

Introducción a la responsabilidad publicitaria en Colombia

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.513>

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito central estudiar los diferentes regímenes de responsabilidad publicitaria, del anunciante y del medio de comunicación, regulados entre los artículos 29 a 33 del capítulo único del título VI de la Ley 1480 del 2011 —Estatuto del Consumidor—, denominado de la publicidad. Para ello, el documento identifica los principales problemas que las normas de responsabilidad en la publicidad presentan en el ámbito jurídico colombiano y, con base en ellos, se dirige a estudiar los diferentes regímenes de responsabilidad publicitaria: la fuerza vinculante de la publicidad —art. 29 y párr. 2 del art. 30—; la prohibición de la publicidad engañosa —párr. 1 del art. 30—; la responsabilidad de los medios de comunicación en el marco de la actividad publicitaria —párr. 2 del art. 30—; las condiciones y responsabilidad de la publicidad sobre productos nocivos —art. 31—; las causales de exoneración de responsabilidad del anunciante —art. 32—, y; la publicidad sobre promociones u ofertas —art. 33—.

Palabras clave

Publicidad, responsabilidad, anunciante, medio de comunicación, consumidor, Estatuto del Consumidor.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona (España). Profesor de las universidades Javeriana y de la Sabana. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana. En la actualidad se desempeña como abogado de la Dirección Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Correo electrónico: fpz14@hotmail.com

Introduction to Colombian advertising liability

Abstract

The main purpose of this paper is to study the different regimes of advertising liability, that involves the advertiser and the media, and it is regulated between articles 29 to 33 of the Sole Chapter of Title VI of Law 1480 of 2011 —Colombian Consumer Statute—. With that goal, the paper identifies the main problems that, nowadays, have the advertising liability in the Colombia. Based on them, it is directed to study the different regimes advertising liability: the binding force of advertising —art. 29 y paragraph 2 of art. 30—; the prohibition of misleading advertising —paragraph 1 of art. 30—; the responsibility of the media in the context of advertising activity —paragraph 2 of art. 30—; the conditions and responsibility for advertising on harmful products —art. 31—; the grounds for exemption from liability of the advertiser —art. 32—, and; advertising over promotions —art. 33—.

Keywords

Advertising, liability, advertiser, media, consumer, Consumer Protection Law.

Introducción

Colombia cuenta con un importante régimen legal de responsabilidad publicitaria, ordenado entre los artículos 29 a 33, capítulo único, título VI, de la Ley 1480 del 2011 —Estatuto del Consumidor—, denominado de la publicidad.

Sin perjuicio de su valor, y a pesar del ejercicio que sobre él han venido haciendo los jueces y la autoridad administrativa, que por demás busca extenderlo a los llamados *influencers* o *influenciadores*¹, no es del todo claro su ámbito subjetivo de aplicación en la medida en que no existe una noción legal de anunciante y medio de comunicación, sujetos protagónicos de este régimen de responsabilidad. Es más, no ha sido tranquila la diferencia entre la regla de la fuerza vinculante de la publicidad, prevista en el artículo 29 del Estatuto del Consumidor, y la norma de la publicidad engañosa, establecida en el primer párrafo del artículo 30 del Estatuto del Consumidor. Y, junto a ello, la trascendental distinción entre información y mensaje publicitario, que también ha contado con serios inconvenientes. Solo por mencionar algunas de las más importantes problemáticas que rodean este asunto.

A fin de identificar y clarificar esos problemas, el presente artículo establece bases para el estudio del régimen colombiano de responsabilidad publicitaria. Para ello: primero, se revisará la ubicación y organización de la responsabilidad en la publicidad; segundo, se identificarán y explicarán sus principales problemas; tercero, se estudiarán los campos de la responsabilidad del anunciante, así como sus causales de exoneración; cuarto, se examinará la regla de responsabilidad del medio de comunicación frente a la publicidad, y; quinto, se ofrecerán unas conclusiones.

