consecuencia de la comisión de conductas engañosas.

## VI. ANEXOS

### 6.1. Anexo 1- Casos frecuentes

Después de haber analizado la prohibición al engaño, las obligaciones que emanan de dicha prohibición, es decir la veracidad y suficiencia de la información, los diferentes tipos de afirmaciones, la forma en que se debe realizar el análisis de veracidad del mensaje publicitario, y la regulación de la publicidad engañosa a partir de los regímenes legales y autorregulatorios, vale la pena mencionar algunos casos mediante los cuales se presenta de manera frecuente el engaño publicitario, según lo estudiado por el profesor Hermenegildo Baylos.

Así, se entiende que hay información o publicidad engañosa en los siguientes casos:

1. *“La promoción de ventas que se sirve de afirmaciones no veraces respecto a las circunstancias que definen la posición del empresario en el mercado, o utiliza como medio de atracción de clientela la atribución de calidades inexactas a los productos o los servicios ofrecidos”<sup>170</sup>.*

Este es el caso más frecuente en publicidad engañosa, y es aquel por medio del cual se hace uso de afirmaciones objetivas no veraces ya sea sobre el origen empresarial del producto, de tal manera que se genera confusión (por lo tanto no es objeto de este análisis), o sobre las características propias del bien o servicio, cuando se otorgan falsas cualidades al producto<sup>171</sup>, que busca engañar al consumidor. Tal sería el caso por ejemplo, en que se

---

<sup>170</sup> Baylos Corroza, H. (1978), Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas. P. 309- 399

<sup>171</sup> Actualicese.com (2008, 23 de octubre), “Publicidad Engañosa: ¿cuándo existe? ¿cómo reclamar?”[en línea] disponible en: <http://www.actualicese.com/actualidad/2008/10/23/publicidad-enganosa/>-, recuperado: 8 de julio de 2009. **Por falsas cualidades del**

atribuya al producto calidades que no tiene, como decir que una crema dental blanquea los dientes, cuando no contiene sustancias blanqueadoras.

2. *“Un caso especial de afirmación implícita de cualidades inexactas en los productos lo constituye la falsa indicación de que han sido elaborados en un lugar geográfico determinado o proceden de él”*

Este tipo de engaño se puede configurar a través de las marcas y a través de la publicidad.

Se refiere a aquellos casos en que se indica que un producto procede de una zona geográfica reconocida por la producción del mismo tipo de producto. Un ejemplo de ello es el siguiente:

*“La indicación de que uno determinados vinos proceden de Jerez, sin responder a la realidad, implica la falsa afirmación de una determinadas cualidades en el producto, perfectamente conocidas en el mercado”<sup>172</sup>*

Según Hermenegildo Baylos, se puede dar la falsa indicación de procedencia, según la cual se afirma falsamente que un producto procede de un lugar determinado, y cuando ello no sea cierto, será considerada como una conducta desleal.

Por otro lado, se dan las denominaciones de origen que son reguladas por el Derecho de Propiedad Industrial. Como podría ser el caso, en que la marca de un producto sea “Quesos de los Alpes”, tal denominación indica el origen de un producto, y será engañosa cuando no provenga de dicho lugar.

---

**producto:** Un caso muy famoso fue el popular “Roba Señal” donde el vendedor manifestaba que un pequeño aparato instalado en la parte trasera de un televisor capturaba la señal de todos los canales de televisión, de tal manera que no era necesario pagar el servicio mensual de televisión por cable/parabólica. Lo que realmente hacían los timadores era hacer que el aparato capturara una señal pero de una fuente que emitía señal a un par de metros, de tal manera que mientras el vendedor mostraba las maravillas del aparato “Roba Señal” otro de sus secuaces escondido tras un árbol cercano emitía una señal televisiva para que el supuesto “Roba Señal” diera la impresión que efectivamente capturaba señal y el cliente, de esa manera, podía ahorrarse el pago mensual de cable/parabólica. Finalmente, cuando lo instalaba en su casa, el artefacto no servía”.

<sup>172</sup> Baylos Corroza, H. (1978), Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas. P. 309-399

3. “(...) *El anuncio o la simulación de rebajas de precios y ventas en liquidación, que no responden a la realidad*”<sup>173</sup>.

