
RESPONSABILIDAD CIVIL

DERIVADA DE LA

PUBLICIDAD *engañosa*

JULIETA LÓPEZ RESTREPO
ALAN DEL RÍO VÁSQUEZ



UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI

2015

Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa



UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI

RESPONSABILIDAD
CIVIL
DERIVADA DE LA
PUBLICIDAD
engañosa

JULIETA LÓPEZ RESTREPO
ALAN DEL RÍO VÁSQUEZ

2015

López Restrepo, Julieta

Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa / Julieta López Restrepo;
Alán Del Río Vásquez. -- Cali: Editorial Bonaventuriana, 2015

107 p.

ISBN: 978-958-8785-65-3

1. Derecho del consumidor 2. Protección del consumidor 3. Comportamiento del
consumidor 4. Superintendencia de Industria y Comercio 5. Publicidad engañosa
- Legislación - Colombia 6. Responsabilidad civil - Colombia 7. Cumplimiento de
obligaciones 8. Derecho comercial 9. Competencia desleal I. Río Vásquez, Alan del
II. Tít.

343.071 (D 23)

L864

© Universidad de San Buenaventura Cali



Editorial Bonaventuriana

Responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa

© Autores: Julieta López Restrepo, Alan Del Río Vásquez

Grupo de investigación: *Problemas contemporáneos del derecho y la política (Gipcodep)*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de San Buenaventura
Colombia

© Editorial Bonaventuriana, 2015

Universidad de San Buenaventura

Dirección Editorial de Cali

Calle 117 No. 11 A 62

PBX: 57 (1) 520 02 99 - 57 (2) 318 22 00 – 488 22 22

e-mail: editorial.bonaventuriana@usbrecgen.edu.co

<http://servereditorial.usbcali.edu.co/editorial/>

Colombia, Sur América

El autor es responsable del contenido de la presente obra.

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier
medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.

© Derechos reservados de la Universidad de San Buenaventura.

ISBN: 978-958-8785-65-3

Tiraje: 150 ejemplares

Cumplido el depósito legal (Ley 44 de 1993, Decreto 460 de 1995
y Decreto 358 de 2000)

Impreso en Colombia - Printed in Colombia.
2015

Contenido

Introducción.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I

El consumidor: sujeto de protección	11
El consumidor en el derecho de la competencia	13
Vulnerabilidad del consumidor	17
El consumidor desde la justicia	23

CAPÍTULO II

De la publicidad a la publicidad engañosa.....	27
Concepto de publicidad y publicidad engañosa.....	29
Componentes de la publicidad	30

CAPÍTULO III

De la configuración de la responsabilidad civil	
derivada de la publicidad engañosa.....	35
Introducción, alcance y tipo de responsabilidad	37
Elementos de configuración de la responsabilidad	40
<i>Hallazgo objetivo del engaño a manera de hecho dañoso.....</i>	<i>45</i>
<i>Atribución objetiva del engaño al productor o al anunciante</i>	<i>57</i>
<i>Determinación del daño como consecuencia del engaño</i>	<i>61</i>
Perjuicio individual.....	61
Perjuicio colectivo	65
Obligación resarcitoria o de desagravio	
derivada de la publicidad engañosa	69
Únicas posibilidades de exoneración de responsabilidad.....	70
<i>Fuerza mayor y caso fortuito</i>	<i>71</i>
<i>Publicidad adulterada o suplantada inevitable e insuperable</i>	<i>72</i>

CAPÍTULO IV

Aproximación a las formas de reparación

de los perjuicios generados por la publicidad engañosa	73
Introducción	75
Tipos de perjuicios generados por la publicidad engañosa	77
<i>Perjuicios pecuniarios</i>	77
Daño emergente y lucro cesante	77
Daño emergente: devolución de lo pagado por el producto o servicio con retorno del mismo o el restablecimiento de las condiciones ofrecidas	78
Lucro cesante: expectativas legítimas del producto o servicio.....	80
<i>¿Perjuicios no pecuniarios –daño moral–?</i>	82
<i>Indemnización al perjuicio colectivo</i>	84

CAPÍTULO V

Fundamento constitucional y legal

de las facultades jurisdiccionales de la

Superintendencia de Industria y Comercio.....	89
Introducción	91
La acción de protección al consumidor	92
<i>Controversias relacionadas con la publicidad engañosa</i>	93
<i>Controversias relacionadas con la efectividad de garantías</i>	94
Protección contractual.....	94
Pronunciamiento judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio	95
La doble instancia.....	97
Extensión de los efectos de la sentencia.....	97
Juzgamiento y sanción	98
Conclusiones	99
Bibliografía	103
Sentencias y providencias.....	106
<i>Consejo de Estado</i>	106
<i>Corte Constitucional</i>	106
<i>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil</i>	107
<i>Superintendencia de Industria y Comercio</i>	107

Introducción

En el universo del comercio existen límites de comportamiento para los intervinientes en actividades mercantiles con legítimos propósitos lucrativos. El criterio que ha determinado la Constitución y la ley para fijar estos umbrales se basa en la protección de los derechos e intereses generales y particulares de los consumidores, puesto que son ellos quienes pueden verse afectados por actos abusivos o arbitrarios de los comerciantes.

Es por ello que el derecho de la competencia, en uno de sus frentes, se ha encargado de indicar qué tipo de conductas unilaterales de los comerciantes merecen reproche y una sanción consecuente (Velandia, 2008).

El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 estableció tres actos contrarios a la libre competencia: i) infringir normas sobre publicidad que determine el estatuto de protección al consumidor; ii) influenciar la celebración de acuerdos de precios; y iii) negarse a la venta o prestación de un servicio cuando ello signifique discriminación por razón del precio. Sumado a lo anterior, el artículo 47 de esta misma norma dispuso de forma taxativa una tipología de acuerdos atentatorios a la competencia; y el artículo 50 estableció seis eventos en los cuales se configura el abuso de la posición dominante.

La Ley 155 de 1959, modificada parcialmente por el Decreto 3307 de 1963 y por la Ley 1340 de 2009, fijó disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, determinando la prohibición de acuerdos o convenios tendientes a conservar o establecer precios inequitativos.

Todos aquellos comportamientos de los comerciantes que “falsean la competencia” (Velandia, 2008), no solo tienen la potencialidad de lesionar el mercado, concebido como el interés común en el desarrollo económico de la oferta y la

demanda, sino también de perpetrar daños directos y particulares a los consumidores.

Una de las herramientas de los empresarios para ejercer el derecho a la libre competencia es la publicidad, la cual ha mostrado ser útil y efectiva en el aumento de ventas de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Esa eficacia se atribuye a la forma como se transmiten los mensajes; es decir, mediante estudios previos y técnicas de publicidad el mensaje llega al consumidor para producir efectos en su voluntad.

El límite a la libre competencia lo plasma la Constitución Nacional, la cual indica que el derecho a competir en el mercado se ejerce con responsabilidad; y dado que la publicidad permite el ejercicio de este derecho, pero a su vez es un medio que busca generar efectos en la toma de decisiones de los consumidores, es factible que se abuse de este medio y se lesionen los derechos físicos, morales o patrimoniales de un consumidor o de la colectividad, lo cual puede generar un daño que debe ser resarcido por el infractor.

En términos de responsabilidad civil, el causante de un daño, agravio o lesión a otro, debe repararlo de tal forma que regrese las cosas al estado anterior al daño o mediante una compensación pecuniaria (Le Tourneau, 2008).

Así, aquel particular –consumidor– a quien se le ha ocasionado un daño en ejecución de una práctica comercial restrictiva, puede acudir al juez para lograr la indemnización de su consecuente perjuicio económico, sin que se requiera demostrar que tal comportamiento ha causado una lesión al mercado o a los intereses colectivos implícitos en él, pues debe ser el consumidor agraviado quien promueva la acción individual.

Para la ejecución de esa acción indemnizatoria, el consumidor damnificado tiene ahora la potestad legal de acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, pero ya no solo con el fin de iniciar una queja simple contra el comerciante infractor, sino con el propósito de que esta entidad administrativa decida “judicialmente” su petición de indemnización de perjuicios. En efecto, la facultad jurisdiccional que adquiere la Superintendencia de Industria y Comercio, que la hace juez para dirimir los conflictos que susciten las acciones de protección al consumidor, tiene su fundamento a partir de vigencia de la Ley 1480 de 2011 (Artículos 56 y 58) que adoptó el nuevo Estatuto del Consumidor.

Este texto –que consta de cinco capítulos– forma parte del proyecto de investigación denominado *Responsabilidad civil por violación al derecho de la competencia*.

En el primer capítulo se analiza el consumidor no solo como sujeto de protección, a partir de la Constitución Nacional y las demás normas especiales sobre la libre competencia, sino también como parte vulnerable en la relación de consumo; adicionalmente se estudia el papel que desempeña la justicia en la protección de este importante partícipe del mercado. El segundo capítulo contempla los conceptos de publicidad, su utilidad y la forma como se convierte en publicidad engañosa. El tercer capítulo desarrolla la figura de la responsabilidad civil que se deriva de la publicidad engañosa. En el cuarto capítulo se abarca el daño generado debido a la publicidad engañosa y la forma de resarcirlo. En el quinto y último capítulo se examinan los fundamentos constitucionales y legales que justifican la función jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio, el análisis de la acción de protección al consumidor en la Ley 1480 de 2011, y los pronunciamientos judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

CAPÍTULO I

**El consumidor: sujeto
de protección**

El consumidor en el derecho de la competencia

Un país con sistema capitalista, como Colombia, requiere fortalecer su mercado nacional e internacional, para ello la globalización exige normas internas y tratados que permitan los intercambios comerciales. Nuestro país inició a principios de los años noventa con la apertura económica, y en la actualidad dan cuenta de este objetivo los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Canadá.

En la medida en que se fortalece el mercado colombiano, lo hacen también los sujetos que participan en él, y por ende los roles de los partícipes –Estado, empresarios, consumidores y usuarios– se destacan aún más. Sin embargo, la inversión aumenta y con ello el riesgo.

Así las cosas, hay cada vez más comerciantes que al observar las oportunidades económicas toman la iniciativa de ser parte activa del sistema, incrementándose el número de competidores. En consecuencia, el mercado amplía la oferta de bienes y servicios y abre el abanico de calidad y precios, lo que a su vez da paso a un aumento del consumo.

El consumo es la acción de gastar, usar o disfrutar lo adquirido para sí o para otro. Considerando que el consumo de un bien o servicio permite satisfacer diversas necesidades, al existir una mayor oferta de bienes y servicios, el consumidor pasa a ser el más importante objetivo de los empresarios competidores, quienes tienen la intención de crearle necesidades al consumidor y que este busque satisfacerlas, lo que al mismo tiempo le produce las ganancias proyectadas a los empresarios.

Debido al fortalecimiento del mercado, ha crecido la preocupación del Estado por intervenir los agentes que participan en este. Desde 1991, la Constitución Nacional cuenta con un articulado en cuestiones económicas más sólido y acorde con las necesidades actuales. En especial, los derechos y las garantías para los particulares invitan a incursionar en proyectos de emprendimiento que les generen el sustento y un puesto en el intercambio comercial.

De esta manera, el artículo 333 de la Constitución Política Colombiana plasma el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho a competir en el mercado,

así como los derroteros al enmarcar estos derechos en el bien común, la responsabilidad y la prohibición del abuso de la posición dominante.

El afán que caracteriza a los empresarios en el ejercicio de la libre competencia, para dar a conocer sus bienes y servicios y conquistar una clientela que les permita permanecer vigentes en el mercado, puede generar diversas situaciones positivas o no para los demás agentes que participan. Por esto, la Constitución no solo otorgó un derecho a la libre competencia, sino que también estableció que dicha libertad debe ejercerse con la responsabilidad que requiere toda actividad frente a otras personas.

Por consiguiente, debe entenderse que el límite a la libre competencia no se origina porque el común denominador sean las situaciones negativas que pueden sufrir los competidores y los consumidores en el mercado, pues la competencia permite una mayor oportunidad de elección. Pascual (2013) considera que la competencia es una fuerza espontánea en el mercado con un fin privado y económico para los empresarios, pero en la virtud pública de que los clientes mejoren su nivel de satisfacción.

Pero los límites son necesarios para alcanzar un equilibrio, por ello este autor plantea la necesidad de que el Estado cree escenarios que permitan una sana competencia y una viabilidad del mercado, ya que ni la iniciativa privada ni la colectividad están preparadas para armonizar un mercado desde todos sus factores. Para ello el Estado debe cumplir con las siguientes intervenciones:

- a. Proporcionar el marco legal al que deben acomodar su comportamiento los particulares y las autoridades.
- b. Preservar la integridad territorial de la nación.
- c. Garantizar la seguridad de las personas y las cosas.
- d. Exigir el cumplimiento de los pactos libremente concertados y las indemnizaciones derivadas de su incumplimiento.
- e. Hacer la pertinente provisión de bienes públicos.

El marco legal colombiano se ha ido construyendo en la medida en que las necesidades lo han demandado. La búsqueda del equilibrio por un justo funcionamiento del mercado y de quienes participan en él, ha generado que el

Estado promulgue leyes que desde diversos campos y a los distintos agentes se les garantice su participación.

De ahí que contemos hoy con el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), la Ley 1340 de 2009 sobre protección de la competencia y el Decreto 975 de 2014, mediante el cual se reglamenta la publicidad para niños, niñas y adolescentes; adicionalmente, con regulaciones en competencia desleal (Ley 256 de 1996) y propiedad industrial (Decisión 486 de 2000).

Este conjunto de leyes que regulan y protegen la libre competencia, la propiedad industrial y el consumo, tiene como destinatarios unos sujetos. Por ejemplo, la Ley 256 de 1996 contiene aquellos actos considerados como desleales, cuyos sujetos favorecidos de forma directa son los competidores. Sin embargo, esa misma ley le permite a las asociaciones, con estatutos que protegen los derechos de consumidores, interponer acciones cuando el acto desleal los afecte de manera grave y directa.

Un fallo proferido por una acción iniciada por competencia desleal, en el que prohíbe que el acto de competencia desleal continúe, evitará que los consumidores que todavía no se han visto afectados, caigan en engaños, confusiones y demás situaciones poco fiables. Por otro lado, permitirá que los consumidores que padecieron las consecuencias del acto desleal, hagan valer sus derechos como consumidores y se amparen en las normas especiales que regulan las relaciones de consumo.

Siguiendo en la protección de la competencia, la Ley 1340 de 2009 regula el control de las integraciones empresariales y el régimen sancionatorio que se aplica con atenuantes y agravantes a los empresarios que violen cualquiera de las disposiciones que buscan proteger la libre competencia. Es un ejemplo más de cómo las normas que se aplican solo al ramo de los competidores, terminan por beneficiar también a los consumidores.

Las sanciones evitan que los competidores cometan actos de competencia desleal o prácticas restrictivas de la competencia, lo que libera al consumidor de seguir sufriendo el daño que le causa, por ejemplo, un monopolio o un cartel.

En cuanto a la propiedad industrial, regulada en la Decisión 486 de 2006, sostiene la doctrina que también es un tema que atañe al consumidor. Al respecto, Rubio (2007) expone que sin las marcas y los nombres comerciales, los empresarios no podrían competir, dado que no tendrían las herramientas para

distinguir sus productos de los de otros competidores y a su vez los consumidores no tendrían la oportunidad de elegir de acuerdo con sus necesidades.

De lo anterior se puede deducir que las normas que permiten el desarrollo de la libre competencia y las responsabilidades de quienes concurren en el mercado, además de tener como destinatarios los empresarios competidores, contribuyen a la protección del consumidor, quien –individual o colectivamente– está caracterizado por la vulnerabilidad.

Por otro lado, el consumidor y el consumo también encuentran protección constitucional desde una norma concebida para ello. El artículo 78 de la Constitución Política de Colombia señala cuatro aspectos diferentes, estos son: los derechos colectivos, el deber, la responsabilidad y las garantías.

Los derechos colectivos: porque la Constitución Política busca proteger el conglomerado de consumidores compuesto por todos los ciudadanos.

El deber: porque le dio al Estado la obligación de crear leyes que protejan los derechos mediante normas y mecanismos que controlen la calidad y la información de los bienes y servicios ofrecidos por los empresarios.

La responsabilidad a causa de los defectos en la producción y la información de los productos o servicios, que al ocasionar un daño el empresario deberá resarcir.

Las garantías: por cuanto vela por la participación libre y democrática de organizaciones que pretendan defender los derechos del consumidor.

En otros países los derechos del consumidor también son considerados derechos de rango constitucional, por ejemplo:

El artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina, establece lo siguiente:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación

de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Gómez (2009), doctrinante argentino, señala que lo plasmado en la Constitución Nacional Argentina obedece al principio protectorio, que corresponde al consumidor necesitado de protección para hacer valer sus justas exigencias de los productos o bienes que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata.

En España, el derecho de los consumidores se encuentra regulado en el artículo 51 de la Constitución Nacional, de la siguiente manera:

Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Porfirio (2002), doctrinante español, estima que era necesario constitucionalizar la protección de los consumidores, dado que obedecen a un conglomerado con intereses difusos y complejos.

Colombia, Argentina y España son algunos de los ejemplos de países que consideran que el derecho del consumo, y por ende de los consumidores, tiene rango constitucional, y aunque existan otros derechos como los fundamentales con mayor protección y tutela por parte del Estado, lo cierto es que este brinda un lugar a las personas que contribuyen al progreso económico de los empresarios y a la economía del país.

Vulnerabilidad del consumidor

El consumidor es abordado desde dos aspectos: como noción económica y como noción jurídica.

El consumidor, desde lo económico, corresponde a la persona que consume el bien o servicio. La noción jurídica abarca de manera abstracta al conglomerado de ciudadanos que buscan una mejor calidad de vida, y para esto se da la relación contractual entre el consumidor y el empresario (Vallespinos, 2010).

En otras palabras, Gómez (2009) explica que en el concepto económico, el consumidor participa de la última fase del proceso mientras que la empresa tiene el dominio en la etapa de producción o de construcción del bien o servicio. Y que en el concepto jurídico, es el consumidor quien por medio del acto de adquisición genera la relación jurídica entre consumidor y empresario.

La definición legal de consumidor o usuario, contenida en el artículo quinto en el actual Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, es la siguiente: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.

En la norma citada se plasman los conceptos dados por la doctrina: en cuanto al concepto económico, cuando señala destinatario final, y desde el concepto jurídico, como el acto de *adquisición para el disfrute o la utilización*.

El esfuerzo del Estado por actualizar y modernizar las regulaciones del consumo y del consumidor, obedece a la conciencia de un Estado social de derecho que busca en primera medida que el consumidor satisfaga necesidades básicas, como el vestido, la salud, la educación, la vivienda, el transporte, las herramientas del oficio del que sea el sustento familiar, entre otras. En segundo lugar, las necesidades no básicas o de mero placer propias del sistema capitalista, como la adquisición de productos estéticos, de decoración, de recreación, entre otros.

Sin embargo, la responsabilidad del productor o del expendedor debe ser la misma, ya sea un producto de necesidades básicas o no, por esta razón el legislador no hizo distinción en la ley de productos básicos y productos suntuosos. El consumidor no debe sufrir un desmedro patrimonial ni moral y mucho menos un daño que atente contra su integridad física e incluso contra la vida misma.

El constante riesgo que corre el consumidor se debe al desconocimiento del proceso de fabricación, exportación o importación del bien o servicio, lo cual es natural porque el consumidor no conoce ni forma parte del proceso de producción de los bienes o servicios, y porque en muchos casos los consumidores no cuentan con estudios técnicos que les permitan comprender en un cien por ciento la calidad e idoneidad del producto. Es por esta razón que al consumidor se le denomina parte débil, subordinada, vulnerable, entre otros calificativos.

Rusconi (2013) considera que esos calificativos provienen del derecho romano:

El principio jurídico sobre el que se construye todo el andamiaje legal destinado a dar protección a los consumidores, es una de las exteriorizaciones del principio de interpretación Favor debitoris venido del Derecho Romano regla que buscaba atemperar las exorbitantes potestades reconocidas al acreedor para hacerse pagar, incluso disponiendo del cuerpo y la vida del obligado en mora. Aquella antigua regla interpretativa, adquirió luego la categoría de principio general del derecho como principio favor debilis (protección al sujeto débil).

Esa situación de vulnerabilidad del consumidor en la regulación colombiana, se manifiesta en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, el cual señala que “el consumidor o usuario es el destinatario final de los bienes y servicios”. Esto es así porque, como ya se mencionó, es ajeno a la actividad de la empresa.

La vulnerabilidad del consumidor es el presupuesto axiomático que promueve la existencia de regulaciones que protejan al consumidor. La esencia del derecho del consumo es la protección del sujeto revestido de una calidad que lo pone en desventaja en la relación de consumo (Rusconi, 2013, p. 78).