1 El 2 de octubre del 2020, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió una “Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores”. Sin perjuicio de su relevancia en el campo de la autorregulación, hasta tanto no exista una Ley en sentido material o formal que regule el asunto, la Guía es una norma de *soft law*, no vinculante y, por contera, inaplicable jurídicamente por la autoridad y los jueces de consumo. De allí que, para extender las reglas de publicidad a los influenciadores, la Superintendencia de Industria y Comercio deba acudir a las categorías que sobre el régimen jurídico de la publicidad tiene ordenada la Ley 1480 del 2011 (anunciante/medio de comunicación). Ver: “Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores”, Superintendencia de Industria y Comercio 2 de octubre del 2020. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2.020/Bolet%3%ADn%20Jur%3%ADdico/GU%3%8DA%20DE%20BUENAS%20PR%3%81CTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAV%3%89S%20DE%20INFLUENCIADORES.pdf>

Ubicación y orden del régimen legal de responsabilidad publicitaria en Colombia

Las reglas sustanciales sobre la responsabilidad en materia de publicidad se encuentran establecidas entre los artículos 29 a 33 de la Ley 1480 del 2011, correspondiente al capítulo único del título VI de ese mismo cuerpo normativo, denominado de la publicidad.

Las normas reseñadas ordenan diferentes supuestos de la publicidad, así como sus implicaciones. Primero, la fuerza vinculante de la información publicitaria —art. 29—; segundo, la prohibición de la publicidad engañosa —párr. 1 del art. 30—; tercero, la responsabilidad de los medios de comunicación en el marco de la actividad publicitaria —párr. 2 del art. 30—; cuarto, la responsabilidad del anunciante frente al poder vinculante de la información publicitaria —párr. 2 del art. 30—, en asocio con el primero; quinto, las condiciones y responsabilidad de la publicidad sobre productos nocivos —art. 31—; sexto, las causales de exoneración de responsabilidad del anunciante —art. 32—, y, séptimo, la publicidad sobre promociones u ofertas —art. 33—.

En suma, puede indicarse con claridad certera que el Estatuto del Consumidor colombiano pretendió reglar las condiciones generales de la publicidad y cuatro regímenes de responsabilidad —sobre la fuerza vinculante de la publicidad, sobre la publicidad engañosa, sobre la publicidad de productos nocivos y sobre la publicidad de promociones u ofertas—, incluyendo sus causales de exoneración.

Antes de abordarlos, deben advertirse varias ideas preliminares sobre la forma y el fondo del conjunto de las reglas enunciadas, lo cual tiene un significativo impacto en el análisis que se desarrollará.

Comentario preliminar sobre el capítulo de la publicidad del Estatuto del Consumidor colombiano

La Ley 1480 del 2011 dejó de lado la expresión y el concepto legal de propaganda comercial, que en su momento introdujeron el Código de Comercio² y el literal d

2 Véase numeral 14 del artículo 20 y artículo 847 del Código de Comercio. Decreto 410 de 1971, 16 de junio. *Diario Oficial* n.º 33.339, Colombia.

del artículo 1 del Decreto 3466 de 1982³, antiguo Estatuto del Consumidor, y lo relevó por los conceptos de publicidad y publicidad engañosa definidos en los numerales 12 y 13 de su artículo 5.

Al respecto, dice el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 del 2011 que publicidad es “[t]oda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.” En ese mismo sentido, establece el numeral 13 del artículo 5 de la Ley citada que publicidad engañosa es “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”.

Sin perjuicio de ello, la Ley 1480 del 2011 no definió qué entender por *anunciante*, el que, a la luz del capítulo único de la publicidad, es el actor protagónico de la información publicitaria y de su régimen de responsabilidad⁴.

La ausencia de definición legal no es menor. Dificulta el alcance subjetivo de los regímenes, pues, en definitiva, determinar quién es el anunciante es también esclarecer quién o quiénes deben responder, ante las personas o la administración, por los perjuicios causados por una publicidad engañosa o que no cumple con las condiciones legalmente establecidas. Por ese motivo, es sumamente importante aclarar si el anunciante es el autor ideológico de la pieza publicitaria, quien la elabora, su difusor, quien requiere promocionar un producto a través de la pieza o todos ellos.

Conforme al *Diccionario de la lengua española*, *anunciante* es el adjetivo que refiere la cualidad de quien anuncia. En esa misma línea, al amparo del diccionario citado, *anunciar* es el verbo que significa “[d]ar noticia o aviso de algo; publicar, proclamar, hacer saber”. De este modo, la definición común que se le ha atribuido a la palabra *anunciante* no ofrece muchas luces para entender su alcance jurídico.