Este es el caso en que la publicidad indica una rebaja significativa en los precios, con el fin de atraer clientela, viéndose el consumidor engañado, cuando dichas rebajas no son ciertas o cuando los hechos sobre los cuales se basa la promoción no son ciertos<sup>174</sup>. Tal es el caso por ejemplo, en que se realiza un anuncio publicitario de una rebaja del 50% sobre todos los productos de un almacén y llegado el día resulta que no existe tal rebaja, o corresponde a un porcentaje menor al indicado.

Para ejemplificar lo anterior, se puede observar el caso de los Helados Donofrio que tuvo lugar en Perú, en el cual la sociedad anunció que el sábado 27 y domingo 28 de 2009, todos los helados tendrían un valor correspondiente a un sol. Los consumidores, representados por ANDECOPI (sociedad que los representa) se quejaron porque no todos los helados se podían encontrar a este valor, únicamente se encontraron los helados que comúnmente costaban un sol, por lo que consideraron que la publicidad era engañosa en razón a que no existía la rebaja anunciada.

4. *Cuando se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial*<sup>175</sup>.

Como se mencionó anteriormente, es común que el engaño publicitario se presente por omisión de información relevante, tal es el caso por ejemplo en que se ofrezca un paquete

---

<sup>173</sup> *Ibidem*

<sup>174</sup> *Ibidem*

<sup>175</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007)<sup>b</sup> *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 603.

turístico a China y se sobre entiende que incluye todos los gastos, y resulta que al asistir a la agencia, indican que el paquete no incluye el tiquete aéreo.

Así, se considera engañosa la publicidad cuando se omite aquella información que resulta indispensable para la adecuada comprensión del mensaje publicitario, de tal manera que al suprimir dicha información, el consumidor se vea expuesto a incurrir en error.

Un caso muy importante, si no el más importante que ha habido en Colombia con respecto a publicidad engañosa, fue el caso en que la SIC impuso una sanción a la Empresa de Telefonía Celular Celumóvil S.A., por medio de la Resolución No. 11890 de 1999, en desarrollo del concurso "TODOGOL OTI - TELECOM -CELUMOVIL", en razón a que en dicho concurso, que consistía en que los participantes realizaban una llamada con el fin de obtener un premio, que las llamadas correspondían a un teléfono celular, y si bien esto si se informó por medio de la prensa, no se anunció en la televisión, por lo tanto se consideró que hubo lugar a engaño por omisión, debido a que la información otorgada al público debe ser veraz y suficiente, en todos los medios de comunicación empleados para transmitir el mensaje y no sólo en algunos<sup>176</sup>.

*5. Cuando se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo, de manera que éste no pueda advertirlo fácilmente.*<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Castillo Bonilla, A. J. (1999), *La Publicidad y la Publicidad Engañosa*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Facultad de Derecho. – “Según el juzgador, es un hecho notorio que el número de ejemplares de las ediciones de prensa y el número estimado de lectores es ampliamente inferior al de televidentes, más aún cuando se trata de partidos de un mundial de fútbol, a lo cual agrega que, cuando se utiliza más de una clase de medio para difundir una publicidad, no se cumple el deber de suministrar información veraz y suficiente, si no se suministra íntegra en cada uno de los diferentes medios para su difusión. Según la Superintendencia, la conducta conforme a la cual se omitió incluir lo referente a que las llamadas correspondían a un teléfono celular y el valor de las mismas para quien participara en el concurso, en el medio de mayor difusión, indujo a un buen número de usuarios a error, sin que las explicaciones suministradas por Celumóvil justificaran o explicaran satisfactoriamente el haber incurrido en dicha omisión, lo que se tradujo en que las condiciones informadas al público para participar en el concurso no correspondieron a la realidad, toda vez que, la lógica y natural percepción generalizada de los usuarios fue que las llamadas para participar en el concurso eran gratis”.

<sup>177</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007)<sup>b</sup> *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 603.

Este caso, puede darse por omisión de información o mediante el uso de estrategias publicitarias que si bien transmiten toda la información, por la forma en que se transmite el mensaje evocan en la mente del consumidor una idea distinta a la que realmente se busca transmitir. Tal es el caso por ejemplo en que se anuncia una promoción para el uso de internet ilimitado durante un año, pero resulta que el costo para instalar el módem equivale al costo normal por la conexión durante un año a internet ilimitado.