Siguiendo otros autores, Vallespinos (2010) afirma que a partir de 1960, los consumidores se convirtieron en un problema social, pues el incremento en la demanda de bienes y servicios, sumado a la sofisticación de los mismos, generó un desequilibrio, por lo que debió acudir a conceptos como los de justicia y equidad para nivelar esa situación.

Agrega Porfirio (2002) que la posición privilegiada del consumidor en el actual capitalismo avanzado ya no es cierta, la complejidad y la tecnificación del mercado, unida a su internacionalización, globalización, electrificación, grandes estructuras empresariales y técnicas de mercadeo, han derrocado al consumidor como rey o soberano del mercado. Por su parte, Rezzonico (1987) trae a colación un aparte del mensaje de Kennedy en 1962: “Los consumidores representaban el grupo económico más importante y a la vez el menos escuchado”.

La situación de debilidad, según Gómez (2009), puede ser de cuatro tipos: técnica, jurídica, fáctica y de información. En la medida en que se llenen estas falencias mediante los mecanismos de control, se contará con un mercado más sólido y dinámico.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación Civil del 7 de febrero de 2007 –magistrado ponente doctor Julio César Valencia Copete–, se refiere al tema de la debilidad de los consumidores, citando también otras sentencias, de la siguiente manera:

Precisamente, al amparo de este principio superior puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes¹, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial², puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno de la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final –consumidores o usuarios– o a terceros, con lo que queda claramente establecida una “responsabilidad especial” de aquél frente a éstos –*ex constitutione*–, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueran irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual, pues un entendimiento semejante no acompañaría con las directrices inequívocamente fijadas por la Carta Política, pues, como se sostuvo en el fallo que sujetó la constitucionalidad de los artículos 11 y 29 del decreto 3466 de 1982 precisamente a la existencia de una acción directa del consumidor frente al fabricante, “el productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado”.

En Sentencia del 30 de abril de 2009, la Corte Suprema de Justicia –magistrado ponente Pedro Munar– también se refiere al mismo tema, así:

(...) la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las

1. cfr. sentencia de 3 de mayo de 2005, exp. 04421-01, no publicada aún oficialmente.

2. cfr. sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01, no publicada aún oficialmente.

que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido.

Todas las opiniones convergen en la situación de debilidad de los consumidores, sin embargo, se plantean estas dos preguntas: ¿La vulnerabilidad del consumidor obedece solo al desconocimiento del proceso de producción de los bienes y servicios? y ¿las personas jurídicas pueden ser consideradas consumidores débiles?

Para resolver la primera pregunta es necesario analizar las funciones del empresario para llevar a cabo su actividad, y cómo logra un resultado lucrativo y de reconocimiento en el mercado.

El empresario va un paso más adelante en la decisión del consumidor, pues sabe con antelación cuál va a ser la respuesta del consumidor ante los bienes y servicios que se promueven en el mercado. Se ha especializado en conocer al consumidor mediante la investigación de mercados, que hoy en día es una actividad lucrativa y fundamental para la toma de decisiones por calidad, precio y segmento del mercado al que van dirigir los bienes o servicios. Pero lo más importante es que han logrado entrar en el cerebro del consumidor, a sus más íntimos deseos, frustraciones y necesidades.

Mercado (2008) manifiesta que “el conocimiento de las características del comprador permitirá a la empresa, cuando ya opera en un nicho de mercado, modificar de manera adecuada el producto o su confección, el precio y los canales de distribución o publicidad. Deben considerarse, además, las dimensiones del mercado, el comportamiento, los hábitos de compra y las motivaciones del consumidor”.

Hoy el desconocimiento en la producción de los bienes o servicios no es el único motivo para calificar de débil, vulnerable o subordinado al consumidor, los empresarios se han dedicado a conocerlo y a estudiarlo, situación que los ha puesto en una vulnerabilidad casi absoluta. Cuando un empresario decide cuál va a ser el mensaje y el medio publicitario por el cual hará conocer su producto, es porque de antemano conoce al consumidor que lo verá y escuchará, y tratará de que llegue no solo al grupo de consumidores que estén directamente interesados en el producto, sino que de alguna manera buscará la atención de otros en quienes creará la necesidad.

Si el consumidor, por su parte, pudiese hacer un estudio concienzudo y completo de los empresarios y proveedores, su actividad, proyecciones y estrategias, se

podría decir que por lo menos en este aspecto habría igualdad de condiciones entre el vendedor y el comprador y, por lo tanto, un equilibrio. Pero el consumidor no tiene la capacidad económica y técnica que poseen los empresarios para invertir en esos estudios.

Por eso se puede afirmar que el desequilibrio en la relación de consumo es real, es decir, no obedece a simples conjeturas, pues no solo es evidente el desconocimiento por parte del consumidor sobre el proceso de producción o construcción del bien o servicio, sino el conocimiento en cabeza del empresario de la personalidad y la respuesta a los estímulos que producirán sus estrategias de mercadeo en sus futuros consumidores.

El segundo cuestionamiento se orienta a establecer si la debilidad del consumidor también aplica para las personas jurídicas. Para esto se analiza el siguiente caso hipotético:

Para el Día de la Mujer, una empresa productora de papel decide comprar rosas en una floristería reconocida con el propósito de obsequiarlas a todas las empleadas. La floristería contactada le dice a la persona encargada del departamento de compras que las rosas son de una especie en particular y que un tratamiento químico hace que perduren hasta tres meses; por esta razón se siente segura de adquirir el producto.

Al llegar las flores, el gerente de la empresa de papel recibe la queja sobre el mal estado en que se encuentran las rosas, lo que daba a entender que las rosas no eran de la especie que se había acordado, ni tenían el tratamiento de durabilidad, ya que se veían en proceso de marchitarse. Por tal motivo ordena que las rosas no sean entregadas a sus destinatarias. La alternativa fue acudir a otra floristería con precios más elevados, pero este hecho afectó el presupuesto proyectado.

En este caso, primero se debe establecer si la empresa de papel es un consumidor. Para esto se trae a colación el artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, el cual establece que consumidor también es la persona jurídica que adquiere el producto para una satisfacción empresarial, siempre y cuando no esté vinculado intrínsecamente a su actividad económica. Ante este argumento, la empresa de papel es un consumidor cuya adquisición de flores como obsequio para el Día de la Mujer a sus empleadas no constituye una actividad intrínsecamente ligada a la producción de papel.

Por otro lado, la motivación de la jefe de compras para adquirir las rosas fue la aseveración de quien la atendió en la floristería. Sumado a esto, ella no es

experta en flores y mucho menos conoce el tratamiento químico que se les aplica para que tengan mayor durabilidad. En este caso se puede concluir que la persona jurídica es un consumidor débil en la relación contractual, que no formó parte del tratamiento para hacer más durables las rosas, no es experta en flores y confió en lo que el expendedor le ofreció. Adicional a lo anterior, la empresa de papel afectó su presupuesto, pues debió acudir a otra floristería con precios más elevados. En consecuencia, la floristería es responsable y tendrá que enmendar los derechos violados en la relación de consumo.

Entonces, para que un mercado sea fuerte debe existir la participación de todos los sujetos que hacen que este funcione en términos de equilibrio: los empresarios con la producción y la oferta de bienes y servicios con calidad y precios que se ajusten a las necesidades de los consumidores; la intervención del Estado en pro de establecer el equilibrio a través del control, mediante políticas que busquen desarrollar los derechos constitucionales económicos y sociales; y los consumidores, quienes pese a su situación de debilidad deben procurar por tomar decisiones razonables, y en la medida en que sus derechos sean vulnerados hacer uso de las acciones que para ello establece la ley, ante los órganos competentes.

El consumidor desde la justicia

No es en vano que hoy el consumidor se considere una parte del mercado con inclinación fuerte de protección tanto por parte del Estado como de los consumidores, a través de las asociaciones que se han propuesto defender sus derechos.

Su posición como parte vulnerable ha hecho que el derecho del consumo y la protección de este, sea el resultado de un camino recorrido entre el auge por la búsqueda de la posición económica desde la Revolución industrial en cabeza del empresario y su empresa, y la ponderación de derechos que a partir de ideales que buscan tratamientos justos y sociales, han generado constituciones nacionales con principios basados en el bien común y no individual.

Colombia, como Estado social de derecho, ha plasmado intereses individuales y colectivos al incluir derechos económicos y privatistas que permiten a los ciudadanos poner su creatividad, interés y patrimonio en la construcción de empresas para lograr un fin de lucro. Sin embargo, esa iniciativa particular debe ir acompañada del compromiso de aportar a la sociedad oportunidades de trabajo, de donde se deriva el bienestar para los trabajadores, en salud, vivienda, educación y recreación.

Hoy, la empresa tiene un compromiso social no solo desde adentro, pues en su exterior el compromiso debe ser con los fieles consumidores, pues son quienes le propician al empresario el cumplimiento de sus metas económicas. El consumidor es la sociedad misma, llena de necesidades y con ansias de mejorar su calidad de vida.

Para esto, se requiere que el empresario satisfaga necesidades e ilusiones actuando de manera honesta y profesional, lo que redundará en beneficio para el mismo empresario, ya que el consumidor seguirá adquiriendo los productos porque reconoce la calidad y prefiere las marcas que se preocupan por satisfacer su necesidad. En este sentido, se presenta un equilibrio en donde las partes de la relación contractual piensan cumplir su meta individual y a su vez permiten cumplir el interés del otro.

Es pertinente abordar la teoría de la justicia de Rawls (2012), dado que este autor considera que la cooperación social debe estar en el contrato, pues en la pluralidad, la división de ventajas debe hacerse conforme a principios de justicia en donde se logre un equilibrio de satisfacción.

La teoría de la justicia tiene cabida tanto en los derechos sociales como en los económicos. La justicia antecede cualquier relación humana, porque busca que exista igualdad y equidad. Si en los derechos económicos, como la libre competencia y la iniciativa privada, prevaleciera el interés individual por obtener una ventaja económica, quedaría el consumidor a merced de lo que el empresario le ofrezca en el mercado, sin importar si los bienes y servicios colman las necesidades y los intereses colectivos.

Ricoeur (2003) dice que: “Es importante subrayar desde un principio que el lazo social que Rawls considera fundamental se debe caracterizar por la *cooperación* y no por la *dominación*. Esto es lo que Rawls tiene en común con la tradición contractualista: por medio del contrato, la sociedad es tratada como un fenómeno congregacionalista y mutualista”.

Acosta (2012) plantea que la justicia se encuentra presente en dos situaciones en la relación de consumo: en la autonomía privada y en los derechos de la comunidad:

Primero, la autonomía privada que caracteriza el derecho privado no es ajena a la libertad de decisión de los consumidores, pues la autonomía de la voluntad reconoce a toda persona el poder verdadero de decidir sobre su propia esfera personal y patrimonial.

Segundo, que el derecho privado no es absoluto, no está por encima de los derechos de la comunidad, y busca también que los sujetos de derecho privado al establecer una relación jurídica, se realicen a sí mismos, satisfagan sus necesidades humanas y de manera mediata colaboren en la realización y satisfacción de las necesidades de la sociedad, a fin de conservar un orden justo y equitativo. La igualdad es expresión de la justicia, y la justicia exige la igualdad entre la demanda y la satisfacción, entre lo que se debe y lo que se recibe, entre la deuda y el pago.

López (2003) considera que la función social empresarial ha permitido que el fin de la empresa tenga una evolución. En este sentido señala que:

(...) la empresa dejó de ser entendida como una mera organización para la producción de bienes y prestaciones al estilo del esquema liberal clásico, cuyo objeto principal era el incremento de la competitividad en detrimento de los trabajadores y para beneficio exclusivo del empresario. En la actualidad, cumple una función social, en armonía con los valores esenciales del hombre respetando los derechos del consumidor y el medio ambiente (p. 70).

La Corte Constitucional, en Sentencia de 1997, ya se había referido al tema, al señalar que la empresa se expresa en una doble dimensión, como libertad y como función social.

En Sentencia del 30 de abril de 2009, al respecto de la obligación del Estado y de quienes imparten justicia, la Corte Suprema de Justicia estableció alejarse de rigores que ya no se acomodan a las nuevas estructuras sociales y económicas, y en cambio brindar soluciones justas:

No debe asombrar, entonces, que ante la creciente e irreprimible aparición de estos métodos de contratación, así como el surgimiento y fortalecimiento de novedosos fenómenos sociales como el de “los consumidores”, los “empresarios y fabricantes”, deban romperse rancios esquemas forjados en medio de un inflexible rigor, para dar paso, en cambio, a la elaboración de respuestas útiles, justas y adecuadas; de ahí que la Constitución Política colombiana promulgada en 1991, en un intento por conciliar la economía de mercado con el Estado intervencionista, le apostó a un Estado Social y Democrático de Derecho, con sustento en un modelo económico de libre competencia (artículos 1°, 333 y 334), en el que la oferta de bienes y servicios, al igual que la fijación de precios, corresponde, por regla general, a imperceptibles pero evidentes fuerzas económicas, y en el que las relaciones jurídicas cumplen un papel definitorio en la legitimación del intercambio de bienes, pues se convierten en el instrumento regulador de las transacciones económicas en él realizadas.

En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia alude al derecho de la igualdad, dado que es uno de los principios que construye el pilar de la justicia:

(...) Empero, la protección del consumidor no sólo encuentra respaldo en esa preceptiva constitucional, sino también en el artículo 13 de dicha Carta, en cuanto establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Y es que el Constituyente con ese mandato busca la efectividad material del derecho a la igualdad, imponiéndose, entonces, que para tal fin se trate de manera distinta a personas ubicadas en situaciones diferentes, como sucede con el productor y el consumidor, pues éste, por la posición en la que se encuentra frente al otro, demanda una especial protección de sus derechos, en la medida que es la parte débil de la relación de consumo. En este último aspecto es particularmente relevante la disposición contenida en el inciso tercero de ese precepto constitucional, conforme al cual “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; es incontestable, ciertamente, el afán del constituyente de brindar especial protección a quienes se encuentran en condiciones de debilidad económica manifiesta, en este caso, el consumidor.

Hoy, el consumidor, basado en conceptos de justicia –desde el derecho público y privado–, cuenta con herramientas que le permiten hacer valer sus derechos actuando contra quien lo ha engañado o confundido, o contra quien amenaza su vida e incluso lesiona su integridad moral y física. El hecho de que exista no solo una protección desde la Constitución Nacional, sino leyes que señalen al empresario como responsable en el mercado y frente a sus consumidores, o que existan acciones de defensa para el consumidor, se debe a que se ha actuado con base en la justicia para equilibrar tanto las relaciones del mercado como las del consumo.

CAPÍTULO II

**De la publicidad
a la publicidad engañosa**

Concepto de publicidad y publicidad engañosa

Es en el derecho a la libre competencia donde el comerciante encuentra toda justificación para la realización de la publicidad comercial (Velásquez, 2013); a su vez, la libre competencia privada deriva validez de un supuesto constitucional superior: la libertad de empresa e iniciativa privada. Por esto la publicidad es un medio para competir en el mercado.

La definición de publicidad se halla en la ley, pero la doctrina ha construido sus propios conceptos. En cuanto a la definición legal, la publicidad está regulada en el artículo quinto numeral 12 de la Ley 1480 de 2011, como toda forma y contenido de comunicación que tenga como objetivo influir en las decisiones de consumo.

La doctrina, por su parte, ha entendido la publicidad como la noticia que alcanza un carácter público; su fin es difundir, o por lo menos transmitir un mensaje a un número indeterminado de personas (Velásquez, 2013). Para Jaeckel (2013) es toda forma y contenido de comunicación que realiza un anunciante, con el propósito de influir en las decisiones de consumo, bien sea al anunciar las características objetivas de los productos que se ofrecen o al generar sentimientos positivos hacia ellos o hacia sus marcas.

En cuanto a la definición planteada por el doctrinante Velásquez (2013), no es plausible la idea de concebir la publicidad como una noticia que se difunde y se transmite, pues si ese fuese el fin, no existiría diferencia con una noticia política o social, cuyo objetivo es informar a las personas en general sobre las circunstancias y situaciones de un país o los acontecimientos internacionales.

El propósito de la publicidad, como lo dice Jaeckel (2013), es influir en las decisiones, es decir, incidir en la voluntad del consumidor mediante la fuerza del mensaje y el contenido, teniendo en cuenta la estrategia y la técnica de producción. Por esta razón, en todas las definiciones de publicidad no debe faltar este elemento, que algunos autores han usado como persuadir, convencer y estimular, entre otros.

Entonces, lo anterior justifica la importancia de que exista intervención del Estado en la regulación de la forma de transmisión de los mensajes publicitarios, requisitos y prohibiciones. No es lo mismo transmitir mensajes publicitarios de una prenda de vestir que de un producto con contenido de tabaco; tampoco es lo mismo transmitir un mensaje a niñas, niños y adolescentes que a un adulto.

Componentes de la publicidad

Con el propósito de definir los componentes de la publicidad, se considera la clasificación de Velásquez (2013), quien los divide en elementos subjetivos y objetivos. Los primeros obedecen a la persona a quien se dirige el mensaje, el cual debe atraer y cautivar; mientras que el segundo se refiere a la información de fondo que describe el producto, es decir, muestra para lo que efectivamente sirve el producto, indicando la necesidad que puede satisfacer el consumidor con la adquisición de lo ofrecido.

Elementos subjetivos:

- a. Comunicación: es la divulgación del bien o servicio para conseguir una respuesta contractual del consumidor.
- b. Instrumentalidad: dado que la publicidad es un medio o una herramienta que le permite al empresario obtener un lucro, en la medida en que el consumidor sea persuadido y adquiera el bien o servicio.
- c. Intencionalidad: es la compra del producto por parte del consumidor.
- d. Voluntariedad: lo que implícitamente contiene la publicidad. Es lo que permite que el consumidor reflexione sobre lo visto y escuchado para hacer uso de su voluntad para adquirir el producto.

Elementos objetivos:

Los elementos objetivos son la calidad, el precio y la cantidad, entre otros, de los bienes y servicios.

De acuerdo con Farina (2005), la persuasión moldea la voluntad del consumidor, por ello considera que es un aspecto que no se puede pasar por alto en el análisis del mundo de los contratos. Este doctrinante argentino también hace fuertes críticas a la publicidad y a los empresarios que abusan de ella, y manifiesta, por un lado, que las pequeñas y medianas empresas se encuentran agobiadas por

las campañas publicitarias de los grandes grupos empresariales, y por otro lado, que el arte de la publicidad tiene como propósito congelar la inteligencia del consumidor durante el tiempo suficiente para sacar su dinero.

Este autor sostiene que existen dos clases de publicidad: la primera consiste en aquella que los empresarios hacen presentando la información del producto con el objeto de lograr un contrato. Y la segunda es aquella que va destinada al público en general. En esta clase de publicidad, la información, a diferencia de la primera, no es lo más importante, porque el fin primordial es persuadir al consumidor, debido a eso la denomina “la industria de la persuasión”.

Los productos tienen una relación directa con el tipo de personalidad del consumidor, y Mercado (2008) lo deja claro cuando explica que:

(...) Todos llevan consigo una compleja imagen mental de sí mismos. Por ejemplo, una mujer extrovertida, creativa y dinámica preferirá una cámara fotográfica que proyecte sus mismas cualidades. Si en la publicidad de la Nikon se dice que es una cámara para personas de personalidad extrovertida, creativa y dinámica, la imagen de la marca coincidirá con la de ella. Las empresas han de desarrollar imágenes de marca que correspondan a la autoimagen de los que integran el mercado.

Farina (2005) insiste en su posición crítica, y afirma que el consumidor, al perder su capacidad crítica, termina por adquirir lo que no necesita.

Desde esa persuasión que influye en la decisión de los consumidores, Mercado (2008) se refiere a “la exposición selectiva”, que consiste en que las empresas deben llamar la atención de los consumidores, teniendo en cuenta que su producto puede pasar desapercibido para quienes no lo están buscando o para quienes no lo necesitan. Por eso, aunque la publicidad va dirigida a un grupo determinado de consumidores, los esfuerzos también deben ir encaminados a estimular tanto al grupo seleccionado como a aquellos potenciales consumidores en quienes a través de estímulos se crea la necesidad de obtener el producto o servicio. Para esto, las piezas publicitarias deben ser muy creativas y contener imágenes grandes y a color, con el fin de captar la atención y la asimilación del mensaje.

En cuanto a las ventajas para la empresa generadas por conocer al consumidor, este autor expone que:

Tendrá enorme ventaja sobre sus competidores, aquella empresa que realmente sepa cómo reaccionará el consumidor ante las características del producto, su precio, los mensajes publicitarios y demás métodos mercadológicos de la relación existente entre los estímulos de mercadotecnia y la respuesta del consumidor. El

punto de arranque es el modelo de la conducta del consumidor. En ella se advierten los estímulos de la mercadotecnia y de otra índole que penetran en la “caja negra” del comprador y que suscitan ciertas reacciones.