3 “Artículo 1. Definiciones. Para los efectos del presente Decreto entiéndase por: [...] d) Propaganda comercial. Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad. [...]”. Decreto 3466 de 1982, 2 de diciembre. *Diario Oficial* n.º 36.143, Colombia.

4 “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.”. Ley 1480 del 2011, 12 de octubre. *Diario Oficial* n.º 48.220, Colombia.

Desde otra orilla, la última versión que estuvo vigente del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (2013), un cuerpo normativo de naturaleza ética, procedente de la voluntad privada del sector publicitario para establecer normas que guíen los contenidos del mensaje publicitario, responsabilidades y consecuencias para quienes se sometían a él, elaborado desde 1980 por la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp), conformada hasta abril del 2018 por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANANDA), la International Advertising Association, capítulo Colombia, (IAA-Colombia) y la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP)⁵, en su artículo 6, relativo a las definiciones, trae, entre otras no menos relevantes, la noción de anunciante.

Dice el artículo 6 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (2013) que

Para efectos de la aplicación del Código se adoptan las siguientes definiciones: *Anunciante*: hace referencia a las personas naturales o jurídicas, en cuyo nombre se publican o difunden mensajes comerciales o se realizan actividades publicitarias. [...] *Empresa publicitaria*: toda persona natural o jurídica cuyo principal objetivo sea la prestación de servicios publicitarios. *Mensaje comercial*: es cualquier forma de anuncio o publicidad elaborado para ofrecer al público productos con el objeto de promover su aceptación a través de los diferentes medios de comunicación y de difusión. Su concepto debe ser entendido en sentido amplio, comprensivo de cualquier forma de comunicación producida directamente por o en favor de anunciantes, con la finalidad principal de promover productos, servicios o ideas, o influir en el comportamiento del consumidor. Incluye cualquier técnica publicitaria como promociones, patrocinios y mercadotecnia directa. *Medios de comunicación*: es el instrumento o vehículo a través del cual se difunden o se hacen llegar al consumidor los mensajes comerciales, tales como prensa, televisión, radio, fax, teléfono, publicidad exterior, películas, medios digitales interactivos, correo directo, correo electrónico, etc. *Medios digitales interactivos*: se refiere a cualquier plataforma, servicio o función que permita la comunicación electrónica vía internet o redes de comunicación electrónica. Incluye los servicios electrónicos a través de teléfonos celulares, los blogs, las revistas virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión

5 Véase “Conarp”, Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP). <https://www.ucepcol.com/conarp-cjce>

“Propuesta de revisión y de reforma del sistema de autorregulación colombiano”, Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP). https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_af40dbf0fdf1461287bb3fff0d20784a.pdf

artística, emisoras de radio virtuales, entre otros, asistencia digital personal y consolas de juegos interactivos que permiten a la parte receptora interactuar con la plataforma, servicio o función. [...]»⁶.

No cabe duda, para el Código de Autorregulación Publicitaria (2013) el *anunciante* es la persona, natural o jurídica, pública o privada, que necesita informar o impulsar un producto. En ese orden de ideas, bajo esta noción de *anunciante* quedan por fuera, primero, las agencias de publicidad, prestadoras de servicios publicitarios, pues ellos, según lo indicado en la regla, actúan a nombre del anunciante, y, segundo, los medios de comunicación, que son el vehículo mediante el cual se difunde el anuncio o, en términos de la Ley 1480 del 2011, la publicidad.

Aunque estas definiciones, y en particular la definición de anunciante, rigen para aquellas personas que deseen someterse al Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, lo que de entrada genera una dificultad conceptual frente aquellos que no se sujetan a ese cuerpo normativo, parece que la Corte Constitucional ha admitido de forma indirecta ese entendimiento.

Ciertamente, en la Sentencia C-592-12, en la que se analizó la constitucionalidad de un aparte del artículo 30 de la Ley 1480 del 2011, la Corte consideró que

[p]ara el anunciante la publicidad tiene como propósito ampliar el mercado de los consumidores de bienes o servicios que produce u ofrece y, en esa medida, constituye una estrategia de comercialización y mercadeo que se orienta a suscitar el interés de los consumidores respecto de las prestaciones puestas a disposición del mercado.