Con respecto a este tema, el Consejo de Estado<sup>178</sup>, se pronunció en sentencia del 10 de marzo del 2005, a través de la cual se confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que sancionó a Almacenes Éxito por publicidad engañosa, debido a que dicho almacén realizó publicidad engañosa, en la que se indicaba que el consumidor se llevaba un producto gratis por la compra de otro. En este caso el incentivo para el consumidor era el producto que supuestamente podía adquirir gratis, sin embargo, el precio del incentivo se trasladaba al producto que debía comprar para adquirir el producto gratuito, esto debido a que el precio del “combo” integrado por el producto gratis y el otro (X), correspondía a un valor mayor con respecto al precio con que normalmente se encontraba en el mercado el producto X (cuyo valor sí debía pagarse).

---

<sup>178</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2005, marzo), *Sentencias*, “Radicación No. 25000-23-24-000-2002-00689-01”, M.P.: Rojas, M.C., Bogotá. - “No se configura la causal de falsa motivación que, a juicio del actor, se presenta en la medida en que los actos acusados señalan que las promociones no eran veraces dado que se decía que se llevaba un producto gratis cuando en verdad tenía un precio adicional, pues quedó plenamente acreditado con la comparación de los precios de los productos individuales con los mismos ofrecidos en promoción ( con el incentivo de uno gratis), que esta condición no era veraz ya que dicho producto tenía un costo adicional, sin que sean de recibo las explicaciones dadas por el demandante de que no pueden compararse los precios de unos y otros porque el sistema de cómputo del Almacén lo registra como productos distintos, dado que ésta situación sólo es de conocimiento del Almacén pero no del consumidor, el cual atraído por el incentivo anunciado de “gratis” de uno de los productos que integran el “combo” procede a su adquisición”.

*6. Cuando la propaganda no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia*<sup>179</sup>.

Este caso es el típico caso de publicidad engañosa en que el anuncio muestra un producto que genera en la mente del consumidor una idea y la realidad es otra. Por ejemplo, si en tele ventas se ofrece un juego de ollas muy completas para la cocina, y cuando el producto llega al consumidor, este encuentra que las ollas son más chiquitas y de un material distinto al que aparecía en el mensaje publicitario.

*7. Cuando se ofrecen productos o incentivos con deficiencias o imperfectos, usados, remodelados, próximos a vencerse de modelos anteriores sin ser indicado de manera clara en la propaganda comercial.*<sup>180</sup>

Esta hipótesis constituye aquellos casos de publicidad engañosa en que la información suministrada no corresponde con la realidad, de tal manera que genera en la mente del consumidor una falsa percepción de la realidad. En este caso se puede dar el error de convicción<sup>181</sup>, conforme al cual, el consumidor se convence de una idea errónea como consecuencia de la información suministrada.

Este es el caso que se mencionó anteriormente, en que se anuncia un descuento en un almacén y si bien, existe dicho descuento, resulta que la ropa objeto del descuento tiene deficiencias o imperfectos, sin que ello haya sido anunciado al público.

---

<sup>179</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007)<sup>b</sup> *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 603.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008). Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

8. *Cuando se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos cuya entrega está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial*<sup>182</sup>.

Este último caso, es también un engaño producido por omisión de información, pues se oculta la información relevante. Puede darse por ejemplo cuando se ofrezca gratis la reposición de un Blackberry, pero resulta que dicha oferta se encuentra supeditada a que el consumidor de telefonía móvil celular compre un plan de datos más costoso con respecto al que ya tenía.

Adicionalmente a los seis casos mencionados, la doctrina ha establecido algunos criterios que sirven como indicio de publicidad engañosa:

*“a) La utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados puede desencadenar el engaño”*<sup>183</sup>.

El uso de expresiones ambiguas o que cuentan con varios significados, incrementa el riesgo de engaño para el consumidor debido a que en ocasiones el significado que le atribuye el consumidor generalizado no es el mismo que busca transmitir el mensaje.

Tal sería el caso por ejemplo, en que un anuncio publicitario haga referencia a que un producto “permite obtener en tan sólo una semana resultados significativos”, al observar esta frase, el consumidor podrá otorgar a la palabra “significativos” diferentes interpretaciones, de tal manera que la frase puede resultar engañosa, en la medida en que puede generar falsas expectativas entre los consumidores.