Sin embargo, no hay que olvidar que el consumidor también se encuentra influenciado por situaciones sociales, culturales, económicas, psicológicas, que intervienen en la decisión del consumidor (Mercado, 2008).

La Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución No. 23304 de 2008, se pronuncia sobre la racionalidad del consumidor, pues advierte que este no compra exclusivamente motivado por las opiniones y alabanzas que el anunciante hace, sino que tiene en cuenta la información objetiva para tomar una decisión ecuatoria. Es decir, así la publicidad se enfoque solo en un contenido subjetivo haciendo exageraciones de sus productos, el consumidor es un ser racional.

Otros autores, entre ellos Kelly (1987), incluyen la confianza como un ingrediente generado por la publicidad. Dice este autor que es la confianza que el consumidor tiene en el empresario con su actividad industrial, su tecnología y la publicidad, lo que lo lleva a consumir.

Por otro lado, no es desleal que los empresarios quieran seducir y persuadir sus clientes, pues, como se señaló anteriormente, la publicidad forma parte del derecho a la libre competencia. El problema se presenta cuando en el afán por conquistar un cliente, sobresalir en el mercado y posicionarse de tal manera que el empresario se mantenga vigente en el mercado, hacen mal uso de la publicidad.

Ese mal uso consiste en cargar con información falsa o confusa los mensajes escritos, auditivos o visuales, que llevan a persuadir al consumidor al acto de compra. En este sentido ocurren dos situaciones: la violación al derecho de la competencia debida a la competencia desleal y, por otro lado, la violación de derechos del consumidor.

Los artículos 10 y 11 de la Ley 256 de 2006, nombra como actos de competencia desleal, la confusión y el engaño. Es bien sabido que la publicidad puede ser usada para estos fines, dado que el sujeto que la emplea es un competidor que concurre en el mercado y busca que su producto se mantenga y circule. Para ello aprovecha el poder y la fuerza de convencimiento de la publicidad, y utiliza el medio de comunicación idóneo para transmitir su mensaje.

Las prácticas de publicidad desleal, Velásquez (2013) las clasifica en: difamatoria y denigratoria, por engaño, por presuntas liquidaciones o rebajas de precio, o cuando es subliminal o por cláusula general (p. 308).

La publicidad engañosa es definida por Jaeckel (2013) como aquel mensaje que difunde un anunciante para dar a conocer una marca, un producto o generar una decisión de compra, y que por la forma como sea difundido, es susceptible de generar en el consumidor racional al que se destina, una imagen distorsionada de la realidad del producto, del servicio o de la marca que se anuncia.

A partir de esta definición surgen dos cuestionamientos: ¿A un consumidor no muy racional qué consecuencias psicológicas se le presentarían?, y ¿la respuesta ante esta persuasión sería contraria, es decir, abstenerse de comprar el producto?

No obstante la importancia de estos interrogantes, solo se dejarán planteados, pues requieren de un análisis en concordancia con otras disciplinas. Su estudio es relevante por cuanto se deben conocer las consecuencias que puede generar la publicidad engañosa tanto en un consumidor racional como en uno no racional.

Para retomar lo que establece la Constitución Nacional de Colombia, su artículo 333, que regula el derecho a la libre competencia, también plasma la limitante del derecho, pues señala que la competencia se debe ejercer con responsabilidad. En consecuencia, si la publicidad engañosa viola una norma que protege la libre competencia o las normas de los consumidores, el empresario será sancionado con medidas administrativas como las pecuniarias, sin contar que si además causa un daño deberá resarcirlo, y bien puede ser a un solo competidor o a una colectividad.

El tema de la responsabilidad por publicidad engañosa ha trascendido de tal manera en nuestra legislación, que se estipuló también para los medios de comunicación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ley le endilga responsabilidad al medio que haya actuado con dolo o culpa. Henao (2013) considera que dado que los medios de comunicación perciben una ganancia económica gracias a la publicidad, son acreedores de responsabilidad solo si existe dolo o culpa.

Con esto se cierra al presente capítulo y se abre el camino para estructurar la responsabilidad que genera la publicidad engañosa y las maneras de resarcir el daño. El objetivo es seguir protegiendo al consumidor como la parte débil de la relación de consumo, que con base en la justicia, el principio de igualdad y la necesidad de generar equilibrio, permitan un mercado más fuerte, estable y justo.

CAPÍTULO III

**De la configuración
de la responsabilidad civil
derivada de la publicidad
engañosa**

Introducción, alcance y tipo de responsabilidad

Este capítulo contiene un análisis de la responsabilidad civil atribuible al empresario que mediante engaños publicitarios sobre sus productos pretende atraer al consumidor para la adquisición de los mismos. Debido a que la doctrina ofrece extensos trabajos sobre la responsabilidad civil, pero en forma general con respecto a su estructura, este estudio especializado se justifica en las particulares circunstancias y consecuencias jurídicas a causa del proceder engañoso del empresario en la comercialización de sus productos.

Resulta necesario advertir que este análisis de la responsabilidad civil sobre la publicidad engañosa, a la que se llamará “responsabilidad especial”, hace exclusiva referencia a aquella presentada en la relación entre el empresario, profesional, productor, fabricante, distribuidor o anunciante, de un lado, y la del consumidor y del mercado, de otro. No se tratará, pues, la responsabilidad que pueda atribuirse por información o publicidad errónea y desleal entre empresarios, materia particular que si bien se estudia en el mismo marco del derecho de la competencia (Velandia, 2008), tiene unas particularidades cuyo estudio aquí no es objeto de análisis. Adicionalmente, no será propósito de estas líneas realizar mayores exposiciones acerca de los conceptos clásicos de responsabilidad civil, más allá de aquellos que de manera introductoria y tangencial se muestren para contextualizar lo expuesto sobre la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa.

Considerando lo expuesto, el planteamiento indispensable para cercar el curso de este análisis se asienta en determinar si la responsabilidad civil que surge de la publicidad engañosa es de tipo contractual o extracontractual. No se pretende, y se evita cualquier argumentación al respecto, ingresar a la prolongada discusión sobre el “unitarismo” de la responsabilidad, aquella que defiende la intrascendencia de distinguir la contractual de la extracontractual, aduciendo que tanto una como la otra implican incumplimientos o vulneraciones de deberes jurídicos y por lo mismo deberían tener igual estructura (Santos, 1996).

Ciertamente, ambas formas de responsabilidad –contractual y extracontractual– consisten en la violación de los derechos del otro a partir de comportamientos

que el derecho considera reprochables y que se despliegan sobrepasando el marco de libertad y de lo permitido, o de aquello que está expresamente prohibido por el ordenamiento.

Lo anterior es relevante cuando se trata de analizar el proceder de un comerciante de bienes o servicios, pues en el medio se encuentran los destinatarios de los mismos, cuyos intereses están protegidos por la ley, la cual a su vez impone límites al empresario. De cualquier modo, aunque la distinción sobre la responsabilidad contractual o aquiliana es de honda naturaleza, lo cierto es que su aspecto común, aquel que las dos pretenden juzgar por el incumplimiento de deberes relacionados con intereses jurídicamente protegidos, permite que la publicidad engañosa generadora de responsabilidad se pueda analizar en fases hipotéticas asociadas al consumidor o al mercado, en escenarios en los que existe o no la adquisición del producto, cuya promoción estuvo basada en el engaño.

En efecto, en las relaciones de consumo donde media una publicidad engañosa, se observan, entre otros, dos momentos concretos: antes y después de la adquisición del producto. Es decir, el instante en que el potencial comprador sin saberlo se enfrenta al engaño –primer escenario–, y otro momento cuando sucumbe a él –segundo escenario–. Aunque en los dos momentos el engaño existe, es razonable pensar que solo se materializa el daño cuando el consumidor –con su decisión manipulada– adquiere el servicio o producto. Antes de exteriorizar su voluntad –eso sí, alterada por la malicia del empresario–, puede considerarse que, a primera vista, no hay afectación patrimonial concretada; sin embargo, se puede demostrar que sí existe un daño, por lo menos en abstracto y frente al mercado, con plenas posibilidades indemnizatorias.

Precisamente, identificar esos escenarios de un “antes” y un “después” de la adquisición del bien o servicio, cuya publicidad es falaz, permite sentar esta hipótesis: no toda publicidad engañosa resulta efectiva, bien porque en el tránsito de la oferta y la demanda no todos los bienes o servicios que el empresario ofrece a los consumidores –con o sin engaños– son adquiridos por estos, o bien porque al ser detectados antes de su adquisición les genera reticencia de compra o repulsión por el fraude mismo.

Si bien no siempre es efectivo el artificio publicitario, ello no quiere decir que solamente existe engaño cuando se adquiere el respectivo producto o servicio, pues es evidente que el ardid persiste; es decir, la publicidad engañosa de todas formas es puesta por el empresario como carnada comercial y con ello se afecta

el mercado, tal como se anotó. Las consecuencias de este daño al mercado se abordarán en el capítulo siguiente.

Siguiendo con la diferenciación entre los tipos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, es útil traer los argumentos dados por la Corte Suprema de Justicia colombiana que expone aspectos ya mencionados. Expresó esta Corporación en Sentencia del 01 de noviembre de 2011, expediente 11001-3103-018-2002-00292-01, lo siguiente:

5.2. De otro lado se hace necesario puntualizar, que la ‘responsabilidad’ proveniente de la ‘publicidad engañosa’, sobre los bienes o servicios cuya comercialización se pretenda, debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad comercial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo.

5.3. Sobre el particular resulta pertinente mencionar:

a) En la etapa de los ‘tratos preliminares’ la controversia se ubica en el ámbito de la ‘responsabilidad civil precontractual’ o ‘extracontractual’ dado que para ese instante no existe, o falta la celebración del ‘convenio o acuerdo’ entre los sujetos con interés o a favor de quien se hace la ‘propaganda’ y quienes como ‘consumidores’ resultan incentivados con la misma para la adquisición de lo ofrecido; b) si se ha celebrado el negocio jurídico genera ‘acción contractual’ y además los efectos de la pluricitada ‘conducta ilegal’, podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por ‘error o dolo’, en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del Estatuto Mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al ‘consumidor’, la impugnación de la validez del ‘contrato’, de conformidad con el inciso final del precepto 1741, en armonía con el 1743, y en su caso, el último aparte de la citada norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables.

Entonces, es correcto identificar la clase de responsabilidad de acuerdo con el momento en que la publicidad engañosa trascienda, o incluso si esta permanece –aparentemente– estática, y dañe intereses colectivos reflejados en el mercado.

Así las cosas, existirá responsabilidad de orden *contractual* cuando el engaño se produce “después” de la adquisición del producto, afectando la validez del contrato celebrado, comúnmente el de compraventa. Por su lado, será *extracontractual* –o precontractual, que es igual– cuando el engaño publicitario sobre el

producto o servicio se materializa “antes” de ser adquirido por el consumidor³ y ante la validez del contrato respecto del consumidor adquirente. Igual forma de responsabilidad –*extracontractual*– se predica sobre la publicidad engañosa que afecta de manera general el mercado, así como aquella generada en el consumidor no adquirente pero destinatario final del producto que no celebró ningún contrato con el comerciante. Siendo de tipo *extracontractual*, sus distinciones se observarán en los sujetos afectados y sus singulares modos resarcitorios.

Lo particular de esta distinción entre las responsabilidades –*contractual* o *extracontractual*–, para los efectos propios de analizar las generadas por publicidad engañosa –y *aquí se toma mano de la argumentación según la cual es innecesario darles un tratamiento diverso porque, al fin y al cabo, se refieren a la vulneración de deberes jurídicos*–, es que tiene la posibilidad de realizarse bajo una misma estructura, en la medida en que sus componentes permiten organizar los aspectos sustanciales de un juicio de responsabilidad y su verificación indemnizatoria.

Elementos de configuración de la responsabilidad

En la responsabilidad directa o por el hecho propio –denominada así para distinguir que se trata de aquella en la que se juzga de forma directa la participación del agente generador del daño–, de acuerdo con el profesor colombiano Tamayo (1999), “no puede perderse de vista que en el fondo toda la responsabilidad contractual y *extracontractual* es, en estricta lógica, una responsabilidad directa, ya que en última instancia es la conducta del agente la que se reprocha, pues la ley supone que es el comportamiento del demandado la causa de que las personas o las cosas que están bajo su cuidado hayan causado el daño a un tercero”.

En la estructura de elementos de este tipo de responsabilidad directa, denominada *estructura clásica*, se hallan la *culpa*, el *nexo causal* y el *daño*, bajo el típico régimen subjetivo o de culpa. Este tipo de juicio de responsabilidad ha resistido grandes discusiones acerca de su validez en nuestra era moderna, en la que los regímenes de responsabilidad objetiva han tratado de sustituir la culpa como elemento estructurador (Velásquez, 2009).

En efecto, en el llamado “estado actual de la responsabilidad civil”, en palabras del doctrinante argentino López (2009), “ya no es posible discutir, al ser un

3. Es por ello que se explorará la posibilidad válida de indemnizar daños surgidos de manera concreta e individual a un consumidor que no adquirió el bien o servicio publicitado de forma engañosa.

dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido operando –para bien o para mal– en el derecho de daños, al influjo de los constantes progresos científicos y tecnológicos, y del incremento de los riesgos, que han sido su efecto no deseado”. Aunque insiste que de todas formas “dicha objetivación se ha producido, al menos hasta el momento presente, sin un apartamiento total del principio básico de la culpa que, en nuestro concepto, sigue siendo fundamento y requisito de la responsabilidad civil”.

Se considera, entonces, que aquel régimen objetivo, llamado también régimen de “responsabilidad sin culpa”⁴ (Velásquez, 2009), corresponde en términos prácticos a una forma de responsabilidad en la que “solo se desvirtúa probando una causa extraña” (Tamayo, 1999), como en el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, o en regímenes especiales que la ley de forma expresa solo permita exoneración ante la verificación de una circunstancia externa, como ocurre, precisamente, en la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa.

En consecuencia, para estructurar la responsabilidad que nos ocupa, se hace necesario agrupar sus elementos que aunque no se hallan de forma expresa en el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) para la *publicidad engañosa*, el artículo 21 referente a la responsabilidad por productos defectuosos, establece que “el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”. Esta estructura si bien no se presenta de forma exacta en el Título VI Capítulo Único “De la publicidad”, es perfectamente equiparable al concepto de Caycedo (2013), quien señala que “(...) similar situación [refiriéndose a la responsabilidad por productos defectuosos] se encuentra en relación con la responsabilidad por los daños que cause la publicidad engañosa –artículos 30 y 32 de la Ley 1480 de 2011– que se radica en cabeza del anunciante”.

Por lo anterior, en este apartado se presentan los elementos estructurales propios de la responsabilidad civil derivada de la publicidad falaz. Adicionalmente, como ilustración determinante de la propuesta que se expone a continuación sobre la estructura de los elementos de responsabilidad para su configuración, se recurre de nuevo a las planteadas por el doctrinante Caycedo (2013), quien inicia su exposición con este interrogante: “¿En la protección legal al consumidor en Colombia mantienen vigentes los esquemas tradicionales de la responsabilidad?”; y seguidamente, manifiesta que “(...) el esquema de la responsabilidad

4. Término que, a la par con el de “presunción de responsabilidad” o de “presunción de culpa”, es utilizado para referirse al régimen de responsabilidad objetiva.

civil en el derecho de protección al consumidor en Colombia responde a un criterio constitucional y a un desarrollo legal que tienden a un esquema de responsabilidad sin culpa y ajeno a la relatividad contractual”.

Para responder el interrogante, este autor parte del fundamento constitucional sobre el cual descansa la ley de protección al consumidor, contenido en el artículo 78 de la Constitución Política:

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.

Dicho esto, es irrefutable que la responsabilidad predicable de la publicidad engañosa tiene una fuente directa en la Constitución, pues esta determina que “serán responsables” –refiriéndose a los empresarios comerciantes– por “la información que debe suministrarse al público en su comercialización”, ya que de acuerdo con la ley (Ley 1480 de 2011, para la época de este estudio), estos pueden incidir en el desmedro de los derechos e intereses de los consumidores y el mercado.

Para argumentar aún más lo anterior, en el Informe Ponencia sobre “Derechos Colectivos” de la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional No. 46, 1991), Caycedo (2013) recomienda “incluir expresamente los derechos de los consumidores y usuarios en dicha categoría jurídica, de ello se sigue que la responsabilidad por su desconocimiento y la consiguiente indemnización se sujetará a los principios propios de la responsabilidad objetiva”.

De esta manera se demuestra la intención de la Asamblea Constituyente de crear la norma constitucional citada (Artículo 78), que da sustento a la línea de argumentación precedente, en el sentido de considerar la responsabilidad objetiva (o sin culpa) como el régimen propio de la publicidad engañosa causante de daños, y concluye, tal como se expresó atrás, que es una “responsabilidad

especial”. Esta conclusión se apoya en las sentencias que consolidan una verdadera “doctrina constitucional”:⁵

Esta “responsabilidad especial” sobre publicidad engañosa reside en la conocida “responsabilidad objetiva o sin culpa” y se afianza con lo expresado por la Corte Constitucional en las siguientes sentencias citadas por Caycedo (2013):

La Sentencia No. 107 del 4 de diciembre de 1986 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la constitucionalidad del artículo 29^o del Decreto Ley 3466 de 1982 –anterior Estatuto del Consumidor–, expresó lo siguiente:

- 5 Sobre el concepto de “doctrina constitucional” puede observarse lo expresado por la Corte Constitucional en la SU-640 de 1998, de donde se extrae el siguiente contenido:
(...) La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como que ésta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido.
(...) En este caso, la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico (...).
Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional -por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución-, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos.
(...) Las exigencias de supremacía e integridad de la Constitución, por lo demás presupuestos de su valor normativo superior, sólo se satisfacen si se concede a la interpretación que la Corte hace de sus preceptos el sentido de significado genuino y auténtico de su contenido y alcance (Subrayado fuera del texto original).

6. Este artículo tenía el siguiente tenor:
Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías. En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13o. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.
La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3o. del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36o. La sentencia mediante la cual se decida la actuación sólo podrá

Estima la Corte que, si bien la redacción del artículo 29 adolece de notorias deficiencias, no contraría artículo ninguno de la Carta; establece un caso más de responsabilidad objetiva, ya acogida en nuestro Código Civil y ampliada por la Corte en celebradas sentencias sobre responsabilidad en el caso de actividades y objetos peligrosos de los cuales el demandado deriva un beneficio, pero a costa de un riesgo para el demandante y muchas veces para toda la comunidad, aunque es consciente de que la ‘teoría del riesgo’ pertenece al campo de la responsabilidad extracontractual, mientras que el tema aquí analizado corresponde a la responsabilidad contractual.

En Sentencia C-1141 de 2000, la Corte Constitucional sobre los artículos 29 y 11 del Decreto Ley 3466 de 1982, expresó:

La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan (...) De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. El artículo 78 de la C.P., complementa el repertorio de mecanismos de defensa del consumidor y usuario, de manera diáfana (...).

Respecto del artículo 26 del Decreto Ley 3466 de 1982, la Sentencia C-973 de 2002, de la Corte Constitucional, expresa que “(...) el constituyente previó un régimen especial de responsabilidad para la protección del consumidor, que no deriva de la culpa” (Caycedo, 2013). Tal decisión predica que:

(...) esa obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios proviene directamente de la Constitución y, por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia al régimen que les es aplicable.

ser favorable al expendedor o proveedor si éste demuestra que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por intermedio de un tercero.

En la parte resolutive de la providencia que decida la actuación se ordenará al productor, según lo haya solicitado el reclamante, hacer efectiva la garantía o garantías no satisfechas, reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, o cambiar el bien por otro de la misma especie, en un plazo razonable a juicio de quien emita la providencia; así mismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados. En la misma providencia se indicará que se causa una multa, en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de expedición de aquella, por cada día de retardo en su cumplimiento.

Cabe señalar que la Constitución no precisó los hechos a cargo de productores y comercializadores de los cuales se deriva su responsabilidad y por ello, debe entenderse que los mismos son todos aquellos que corren por su cuenta y riesgo y sobre los cuales, en virtud de su actividad profesional deben tener control.

Para cerrar, este autor expresa que aquella “doctrina Constitucional también delimitó los ámbitos de la responsabilidad en el derecho de protección al consumidor, señalando que corresponden a: ‘2) La responsabilidad por los daños que causen por información inadecuada o insuficiente y por publicidad engañosa’”, factores que “(...) se proyectan además en los campos de los daños individuales, que dan lugar a pretensiones individuales de contenido patrimonial y al daño o amenaza a intereses y derechos colectivos”. Con este planteamiento, el autor insiste que, en efecto, frente a estas relaciones de consumo existe un régimen especial de responsabilidad, eso sí, de carácter excepcional.