6 “Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (2013)”, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp). https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_799d2f146d164ab79a620ee0e95e3b5b.pdf

El artículo 6 de la versión de 1998 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria incluía, para lo que interesa, las siguientes definiciones: “[p]ara efectos del presente código, se adoptan las siguientes definiciones: [...] Anunciante: persona natural o jurídica, pública o privada, que requiera informar o promocionar la Existencia, características, etc., de bienes, productos o servicios. Agencia de publicidad: toda persona natural o jurídica cuyo principal objetivo sea la prestación de servicios publicitarios. Servicios publicitarios: comprende, entre otros, el análisis e investigación de mercados, la formulación, análisis y recomendación de planes de medios, la creación, diseño y producción de piezas y campañas publicitarias, la elaboración de planes de medios, la ordenación y chequeo de pauta publicitaria a nombre del anunciante, ejecución y control de anuncios y campañas publicitarias de bienes, productos o servicios. [...] Medios de comunicación: se refiere al vehículo utilizado para la difusión del anuncio, sea impreso, electrónico, radioeléctrico o cualquier otro que el avance tecnológico permita, tales como: televisión, radio, prensa, revistas, internet, salas de exhibición cinematográfica, vallas, correo directo, empaques, etiquetas, folletos, elementos de punto de venta, etc. [...]”. “Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (1998)”, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp). <https://publiclina.files.wordpress.com/2.013/01/cc3b3digo-colombiano-de-autorregulac3b3n-publicitaria.pdf>

De este modo, para la Máxima Corporación de lo Constitucional, el anunciante es quien requiere impulsar productos a sabiendas de que, con la publicidad, busca acrecentar los consumidores de los bienes o servicios que fabrica o comercializa. Un sentido nada alejado de la noción de anunciante ofrecida por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

En cualquier caso, y aunque para el análisis propuesto se tendrá como guía el concepto determinado por el artículo 6 del Código de Autorregulación Publicitaria, así como la explicación ofrecida por la Corte Constitucional, debe admitirse que no es claro ni pacífico que ese haya sido el alcance que quiso dar el legislador a la palabra anunciante prevista en el capítulo único, de la publicidad, del título VI de la Ley 1480 del 2011. Lo mejor hubiese sido incorporar la definición en el articulado del Estatuto del Consumidor⁷. Evitaría, entre otros tantos problemas, el relativo a si solo puede tener la condición de anunciante un productor y/o proveedor⁸, conforme a la definición legal que a ellos se les ha atribuido, o si, en atención a los recientes debates, el *influencer* o *influenciador* puede o no ser catalogado anunciante.

Por otra parte, las reglas sobre publicidad, establecidas en el capítulo único del título VI de la Ley 1480 del 2011, no puntualizan si se trata de normas relativas a la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa o ambas. La claridad sobre este asunto es también determinante. Bien se sabe que el Estatuto del Consumidor ordena tanto la acción privada o de interés particular, la denominada acción de protección al consumidor —artículos 56, 57 y 58—, como la acción administrativa o del procedimiento administrativo sancionatorio por la infracción que las personas realicen sobre la Ley 1480 del 2011 —artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 67—. Cada una con características, procedimientos y finalidades distintas⁹.

7 Al respecto, la Ley 34 de 1988 de España, General de Publicidad, define en su artículo 8 al anunciante así: “A los efectos de esta Ley: Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. [...]”. Ley 34 de 1988, 11 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado* n.º 274, España.

En ese mismo sentido la Ley de Protección al Consumidor de Chile, la cual, en el numeral 5 de su artículo 1, dispone “5. Anunciante: el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición”. Ley 19496 de 1997, 7 de febrero de 1997, Chile.

8 Sobre este particular ha enseñado la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, al indicar que “[...] el concepto de anunciante debe asociarse a la calidad de productor o proveedor del bien o servicio anunciado, teniendo en cuenta, además que son quienes tienen un interés directo en anunciarlo al público para poder comercializarlo dentro del mercado nacional.” Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 16001 del 2015. Caso Jorgehané Laboratories Colombia S. A. S. Hoja 33.