---

<sup>182</sup> Rubio Escobar, J. (dir), (2007): *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis. P. 603.

<sup>183</sup> López García, Mabel. (2004), “*La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico*” [en línea], disponible en: <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>, recuperado: 25 de octubre de 2009.

*“b) La utilización de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad”<sup>184</sup>.*

Esto puede darse como consecuencia de la idea que trasmite el mensaje en su totalidad, pues en ocasiones algunos mensajes publicitarios se componen de expresiones veraces, sin embargo, el mensaje puede ser engañoso por la manera en que se transmite. Tal es el caso, que vimos anteriormente en que se hace uso de datos estadísticos o resultados parciales de un estudio técnico o de mercado.

*“ c) La utilización en el mensaje de la promesa excesiva ”<sup>185</sup>.*

Este es el caso en que el anunciante del mensaje publicitario realiza varias promesas, que vistas cada una separadamente son alcanzables, pero que al ser vistas en conjunto resultan inalcanzables, esto puede confundirse con las exageraciones publicitarias que vimos anteriormente, y que no constituye publicidad engañosa, en la medida en que no se fundamentan sobre aseveraciones objetivas. Este es caso por ejemplo, en que se dice que una crema quita las estrías, la celulitis, las várices, la flacidez y además broncea la piel de las piernas en sólo dos semanas, si bien es posible que existan productos que logren estos objetivos, es imposible que un solo producto logre todo lo anterior y además, en tan corto tiempo, sin cirugías, por lo tanto la promesa versa sobre un objeto imposible.

Se puede concluir que son diversas la manifestación de la publicidad engañosa, por lo que se ha desarrollado toda una regulación en torno a ella a partir de diferentes ramas del derecho, pero especialmente a través del derecho a la competencia, al ser considerada como

---

<sup>184</sup> *Ibidem*

<sup>185</sup> *Ibidem*

una conducta de competencia desleal y al ser reprimida por el régimen de protección al consumidor.

## 6.2. Cuadro Comparativo SIC vs. CONARP

<b>CRITERIO DE COMPARACIÓN</b>	<b>SIC</b>	<b>JURISDICCIÓN ORDINARIA</b>	<b>CONARP</b>
<b>Naturaleza</b>	Jurídica. Puede ser en ejercicio de facultades administrativas o jurisdiccionales, según el caso.	Jurisdiccional. La competencia para pronunciarse acerca de casos de competencia desleal (Ley 256 de 1996).	Ética
<b>Decisiones</b>	Resoluciones ante el funcionario competente de la SIC, cuando se acude ante el Consejo de Estado, como última instancia, se emite una sentencia.	Sentencia de primera Instancia emitida por el juez civil del circuito o de comercio, cuando lo haya. Sentencia de apelación en segunda instancia ante el Tribunal Superior.	Conceptos

<b>Efectos derivados de sus decisiones</b>	Tienen fuerza vinculante, son de obligatorio cumplimiento.	Tienen fuerza vinculante, son de obligatorio cumplimiento.	No son de obligatorio cumplimiento, son simplemente recomendaciones.
<b>Mecanismos para hacer cumplir sus disposiciones y decisiones</b>	Sanciones, tales como la remoción del aviso, multas, etc.	Sanciones, tales como la remoción del aviso, la indemnización a la parte afectada, multas, etc.	Convicción, persuasión.

<b>Autoridades</b>	Dependiendo del caso, Delegatura de Protección al Consumidor o Delegatura de Promoción a la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.	En casos de competencia desleal los jueces civiles del circuito o los jueces de comercio y el Tribunal Superior.	CONARP, integrada por dos representantes de cada una de las asociaciones adherentes al código, y representantes de los ex presidentes de la CONARP, y dos representantes de los adherentes independientes.  (Resolución No. 002 de 1998).
--------------------	---	--	---