Lo anterior abre el camino para analizar cada elemento estructural tanto de la responsabilidad civil “especial” como de la “objetiva”, derivadas de la publicidad engañosa. Debido a que los elementos que se extraen para este tipo de responsabilidad son análogos al tema de productos defectuosos, nada obsta, como en efecto aquí se hará, para variar las denominaciones de cada elemento, lo cual aporta mayor ilustración y precisión, sin cambiar su esencia teórica y normativa.

Hallazgo objetivo del engaño a manera de hecho dañoso

Así como en el régimen de responsabilidad subjetiva la culpa requiere una serie de análisis de comportamiento que se fundamentan en el mandato normativo contenido en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, la publicidad engañosa tiene una particular y muy especial forma de configuración. Esta norma establece que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”. En el régimen de responsabilidad por culpa, esta desempeña un rol determinante para su judicialización.

Pero, como ya se mencionó, debido a que la responsabilidad civil por publicidad engañosa en la relación con el consumidor no depende de la prueba de un proceder culposo del empresario anunciante, ese elemento de la culpa se puede sustituir por una circunstancia objeto de comparación entre el anuncio publicitario y las condiciones verdaderas del producto. En efecto, como la responsabilidad por el engaño publicitario de un bien o servicio es objetiva, es decir, ausente de culpa, y especial porque emana de forma directa de una ley particular, no obliga más que a efectuar un ejercicio de confrontación entre las

características de lo publicitado y la esencia y los componentes verdaderos del producto en cuestión.

Esta comparación permite cuatro posibles conclusiones, que corresponden a sendas hipótesis intuitivas, a saber: i) que el producto tiene idénticas condiciones que las anunciadas; ii) que, en cambio, es sustancialmente distinto a lo publicitado, tanto que pareciera otro producto; iii) que si bien cumple ciertas condiciones tal como fueron ofrecidas, sus características reales tienen algunas diferencias con las anunciadas; y iv) que las variaciones entre la publicidad y el producto real, aunque existen, no son sustancial ni trascendentalmente relevantes (Velandia, 2008).

Como es obvio, la primera hipótesis debe descartarse de este estudio porque en ella simplemente no hay engaño, lo que se traduce, por ende, en la ausencia de responsabilidad civil, por lo menos por publicidad engañosa. Mientras que, por su parte, las tres posibilidades restantes⁷ sí merecen un análisis particular, tal como se hace en este capítulo, cuyo estudio se inicia con la revisión normativa que rige la materia.

Por un lado, se recalca la norma constitucional contenida en el artículo 78 de la Carta ya transcrita, al expresar que “(...) la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”. Por otro lado, que “(...) 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”.

Esta disposición mayor se suma a la contenida en el artículo 333 de la Constitución al expresar que “(...) la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”, y que por tanto, “(...) el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (...)”.

7. Todas comprendidas bajo el concepto de *publicidad engañosa*, pero con la denominación particular que puede adecuarse a los conceptos expuestos por el profesor Velandia sobre “información engañosa”, para la hipótesis número dos, y de “información insuficiente”, para las hipótesis tres y cuatro.

Por su parte, y coherente con el basamento constitucional en cuanto a la publicidad engañosa como acto restrictivo de la competencia, la Ley 155 de 1959,⁸ el Decreto 2153 de 1992⁹ y la Ley 256 de 1996,¹⁰ establecen todo un esquema de vigilancia administrativa para evitar que este comportamiento afecte el mercado.

Ahora, considerando la prohibición de publicidad engañosa como medida de protección al consumidor, el Decreto Ley 3466 de 1982 fijó diversas normas con ese propósito, las cuales se encuentran vigentes en la actualidad:

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, las leyendas y la propaganda. En todo caso que se compruebe, de oficio o a petición de parte, que las marcas, la leyendas y

8. Artículo 11. Se considera que constituyen actos de competencia desleal, los determinados como tales, en las convenciones y tratados internacionales, y especialmente los siguientes: (...) 6o. Las falsas indicaciones de origen y de calidad de los productos, y la mención de falsos honores, premios o condecoraciones (...).
9. Artículo 48. Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor (...).
10. Artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 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 inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

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.

(...) 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.

Así mismo, la Ley 1480 de 2011, del nuevo Estatuto del Consumidor, instituyó mayores mecanismos de protección al consumidor ante publicidad engañosa. Las normas que tienen relación con esta materia y de las cuales se puede extraer que *la ley no ha fijado ningún tipo de umbrales sobre la magnitud o trascendencia del engaño respecto del producto o servicio, sino que por el contrario su propósito proteccionista es muy amplio*, comprenden los siguientes temas:

- Sobre principios generales para la interpretación de la protección al consumidor:

Artículo 1. Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

- 1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.*
- 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas (...).*

- Derechos de los consumidores y deberes correlativos de los empresarios:

Artículo 3. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

- 1. Derechos:*

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

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa (...).

- Definición del alcance de la denominación de “publicidad” y “publicidad engañosa”:

“Artículo 5. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...)

12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

13. Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión (...).

- Sobre la información, el contenido y su responsabilidad:

Artículo 23. Información mínima y responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano (...).

Artículo 24. Contenido de la información. La información mínima comprenderá:

1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información:

1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio;

1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley;

1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.

1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.

2. Información que debe suministrar el proveedor:

2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;

2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley.

En el caso de los subnumerales 1.1, 1.2 y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado.

Parágrafo. El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.

– Régimen especial de responsabilidad objetiva sobre publicidad engañosa:

Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.

Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

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

Artículo 32. Causales de exoneración de responsabilidad. El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.

Queda comprobado que la estructura normativa sobre el engaño publicitario en productos al consumidor no solo es fuerte sino absolutamente coherente con las bases constitucionales de la cual surgen. Esta regulación, además, es sensiblemente proteccionista de los intereses del consumidor, al punto de permitir la consideración conclusiva que indica que los escenarios o hipótesis de publicidad engañosa planteados atrás, concretados en sus modalidades de *información engañosa e información insuficiente* (Velandia, 2008), no admiten matiz o morigeración alguna, por el contrario, alienta y funda la siguiente afirmación: cualquier engaño, por pequeño que este sea, sobre las condiciones del producto o servicio, deben considerarse engaño en sí mismo y, por tanto, un hecho dañoso. Hallado ese engaño, y probados los elementos que se estudiarán,

la responsabilidad del empresario anunciante es plena, ya que es causante de un daño antijurídico, bien al consumidor directo, bien al mercado.

Es por eso que este autor, en su análisis económico fundante de las normas de protección al consumidor contra la publicidad engañosa, plantea tres conclusiones: la primera se refiere a que son fundamentos necesarios, pues en el enfrentamiento entre la oferta y la demanda, como primera razón económica, “al momento de encontrarse” el empresario y el consumidor, aquel “quiere cobrar lo más” mientras este “quiere pagar lo menos. Es decir, la empresa y el consumidor tienen intereses diferentes”. Desde la vista asimétrica de la información, expresa, como segunda conclusión, que “(...) en una economía existen algunos que cuentan con mayor información y otros con menor información. Las empresas tienen mayor información que los consumidores”. Finalmente, como conclusión integradora, manifiesta que “(...) la confianza del consumidor en su mercado es un asunto que le interesa al Estado”. Todo ello, en su sentir, es la explicación práctica y económica a la tendencia proteccionista del consumidor.

Es cierto, entonces, que en la estructura de la normatividad no hay espacios para interpretaciones que morigeren el alto umbral de protección al consumidor en materia de publicidad engañosa. No existe, por consiguiente, excepciones —*distintas a las taxativas causales de exoneraciones de responsabilidad*— que permitan matizar el principio de amparo a los intereses de la parte débil de la relación de consumo, cuyo rol lo encarna el consumidor. En esa defensa del consumidor que obliga la ley sin excepción alguna, la utilización de publicidad engañosa en su contra se hace más reprochable e indeseable, por lo mismo que exacerba su consecuente castigo, al punto que no deja margen de ambigüedad sobre las posibles formas de engaño.

Insistiendo en lo anterior, fundados en los argumentos y normas expuestas, en modo alguno la publicidad engañosa se hace menos engañosa y reprochable por criterios de morigeración sobre la magnitud del engaño, es decir, si este fue pequeño e insustancial. No. Según el régimen de protección al consumidor en la forma dada por el legislador, soportada en la Constitución, “el engaño es engaño” y por ello es que, en palabras del profesor Velandia (2008), “bajo la acción de publicidad engañosa lo que se castiga es eso: la publicidad engañosa”, y tiene como propósito “castigar la mera presentación que crea el riesgo de error, contrate o no contrate el mercado con ella”.

En otros términos, se recalca si las mentiras del anunciante sobre las condiciones del producto o servicio en su precio, tamaño, cantidad, características

especiales, bondades, debilidades, eficiencias, garantías, productividad, etc., sean pequeñas o grandes mentiras, siempre serán mentiras, o lo que es lo mismo, aquellos engaños sobre pequeñas condiciones del producto, sean más o menos insustanciales, serán entonces “pequeños engaños”, pero de todas formas engaños, por demás intolerables.

Para sustentar aún más lo expuesto, se presentan a continuación dos casos reales sobre lo que podría considerarse “pequeños engaños” respecto a las condiciones del producto, que de cualquier modo significaron una publicidad engañosa y fueron juzgados recientemente por las respectivas autoridades judiciales y de vigilancia.

Antecedente No. 1 (judicial)

Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2010, expediente No. 25000-23-24-000-2002-00598-01, C.P. Ma. Claudia Rojas Lasso, que resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la Sociedad Carulla Vivero S.A. contra las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que le impusieron sendas sanciones por una “pequeña” alteración en precios de productos ofrecidos en su cadena de supermercados. Se trató de la alteración sofisticada en los precios de tres productos denominados Zum Naranja, Jabón Barra Coco y Crema Lavaplatos La Guerrera Limón. En cada uno de ellos se ofrecía una supuesta promoción en su cantidad al acompañarse de otro producto igual, aparentemente gratis o con un descuento.

El Consejo de Estado transcribió la comparación de precios que hizo la Superintendencia para cada producto ofrecido por aquel supermercado en condiciones “promocionales”, de la cual concluyó lo siguiente:

En el caso del producto “Zum Naranja. Del análisis de la información recogida se obtuvo lo siguiente: Unidad Zum Naranja Kilo \$5.150 / Promoción Zum Naranja, ahorre 10% \$5.300 / Zum Kilo, gratis 330 gr. \$5.890. De acuerdo con lo anterior se tiene: Valor sin incentivo \$5.150 / Valor con incentivo \$5.300 (-\$5.890) / Mayor valor del incentivo \$150 / \$740. La información suministrada al consumidor en el momento de la venta no es veraz, por cuanto hay un ofrecimiento de un producto gratis, el cual en la realidad tiene un costo de \$150 y, el otro de \$740 hecho que resulta evidente de la comparación de las etiquetas que anuncian el precio de la unidad y el precio de la promoción; el consumidor puede adquirir el producto por unidad en góndola a un precio de \$5.150, y las dos promociones ofrecidas contienen el mismo producto con un beneficio anunciado de producto de ahorro y gratis, lo que implica que el producto adicional no debe tener valor alguno, situación que no ocurre en la realidad, puesto que la promoción tiene un

precio de \$5.300 y de \$5.890, el producto individual de \$5.150, cuya diferencia de precios arroja los valores de \$150 y \$740 para el producto adicional lo que desvirtúa la condición de gratis.

La Superintendencia realizó la misma comparación entre los supuestos incentivos en los precios de los productos Jabón Barra Coco y Crema Lavaplatos La Guerrera Limón, la cual dio como resultado que en uno y otro caso tal incentivo o no existía, es decir, el producto que decía ser “gratis” en realidad no lo era, o al agregar una mayor cantidad del mismo (promoción de %) su confrontación con el precio unitario y ordinario reflejaba un mayor valor.

La particularidad de este antecedente es que en los tres productos comparados existió un engaño sobre una suma de dinero poco significativa, pues según el empresario sancionado se trataba simplemente de un “minúsculo error”, por lo que alegó la “injusticia” de la sanción impuesta, expresando que “tratándose del desconocimiento de las normas de protección al consumidor ‘no cada minúsculo error debe originar la ira del aparato del Estado’, puesto que debe tenerse en cuenta la gestión de la demandante en lo concerniente a la fijación de precios y no imponer sanciones con sustento en muestras que no resultan representativas ni aleatorias.

Así, esta Corporación decidió que la diferencia de esas sumas de dinero (aunque pequeñas) en los precios de aquellos productos, siendo una publicidad engañosa, porque lo fue, justificaría un reproche estatal por violación al régimen ya mencionado, sin importar, además, que la misma fuera una muestra no representativa de las ganancias o transacciones de aquel comerciante.

Argumentó el Consejo de Estado:

Ahora bien, sobre la responsabilidad que cabe a los expendedores en los términos de los artículos 14, 16, 31 y 32 del Decreto 3466 de 1982, vale la pena traer a colación lo expuesto en sentencia de 19 de noviembre de 2009 (M.P. María Claudia Rojas Lasso), en cuanto a que no sólo los productores son responsables por la información que se brinda sobre los bienes y servicios ofrecidos al público, toda vez que los expendedores deben responder por la propaganda comercial que adelanten sobre los bienes ofrecidos en sus establecimientos.

En esta ocasión, la Sala sostuvo:

Para la Sala, de las normas transcritas (sic) se desprende claramente que no solamente el productor puede ser sancionado por incurrir en las conductas allí descritas, sino también el distribuidor o expendedor, máxime cuando por propaganda comercial

se entiende "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", anuncio que no solamente puede provenir del productor sino, como ocurrió en el asunto que se examina, del expendedor.

La actora es responsable por la información allí consignada, en la medida en que fue en su establecimiento de comercio donde se exhibió el producto y por ende, donde se indujo al público en error.¹¹

A partir de lo anterior, la Sala encuentra que hay lugar a la sanción si se comprueba, de oficio o a petición de parte, que se ha suministrado información que no corresponde a la realidad o induce a error al consumidor acerca de los componentes, características y propiedades de los bienes y servicios ofrecidos.

Por tanto, no es menester que, con miras a imponer la sanción a la que hace referencia el artículo 32 del Decreto 3466 de 1982, la Superintendencia pruebe que la información errónea proporcionó ganancias adicionales representativas a la empresa que incurrió en dicha conducta, puesto que tal exigencia no responde al tenor literal de la norma ni a su finalidad, cual es proteger los derechos del consumidor.

Este caso muestra cómo el “engaño publicitario pequeño” es, aun así, un verdadero engaño, objeto de reproche, sanción y responsabilidad.

Antecedente No. 2 (administrativo)

Resolución No. 93967 del 31 de diciembre de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual impone sanción consistente en multa por el valor equivalente a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para aquel momento, a la sociedad Alpina Productos Alimenticios S.A., propietaria y productora de la marca Regeneris, que inicialmente se anunciaba por su fabricante como “yogurt”, al pasar a ser “alimento lácteo fermentado”, esta transición no fue informada verazmente por el empresario a los consumidores, excusando tal omisión en el hecho de que Regeneris correspondía a una familia de productos cobijados bajo la misma marca, que además ambos productos tenían bondades y que por lo mismo, entre otras razones, no resultaba necesario informar a los consumidores sobre el cambio de sus ingredientes.

Sin relatar todas las evidencias probatorias y alegaciones en este caso, más allá de referir que como aspecto particular dicho producto se identificaba con la

11 Expediente N° 2002-523. Actor: Grandes Superficies de Colombia S.A.

letra “G” (incluida como ilustración relevante del nombre Regeneris), y que en la transición del contenido de “yogurt” a “bebida láctea fermentada”, la marca sufrió alteraciones visuales que desviaban la atención del consumidor y a la par se expresaba de manera confusa: “Regeneris renovó su imagen... ¡Conócela!”. Esa circunstancia particular, entre otras, motivó a la Superintendencia a considerar que existió *información insuficiente*, que de todas formas producía error en la clientela que observaría tal situación como una variación meramente estética, sin percatarse de la verdadera modificación al producto. En efecto, esta entidad no castigó que se dijera que el producto consistía en “yogurt”, sin serlo, cosa que no ocurrió, sino que cambiara su composición y no informara a los consumidores.

Por tal razón, al encontrar este ente de vigilancia que existió una violación a lo contemplado en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011, impuso la sanción referida, argumentando lo siguiente:

Ahora bien, conforme los criterios señalados en el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 (...) se procederá a graduar la sanción a imponer, teniendo en cuenta que la publicidad fue anunciada por diferentes medios de amplia circulación y aceptación dentro del público receptor a nivel nacional, entre los medios utilizados: vallas rotativas, vallas y eucoles, brandeo en puntos de venta, web site, material impreso en puntos de venta y pautas en radio y televisión a nivel nacional y que la misma fue publicada de forma reiterativa a través de diferentes medios y horarios, durante más de dos años consecutivos (...) logrando un amplio despliegue de información entre un número muy alto de consumidores.

Toda vez que el daño causado a los consumidores, difiere del cierto y resarcible, y más bien obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede afectar a un universo de consumidores –daño contingente–, se tendrá en cuenta para la imposición de la sanción que, además del expreso reconocimiento de haber emitido un comercial con información no veraz, se comercializaron ochenta millones cuatrocientos un mil cuatrocientos veinte (80.401.420) unidades del producto alimento lácteo Regeneris de Alpina. De igual forma, se tendrá en cuenta que la sociedad investigada, valiéndose de un producto que estaba posicionado y de la memoria de reconocimiento de la bebida identificado (sic) con la “G” en el mercado, tal como lo era el yogurt Regeneris cuya finalidad es ayudar a mejorar el tránsito intestinal de los consumidores, omitió de manera abiertamente deliberada, informar conforme lo exige la ley, la verdadera naturaleza de un producto.

Resulta evidente para esta Dirección que Alpina S.A., con conducta basada en una omisión de informar de manera veraz y suficiente y de emplear la publicidad brindando condiciones objetivas certeras, creó un provecho basado en la confianza

que del producto original tenía el consumidor, que según lo manifestado por la misma investigada gira alrededor de \$116 mil millones de pesos, por venta del producto alimento lácteo Regeneris desde el momento del lanzamiento.

Por otra parte, revisado el sistema de trámites de esta entidad, se observa que a la fecha de expedición de la presente Resolución, la sociedad investigada ha sido sancionada administrativamente por la misma conducta estudiada en el presente proceso –por información y publicidad engañosa– por lo que se evidencia reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.

De igual manera, como agravante de la sanción a imponer, encuentra esta Dirección que no se evidenció en el curso de la investigación, disposición de la investigada de buscar una solución adecuada para informar de manera acertada al universo de consumidores la real naturaleza del producto Regeneris, aclarando que lo que habían anunciado no correspondía a la realidad.¹²

En aquella sanción se observa la aplicación de las normas que de forma general prohíben la utilización de publicidad engañosa, incluso en su modalidad de *información insuficiente* por omisión, tal como se ha expuesto con anterioridad, es decir, sobre la base de que aquella estructura normativa no tiene matices ni términos medios o genera ambigüedades, sino todo lo contrario, la base legal mostrada obliga un análisis y juzgamiento implacable sobre el comportamiento defraudador del empresario que falsea la confianza del consumidor y del mercado. Esa resolución en los términos transcritos, muestra que no hay “engaño publicitario pequeño” que no alcance la entidad de engaño por sí mismo, ni siquiera en su modo de información insuficiente, y en cambio esa misma publicidad engañosa –aunque aparentemente “pequeña”– es suficiente para ser objeto de reproche, y aún más, para estructurar un hallazgo dañoso a los intereses del consumidor y del mercado en general.

Se concluye lo anterior, no sin antes advertir que, aunque para los efectos mencionados, la resolución cumple la estructura de argumentación que aquí se ha defendido, es cierto que la misma decisión merece un análisis crítico en cuanto a las afirmaciones acerca de que el daño causado a los consumidores difiere del cierto y resarcible, y que por el contrario corresponde a la posibilidad o potencialidad de afectar un número indeterminado y no identificado de consumidores –daño contingente–, pues como se verá en el capítulo siguiente, sí es factible

12. Hasta la fecha de elaboración de este escrito (2014), la Superintendencia aún no ha hecho pública alguna confirmación, modificación o revocación de esta Resolución en virtud de algún recurso o demanda judicial en su contra.

hallar certeza del daño y observarlo como uno verdaderamente concretado –y no simplemente contingente–, además por completo indemnizable.