9 Véase Fernando Andrés Pico Zúñiga, “La responsabilidad civil por daños a derechos colectivos del consumo”, *Ámbito Jurídico*, 21 de octubre del 2020. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-responsabilidad-civil-por-danos>

Además, esta cuestión adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el antiguo Estatuto del Consumidor, el Decreto 3466 de 1982, antecedente próximo a la Ley 1480 del 2011, ordenaba por separado cada uno de los regímenes, así: en el artículo 31, la responsabilidad privada de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, y; en el artículo 32, las sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda.

A pesar de esta falta de distinción en el actual Estatuto del Consumidor, lo cierto es que la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto en su función jurisdiccional como administrativa, ha aplicado las reglas del capítulo único del título VI de la Ley 1480 del 2011, sin distinción, para los casos de acciones de protección al consumidor como para los eventos de queja, investigación, imputación y sanción administrativa. De ahí que pueda afirmarse con claridad meridiana que, en la práctica, las normas de responsabilidad de la publicidad de la Ley 1480 del 2011 se destinan, a la vez, al régimen de responsabilidad civil y al régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria. En cualquier caso, y aunque parezca sereno, el asunto no deja de ser problemático, particularmente por los intereses jurídicos protegidos mediante una u otra acción.

Por otro lado, surge la inquietud relativa a si las causales de exoneración de la responsabilidad de la publicidad son también aplicables al régimen de la publicidad de promociones u ofertas. En esencia, porque la norma de la publicidad de promociones u ofertas —artículo 33— se encuentra ordenada en un artículo posterior al de las causales de exoneración —artículo 32— y, conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley 153 de 1.887, la regla posterior prima sobre la anterior.

Nuevamente, se presenta un problema de técnica legislativa con fuertes implicaciones sustanciales y procesales. Según lo establecido en el artículo 4 del Estatuto del Consumidor, las reglas supletivas de la Ley 1480 del 2011 son el Código de Comercio y el Código Civil, respectivamente, siempre que no infrinjan los principios del Estatuto. En ese orden de ideas, si las causales de exoneración de que trata el artículo 32 de la Ley 1480 del 2011 no son extensibles al régimen de la publicidad de promociones u ofertas, en lo que a este punto refiere, serían aplicables al régimen las normas que gobiernan la responsabilidad civil —artículos 2341 a 2360 del Código Civil—.

Sin perjuicio de este trascendental debate, de una lectura armónica del capítulo único del título VI de la Ley 1480 del 2011, así como de su artículo 33, es dable concluir que las causales de exoneración de la responsabilidad de la publicidad son también prolongables al régimen de la publicidad de promociones u ofertas.

Al respecto, dispone el primer párrafo del artículo 33 del Estatuto del Consumidor que “[l]os términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. [...]”, entre esas normas, no cabría duda, las de la publicidad en general y, por contera, la referente a las causales de exoneración.

Por último, debe advertirse que las disposiciones reglamentarias de la publicidad, de que trata el título II, protección al consumidor, de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, responden todavía a la figura de la propaganda comercial que en su momento introdujo el Decreto 3466 de 1982, antiguo Estatuto del Consumidor. Siendo así, y a propósito de armonizar la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, particularmente en sede de publicidad, se hace necesario actualizar los conceptos y reglas de la Circular que permitan un diálogo sistémico y concordante con las instituciones de la Ley 1480 del 2011, el actual Estatuto del Consumidor¹⁰.

Los regímenes de responsabilidad del anunciante

El anunciante, entendido como la persona natural o jurídica, pública o privada, que necesita informar o impulsar un producto para estimular el acto de consumo y acrecentar así la demanda de los bienes o servicios que fabrica o comercializa, en cuyo beneficio se difunde la publicidad, se encuentra sometido a cuatro grandes reglas de responsabilidad. Dos de aplicación universal: el régimen de responsabilidad de la fuerza vinculante de la publicidad y el régimen de la publicidad engañosa, y; dos de carácter especial: el régimen de responsabilidad de la publicidad sobre productos nocivos y el régimen de responsabilidad de la publicidad de promociones u ofertas.

Así, es importante advertir que las reglas de la fuerza vinculante de la publicidad y publicidad engañosa son aplicables, sin excepción, a todos los supuestos de publicidad, mientras que las de orden especial, a las que por demás se aplican las normas universales, son solo eficaces, sin ser excluyentes entre sí, a los supuestos concretos que regulan: los productos nocivos y las promociones u ofertas.