<b>Trámite</b>	Administrativo o judicial, formal, más largo, más costoso, es necesario un abogado. Se tienen en cuenta las pruebas aportadas, y el juez podrá solicitar pruebas de oficio cuando lo considere necesario. Es posible decretar medidas cautelares.	Judicial, formal, largo, más costoso, se necesita apoderado. Se tienen en cuenta las pruebas aportadas y el juez podrá solicitar pruebas de oficio cuando lo considere necesario. Es posible decretar medidas cautelares.	Privado, informal, más corto, no se necesita abogado, menos costoso, se utilizan pruebas que aporten las partes, se puede solicitar prueba pericial.
----------------	---	---	--

<b>Integrantes</b>	Funcionarios públicos de la SIC que actúen en la Delegatura competente. Cuentan con conocimientos en derecho.	Funcionarios de la administración de justicia, jueces civiles del circuito o de comercio. Conocimientos de derecho.	Miembros de la CONARP, en su calidad de particulares. (Publicistas, abogados, u otros). Cuentan con una gran especialización en la materia por encontrarse vinculados directamente con el desarrollo de la actividad.
--------------------	---	---	---

<b>Cuerpo Normativo</b>	<p>-Constitución Política de Colombia</p> <p>- Ley de Competencia Desleal (256 de 1996)</p> <p>-Decreto de protección al consumidor (3466 de 1982)</p> <p>-Prácticas restrictivas del mercado (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992)</p> <p>-Otras normas concordantes (nueva ley de competencia 1340 de 2009).</p>	<p>-Constitución Política de Colombia</p> <p>- Ley 256 de 1996</p> <p>-Otras normas concordantes.</p>	<p>-Código de Autorregulación Publicitaria.</p> <p>- Resolución No. 002 de 1998.</p> <p>-Conceptos emitidos por la CONARP.</p> <p>El régimen normativo es unificado y se actualiza constantemente a través de los conceptos.</p>
-------------------------	--	---	--

<b>Recursos</b>	<p>Recursos consagrados en el Código Contencioso Administrativo.</p> <p>- Reposición ante el mismo funcionario que emite el primer pronunciamiento.</p> <p>-Nulidad y restablecimiento del Derecho ante el Consejo de Estado, una vez agotada la vía gubernativa.</p>	<p>Apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, una vez agotada la primera instancia.</p>	<p>- Revisión, se puede solicitar ante la CONARP, y ésta procederá a modificar la decisión únicamente cuando la totalidad de los miembros integrantes por decisión unánime consideren que procede la modificación.</p>
<b>Confidencialidad de la información.</b>	Las decisiones son públicas.	Decisiones son públicas.	Decisiones sujetas a reserva.

<b>Medios de comunicación.</b>	Puede haber presencia en medios.	Puede haber presencia en medios.	No cuenta aún con el apoyo de los medios, a pesar de que así se indica en la Resolución 002 de 1998.
<b>Intereses</b>	Depende de la Delegatura ante la cual se acuda, por lo que la decisión puede variar dependiendo del interés protegido (Por ejemplo: Protección del consumidor, la leal competencia).	Defensa de la libre y leal competencia.	Cumplimiento de normas éticas que propenden por la protección de los intereses generales del mercado.

### **6.3. Otros Regímenes Jurídicos.**

#### ***1. El Derecho Penal.***

Por último, merece la pena mencionar que, tal y como lo expuso Hermenegildo Baylos en su obra “Tratado de Derecho Industrial”, el uso de publicidad engañosa, puede generar como consecuencia responsabilidad penal, en la medida en que dicha publicidad puede dar lugar a que se configure el delito de estafa<sup>186</sup>.

El Código Penal Colombiano, en su artículo 246<sup>187</sup>, define el delito de estafa como aquel en que el sujeto activo (quién comete el ilícito) obtiene para sí o para un tercero un provecho ilícito, en perjuicio de otro, como consecuencia de la inducción a error por medio de artificios o engaños.

Así, el engaño podría llegar a ser sancionado por medio de las normas penales, cuando de lugar a que se configure el delito de estafa.

#### ***2. La propiedad industrial***

Con el fin de salvaguardar los derechos de propiedad industrial, es decir el derecho al uso exclusivo de una marca por parte de quien la registra, se prohíbe el uso de la publicidad fraudulento para asegurar un determinado resultado para imitar marcas ya registradas<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Baylos Corroza, H. (1978), Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas. Pg. 340.