Así las cosas, si el régimen sobre publicidad engañosa genera una responsabilidad especial de naturaleza objetiva, resultan innecesarias las confrontaciones propias de la culpa, por lo tanto se debe relevar el hecho engañoso materializado en la publicidad del empresario sobre el producto. Ese engaño se comprobará con una comparación objetiva entre el producto real y el presentado veladamente por el comerciante. Es por ello que este ejercicio, a manera de demostración y estructuración del hecho dañoso como uno de los elementos de la responsabilidad por publicidad engañosa, corresponde al *hallazgo objetivo del engaño*.

Atribución objetiva del engaño al productor o al anunciante

Establecido el engaño publicitario, debido a la confrontación objetiva del producto real con el amañado, la configuración de la responsabilidad requiere confirmar a quién se le atribuye la publicidad falaz y, además, quién percibió las utilidades del engaño. Para ello es necesario definir los actores de la cadena de consumo, quienes hasta el momento se han denominado empresario o comerciante y ahora anunciante.

El ejercicio de atribución de responsabilidad estará, pues, enfocado en determinar quién es el “anunciante” de la publicidad falaz del producto. El artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 explica lo anterior de la siguiente manera:

Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

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

Partiendo de esa imposición legal, este análisis de atribución se hace sencillo, en principio, debido a que en el hallazgo de la publicidad engañosa determinar quién la utilizó viene implícito, por lo tanto, siempre existirá la identificación de aquel (comerciante) que ha usado esa promoción falaz.

Ahora, como esta norma irradia la responsabilidad de manera solidaria al medio o canal de comunicación de dicha promoción engañosa del producto o servicio, la Sentencia C-592 de 2012 de la Corte Constitucional, al respecto determinó la

exequibilidad de aquella disposición legal, cuya constitucionalidad fue atacada por la supuesta vulneración al derecho de la libertad de expresión, información y de prensa y de la prohibición de la censura. Esta responsabilidad solidaria se conservó, y las razones para ello se transcriben a continuación:

(...) 4.2. *La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro.*¹³

Para la Sala, la publicidad y la propaganda comercial no gozan del mismo grado de protección constitucional que la libertad de expresión y los contenidos que a ésta le son propios, toda vez que la libertad de expresión cuenta con un lugar prevalente en nuestro sistema democrático, siendo una garantía para la vigencia de una opinión pública libre y adecuadamente informada; la opinión pública libre es presupuesto estructural del Estado de derecho, de la democracia participativa y del pluralismo; la libertad de expresión en su esencia es mecanismo para controlar el ejercicio del poder y hacer posible la deliberación ciudadana sobre asuntos de interés general (...).

La publicidad comercial como discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información

7.2. La Corte Constitucional¹⁴ ha explicado que la publicidad comercial como ejercicio de la libertad económica tiene un carácter autorrestringido que afecta el grado de intensidad y la metodología del examen de constitucionalidad al cual son sometidas las medidas legislativas a través de las cuales se regula su ejercicio.

En la mencionada providencia la Corte recordó que la publicidad comercial es una modalidad de discurso que no tiene por objeto alentar la participación y deliberación democráticas, ‘...sino simplemente facilitar las transacciones económicas, razón por la cual el (sic) es válido que el legislador imponga restricciones, incluso intensas, a la publicidad comercial, siempre y cuando no involucren la violación

13. Acerca de esta materia pueden ser consultadas las Sentencias C-445 de 1995, C-176 de 1996 y C-010 de 2000.

14. Cfr. Sentencia C-830 de 2010, fundamento jurídico No. 12 “la publicidad y la libertad de empresa”.

directa de derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente de mercado que hace uso del mensaje publicitario'.¹⁵

(...)

7.4. En el presente caso, la medida legislativa adoptada es razonable si se tiene en cuenta que los productores y expendedores cuentan con mayor y mejor información sobre el producto y el servicio que ofertan, al paso que el consumidor tiene acceso limitado a la información que necesita para tomar la decisión respectiva. La disposición protege al consumidor frente a la publicidad engañosa, definida por el artículo 5º-13 de la Ley 1480 de 2009 como 'aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión'.

7.5. Contrario a lo expresado por el actor **el segmento demandado no desconoce el artículo 20 superior sobre proscripción de la censura**, por cuanto no obliga a los medios de comunicación a enviar a las autoridades los documentos contentivos de la publicidad que será difundida para que aquellas determinen si autorizan o no la divulgación. El texto impugnado establece responsabilidad solidaria entre los medios de comunicación y el anunciante cuando a través de comportamientos dolosos o gravemente culposos causen daño o perjuicios al consumidor. En esta medida, considera la Sala que el cargo basado en la censura previa sobre el contenido de la publicidad, carece de fundamento.

(...)

Régimen de responsabilidad en la norma sub examine

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

Como lo manifestó el Procurador General de la Nación en su concepto, el dolo o la culpa grave no pueden servir de instrumento para que el medio de comunicación y el anunciante logren sus propósitos económicos a expensas de los derechos del consumidor, más aún cuando el Estado tiene el deber constitucional de intervenir en esta relación comercial para garantizar los derechos de la comunidad (C. Po. Art. 78).

15. Sentencia C-830 de 2010.

7.11. Recuerda la Sala que según el artículo 63 del código civil **la culpa grave** es la negligencia grave consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, mientras el dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro¹⁶. Al tenor de la norma demandada una u otro deberán ser demostrados antes de declarar solidariamente responsables al anunciante y al medio de comunicación (Negrilla del texto original).

Con estos argumentos la Corte Constitucional determinó la responsabilidad del anunciante, que puede ser el mismo productor o distribuidor, como también, si fuere el caso, de los medios o canales de comunicación a través de los cuales se promocionen productos o servicios falaces.

No obstante, en la repartición de responsabilidades, dada la solidaridad legal –no objetiva–, advierte la Corte que entre aquellos será perfectamente posible la repetición de unos a otros. Obsérvese lo expuesto por esta Corporación al término de su argumentación:

Finalmente, considera la Corporación que después de establecida la responsabilidad solidaria prescrita en la norma que se examina, tanto el anunciante como el medio de comunicación podrán ejercer las acciones encaminadas a reclamar del otro el pago o la devolución de las sumas de dinero respecto de las cuales fue declarada inicialmente la responsabilidad solidaria, pero cuya causa haya tenido origen en la actividad dolosa o gravemente culposa de una de las partes.

Con todo lo dicho, tomando los argumentos de la Corte en cuanto a la atribución de responsabilidad, se puede expresar que estos afianzan dos aspectos que aquí se han venido proponiendo y justificando: i) la responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa es objetiva; y ii) todas las normas que la regulan, severas por demás, se justifican en la medida en que pretenden *la protección al consumidor*, propósito loable de la Ley 1480 de 2011, inspirada en expresos mandatos constitucionales.

Ahora, tras conocer quién o quiénes son los responsables de la indemnización respecto del consumidor de aquel producto o servicio cuya publicidad se ha hallado engañosa, se continúa con el análisis del último elemento estructural correspondiente al daño que esa falacia puede causar.

16. Cft., entre otras, la Sentencia C-455 de 2002.

Determinación del daño como consecuencia del engaño

Uno de los objetivos más importantes de este análisis es buscar la erradicación de la concepción según la cual todo daño se observa solamente en el adquirente directo del producto ofrecido por engaño –es decir, la responsabilidad de tipo contractual–, lo demás que concierne a la afectación del mercado se diluye de forma abstracta, y frente a ese supuesto fenómeno la única alternativa es la sanción administrativa como medio punitivo. En síntesis, mediante la responsabilidad civil especial es posible observar la magnitud del daño.

Por consiguiente, en la verificación del daño se analiza su origen dado que es un efecto del engaño, por lo que en el doctrinal y jurisprudencialmente denominado “nexo causal” se estudia el primer paso del daño, es decir, el impacto inmediato del consumidor afectado con el engaño.

A continuación se describe la potencialidad de un daño que derive en un perjuicio a título individual o de forma colectiva, y para ello se plantean escenarios hipotéticos.

Perjuicio individual

Para comprender este perjuicio se esbozan escenarios de publicidad engañosa, en los cuales se identifica e individualiza un consumidor o potencial consumidor, y se tienen en cuenta variaciones con respecto al hecho de si el consumidor final existe o no y si ha adquirido o no el producto o servicio en el que se halla el engaño, considerando circunstancias generales que permitirían aplicar una u otra forma teórica de resolución frente a casos planteados, pero que ni la doctrina ni la jurisprudencia han tratado en esquema similar como el propuesto.

Hipótesis No. 1. Si el consumidor adquiere el producto por razón del engaño

Si se configura una transacción entre el consumidor y el comerciante, existe ya una relación de orden contractual, pues aquel ha adquirido el producto o servicio a través de un negocio jurídico que implique transmisión del dominio o la adquisición o aprehensión de bienes o servicios.

La naturaleza del conflicto, si se trata desde luego de un producto cuya publicidad es engañosa, corresponde a una responsabilidad de orden *contractual* en la que el consentimiento del consumidor, en razón del engaño sobre las condiciones del producto o servicio, se encontraría viciado por el dolo del comerciante. En este sentido, el doctrinante Villalba (2014) señala que “(...) efectivamente, un

acto de publicidad engañosa con base en el cual un consumidor es inducido a la celebración de un contrato encuadra perfectamente como constitutivo de dolo”.

Este mismo autor funda lo expresado citando para ello la Sentencia del 10 de noviembre de 2011 de la Corte Suprema de Justicia contenida en el expediente No. 11001-3103-018-2002-00292-0170, cuando al respecto este alto tribunal expuso lo siguiente:

(...)

b) si se ha celebrado el negocio jurídico genera ‘acción contractual’ y además los efectos de la pluricitada ‘conducta ilegal’, pondrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por ‘error o dolo’, en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del Estatuto Mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al ‘consumidor’, la impugnación de la validez del ‘contrato’, de conformidad con el inciso final del precepto 1741, en armonía con el 1743 ibídem, y en su caso, el último aparte de la citada norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables.

Hay, entonces, un vicio en el consentimiento del consumidor al momento de adquirir el producto o servicio y sobre este mismo, movido por el dolo del comerciante, tiene como consecuencia jurídica, naturalmente contractual, la invalidez del respectivo negocio jurídico.

Lo anterior es una circunstancia apenas elemental y que no admite más confrontación distinta a la simple configuración del aspecto fáctico. Sin embargo, lo importante para el estudio del daño es determinar cuál es la forma indemnizatoria para proyectar el perjuicio indemnizable, para lo cual se plantean dos posibilidades de resarcimiento, excluyentes entre sí pero alternativas, según el deseo del consumidor:

- i) Que este consumidor exija al comerciante (y al anunciador) el cumplimiento del contrato y con ello el suministro del producto o servicio en las condiciones anunciadas, de ser posible, más el pago de perjuicios de todo tipo que se le hayan causado.¹⁷
- ii) Si el bien definitivamente no puede cumplir las condiciones ofrecidas –*fatalmente*– por el vendedor y el anunciante, el consumidor puede solicitar la

17. Incluyendo el perjuicio de tipo moral, como se verá más adelante.

nulidad del respectivo contrato, lo que traería como consecuencia la natural restitución mutua de las prestaciones, representada para el consumidor en la devolución del precio pagado, eso sí, debidamente indexado. Además de ello, el consumidor consecuentemente podrá solicitar el pago de los perjuicios particularmente generados por la insatisfacción del producto, si ello ha acontecido, incluyendo, como se dijo, la reparación por el sufrido perjuicio moral.

Hipótesis No. 2. Si el consumidor final no es quien adquirió el producto objeto de publicidad engañosa

Como es usual y posible, el consumidor final del producto o servicio comercializado de manera falaz, puede no ser quien lo adquirió de manos del proveedor, por ejemplo cuando el adquirente lo traslada como un regalo a otra persona que lo usará. Es evidente que este consumidor del producto no tiene ninguna relación de orden contractual con el proveedor.

Sin embargo, en el plano puramente extracontractual, la responsabilidad del proveedor existe y el daño que la publicidad engañosa de su producto o servicio que no corresponde a las condiciones ofrecidas, es plenamente indemnizable. La forma indemnizatoria correspondería al reemplazo o sustitución del producto en condiciones que satisfagan en su totalidad las ofrecidas, más los perjuicios de naturaleza moral que pudieren ocasionar.

Lo anterior se justifica en el plano extracontractual en el que se ejercería la reclamación del consumidor final contra el proveedor y el anunciante, en el cual la posibilidad sustancial y procesal para la petición de perjuicios es abierta y flexible a todo aquello que pueda ser comprobable por el demandante.

Hipótesis No. 3. Si el usuario (potencial consumidor) no adquiere el producto porque se percata del engaño

Este es el escenario en el cual el potencial consumidor¹⁸ no adquiere el producto porque se entera a tiempo del engaño del proveedor o del anunciante, pero aun así, por las circunstancias particulares presentadas, se produce daño porque se le impidió la satisfacción de una necesidad de consumo, bien respecto del producto mismo sobre el cual tenía unas expectativas de adquisición o bien porque esa publicidad le desvió de adquirir el mismo producto a otro proveedor en mejores condiciones.

18. “Usuario” en los términos del artículo 5 numeral 3 de la Ley 1480 de 2011, y por ende “consumidor” para todos los efectos de protección.

Sobre el sendero de la responsabilidad civil extracontractual, esta hipótesis se puede estructurar dentro del concepto que la doctrina de origen francés ha denominado la *pérdida de la oportunidad*, plenamente indemnizable incluso tratándose, como lo expone el profesor Henao (1998), de un “perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente”, la cual explica de la siguiente manera:

En estas hipótesis el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza. En estos casos el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino. La situación por calificar no existe, y el juez cuenta solamente con datos que son anteriores a la situación misma. El juez debe, por lo tanto, calificar primero los elementos que le permiten saber si la hipótesis se habría de presentar normalmente, justo en razón de que no va a expresarse nunca en la realidad. El juego de probabilidades se encuentra así en el orden del día y le permite al juez llegar a la certeza de una situación que debe construir a partir de las posibilidades de que se presente. El caso típico de esta situación lo constituye la pérdida de una oportunidad (...).

En esa línea, este autor cita a Sallet (1994) y continúa su explicación:

(...) al decir de la doctrinante Sallet, “es un instrumento para medir la certeza del perjuicio” que ‘será considerado (o no) como suficientemente consolidado para ser reparable, según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de la oportunidad’. En este caso el demandante afirma que por no haber tenido la posibilidad u oportunidad se le causó el perjuicio: “si yo hubiera tenido la oportunidad de hacer X, Y se habría presentado; pero como nunca fue así, Y nunca se presentó”. En estos casos (...) el juez no puede contar con la situación Y. La pérdida definitiva de la oportunidad se convierte así en causa del perjuicio.

Como justificación fáctica de esta posibilidad en la que existe una pérdida de la oportunidad, fundamentada en un supuesto de publicidad engañosa, se podría plantear la siguiente situación hipotética:

Dos tiendas de grandes superficies que se encuentran a los extremos de una gran ciudad, envían paralelamente un folleto publicitario promocionando la venta de un televisor de alta gama de idénticas características. Las dos publicidades son recibidas en el mismo momento por su destinatario, usuario de las mismas, quien reside en un lugar equidistante a los supermercados. La tienda 1 ofrece el televisor por valor de cinco millones de pesos, mientras que la tienda 2 por la suma de cuatro millones. El valor ordinario en el mercado de ese televisor es de siete millones. Tanto la tienda 1 como la 2 anuncian que la promoción se tendrá exclusivamente hasta las 12:00 p.m. de un único día. El usuario y

receptor de aquellas publicidades promocionales, comparando las condiciones entre ambas tiendas sobre aquel televisor, opta por dirigirse a la tienda 2, pues en principio resultaba más atractivo el precio. Al llegar se percata que, a diferencia de lo que aparecía en la publicidad, la suma de cuatro millones por el valor del televisor solamente se entregaría como disminución en el precio por la compra de otro televisor por su valor ordinario de 7 millones, circunstancia que no fue informada en la publicidad promocional. Ante el engaño, decide no adquirir el televisor en esta tienda y opta por dirigirse a la tienda 1, con la mala fortuna de llegar una hora tarde a la promoción.

El perjuicio aquí se traduce en la diferencia que el usuario debería pagar para adquirir el televisor, pues el engaño presentado por la tienda 2 le impidió en términos probables beneficiarse de un descuento en la tienda 1, a donde habría concurrido si la tienda 2 hubiera entregado información veraz sobre las condiciones del precio promocional, configurándose en sí mismo un perjuicio bajo la senda teórica de la pérdida de oportunidad.

Se tienen así tres supuestos fácticos o hipótesis en las cuales se perfilan distintos tipos de perjuicios individuales, cuyos modos indemnizatorios se analizarán en el capítulo 4.

Perjuicio colectivo

Tal como se mostró para el perjuicio individual, también el colectivo se plantea en hipótesis, que sirven para comprender cómo la publicidad engañosa genera múltiples daños, en la medida en que muchas personas plenamente identificadas sean afectadas (hipótesis 1), o el daño haya sido perpetrado a consumidores no identificados pero bajo la certeza de que sí los hay (hipótesis 2), o si no se adquiere el producto publicitado mediante engaño, pero se observa en abstracto como vulnerador de derechos colectivos difusos, representados en el concepto general de mercado (hipótesis 3).

Hipótesis No. 1. Si los consumidores son damnificados por un solo engaño y además están plenamente identificados

Tal como se vio en los perjuicios individuales, esta hipótesis se enfoca en el evento en el cual una sola publicidad engañosa genera múltiples daños, representados en un grupo determinado de consumidores del producto objeto de falacia. Su acción indemnizatoria se puede establecer bajo los preceptos de la Ley 472 de 1998, que en su artículo 46 sobre las acciones de grupo indica: “Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto

de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”.

Para segmentar aún más esta hipótesis, se incluye el hecho de que el grupo de compradores se encuentra plenamente identificado.

Para ilustrar lo anterior, imagínese un grupo de treinta viajeros que adquieren un plan turístico para navegar por el mar Caribe en un crucero, tal como lo anuncia el comerciante, pero antes de emprender el viaje se encuentran con la sorpresa de que no existe barco que los albergue a todos sino pequeñas e inseguras lanchas.

En este evento existen tantas relaciones jurídicas como viajeros, tantos contratos como consumidores. Con lo cual, en principio, podría pensarse que la acción para reclamar los perjuicios por aquel engaño sería individual por derivar de cada contrato celebrado. Sin embargo, desde la óptica del consumo, debido a que el engaño es uniforme respecto de todos los adquirentes, y de él se generan múltiples perjuicios plenamente identificados, entonces sí puede guiarse dicha reclamación de forma colectiva.

Hipótesis No. 2. Si el daño ha sido perpetrado a consumidores no identificados pero bajo la certeza de que sí los hay

Puede ser este el mayor de los eventos presentados en la publicidad engañosa, pero así mismo el más problemático desde el punto de vista práctico, pues la prueba de quiénes son los damnificados es de difícil consecución. Es muy común que se presenten en las ventas masivas de productos cotidianos o bienes de género, naturalmente fungibles y consumibles.

Es el caso del engaño presentado en la comercialización del producto “Regeneris” de Alpina Productos Alimenticios S.A., para citar un ejemplo ya visto, cuya sanción fue impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución No. 93967 del 31 de diciembre de 2013. En esa oportunidad estuvo claramente determinado¹⁹ el engaño, pues fueron muchos compradores quienes sufrieron los efectos dañinos del perjuicio colectivo, lo cual se sustenta en el reporte del mismo productor al aceptar que se habían vendido más de 80 millones de unidades en las condiciones publicitarias cuestionadas. La dificultad en este caso se encuentra en la determinación de la cantidad de consumidores de

19. Sin que hasta el momento se haya conocido algún tipo de revocación o anulación de esa decisión sancionatoria.

esas bebidas lácteas, pues la gran mayoría fue adquirida en grandes superficies o en diversos centros de expendio donde no se conoce un registro del comprador.

No obstante tal dificultad probatoria, nadie podría afirmar que conocidos los datos anteriores²⁰ no existe un daño derivado de esa publicidad engañosa, pues es apenas elemental considerar que todos los compradores o consumidores finales de aquel producto, que actuaron bajo engaño —con un mayor o menor grado de conciencia sobre las características del mismo, pero de todas formas desde una perspectiva objetiva—, fueron sujetos pasivos de una publicidad engañosa.

Es bien importante tener en cuenta que este evento también es tratado por la Ley 472 de 1998 en el artículo 46, el cual establece que para iniciar la acción indemnizatoria múltiple “(...) el grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas”, pero en la interpretación constitucional obligatoria dada por la Corte Constitucional en Sentencia C-116 de 2008, se infiere que sí es posible considerar una indemnización frente a personas indeterminadas, debido a que esta norma condiciona su exequibilidad “(...) en el entendido de que para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado”.