10 Véase Fernando Andrés Pico Zúñiga, “Protección al consumidor 2019”, *Ámbito Jurídico*, 27 de noviembre del 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/proteccion-al-consumidor>

Regímenes de responsabilidad del anunciante		
Universales		
Régimen	Normas jurídicas	Ámbito de aplicación
Régimen de la fuerza vinculante de la publicidad	Art. 29, Ley 1480 del 2011	Todos los supuestos de publicidad
Régimen de responsabilidad sobre la publicidad engañosa	Art. 30, Ley 1480 del 2011	Todos los supuestos de publicidad
Especiales		
Régimen de responsabilidad sobre la publicidad de productos nocivos	Art. 31, Ley 1480 del 2011	Los supuestos de publicidad sobre productos nocivos
Régimen de responsabilidad sobre la publicidad de promociones u ofertas	Art. 33, Ley 1480 del 2011	Los supuestos de publicidad de promociones u ofertas

Cuadro único. Regímenes de responsabilidad del anunciante

A) Sobre la fuerza vinculante de la publicidad

El régimen de responsabilidad de la fuerza vinculante de la publicidad se encuentra ordenado en el artículo 29 de la Ley 1480 del 2011. Dice la regla citada que “[l]as condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”.

Así, al tenor del artículo 29 del Estatuto del Consumidor, las propiedades objetivas atribuibles al producto e informadas por medio de la publicidad obligan al anunciante. En ese orden de ideas, el solo hecho de que las características declaradas por el anunciante no sean achacables al producto y/o comprobables, supone una infracción de la regla en comento.

En los siguientes términos lo ha explicado la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio

[...] en cuanto a la fuerza vinculante a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, el mismo es expreso en exigir al anunciante el cumplimiento de la condiciones objetivas y específicas conforme con los términos indicados en su publicidad, las cuales deben entenderse, como todas aquellas afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, por tanto, tales afirmaciones objetivas capaces de

inducir a engaño al consumidor están expresamente prohibidas, bien sea porque son literalmente falsas, o bien porque a pesar de ser verdaderas, debido a la forma como son presentadas, distorsionan la realidad del producto ofrecido¹¹.

En idéntico sentido se han pronunciado los jueces de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, quienes sobre este asunto han expresado:

[...] se ha reconocido la responsabilidad del empresario que desconoce la información suministrada en los siguientes términos: “si un anunciante incumple con los términos de su publicidad... el consumidor tendrá derecho para que el anunciante repare los daños ocasionados al consumidor por el quebrantamiento del deber de buena fe que la impone la obligación de respetar su propia publicidad comunicada o puesta a disposición del público”¹².

Sin perjuicio de este alcance, la regla del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011 va más allá. Las propiedades atribuibles al producto e informadas por medio de la publicidad hacen parte del negocio jurídico que el consumidor llegue a celebrar con el anunciante, obligándolo a cumplir con tales condiciones.

Sin duda, este es el punto de quiebre o diferenciador con respecto a la publicidad engañosa que, como veremos, ataca la voluntad, mientras que esta, relativa a la obligatoriedad de la información publicitaria, alcanza el objeto del negocio jurídico de consumo al incluir dentro de él, y por virtud legal, los términos objetivos que sobre el producto fueron indicados en el anuncio.

No en vano el numeral 4 del artículo 1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores Chilenos define la publicidad como

la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en

11 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 37544 del 2020. Radicación 17-424418.

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518 del 11 de febrero del 2019. Radicación 17-295251.

En idéntico sentido en la Sentencia 4195 del 29 de julio del 2016 la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio consideró: “[...] de acuerdo con el análisis del material probatorio obrante en el expediente puede concluirse que el servicio objeto de debate judicial no cumple con la información entregada por la demandada, por lo que se evidencia por parte de este despacho que la información y la publicidad suministradas a la usuaria faltan a la verdad”. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 4195 del 29 de julio del 2016. Radicación 15-227201.

la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28¹³.

Y, a su vez, el artículo 28 de ese mismo cuerpo legal dispone que son condiciones objetivas

[...] a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes; e) Las condiciones en que opera la garantía, y f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable¹⁴.