<sup>187</sup> Colombia (2005), Código Penal, Bogotá, Temis. – “Artículo 246. *Estafa*. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<sup>188</sup> “Artículo 14. Actos de imitación. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La imitación, tiene como fin generar confusión entre el público consumidor con respecto al origen empresarial del producto, de tal manera que la publicidad en estos casos se vale de elementos que generan como impacto en la mente del consumidor, que éste asocie un producto nuevo con un producto conocido y prestigioso<sup>189</sup>.

En la obra de Ernesto Aracama, *Medios distintivos y publicidad Comparativa*, se hace referencia a la teoría de la dilución conforme a la cual:

*“La marca no opera como nombre (esto es como elemento de conexión ideal entre palabra y cosa) (...), sino que constituye en sí misma una “cualidad” del producto y coopera con las otras cualidades en el sentido de convencer al consumidor para que lo adquiera”*

Según la teoría de la dilución, la marca no sólo cumple la función de identificar un producto, sino que además se refiere a una cualidad del producto. La publicidad, puede ser utilizada con el fin de atacar esta cualidad del producto, de varias maneras.

*“Primero, mediante el uso comparativo que desvía las imágenes de la marca hacia los productos del competidor”.*

Es decir, el competidor asocia las imágenes ya adquiridas por el producto prestigioso y que resultan deseables para el consumidor, no sólo con dicho producto sino también con el nuevo producto, de esta forma, el nuevo producto se aprovecha del prestigio del otro producto, de tal manera que se genera dilución. Como consecuencia de la dilución, las ventas del producto prestigioso disminuyen, pues la reputación otorgada por las imágenes deseables se comparte con el nuevo producto.

---

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado”.

<sup>189</sup> Aracama Zorraquin, E. (1989), *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*. Buenos Aires. Abeledo- Perrot. P. 58.

Por otro lado, la dilución se da cuando la publicidad:

*“(...) diluye también el poder de venta de una marca al dañar la imagen que la marca había ganado previamente mediante la publicidad”.*<sup>190</sup>

En este caso, no sólo se asocian las imágenes deseables con otro producto, sino que además se generan otras imágenes, no deseadas, que se asocian a la marca prestigiosa, afectando la reputación de la misma.

Conforme a lo anterior, con el fin de evitar que un competidor se aproveche del prestigio de una marca, se prohíbe la imitación de la misma, por medio de instrumentos publicitarios.

---

<sup>190</sup> Aracama Zorraquin, E. (1989), *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*. Buenos Aires. Abeledo- Perrot. P. 58.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Normas

Colombia (2005), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia (2005), Código Penal, Bogotá, Temis.

Colombia (2004), Código de Comercio, Legis.

Colombia, Congreso de la República (1996, 15 de enero), Ley 256 del 15 de enero de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal, en *Diario Oficial*, num. 42692, 18 de enero de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (1959, 14 de diciembre), Ley 155 del 14 de diciembre de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en *Diario Oficial*, num. 30.138, 22 de enero de 1960. Bogotá

Colombia, Congreso de la República (2009, 24 de julio), Ley 1340 del 24 de julio de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, en *Diario Oficial*, num. 47.420 de 24 de julio de 2009. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Gobierno (actualmente Ministerio de Interior y Justicia), (1982, 2 de diciembre) “Decreto número 3466 del 2 de diciembre de 1982, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”, en *Diario Oficial*, núm. 33.559, 3 de diciembre de 1982, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Desarrollo Económico, (1992, 30 de diciembre) “Decreto número 2153 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, en *Diario Oficial*, núm. 40.704, 31 de diciembre de 1992, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2001) Circular Externa 10. Bogotá.

### **Resoluciones y autos**

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008) Resolución No. 23304 del 3 de julio. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003) Resolución No. 21942 del 31 de julio. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2004) Resolución No. 32749 del 29 de diciembre. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2009) Resolución No. 56801 de noviembre 15. Bogotá

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2009) Resolución No. 0001 de enero 22. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comunicación, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2006), Resolución 1534. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003), Resolución No. 18887 del 27 de Junio. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2003), Resolución No. 36871 del 24 de Diciembre. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2008), Resolución No. 49874 del 28 de noviembre. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio. (2007). Auto No.498 del 14 de febrero. Bogotá.