Al respecto, la Corte determinó que no es requisito para iniciar la acción de grupo que se entregue la identificación e individualización de las personas que conforman ese grupo, siendo suficiente ilustrar los aspectos que permitan confirmar que el grupo sí existe, como sería el caso del ejemplo citado, en el que la misma empresa manifestó haber vendido una cierta cantidad del producto cuya publicidad se reprocha.

En este evento se observa que la responsabilidad civil debe actuar y aplicar las medidas indemnizatorias y ejemplarizantes —que serán objeto de análisis en el capítulo 4— al comerciante que engaña en estas circunstancias. De todas formas, desde ya se plantea como hipótesis de presencia de un daño colectivo causado a personas indeterminadas, diferenciado de aquel evento en cual el mismo engaño se materializa sobre individuos plenamente identificados.

20. Hechos probados: i) que hay engaño en el producto; y ii) que el mismo ha sido adquirido por una gran cantidad de consumidores.

Todo lo anterior sin perjuicio de considerar que en esa hipótesis el engaño, por sí mismo, es atentatorio a los derechos e intereses colectivos en los términos del literal n del artículo 4 de la misma Ley 472 de 1998, representados en el concepto amplio de mercado, tal como se analiza a continuación.

Hipótesis No. 3. Existiendo o no damnificados directos, la publicidad engañosa vulnera los derechos e intereses colectivos representados en el mercado

Esta hipótesis es justamente el objetivo de la acción popular en Colombia, pues la Ley 472 de 1998 establece que se debe “(...) evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (Artículo 2). Pero además, “la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo (...) y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible” (Artículo 34).

Tal como lo explica el profesor Henao (1998), cuando el propósito de la ley es volver las cosas al estado anterior a la vulneración, “se trata de reparar daños efectivamente causados, pero que no recaen sobre un patrimonio individual que pueda arrogarse el derecho a la indemnización. Es aquí donde adquiere importancia la distinción entre daño y perjuicio, pues, se recuerda, no todo daño genera necesariamente un perjuicio individualizado, sin que se quiera significar con ello que sea inexistente y se deba dejar sin reparar”. El mismo autor, basado en los derechos e intereses colectivos, hoy contenidos en aquella ley, concluye: “Es claro que en cualquiera de dichos eventos se puede presentar un daño sin que indefectiblemente genere perjuicio individual, y por ello cualquier persona podrá pedir la reparación de aquel”.

Se trata, entonces, del concepto de daño colectivo sin damnificado individual, que se traduce en una vulneración a intereses de la sociedad –determinados por la Constitución y la ley, las mismas normas que han sido ya transcritas–.

Puede ser ejemplo de lo anterior, para efectos de lo que aquí se expone sobre la publicidad engañosa, el evento en el cual el producto es alterado en su publicidad, pero aún no ha sido sacado a la venta, como ocurre en las campañas de expectativa. En este caso puede establecerse que lo ofrecido es, quizá, ilegal,

falaz, impreciso, insuficiente, imposible, etc.,²¹ por lo que sí existe engaño pero no damnificado individual, lo que significa un daño colectivo al mercado en el que circulará dicho producto. La misma posición teórica puede encontrarse en el supuesto en el cual el producto ya entró al mercado pero aún no ha sido adquirido por algún consumidor.

No obstante, además de estos eventos, hay daño colectivo si un consumidor ha adquirido el producto bajo engaño del productor o anunciante, solo que la forma indemnizatoria cambia cuando se trata de un interés individual concretado en aquel consumidor engañado, y el mercado que representa el interés colectivo que también se ve afectado de manera objetiva con ese producto que se pone en circulación a partir de publicidad engañosa.

Obligación resarcitoria o de desagravio derivada de la publicidad engañosa

Como ya se anticipó, lo que permitirá demostrar cada una de las hipótesis de daño, confluidas como elemento estructural de la responsabilidad civil, es su respectiva forma indemnizatoria, tanto frente a intereses individuales como colectivos, abarcando, además, las diversas maneras de reparar o superar el agravio.

A partir de lo anterior, es posible expresar que la protección a los consumidores y al mercado mismo frente a la publicidad engañosa, es verdadera –no simple retórica o abstracta–. Quien engaña incurrirá necesariamente en responsabilidad civil, sin embargo, el tipo de imposición indemnizatoria puede variar, pues en determinados casos significará la erogación económica por el comerciante a favor del consumidor o consumidores vulnerados, y en otros, la obligación de hacer o no determinados actos como desagravio por el engaño.

Así las cosas, el comerciante que engaña con su publicidad sobre el producto que saca al mercado, no solamente tendrá las sanciones que imponen las autoridades policivo-administrativas, sino que será –*siempre*– objeto de judicialización por su responsabilidad civil, pues esta disciplina no se limita a la búsqueda de reparaciones pecuniarias para las víctimas, sino también al restablecimiento del equilibrio jurídico y social.

21. Sin dejar de lado la verificación del elemento para la configuración de responsabilidad que obliga hallar y probar el verdadero engaño.

Únicas posibilidades de exoneración de responsabilidad

Es cierto que la responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa es objetiva, pero lo es también –y *por lo mismo*– que la ley ha fijado unos únicos y taxativos eventos en los cuales el productor o anunciante puede exonerarse: i) la fuerza mayor; ii) el caso fortuito; y iii) la adulteración o suplantación inevitable e insuperable de la publicidad. Los anteriores factores son denominados por Velásquez (2009) como causa extraña, y por Giraldo, Caycedo y Madriñan (2012) como *hecho extraño*.

La Ley 1480 de 2011, nuevo Estatuto del Consumidor, en efecto, indicó que las únicas causas extrañas son las tres citadas. Eso expresa su artículo 32: “Causales de exoneración de responsabilidad. El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”.

Debido a que esta es una responsabilidad especial porque está expresamente regulada en la ley, las causales de exoneración deben interpretarse en sentido restringido, sin elucubraciones que lleven a generar más de las indicadas en el artículo 32 –ya citado–, pues de por medio se encuentra el principio que orienta este régimen de responsabilidad: proteger al consumidor. Por tanto, cuanto mayor sea la lista de causales de exoneración menor será el margen de protección al consumidor, lo cual puede desarticular la estructura que salvaguarda sus intereses.

De otro lado, bajo esa misma hermenéutica, también se debe tener presente que la invocación por parte del comerciante de alguna de las tres causales, requiere de forma inexorable que este las pruebe en el respectivo juicio de responsabilidad como demandado, pues en caso contrario no podrá exonerarse.

Como punto de relevancia, además de lo anterior, debe indicarse que debido a que la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa es de naturaleza objetiva, tal como ya se expuso, no podrá el comerciante o anunciador defenderse tratando de demostrar que actuó de forma diligente o sin culpa, pues el carácter objetivo de este tipo de responsabilidad descarta cualquier juicio de comportamiento por parte del demandado, por lo que el hallazgo objetivo del engaño sobre el producto resulta un elemento que estructura dicha responsabilidad. Concretamente, entonces, el comerciante puede o no actuar de forma diligente frente a la publicidad que se reprocha como engañosa, pero eso no

permitirá que configure una exoneración. De ahí que sea relevante conocer las causales fijadas por la ley.

Fuerza mayor y caso fortuito

No obstante su agrupación en esta sección, no se trata de fenómenos liberatorios idénticos, pues, por el contrario, apoyados en la tesis dualista que explica Velásquez (2009), y debido a que el citado artículo 32 del Estatuto del Consumidor las separa, se conciben como verdaderos eventos externos que exoneran la responsabilidad del comerciante.

En palabras de Barrera Tapias y Santos Ballesteros (citados por Velásquez, 2009), basados en el artículo 64 del Código Civil, la fuerza mayor es “un hecho ajeno al marco del comportamiento del ofensor cuyas consecuencias no pudo este resistir, ya sea porque le eran imprevisibles o porque siendo previsibles le eran absolutamente irresistibles”.

Por su parte, el caso fortuito, con rasgos similares a la fuerza mayor, puede considerarse como aquel evento no previsible que ocasiona el daño y que proviene de una alteración de la órbita y control del presumible responsable o del objeto a su cargo, pero cuya transformación adversa le es también irresistible.

Semejantes o no, aquellos conceptos, para su configuración exonerativa, deben pasar por una demostración de imprevisibilidad e irresistibilidad. La primera hace referencia a la posibilidad mental de anticiparse y prever la probabilidad de causar un daño, mientras que la segunda consiste en la imposibilidad física de superar el hecho.

En materia de publicidad engañosa, debido a que la responsabilidad es objetiva, los eventos en los cuales el comerciante pueda lograr una exoneración por fuerza mayor o por caso fortuito, son fácticamente remotos, pues en principio puede considerarse que el productor o anunciante siempre podrá prevenir y controlar que la publicidad con la que se promocionan sus productos sea veraz y exacta a las condiciones verdaderas del mismo.

Sin embargo, como la norma previó esas dos formas de exoneración, aun ante su dificultosa configuración en favor del comerciante, no puede desconocerse que es una legítima herramienta defensiva.

Publicidad adulterada o suplantada inevitable e insuperable

La ley prevé en esta causal que “la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”. De nuevo se encuentran aquí aspectos de imprevisibilidad e irresistibilidad, pero ahora frente a lo que la doctrina denomina “hecho exclusivo de un tercero” (Velásquez, 2009).

En este caso la usurpación del comerciante supone el acto de mala fe de otra persona distinta a él y al consumidor, quien por la razón que sea altera la publicidad que aquel anunciante ha puesto a la vista del mercado sin engaño alguno. Se trata comúnmente de actos de deslealtad sobre el comerciante, que la ley pretendió proteger, como ocurre en muchos eventos de responsabilidad especial.

Al respecto, este autor resume los requisitos para configurar la causal de exoneración, así: “1º) que el hecho del tercero sea la única causa del daño; 2º) que haya certeza de que el daño es imputable a un tercero, así no esté plenamente identificado; 3º) que no haya vínculo de dependencia con el presunto causante; 4º) que no haya sido provocado por el ofensor presunto, y 5º) que sea irresistible e imprevisible para el causante”.

Entonces, si el productor o anunciante pretende exonerar su responsabilidad atribuyendo a un tercero el engaño publicitario, además de demostrar lo anterior deberá probar si existió adulteración a su publicidad o lograron suplantarlo. En otros términos, debe mostrar que ha sido objeto de un sabotaje en el curso de la comercialización y publicidad de su producto.

CAPÍTULO IV
**Aproximación a las
formas de reparación
de los perjuicios generados
por la publicidad engañosa**

Introducción

Como se observó en el capítulo anterior, la publicidad engañosa genera daños de diversa índole que deben ser reparados en la medida y magnitud de las consecuencias temporales, espaciales y económicas en que se represente. Se deja de lado la corta concepción de que el engaño es más reprochable que dañino, pues una situación es el grado de reprobación social del comportamiento engañoso, lo que conduce a las sanciones administrativas, como se ha observado. Otra dimensión es que esa conducta reprochable deteriore o lesione intereses de terceros individualmente considerados o colectivos, identificados o no, respecto de los cuales debe imponerse una fórmula de desagravio y reparación, separada de las medidas de represión estatal.

Por consiguiente, si el daño es irrogado a una persona, deberá indemnizarse de manera individual; mientras que si el mismo recae en el mercado, su reparación habrá de ser impuesta en la forma en que se logren restablecer las condiciones económicas. Esto quiere decir que una publicidad engañosa debe examinarse en su plena dimensión dañina, pues, como se analizó, el engaño es causante de diversos perjuicios individuales en las relaciones contractuales y extracontractuales. Sin embargo, ese mismo engaño también se materializa en un destinatario no físico ni concreto, que es el mercado, o múltiple pero no identificado aunque cierto, al que también se puede predicar una reparación, pese a no estar compuesto por sujetos determinados, pero que pueden determinarse de forma abstracta.

Lo anterior no pretende sugerir que las formas de reparación sean idénticas para un individuo consumidor que para el concepto amplio del mercado. Lo que se quiere mostrar es cómo, en uno y otro caso, el engaño siempre merecerá la imposición de una obligación indemnizatoria, reparadora, de restablecimiento o de desagravio, en función de desagraviar a quienes resultaran perjudicados, incluso si estos se diluyen en el concepto de mercado. De ahí que solo observando cada forma de reparación, bien al individuo o al colectivo, se podrá constatar que esta premisa encuentra sentido.

Desde esta perspectiva, la promoción engañosa de un producto genera diversas afectaciones, según las hipótesis y los escenarios que se han planteado, y conduce a la identificación de la forma más adecuada de reparación. Por ejemplo, si un producto ofrecido de manera falaz por el comerciante es adquirido por un número determinado y plenamente identificado de personas, es fácil reconocer los destinatarios de la respectiva reparación. Igual sucede si quien sucumbió al engaño es una sola persona. En cambio, si tal producto engañoso fue adquirido por una cantidad indeterminada de personas, diluidas en las tradicionales formas de comercialización masiva, como es usual, cuya hipótesis motiva en gran medida estas líneas, la reparación se hace compleja, pero no por ello innecesaria e imposible de concretar.

Con el propósito de demostrar lo anterior, es fundamental hacer un primer filtro respecto del carácter personal del daño, o, en palabras de Henao (1998), sobre “la forma como operan los títulos jurídicos que permiten la legitimación por activa del demandante (...)”, títulos que “(...) pueden esgrimirse para que se pueda iniciar una acción de responsabilidad civil”.

Precisamente, este mismo autor analiza el carácter personal del daño, es decir, si la indemnización que pide es para sí o para otro. Si es para sí mismo, la determinación de la forma de reparación es más sencilla, tal como se ha anticipado y se desarrollará; en tanto que si es para otro, este se refiere a la búsqueda de “un resarcimiento que no es propio sino colectivo”, que para el caso estudiado corresponde al mercado.

Como se ha visto, la publicidad engañosa es una afrenta al mercado, independiente de si hay o no afectados directos, por ejemplo cuando el producto objeto de engaño aún no ha sido adquirido por ningún consumidor. En tal sentido, aquel agravio engañoso al mercado se traduce en daño colectivo, cuya reparación no se subsume o comprende en las sanciones de orden administrativa que imponga el Estado.

En este momento es necesario precisar la distinción entre los conceptos de “daño” y “perjuicio”, cuya importancia resalta Henao (1998), quien aduce que “dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar”.

Es posible expresar, entonces, que el daño es, en una brevísima definición, la lesión antijurídica a un derecho personal, cierto y actual que impide su disfrute

y su goce o que lo limita injustificadamente, respecto del cual el ordenamiento ha fijado una tutela, guarda o protección. Por su parte, el perjuicio, dicho de forma concreta, es la consecuencia jurídica y económica que deviene de la agresión o el daño al derecho que se ostentaba y que se ve segado o limitado.

Ahora, siendo el perjuicio *—diferente al daño pues deriva de él—* el efecto económico o jurídico adverso del damnificado, es precisamente eso lo que se procura que sea reconocido por el causante del mismo dentro de la acción correspondiente, sea esta de naturaleza individual o colectiva.

Ciertamente, son conceptos que separados permiten comprender lo que en este análisis se presenta: que el daño a los intereses individuales y colectivos a causa de la publicidad engañosa, pueden identificarse con o sin consecuencia económica directa o concreta, pero que el mismo conlleva un perjuicio indemnizable, sea de forma dineraria o no.

Es por ello que en este capítulo se abordarán las formas de reparación, a partir de las hipótesis planteadas en el anterior, con respecto a las diversas tipologías de daños cuando se trate de intereses lesionados individuales o de tipo colectivo. Se advierte que frente a los daños colectivos no siempre es posible observar la totalidad de las tipologías.

Tipos de perjuicios generados por la publicidad engañosa

Perjuicios pecuniarios

Los perjuicios pecuniarios —materiales, dinerarios o económicos— son aquellos que tienen un componente de naturaleza monetaria que afectan intereses patrimoniales directos. En palabras del profesor Henao (1998), “los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero”. Este autor también advierte que en nuestro ordenamiento esa definición abarca la subclasificación de daños materiales establecidos en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, separándolos en daño emergente y lucro cesante.

Daño emergente y lucro cesante

El daño emergente se define como la erogación, desembolso o débito económico realizado por la víctima del daño con ocasión del mismo, que puede o no haber-

se pagado pero que de todas maneras afecta de forma negativa su patrimonio, y se proyecta en el presente o en el futuro. El daño emergente, entonces, en definición de López (2009):

Es el que se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se incurre con ocasión del daño. Son los gastos ocasionados, o que se vayan a ocasionar como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado -o un tercero- tiene o tuvo que asumir. Son gastos efectivamente producidos (...) y conectados causalmente con el hecho dañoso (...). Es una pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir un empobrecimiento del patrimonio del afectado.

Por su parte, el lucro cesante tiene una noción distinta que se refiere a la utilidad o ganancia que no ingresa al patrimonio por razón del daño causado. Retomando las palabras de este autor, el “lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. El lucro cesante es la ganancia de que fue privado el damnificado”.

Proyectando estos conceptos a la publicidad engañosa, a continuación se presentan unas formas indemnizatorias propias de la clase de daño causado.

Daño emergente: devolución de lo pagado por el producto o servicio con retorno del mismo o el restablecimiento de las condiciones ofrecidas

En aquellas hipótesis en las que el producto o servicio ha sido promocionado por el comerciante a partir de falacias, y el consumidor engañado ha realizado una erogación económica para su adquisición, la primera forma resarcitoria consiste en restablecer el patrimonio de aquel consumidor en orden a devolver el costo del producto o servicio en mención.

Esa devolución de lo pagado supone un equilibrio económico, pero también obliga, para que haya una justa simetría, al consumidor a retornar el producto o servicio adquirido al comerciante, a costa de este, desde luego si el mismo es susceptible de devolución por su condición no consumible o perecedera, o se trate de un servicio recibido.

Lo anterior encuentra respaldo en la definición que trae el artículo 1614 del Código Civil, que establece como daño emergente “(...) el perjuicio o la pérdi-

da que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento (...)."

Por tanto, si el desembolso realizado por el consumidor para adquirir el producto o servicio es resultado de un engaño en su publicidad, el retorno de su valor debidamente indexado en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998,²² es la manera de indemnizar más propia y directa –in natura–, procurando restablecer las cosas al estado anterior al engaño.

Es cierto que esta forma de indemnización aplica de manera exacta para la hipótesis número 1 del capítulo anterior, cuando "el consumidor adquiere el producto por razón del engaño", pues se observó que la responsabilidad derivada de este supuesto es de orden contractual. Tal circunstancia varía frente a las hipótesis números 2 y 3 de perjuicio individual, en las cuales "el consumidor final no es quien adquirió el producto objeto de publicidad engañosa" o "el usuario (potencial consumidor) no adquiere el producto porque se peca del engaño".

Para la segunda hipótesis, en la que el consumidor final no tiene vínculo contractual con el comerciante, aun tratándose de una responsabilidad civil de orden extracontractual, la indemnización en este perjuicio puede efectuarse por vía de reemplazo del bien recibido en su patrimonio. En otros términos, cuando el consumidor final ingresa a su patrimonio el producto que no corresponde a la veracidad publicitada por el comerciante, merece que este le restablezca las condiciones ofrecidas, de tal modo que no afecte más su haber patrimonial.

En cuanto a los bienes consumibles o de servicios de utilización inmediata o mediata, en los cuales el engaño puede percibirse al momento de su consumo o utilización, es decir, con el producto desgastado o desaparecido o el servicio ya recibido parcial o totalmente, resulta apenas obvio que el consumidor final y el consumidor adquirente no tienen la posibilidad de retorno del respectivo producto o servicio, en tal caso el comerciante deberá asumir íntegramente el reemplazo del bien o servicio en las condiciones ofrecidas sin esperar para sí un equilibrio.

En lo que respecta a la hipótesis número 3, el consumidor –potencial– no adquiere el producto, por lo tanto su daño emergente se traduce en los gastos

22. Ley 446 de 1998: "Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

incurridos en su intención de adquirirlo, por ejemplo los costos de transporte para dirigirse hasta las instalaciones del comerciante. Lo anterior se define como una expectativa frustrada plenamente indemnizable, la cual se estudia en la tipología de perjuicio de lucro cesante.

Por último, debe anotarse que es posible hallar un daño emergente de carácter futuro, esto es, en el evento en el cual el consumidor desembolsará recursos económicos para poner o convertir el producto o servicio en las condiciones ofrecidas con engaños por el comerciante. Claramente, cuando las circunstancias fácticas lo permitan, el comerciante tiene la posibilidad de indemnizar al consumidor completando las condiciones ofrecidas y entregando el producto o servicio de forma que desagravie por usar el engaño.