En sentido similar se expresa la Ley de Defensa del Consumidor argentina, la Ley 24.240. Su artículo 8, sobre los efectos de la publicidad, establece que “[l]as precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. [...]”¹⁵. Regla que fue reproducida de forma idéntica por el artículo 113 del todavía novedoso Código Civil y Comercial argentino.

También así el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, el Real Decreto Legislativo 1 del 2007, el cual, mediante su artículo 61, relativo a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato de consumo, dispone que

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado

13 Ley 19496 de 1997, 7 de febrero de 1997, Chile.

14 *Ibid.*

15 Ley 24.240, 13 de octubre de 1993, Argentina.

anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad¹⁶.

Lo propio en el derecho del consumo colombiano por intermedio del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011.

En efecto, no debe perderse de vista que por virtud del artículo 847 del Código de Comercio colombiano, norma supletiva al Estatuto del Consumidor, la propaganda, entiéndase hoy publicidad, dirigida a persona no determinada, configura una oferta o propuesta para la celebración de un contrato, sin tener el carácter de vinculante, eso sí, siempre que contenga los elementos esenciales del negocio jurídico a celebrar¹⁷. Sin embargo, en sede de consumo, el artículo 29 de la Ley 1480 del 2011 efectuó una variación sustancial. La norma en cita torna la publicidad indeterminada en una oferta vinculante, en la medida en que incorpora al contrato de consumo, que nace a partir de una publicidad, las condiciones objetivas y específicas que fueron anunciadas en la pieza o piezas publicitarias.

Esta idea, aunque no ha sido acogida de forma sistemática por los jueces de consumo, sí aparece recogida en una decisión de segunda instancia del Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá. Al respecto, el juzgado en mención analizó la sentencia de primera instancia del caso con radicado número 14-87474, proferida por la

16 En relación con la regla véase Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I Introducción teoría del contrato* (Madrid: Cívitas y Thomson Reuters, 2007), 165 y 383 a 392.

17 Justamente, con sensato criterio un importante sector de la doctrina española afirma que no toda la publicidad configura un supuesto de oferta. Al respecto explica Manuel Morales, con base en lo reglado por el artículo 8 de la Ley General de Consumidores y Usuarios de España (LGDCU), hoy el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (TRLUCU), que “[e]n nuestra doctrina, algún autor ha sostenido que, conforme al artículo 8 LGDCU, ‘el consumidor destinatario de la «oferta pública» puede exigir al empresario celebrar el contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias’. Tal punto de vista, que no compartimos, es minoritario en nuestra doctrina. [...] Contradice el significado de la publicidad y la función del contrato. Parte de una idea inexacta: considerar que es la publicidad la que por sí misma vincula al que la emite, frente a cualquiera de sus posibles destinatarios, y no, como ha de ser, el contrato, integrado conforme a la publicidad que le precede. La publicidad sólo sería vinculante si constituyera una verdadera oferta pública. Pero, además. Esta opinión concibe al contrato como un instrumento sancionador del anunciante, en vez de como un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad. La publicidad engañosa merece corrección a través de cauces jurídicos diferentes del de imponer la obligación de celebrar un contrato”. Manuel Morales, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de directiva)”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 52 (1999): 271 y 272.

Véase también Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 763 y 764.

Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2005), 157 y 158.

Jorge Oviedo Albán, *La formación de contrato* (Bogotá: Temis y Universidad de la Sabana, 2008), 64, 65 y 66.

Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se resolvió la disputa entre una consumidora y un concesionario de vehículos por la entrega de un automotor diferente al inicialmente informado por el proveedor. Con fundamento en ello, el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá explicó que

[1]a formación del contrato depende de una oferta y su aceptación. Para que una oferta tenga aceptación vinculante debe estar dirigida a una persona determinada y contener los elementos esenciales del negocio, es decir, que a la luz de la teoría tradicional una propuesta dirigida a un público determinado no es considerada oferta. La tendencia moderna es la de establecer que dichas propuestas están dotadas de eficacia contractual. Cosa similar acontece con la publicidad en sentido que a la luz de la teoría tradicional de la oferta es considerada una mera invitación a ofrecer, pero no es considerada oferta en sentido estricto. Pues bien, a raíz de la importancia que ha tomado el derecho de información en la actualidad, la tendencia es que ese dilema entre oferta de contrato y la invitación a ofrecer se desvanezca. Todo con el fin de dotar de eficacia contractual tanto a la oferta de contrato al público como a la publicidad informativa. Aquí también debe señalarse que, con base a posturas modernas, la exposición de mercancías sin escaparates vale como oferta, esto es, como propuesta de contrato, si va con indicaciones de precios. Finalmente, si la publicidad se traduce como oferta contractual puede ser encuadrada como tal en la teoría del negocio jurídico¹⁸.