### **Conceptos jurídicos**

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2002), Concepto 02007981 del 30 de Abril. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2002), Concepto 02067355 del 17 de Septiembre. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2003), Concepto 03050474 del 26 de Septiembre. Bogotá.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio (2009) Concepto 9101856 del 3 de noviembre de 2009. Bogotá.

## **Jurisprudencia**

Colombia, Corte Constitucional (2001, junio), *Sentencias*, “Sentencia C-649”, M. P.: Lynett Montealegre, E., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (1996, septiembre), *Sentencias*, “Expediente No. 3643”, M.P.: Urueta Ayola, M. S., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2009, noviembre), *Sentencias*, “Expediente No. 2002200052301”, M.P.: Rojas, M. C., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2007, febrero), *Sentencias*, “Radicación No. 25000-23-24-000-2002-00225-01 ”, M.P.: Ostau De Lafont Pianeta, R. E., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2005, marzo), *Sentencias*, “Radicación No. 25000-23-24-000-2002-00689-01”, M.P.: Rojas, M.C., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera (2003), *Sentencias*, “Expediente No. 8149”, M.P.: Urueta Ayola, M. S., Bogotá.

“Sentencia 002 del 17 de febrero” (2006) [En línea], disponible en:  
[http://www.sic.gov.co/Informacion\\_Interes/Boletines\\_Juridicos/2006/Boletin\\_Juridic](http://www.sic.gov.co/Informacion_Interes/Boletines_Juridicos/2006/Boletin_Juridic)

[o\\_3.php](#), Colombia, Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, recuperado: 8 de septiembre de 2009.

### **Normas Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria**

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 27 de julio), Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (1998, 17 de septiembre), Resolución No. 002 de 1998. Bogotá.

### **Conceptos Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria**

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2008), Concepto No. 69 del 12 de noviembre. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2006), Concepto No. 63 del 27 de septiembre. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2010), Concepto No. 77 del 9 de febrero. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 76 del 30 de noviembre. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 75 del 30 de noviembre. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 74 del 27 de agosto. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 73 del 13 de julio. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 72 del 17 de marzo. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 72 del 17 de marzo. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2009), Concepto No. 71 del 16 de febrero. Bogotá.

Colombia, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (2008), Concepto No. 70 del 12 de noviembre. Bogotá.

## **Doctrina**

Abello, Quintero M.B., (2003), *La Publicidad en el Derecho Colombiano* [trabajo de grado], Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Aracama Zorraquin, E. (1989), *Medios Distintivos y Publicidad Comparativa*. Buenos Aires. Abeledo- Perrot.

Ascarelli, T. (1970), *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Editorial Bosch.

- Baylos Corroza, H. (1978), *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Editorial Civitas.
- Botero, L. (1998), *Legislación y Derecho Publicitario*, Bogotá, El Navegante Editores.
- Botero, L. (2004), *Qué se puede y qué no en la Publicidad, Guía Legal para Publicistas*, Bogotá, Hombre Nuevo Editores, Instituto de Artes.
- Buitrago Lopez, E. (2008), *Derecho de la Publicidad*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional.
- Castillo Bonilla, A. J. (1999), *La Publicidad y la Publicidad Engañosa*, Bogotá, [trabajo de grado] Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Facultad de Derecho.
- Farfán Rodríguez, E. (2008), *Fundamentos para la Protección al Consumidor frente a la Publicidad Engañosa* [trabajo de grado], Medellín, Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Derecho.
- Jaeckel Kovacs, J. (1999), *Publicidad Engañosa*, Bogotá.
- Jaeckel Kovacs, J. (2000), *Publicidad Engañosa, Análisis Comparativo*, Bogotá.
- Jaeckel Kovacs, J. (1998), *Competencia Desleal*, Bogotá.
- Jaeckel Kovacs, J. *La Cláusula General De Competencia Desleal*. Bogotá
- Jaeckel Kovacs, J. *Publicidad Comparativa*. Dotel. Bogotá.
- Jaeckel Kovacs, J. (2001), *Publicidad Comparativa*, Bogotá.
- Jaeckel Kovacs, J. (1998), *El Principio de Veracidad*. Bogotá.

Jaeckel Kovacs, J. (2004), *Presentación: La Regulación de la Publicidad y del Engaño*.  
Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

Méndez, R.M. y Vilalta, A.E. (2002), “*La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros*”, TATO PLAZA, A.: “*Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias*”, en *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 60, 2002, Madrid, p.27-34.