Lucro cesante: expectativas legítimas del producto o servicio

Debido a que el concepto de lucro cesante puede definirse, en palabras de Isaza (2009), como “aquel valor que no ingresó o que no ingresará al patrimonio de la víctima”, o consumidor para el caso en estudio, supone ello que a este se le ha impedido una ganancia legítima. Siendo ello así, no puede perderse de vista que la definición de *consumidor* supone la calidad de adquirente o usuario doméstico y no comerciante, por lo que si el producto o servicio es adquirido (hipótesis No. 1) o recibido para incluirlo en una cadena de producción comercial (hipótesis No. 2), de inmediato cambia la relación respecto del comerciante productor o proveedor del producto o servicio.

La anterior conclusión se extrae de la definición de consumidor que contiene la norma de protección al mismo. Indica el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, del nuevo Estatuto del Consumidor, que es consumidor o usuario “toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”. Esta definición descarta, entonces, que el consumidor o usuario desarrolle una actividad económica y que por razón de la misma adquiera el respectivo producto o servicio.

Por consiguiente, se excluye la posibilidad indemnizatoria de lucro cesante en las hipótesis de daño números 1 y 2, cuando el producto o servicio es adquirido o recibido para el desarrollo de una actividad comercial. Sin embargo, en la hipótesis número 3, en la cual el “usuario (potencial consumidor) no adquiere

el producto porque se percata del engaño”, el daño se halla en la pérdida de la oportunidad, es decir, esa circunstancia, que no implica un desembolso que tipifique propiamente un daño emergente, sí debe ser analizada como un verdadero lucro cesante.

Para comprender mejor lo anterior, es necesario que la denominación de *ingreso*, utilizada por Isaza (2009), se moldee en los términos del artículo 1614 del Código Civil, que al referirse al *lucro cesante* señala que además de tratarse de una ganancia, es el “provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

En este sentido, el concepto de *provecho* puede traducirse en la utilización misma del producto o servicio que pretendía adquirirse —como el caso de la hipótesis número 3—.

Velásquez (2009) recoge lo expuesto al afirmar lo siguiente:

Tampoco es correcto limitar el concepto de lucro cesante al simple ‘dejar de percibir una suma de dinero’, puesto que el concepto es más amplio y comprende otros beneficios que no son puramente económicos, como por ejemplo, cuando un automóvil particular es destruido en un accidente, su propietario puede pretender que se le reconozca el lucro cesante causado aunque este no se concrete en la pérdida de un ingreso monetario.

Por tanto, la pérdida de la oportunidad de adquirir otro bien o servicio que se plantea en la hipótesis número 3, se consolida en el concepto de *beneficio* o *provecho* no percibido en razón del engaño efectuado por el comerciante, pero sobre la base de que el consumidor potencial no ha adquirido el producto o servicio cuya publicidad es engañosa, y por lo mismo no tiene una acción de orden contractual, lo que obliga a reforzar su fundamento indemnizatorio en los términos señalados.

Si bien es cierto que en los supuestos comentados en las hipótesis números 1 y 2, los consumidores —adquirente y final— pierden un *beneficio* o *provecho* porque el producto o servicio recibido no cumple las expectativas a causa del engaño, y por tal circunstancia, en principio, podrían considerarse destinatarios de un lucro cesante, también lo es que la indemnización por el camino del daño emergente futuro es suficiente para reparar el perjuicio sufrido, pues reconocer además de ello un lucro cesante de beneficio o provecho significaría solapar las tipologías de daño e indemnizar dos veces un mismo perjuicio.

¿Perjuicios no pecuniarios –daño moral–?

Como se trata de lograr una aproximación a las formas de reparación del daño derivado de la publicidad engañosa, no puede perderse de vista el aspecto emocional del consumidor, quien al descubrir que ha sido engañado siente cierto grado de molestia, incomodidad y hasta frustración, que lo lleva a autoinfligirse reproches.

Si bien el daño proveniente de sufrir embaucos por publicidad engañosa no genera una gran afectación emocional, en ocasiones es más significativa la molestia por haber sido timado que la pérdida económica por la compra del producto engañoso; de ahí que esa alteración en la tranquilidad del consumidor merece ser desagraviada.

Por tanto, en la tendencia lenta de la jurisprudencia colombiana a la que alude Navia (2000), existe un reconocimiento del daño moral por afectaciones económicas o bienes de la víctima, el cual se da en la medida en que haya un valor de afección. Expresa este autor que “(...) en Colombia (...) nada se opone a que se ordene la indemnización del daño moral proveniente del estropicio a cosas animadas o inanimadas, que tengan valor de afección para su dueño, pues el respaldo implícito se encuentra en los artículos 483 y 729 del Código Civil y en varias decisiones de la Corte que la han admitido”.

El supuesto mencionado es, entonces, un genuino interrogante que apunta a plantear²³ que el daño moral indemnizable no solamente encuentra cabida en un gran nivel de afección frente al bien dañado de la víctima, sino también cuando sus emociones, más o menos extremas, se encuentran alteradas producto de la frustración por sentirse timado.

Es claro que por tratarse de un agravio emocional menor, se podría afirmar que no puede indemnizarse. Pero, por el contrario, si se demuestra²⁴ que el consumidor vivió alguna molestia o frustración por ser engañado con el producto o servicio, esa sola circunstancia permitirá otorgar una indemnización pecuniaria en términos de razonabilidad, pues tampoco se propone que exista un enriquecimiento desproporcionado en favor del consumidor.

Se reconoce, eso sí, que no ha sido tradición jurisprudencial colombiana admitir esta tipología de perjuicios por considerar que para ello, como lo señala Velásquez

23. Sin adentrarse en su resolución plena.

24. O se infiere por el juez a partir de las reglas de la experiencia.

(2009), “(...) el daño moral debe tener cierta entidad y no se causa por cualquier perturbación de menor importancia”, para lo cual cita la Sentencia del 13 de abril de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, en palabras de este autor, “rechazó la reparación del alegado perjuicio moral en el caso de una persona que sufrió, como todos los colombianos, el racionamiento energético durante el gobierno del presidente Gaviria”, caso en que el demandante reclamaba la reparación de su daño moral que “le causaron el racionamiento de energía y el cambio de hora legal, el cual hace consistir en cambios de humor, sentimientos de frustración, etc.”.

Lo importante, para concluir el planteamiento de esta posibilidad indemnizatoria, es que no puede negarse que el menor grado de afectación emocional por el engaño, para el caso objeto de estudio, lo elimine completamente, pero sí considerar que en su forma de reparación pecuniaria del daño moral, la cuantía tenga una menor entidad y atienda la proporcionalidad del valor del producto o servicio.

No es propicio, pues, negar radicalmente la opción indemnizatoria sino más bien ajustarla en cada caso a una razonabilidad económica, ya que existen mayores o menores impactos derivados del engaño sobre el producto o servicio. Es evidente que no es lo mismo sentir la molestia de consumir una bebida láctea fermentada pensando que se trata de un yogurt, que la decepción de aquella pareja de esposos que pretendían disfrutar de su luna de miel en un crucero, cuando en realidad se encuentran con un recorrido por el mar cerca a la playa en una humilde lancha.

Ahora, para finalizar este tópico referente a la responsabilidad indemnizatoria por la utilización de publicidad engañosa, se debe tener en cuenta que no porque se exprese la viabilidad de reconocer un perjuicio moral, ello signifique *per se* que su indemnización sea en todos los casos de orden pecuniario, pues no puede perderse de vista que existen otras maneras de reparar el daño causado. Constituye un ejemplo de ello las formas indemnizatorias relacionadas con órdenes judiciales para que quien agravia quede obligado a la petición pública o privada de excusas, así como lo sería también la imposición de una obligación de restablecimiento sobre la veracidad del producto o servicio, o la obligación de no repetición del engaño, etc.

Indemnización al perjuicio colectivo

Frente a las hipótesis de perjuicio colectivo analizadas en el capítulo anterior, y teniendo en cuenta las alternativas indemnizatorias planteadas,²⁵ puede considerarse una verdadera satisfacción hacia el mercado como interés colectivo, la orden judicial que obliga el restablecimiento de las condiciones del producto ofrecido, cuando ello sea posible. Para lograr un fundamento se observarán las disposiciones legales y referencias doctrinales en torno a la acción popular que pretende proteger los derechos de los consumidores.

Como se vio, el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 establece que “son derechos e intereses colectivos, entre otros (...)” –tal como lo expresa en su literal n– “(...) los derechos de los consumidores y usuarios”. Sobre la base de la consagración legal, la acción popular regulada en esta misma ley, establece en su artículo 34 que la sentencia mediante la cual se protejan estos derechos “podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo (...) y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible”.

Al respecto, Tamayo (2011) expresa que:

(...) los derechos de los consumidores son colectivos cuando sin estar en cabeza de un consumidor en particular afectan a toda la sociedad conformada por consumidores. En ese sentido, la puesta en circulación de productos defectuosos atenta contra los derechos colectivos de los consumidores y en consecuencia, se puede ejercer una acción popular para lograr que dicho producto se retire del mercado. Igual cosa puede suceder si una entidad prestadora de servicios omite determinadas conductas, omisiones que pueden afectar a los usuarios, en cuyo caso, procede la acción popular para que la omisión se corrija.

Por su parte, García (2007) señala que “el ejercicio de las acciones populares, que (...) distan en su concepción de las acciones de grupo, no obstante buscar ambas proteger a una colectividad de personas y tener un origen común, localizado en el derecho anglosajón y poder ser incoadas para proteger la libre competencia”.

En lo tocante a la publicidad emitida por el comerciante en el mercado, el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) establece lo siguiente: “Artícu-

25. Que no en todos los casos corresponden a reparaciones dinerarias sino también a obligaciones como pedir públicas o privadas excusas, restablecer las condiciones del producto ofrecido, no repetir el engaño, etc.

lo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”.

Con relación a esta disposición, Giraldo *et al.* (2012) manifiestan que:

Si un anunciante incumple con los términos de su publicidad, además de las sanciones administrativas o penales a las que haya lugar, el consumidor tendrá derecho a ejercer la acción especial de protección al consumidor, para que el anunciante le repare los daños ocasionados al consumidor por el quebrantamiento del deber de buena fe que le impone la obligación de respetar su propia publicidad comunicada o puesta a disposición del público.

Puesto todo lo anterior frente a la hipótesis en la cual se está seguro de que existió engaño en la publicidad del producto o servicio, y también que consumidores no identificados sucumbieron al mismo, nada impide que mediante la acción popular se solicite al juez que de forma abstracta obligue al comerciante a entregar a los consumidores su producto en las mismas condiciones anunciadas.

Pero además de ello, en la hipótesis en la que el mercado se ve afectado debido a que varios de sus consumidores —no identificados— han adquirido el producto mediante el engaño publicitario, la forma más adecuada y justa de reparar al mercado, basado en los presupuestos legales y bajo el curso de la acción popular promovida por cualquier ciudadano o autoridad competente, sería obligar al comerciante que ha obtenido beneficio ilegítimo a causa de su engaño, a entregar a todos los consumidores presentes en el mercado, el producto en las condiciones anunciadas.

Por su parte, Chaustre (2009) defiende esta postura y plantea que “operaría una indemnización de perjuicios cuando se ha ocasionado un daño a un interés y derecho difuso y fragmentado”. Basado en los presupuestos legales que sobre la acción popular ya se han mencionado, este autor señala que: “La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos puede también pretenderse a través de acciones de condena e incluso, en determinados casos, de condena de reparación de daños patrimoniales (pretensión de indemnización colectiva)”.

Para fundar su afirmación, que por demás es concordante y plenamente aplicable con el planteamiento sobre la responsabilidad indemnizatoria del perjuicio colectivo derivado de la publicidad engañosa, este doctrinante plantea tres argumentos:

En primera instancia, “sobre la necesidad de demostrar el perjuicio conjunto abstracto de personas no individualmente identificadas, hay que tener en cuenta que si se tienen los medios probatorios para imputar responsabilidad colectiva cuando se trata de derechos e intereses difusos hay lugar a la indemnización aun cuando no exista determinación de los sujetos perjudicados”. A este respecto, el autor se refiere a lo que él denomina “intereses supraindividuales”, para lo cual cita la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 20 de septiembre de 2001, radicación No. 25000-23-27-000-2001-0395-01, que con ponencia del consejero Alíer Hernández Enríquez, señala que:

Dada la claridad de los preceptos referidos, la única interpretación válida de la Ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos.

Como segundo argumento, Chaustre (2009) indica que esa interpretación que la acción popular considera apta para buscar la indemnización del daño colectivo, se justifica para los casos de daño ambiental, pues allí también hay afectados pero no plenamente identificados, lo que no obsta para ordenar su reparación.

En el tercer argumento expone que:

Si bien la acción popular es indemnizatoria en un caso determinado, pues la indemnización que plantea la ley y cuya posibilidad la condiciona a un evento concreto, es una sola. Ello no obsta para que por desarrollo jurisprudencial y doctrinal (jurisprudencial principalmente) pueda perseguirse el pago de una indemnización de contenido pecuniario al grupo, víctima de un daño difuso, pues, así también puede ser la indemnización que se persiga, es decir, puede ser también una indemnización difuminada en la colectividad teniendo en cuenta naturalmente que sí existe dificultad para identificar y determinar a cada miembro del grupo, debe existir certeza del daño ocasionado a esa colectividad.

Adicionalmente, este doctrinante anota que “puede que no exista un grupo no determinado y no determinable pero de cuyo perjuicio, consecuencia del daño no exista ninguna duda y sea evidente”.

Finaliza expresando que, en su concepto, “el juez de la acción popular puede en la sentencia ordenar el pago de la indemnización de tal forma [que] los

perjudicados se vean efectivamente beneficiados en su patrimonio”. Y señala que “esta solución es acertada sobre todo cuando se afectan los derechos del consumidor y no solo sobre el daño que ocasiona obtener en el mercado un producto defectuoso y vicioso, sino además que se aplica para el usuario del servicio financiero y el consumidor cuyo perjuicio se derive de actos de competencia desleal”.

De esta manera se encuentra apoyo en lo que se ha sostenido a lo largo de este análisis, pues desde el ámbito de la equidad sería reprochable que el derecho limite la posibilidad indemnizatoria o el restablecimiento de las condiciones patrimoniales en las que el comerciante deja al mercado y a sus consumidores con productos o servicios viciados con publicidad engañosa. Pero, además, es innegable que el instrumento de la acción popular, con su propósito también indemnizatorio en esas circunstancias, así lo permite porque para ello fue creado.

CAPÍTULO V

Fundamento constitucional y legal de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio

Introducción

Con el objetivo de ilustrar las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, es útil mencionar la explicación que la Corte Constitucional ha expresado acerca de que:

(...) los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores) (Sentencia C-1141 de 2000).

El artículo 1 del Acto legislativo 03 de 2002, que modifica el artículo 116 de la Constitución Política, establece que “(...) excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”, siempre bajo el propósito y derrotero de atender los fines esenciales del Estado como es, entre otros igualmente relevantes, el de “asegurar (...) la vigencia de un orden justo” (Artículo 2 de la Constitución Política).

En consecuencia, partiendo del entendido de que los derechos de consumir demandan una participación y protección activa del Estado en sus distintos órdenes y poderes, el artículo 145 de la Ley 446 de 1998 de la Constitución, le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio expresas facultades jurisdiccionales para unos específicos eventos, entre los que se destaca la potestad para “ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor”.

Como ha sido su tradición jurisprudencial sobre esta materia, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de esta norma y declarar su exequibilidad, precisó que:

(...) es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de otorgar funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener quienes ejercen funciones jurisdiccionales (Sentencias C-1641 de 2000, fundamentos 18 y 19, C-649 de 2001 y C-415 de 2002). De ello se concluye que las autoridades administrativas pueden tener atribuciones judiciales otorgadas por la ley, siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias se encuentren previamente determinados en la ley y gocen de la independencia e imparcialidad propias de quien ejerce una función judicial (Sentencia C-1071 de 2002).

Desde luego que acompañadas de aquellas facultades jurisdiccionales, la Superintendencia, desde su conformación como organismo administrativo de control y vigilancia, tiene atribuciones sancionatorias y policivas, como aquellas expresadas en el Decreto Ley 3466 de 1982, justamente por hechos respecto de intereses y derechos de los consumidores.

Por su parte, la Ley 1480 de 2011, del nuevo Estatuto del Consumidor, en el artículo 56 estableció tres acciones jurisdiccionales de amparo y defensa del consumidor, “sin perjuicio de otras formas de protección”: i) las acciones populares y de grupo reguladas por la Ley 472 de 1998; ii) las acciones de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos; y iii) la *acción de protección al consumidor*.

Las dos primeras acciones no fueron encomendadas ni atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto que quedaron expresamente reservadas a la jurisdicción. Sin embargo, la competencia jurisdiccional de la *acción de protección al consumidor* sí quedó radicada en esta Superintendencia de forma paralela y opcional con el juez natural de dicha acción.

La acción de protección al consumidor

El nuevo Estatuto del Consumidor estableció acciones que protegen intereses de los consumidores, entre ellas se encuentra la *acción de protección al consumidor*, que se define, según el numeral 3 del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, como aquella

(...) mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Siendo entonces esta una acción de carácter contencioso, tiene como objetivo específico juzgar, tal como lo explican Giraldo *et al.* (2012), las controversias relacionadas con la publicidad engañosa y la efectividad de garantías:

Controversias relacionadas con la publicidad engañosa

Corresponde a la reparación de los perjuicios causados por la publicidad o información errónea que conduce a la convicción equivocada del consumidor sobre la satisfacción plena al comprar un determinado bien o servicio (Ordoqui, 2010).

Así, salvo las controversias sobre servicios financieros y otros especiales, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá competencia para dirimir los conflictos entre los consumidores y los comerciantes, generados en cualquier sector de la economía.

Tal como se apreció al comienzo de este escrito, la *publicidad engañosa* es una de las prácticas comerciales restrictivas de mayor notoriedad que ocasionan daños a los intereses colectivos (Chaustre, 2009), por cuanto afectan el mercado, pero también de forma específica los intereses individuales de consumidores que hayan sufrido un daño producto de aquella información engañosa.

Para ello sirve revisar las disposiciones del nuevo Estatuto del Consumidor en torno a esta materia, sobre la que imprimió una fuerza vinculante a condiciones objetivas y específicas que sean anunciadas o publicitadas, obligando “al anunciante, en los términos de dicha publicidad” (Artículo 29), convirtiéndola en una cláusula del contrato celebrado que habrá de interpretarse a favor del consumidor en tanto le sea más ventajoso, según lo indicado en el artículo 4 del mismo Estatuto.²⁶

26. Ley 1480 de 2011: “Artículo 4. Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo

Aquella es, entonces, la consecuencia para el comerciante que anuncia un producto o servicio de manera falaz. Sin embargo, el Estatuto del Consumidor es categórico en expresar que “está prohibida la publicidad engañosa”, y por lo mismo, “el anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa (...)” (Artículo 30), lo que generará una controversia particular entre el comerciante (anunciante) y el consumidor (damnificado), cuya resolución judicial sobre los aspectos de la conducta anticompetitiva de aquel y las peticiones indemnizatorias de este, podrá ser dirimida por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante un decisión específica y con plenos efectos vinculantes, sin perjuicio de las demás sanciones que puede imponer como ente de vigilancia.

Controversias relacionadas con la efectividad de garantías

Se asocia a todos aquellos conflictos suscitados con ocasión del incumplimiento o prestación defectuosa de la garantía del producto o servicio objeto de comercialización, otorgada al consumidor.

De esta forma, la contienda judicial entre el comerciante (productor o distribuidor) y el consumidor, derivada de una diferencia en torno a la *garantía legal* de la que trata el artículo 7 del Estatuto del Consumidor, corresponderá resolverla, si así lo escoge el consumidor, a la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como se observará en las próximas líneas.

Protección contractual

Tal como ya se ha expresado, las normas que se encontraban vigentes antes de la Constitución Política de 1991 no contenían regulaciones proteccionistas al consumidor en materia de *contratos de adhesión* ni *cláusulas abusivas*, más allá de la contextualización que judicialmente se realizara de algunas normas.²⁷ Debido a esto las disposiciones de *protección contractual* que trae el Estatuto del Con-

en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.

Sin embargo, serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor.

Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor (...).”

27. Además de los fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, los artículos 1535, 1551, 1601, 1603, 1609, 1618 y 1624 del Código Civil relacionados con la interpretación del régimen de obligaciones, así como los artículos 830 y 831 del Código de Comercio en lo relativo al abuso del derecho y al enriquecimiento injustificado, y a su consecuencia indemnizatoria.

sumidor (Artículos 34 al 55) habrán de ser estudiadas en su contexto respecto de las controversias entre el comerciante y el consumidor, y resueltas por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando el consumidor las ponga en conocimiento de esta entidad para fines de resolución judicial.

En los eventos anteriores, expuestos de forma sucinta con un fin estrictamente enunciativo, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio actuar como juez natural de esa específica relación de consumo, si así le es solicitado por el consumidor.

Pronunciamiento judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio

Como se ha afirmado, es a partir de la vigencia del nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) que la Superintendencia de Industria y Comercio²⁸ ha ampliado su margen de capacidad jurisdiccional,²⁹ para conocer la *acción de protección del consumidor* por mandato del artículo 58, el cual expresa que “(...) los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores (...)” serán conocidos por esta Superintendencia “o el juez competente (...) a prevención”, según elija libremente el consumidor.

Adicional a este criterio de capacidad general, el Estatuto entregó a la Superintendencia de Industria y Comercio “competencia en todo el territorio nacional”, circunstancia entendible debido a su condición de entidad del orden nacional, pero anotando que “reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio”.

Con el propósito de hacer más accesible la *acción de protección del consumidor*, el Estatuto del Consumidor indicó que para su iniciación “no se requerirá actuar por intermedio de abogado”,³⁰ además que “por razones de economía procesal, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá decidir varios procesos en una sola audiencia” (Numeral 4, artículo 58). Se suma a ello, que “a la demanda

28. Al igual que ocurre con la Superintendencia Financiera de Colombia frente a controversias promovidas por los consumidores financieros.

29. De la que se excluye, como se expresara atrás, el conocimiento jurisdiccional “de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares” (Artículo 58 del Estatuto del Consumidor).

30. Al igual que podrá ser representado por “las ligas y asociaciones de consumidores constituidas de acuerdo con la ley”, según el numeral 4 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor).

deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor”³¹ (Numeral 5, artículo 58), y además que dichos procesos promovidos por los consumidores sobre aquellas materias “se tramitarán por el procedimiento verbal sumario”.

Bajo este contexto, la decisión judicial de la Superintendencia³² tendrá tres aspectos de alta trascendencia, según lo contemplado en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 58 del Estatuto, que se transcriben a continuación:

(...) 8. Los autos que se dicten dentro del proceso no tendrán recurso alguno, a excepción del rechazo de la demanda que tendrá recurso de reposición y apelación y del auto que rechace pruebas, que tendrá recurso de reposición. La sentencia que ponga fin al proceso tendrá recurso de apelación según las reglas del Código de Procedimiento Civil.

9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.

10. Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales (sic) mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria (...).

De estas normas pueden extraerse diversas consecuencias, que, discutibles o no, habrán de contextualizarse con el propósito principal de “protección al consumidor”³³ que tiene el Estatuto. Entre ellas se tienen:

31. Reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente, siguiendo diversas reglas contempladas en el mismo Estatuto.

32. O la del juez competente, según la elección del consumidor reclamante.

33. La Corte Constitucional, en Sentencia C-592 de 2012, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, expresa lo siguiente: “(...) para esta Corporación, el estudio sobre la finalidad (protección

La doble instancia

La disposición contenida en el numeral 8 del artículo 58 del Estatuto (citada en la sección anterior) desarrolla de forma garantista el principio constitucional a la doble instancia de las decisiones judiciales (Artículo 31 C.P.), en tanto que pudiendo restringirla con la misma facultad legislativa que otorga la Constitución para esta materia, optó por permitir al consumidor y al comerciante demandado controvertir las decisiones que les sean adversas.

Ello tiene una relevancia especial cuando se trata del ejercicio jurisdiccional de una entidad administrativa como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, pues esa potestad de juzgador solo se hace legítima en la medida en que, como lo dice la misma Corte Constitucional, “los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias se encuentren previamente determinados en la ley y gocen de la independencia e imparcialidad propias de quien ejerce una función judicial” (Sentencia C-1071 de 2002), actividad que de todas formas, frente a la sentencia proferida tendrá un control funcional en el recurso de apelación que contra ella se interponga, si es del caso.

Extensión de los efectos de la sentencia

De extraordinaria importancia es la *—exótica—* disposición contenida en el numeral 9 (del artículo 58 del Estatuto, ya citado), al permitirle al juez o a la Superintendencia adoptar decisiones “en conciencia”, pues exige que las mismas se tomen conforme a criterios de “justicia para las partes según lo demostrado en el proceso”, pero al mismo tiempo, quizá de forma inconsecuente, le otorga a ese juez “plenas facultades para fallar *infra*, *extra* y *ultra petita*”.

Esta facultad de movilidad en la decisión judicial permite que el juez o la Superintendencia adopten las siguientes decisiones: i) conceda menos de lo reclamado *—infra petita—*; ii) otorgue más allá de lo pedido *—ultra petita—*; o iii) reconozca, incluso, lo no solicitado por el consumidor *—extra petita—*.

En principio, estas facultades significarían una contradicción al principio de congruencia que gobierna cualquier tipo de proceso judicial. Sin embargo, el espíritu proteccionista del Estatuto del Consumidor, en términos generales,

del consumidor), vincula tanto el valor justicia mencionado en el preámbulo de la Carta, como también el principio de responsabilidad social de los medios de comunicación, consagrado en el artículo 20 Superior, y atiende al deber impuesto por el artículo 78 de la Constitución, en cuanto a que al Estado le corresponde proteger a los consumidores”.

permitiría que frente a cada caso concreto se apliquen derroteros de justicia con amplio margen para el juzgador, eso sí, siempre bajo un sendero de razonabilidad y debida motivación de sus decisiones.

Juzgamiento y sanción

El juez³⁴ de la *acción de protección al consumidor* tiene, además de lo anterior y según el numeral 10 (del artículo 58 del Estatuto, ya citado), la facultad de juzgar el caso particular presentado por el consumidor damnificado, y sumado a ella, de forma especial, la potestad de sancionar al comerciante infractor hasta por 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes y a favor de la Nación, representada por la misma Superintendencia de Industria y Comercio.

En esta doble función judicial cualquier lector podrá ver la farsa: “El juez tendrá en una mano la balanza de la justicia y en la otra el garrote represor”. Y ello, aunque suene hilarante, resulta cierto.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad de vigilancia y control de naturaleza sancionadora y policiva, esta facultad no le es ajena,³⁵ ya que esa es una de sus funciones principales. Por el contrario, para el “juez judicial” sí es de gran sorpresa tal potestad sancionadora, pues en el universo de la responsabilidad civil dentro de nuestra cultura jurídica, dicha “condena sancionatoria” habría de asemejarse a los “daños punitivos”, que descartan toda la estructura indemnizatoria propia de la tipología de los perjuicios que ha adoptado nuestra doctrina y jurisprudencia patrias (Henao, 2011).

34. El juez competente o la Superintendencia de Industria y Comercio.

35. Para ella resulta más extraña, aunque constitucional y legítima, la facultad jurisdiccional.

Conclusiones

- La debilidad de un consumidor se debe a que se encuentra ajeno al proceso de producción o importación de los bienes y servicios, pero también porque se enfrenta al conocimiento previo que tiene el empresario sobre su personalidad y necesidades. Las empresas logran esta situación debido a su capacidad para contratar estudios de expertos en el tema. Por esta razón, se puede afirmar que el desequilibrio en la relación de consumo es real y no obedece a simples conjeturas.
- La Ley 1480 de 2011 ha establecido que las personas jurídicas también son consumidoras, mientras el producto adquirido no tenga que ver con su actividad económica. Lo que permite deducir que efectivamente las personas jurídicas –así sean pequeñas, medianas o grandes empresas, o entidades con o sin ánimo de lucro–, también son consumidores débiles que se ven abocados a padecer las mismas circunstancias de engaño, confusión y falta de información, entre muchas otras, que una persona natural.
- El hecho de que el consumidor encuentre protección en la Constitución Nacional, mediante leyes que obligan al empresario a actuar con responsabilidad, y que existan acciones de defensa para el consumidor, es porque se ha pensado con base en la justicia para equilibrar las relaciones del mercado y a su vez las del consumo.
- No es desleal que los empresarios quieran seducir y persuadir a sus clientes, pues, como se señaló anteriormente, la publicidad forma parte del derecho a la libre competencia. El problema se presenta cuando en el afán por conquistar clientes, sobresalir en el mercado y posicionarse de tal manera que el empresario se mantenga vigente en el mercado, hacen mal uso de la publicidad.

- La responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa puede ser de naturaleza contractual o extracontractual en la medida en que exista o no un vínculo entre el comerciante y el consumidor del producto o servicio. En esa relación el consumidor tendrá acción de protección para que se cumpla el contrato en orden a obligar al comerciante que brinde el producto o servicio en las condiciones anunciadas o el pago de perjuicios. Por su lado, habrá responsabilidad civil extracontractual cuando es un consumidor no adquirente directo quien se ve afectado por el engaño en el uso o disfrute final del producto o servicio.
- De igual manera, existirá responsabilidad civil en aquella hipótesis en la cual el consumidor potencial sin haber adquirido el bien o servicio, debido a que se percató del engaño que hace el comerciante, sufre circunstancialmente un daño indemnizable. Esta posibilidad de reparación se concreta a partir de la teoría de la pérdida de la oportunidad, bajo la cual el comerciante queda obligado al pago de la expectativa de consumo que le resultaba probable adquirir a dicho consumidor, por ejemplo cuando existan ofrecimientos paralelos con otro comerciante, y el engaño del primero le impidió al consumidor optar por el que mayor beneficio le reportaba.
- Por tratarse de una responsabilidad civil especial y objetiva, sus elementos se adecuan a la estructura de este régimen, pero bajo denominaciones y propósitos especiales, como son: i) el hallazgo objetivo del engaño a manera de hecho dañoso; ii) la atribución objetiva del engaño al productor o al anunciante; y iii) la determinación del daño como consecuencia del engaño.
- El “bajo grado” del engaño publicitario o su mayor o menor entidad y magnitud, así como su trascendencia, no pueden ser factores para descartar la responsabilidad civil derivada del mismo, pues la ley no prevé umbrales mínimos de publicidad engañosa. Además, los aparentemente engaños insustanciales también resultan violatorios de derechos de los consumidores, bien de forma individual y concreta, o bien de manera abstracta en el colectivo que representa el mercado. En esos términos, un engaño publicitario “pequeño” será, de todas formas, un engaño susceptible de reproche e imposición indemnizatoria.
- Las tipologías indemnizables a la luz de la responsabilidad generada por la publicidad engañosa, se apoyan en los conceptos de perjuicios típicos de esta disciplina, de naturaleza pecuniaria, de un lado, y de carácter extrapatrimonial, de otro. Por su parte, los perjuicios patrimoniales se concretan

en la devolución de lo pagado por el producto o servicio con retorno del mismo o el restablecimiento de las condiciones ofrecidas, a manera de daño emergente, y la obligación de satisfacer las expectativas legítimas sobre el producto o servicio, como lucro cesante. Tampoco se descarta la posibilidad de demostrar un agravio de orden moral por insatisfacción y que ello tenga como causa directa el engaño sobre el producto o servicio, cuya indemnización puede ser de tipo económico, de acuerdo con el arbitrio judicial.

- Como la comercialización de productos o servicios la mayoría de las veces se hace de forma masiva, y por tanto el engaño en su publicidad genera múltiples afectaciones a intereses individuales o colectivos, el propósito de reparación encuentra una posibilidad de demanda colectiva a través del instrumento de la acción popular, cuyo propósito, además de proteger los derechos e intereses colectivos, es igualmente una vía indemnizatoria.
- La forma indemnizatoria del perjuicio colectivo puede imponerse al comerciante que engaña y en favor de los consumidores no identificados ni individualizados, por lo que la obligación de reparación a este comerciante será para que cese la publicidad engañosa, no repita el engaño y restablezca las condiciones patrimoniales al mercado y a los consumidores, entregando de forma generalizada las condiciones ofrecidas de su producto o servicio.
- La competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, para todos aquellos ámbitos de la economía y el mercado que no estén asignados a otras entidades, tiene las facultades administrativas de vigilancia, control y sanción, pero junto con ellas y de forma extendida según el nuevo Estatuto del Consumidor, la potestad y competencia jurisdiccional para dirimir las acciones particulares que promuevan los consumidores con propósitos indemnizatorios por la existencia de algún tipo de daño causado debido al comportamiento anticompetitivo de un determinado comerciante.
- El nuevo Estatuto del Consumidor estableció, entre las acciones populares y de grupo y las acciones de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, la *acción de protección al consumidor* en la que se integran distintas causas y comportamientos reprochables y anticompetitivos, que coinciden en cierta medida con algunas prácticas comerciales restrictivas, y que su juicio de responsabilidad, realizado por el juez competente o por la Superintendencia de Industria y Comercio, puede conducir a generar la obligación indemnizatoria de los perjuicios causados.

- La Superintendencia de Industria y Comercio, así como el juez competente, además de la función jurisdiccional de condenar al pago de la indemnización de los perjuicios del consumidor damnificado, posee igual facultad de imponer sanción pecuniaria al comerciante infractor con destino a la Superintendencia.

Bibliografía

- ACOSTA, G. J. (2012). *Filosofía del Derecho privado*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. pp. 74, 145, 148, 181.
- CAYCEDO E., C. G. (2013). Esquema de la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor en Colombia. En *La responsabilidad civil en el nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá D.C.: Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano. pp. 91, 93-94, 106-107.
- CHAUSTRE H., P. A. (2009). *Daño en la colectividad*. Bogotá D.C.: Nueva Jurídica. pp. 52, 164, 174, 179, 182.
- FARINA, J. M. (2005). *Contratos comerciales modernos*. 3 ed. Argentina: Astrea. pp. 305, 306 y 309.
- GARCÍA A., J. I. (2007). *Procedencia de las acciones populares y de grupo ante violaciones al régimen de competencia en Colombia*. Universitas Estudiantes, 4, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. pp. 73-75.
- GIRALDO L., A.; CAYCEDO E., C. G. & MADRIÑÁN R., R. E. (2012). *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá D.C.: Legis. pp. 9, 90-93, 161.
- GÓMEZ, L. F. (2009). *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial. El mercado y derecho del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. pp. 738, 740, 742, 789.
- HENAO P, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. pp. 76, 159.

- _____. (2011). De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. En *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Tomo I. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE) - Universidad Pontificia Bolivariana - Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca Jurídica Diké. 148 pp.
- _____. (2013). La protección del consumidor colombiano frente a la publicidad engañosa. En Valderrama, C. L. (Dir.). *Perspectiva del Derecho de Consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. p. 17.
- ISAZA P., M. C. (2009). *De la cuantificación del daño. Manual teórico-práctico*. Bogotá: Temis. p. 24.
- JAECKEL K., J. (2013). La protección del consumidor colombiano frente a la publicidad engañosa. En Valderrama, C. L. (Dir.). *Perspectiva del Derecho de Consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. pp. 276 y 289.
- KELLY, J. A. (1987). *Responsabilidad del fabricante*. Buenos Aires: Heliasta. p. 49.
- LAFONT P., P. (2012). *Manual de Derecho privado contemporáneo*. Tomo II. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. pp. 44-45.
- LE TOURNEAU, P. (2008). *La responsabilidad civil*. Tamayo J., J. (Trad.). Bogotá D.C.: Legis. p. 68.
- LÓPEZ B., H. F. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 9 ed. Bogotá D.C.: Dupre. pp. 270, 274, 277.
- LÓPEZ M., M. J. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca Jurídica Diké. pp. 57, 85.
- LÓPEZ G., F. (2003). *Principios constitucionales de Derecho Comercial*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley. p. 70.
- MERCADO H., S. (2008). *Necesidad percepción, motivación y deseo del consumidor*. vLex. Recuperado de: http://vlex.com/vid/necesidad-percepcion-motivacion-consumidor-258103158?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=55&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=CONSUMIDOR

- _____. (2008). *Personalidad y comportamiento del consumidor*. vLex. Recuperado de: http://vlex.com/vid/personalidad-comportamiento-consumidor-258103122?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=55&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=CONSUMIDOR
- NAVIA A., F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. p. 51.
- ORDOQUI C., G. (2010). *Abuso de Derecho*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) - Universidad Católica (Uruguay) - Grupo Editorial Ibáñez. p. 521.
- PASCUAL y V., J. (2013). *Mercado, competencia y Estado*. Madrid: Marcial Pons. pp. 24 y 53.
- PORFIRIO, L. J. (2002). *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. España: Marcial Pons. pp. 62-64.
- RAWLS J. (2012). *Teoría de la justicia*. Novena reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica. p. 89.
- REZZONICO, J. C. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas*. Argentina: Astrea. p. 41.
- RICOEUR, P. (2003). Después de teoría de la justicia de John Rawls. En *Amor y justicia*. 2 ed. Madrid: Caparrós. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?id=1wj2NBmB3RYC&pg=PA99&lpg=PA99&dq=Ricoeur.+P.+Despu%C3%A9s+de+teor%C3%ADa+de+la+justicia+de+John+Rawls&source=bl&ots=TT5EDIGrUF&sig=2fzvCjrNCr-5VyC32Nn2adsVY_Vo&hl=es&sa=X&ved=0CCsQ6AEwAmoVChMIhdiRieXnxgIVQTKIch1IMAmH#v=onepage&q=Ricoeur.%20P.%20Despu%C3%A9s%20de%20teor%C3%ADa%20de%20la%20justicia%20de%20John%20Rawls&f=false
- RUBIO E., J. (2007). *Derecho de los mercados*. Bogotá: Legis - Cámara de Comercio de Bogotá - Superintendencia de Industria y Comercio. p. 7.
- RUSCONI, D. (2013). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás - Grupo Editorial Ibáñez. pp. 78 y 79.

- SANTOS B., J. (1996). *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 60 pp.
- TAMAYO J., J. (2011). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. (Reimpresión). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. p. 58.
- VALLESPINOS, C. (2010). *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké - Universidad de la Sabana. pp. 151-154.
- VELANDIA, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. pp. 59-61, 149-151, 345.
- VELÁSQUEZ P, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá D.C.: Universidad de La Sabana - Temis. pp. 49, 247, 272.
- VELÁSQUEZ R., C. A. (2013). *Instituciones de Derecho Comercial*. Medellín, Colombia: Señal. pp. 297, 298 y 299.
- VILLALBA C., J. C. (2014). La publicidad engañosa en el Derecho del consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al estatuto de protección al consumidor colombiano. En *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás - Grupo Editorial Ibáñez. p. 156.

Sentencias y providencias

Consejo de Estado

- Sentencia del 25 de agosto de 2010. Sección Primera. Exp. 25000-23-24-000-2002-00598-01. C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Corte Constitucional

- Sentencia C-1141 de 2000. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-592 de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia T-145 de 2004. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-1141 de 2000. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-1641 de 2000. M.P. Dr. Alejandra Martínez Caballero.

- Sentencia C-649 de 2001. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-415 de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-1071 de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-592 de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-116 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

- Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Exp. 6775. M.P. Dr. Manuel Ardila Velásquez.
- Sentencia del 01 de noviembre de 2011. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01. M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.
- Sentencia del 10 de noviembre de 2011. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-0170.
- Sentencia del 07 de febrero de 2007. Exp. 231.623.103.001. M.P. César Julio Valencia Copete.
- Sentencia del 30 de abril de 2009. Exp. 258993193992. M.P. Pedro Munar Cadena.

Superintendencia de Industria y Comercio

Resolución No. 93967 del 31 de diciembre de 2013, por medio de la cual se impone una sanción a la sociedad Alpina Productos Alimenticios S.A.

Al tratarse de una materia novedosa y poco explorada, esta obra consigue enlazar con solvencia y de forma coherente dos disciplinas jurídicas: la responsabilidad civil y el denominado derecho de la competencia y del consumo.

Concentrados en la protección al consumidor y al mercado, se plantea una creativa y acertada estructura para el juzgamiento del comerciante que anuncia sus bienes o servicios mediante el engaño. Concluye que esta publicidad engañosa –hoy con importante prohibición normativa– conlleva una responsabilidad civil objetiva y especial, a partir de la cual propone para su configuración la demostración de tres elementos: 1. el hallazgo objetivo del engaño a manera de hecho dañoso; 2. la atribución objetiva del engaño al productor o al anunciante, y 3. la determinación del daño como consecuencia del engaño.

Con énfasis en la lesión a los derechos individuales de los consumidores y los intereses colectivos del mercado, este libro propone diversas formas e hipótesis de reparación de los perjuicios generados con la publicidad engañosa y plantea la posibilidad indemnizatoria del perjuicio moral generado.

Sin duda, es esta una obra que contribuye al pensamiento jurídico de la responsabilidad civil frente a un evento de no poca frecuencia en la sociedad de consumo. Incluso, es en sí misma una ilustración que permite alertar al comerciante que participa en el mercado y que se encuentra ahora sujeto al riesgo de incurrir en publicidad engañosa.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Avenida 10 de Mayo, La Umbría, carretera a Pance
PBX: 3182200 - 4882222
Fax: 4882231


**EDITORIAL
BONAVENTURIANA**
CALI