Lema Devesa, C. (1991, Agosto), “*La Publicidad Desleal: Modalidades y Problemas*”, en *Revista General de Derecho*.

López García, Mabel. (2004), “*La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico*” [en línea], disponible en:  
<http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>, recuperado: 25 de octubre de 2009.

Otamendi Rodríguez, J.J. (1994), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*.  
Pamplona. Editorial Aranzadi.

Patiño Díaz, G. (2005), *Citas y Referencia Bibliográficas*, Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.

Rubio Escobar, J. (dir), (2007), *Derecho de los Mercados*, Bogotá, Legis.

Tapias Escobar, X. (2000), *Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria*. Bogotá,  
P.7

Trujillo, M. (Octubre 25). Ponencia ante la ANDA. Tres razones para la autorregulación.  
Bogotá.

## **Noticias**

*Ámbito Jurídico* (2009, 14 de diciembre), “Publicidad Comparativa es ilegal, si confronta productos no equiparables”.

*Ámbito Jurídico* (2010, 31 de enero), “Distribuidor responde por publicidad engañosa de los productos que exhibe”.

“Isenbeck le ganó la pulseada a Quilmes” [en línea], disponible en:  
[http://www.diariojudicial.com/printfriendly.asp?IDNoticia\\_Cabecera=25763](http://www.diariojudicial.com/printfriendly.asp?IDNoticia_Cabecera=25763),  
recuperado: 10 de febrero de 2010.

Actualicese.com (2008, 23 de octubre), “Publicidad Engañosa: ¿cuándo existe? ¿cómo reclamar?” [en línea] disponible en:  
<http://www.actualicese.com/actualidad/2008/10/23/publicidad-enganosa/>,  
recuperado: 8 de julio de 2009.

*Revista Dinero* (2007), “Publicidad Engañosa”.

## **Documentos Extranjeros**

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception*, Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), *FTC Policy Statement on Deception, Cigarette Rule Statement of Basis and Purpose*, 29 FR 8324, 8352 (July 2, 1964). Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *Wilmington Chemical*, 69 F.T.C. 828, 865 (1966). Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *Travel King*, 86 F.T.C. 715, 719 (1975), Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *American Home Products*, 695 F.2d 681, 688 (3d Cir. Dec. 3, 1982), Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *ITT Continental Baking Co. Inc.*, 83 F.T.C. 865, 965 (1976). Washington.

United States of America, Federal Trade Commission (1983, October), FTC Policy Statement on Deception, *Bates v. Arizona*, 433 U.S. 350, 383 n.37 (1977). Washington.

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, (1996) Resolución No. 052-096 TRI –SDC. Lima

## **Diccionarios**

Real Academia Española (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 22.a ed., 2 tomos, Madrid, Espasa.

Marsa, F. (1988). *Diccionario Planeta de la Lengua Española Usual*, Ed. Colombiana. Bogotá, Lerner.

### **Entrevista**

Calderón Márquez D. (2009, 10 de Diciembre), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

García, S. (2010, 27 de abril), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

Jaekel Kovacs, J. (2009, 21 de Julio), entrevistado por Calderón, P., Bogotá.

### **Comerciales y otros links.**

Comercial Adidas vs. Nike, disponible en

<http://www.youtube.com/watch?v=8TnG7jyfoWI>

Comercial de Axe disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=I9tWZB7OUSU>

Comercial Burger King vs. Mc Donalds, disponible en:

<http://www.youtube.com/watch?v=WaGLEDE-Rwg>

Comercial de Helados Donforio disponible en:

<http://www.youtube.com/watch?v=0o8EICliwqU>

Comercial Isenbeck vs. Quilmes, disponible en:

[http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp\\_qFI](http://www.youtube.com/watch?v=87Pkohp_qFI)

Comercial Lavomatic disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=tEOtJJUEebk>

Comercial Pepsi vs. Coke, disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=wAP2yVsgI6c>

Comercial Domino's Pizza, disponible en:

<http://www.youtube.com/watch?v=Yn5n4NFpxe8>

Reportaje Ohio University Puffery Explanation, disponible en:

<http://www.youtube.com/watch?v=eSdBLN-aHqI>