Con todo hasta aquí, de la lectura del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011 se derivan las siguientes subreglas¹⁹: (1) lo prometido, descrito o informado

- 18 Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá. Sentencia del 16 de mayo del 2016. Radicado 14-87474.
- 19 Estas subreglas, que se derivan del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011 de Colombia, guardan plena concordancia con las novedosas disposiciones normativas introducidas por la Directiva de la Unión Europea 2019/771 del 20 de mayo del 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Justamente, el considerando 62 de la directiva en mención dispone que dicha regulación se profiere, entre otros, con el propósito de “[...] mejorar la seguridad jurídica y evitar que los consumidores sean inducidos a error, la presente directiva debe establecer que cuando las condiciones de la garantía comercial incluidas en la publicidad asociada sean más favorables para el consumidor que las enunciadas en la declaración de garantía, prevalecerán las condiciones que sean más ventajosas”. A su vez, el numeral 12 de su artículo 2, relativo a las definiciones, indica que se entiende por “‘garantía comercial’: todo compromiso asumido por un vendedor o un productor (el garante) frente al consumidor, además de las obligaciones legales del vendedor con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado o de sustituir, reparar o prestar un servicio de mantenimiento de los bienes de cualquier modo, si no cumplen las especificaciones o cualquier otro requisito no relacionado con la conformidad establecido en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato; [...]”. Por último, el numeral 1 de su artículo 17, concerniente a las garantías comerciales, establece que “1. Toda garantía comercial será vinculante para el garante en las condiciones establecidas en la declaración de garantía comercial y la publicidad asociada disponible

objetivamente en la publicidad dirigida a consumidores, tiene efectos jurídicos para el anunciante y resulta obligatorio en relación a consumidores reales y potenciales; (2) dicha información objetiva sobre el producto, formulada en la publicidad, constituye un complemento del contrato al cual se integra; (3) las precisiones objetivas expresadas en la publicidad obligan al oferente y/o anunciante respecto de las circunstancias allí detalladas, y; (4) ante el supuesto de discrepancias entre el contenido objetivo de la publicidad y el texto del contrato, deberá privilegiarse las estipulaciones de la publicidad sobre las cláusulas contractuales o, en su caso, aquella que resulte más favorable para el consumidor, en virtud del principio *pro consumatore*²⁰.

Nótese entonces que, a diferencia de lo ordenado en el artículo 847 del Código de Comercio —oferta dirigida a persona indeterminada mediante propaganda—, el efecto principal del artículo 29 del Estatuto del Consumidor es entender a la publicidad, en concreto su información objetiva, como una oferta vinculante. Bajo ese alcance, las condiciones objetivas de la información publicitaria obligan a quien las anuncia y se integran, por expresa disposición legal, dentro de las obligaciones que en el contrato de consumo le corresponden al anunciante frente al consumidor, independientemente de que el contrato así las reconozca, pero siempre que el negocio se haya suscrito.

en el momento de la celebración del contrato o antes de dicha celebración. Con arreglo a las condiciones establecidas en el presente artículo y sin perjuicio de cualquier otra disposición del derecho de la unión o nacional aplicable, el productor que ofrezca al consumidor una garantía comercial de durabilidad con respecto a determinados bienes por un período de tiempo determinado será responsable directamente frente al consumidor, durante todo el período de la garantía comercial de durabilidad, de la reparación o la sustitución de los bienes conforme al artículo 14. El productor podrá ofrecer al consumidor condiciones más favorables en la declaración de garantía comercial de durabilidad. Si las condiciones establecidas en el documento de garantía comercial son menos favorables para el consumidor que las enunciadas en la publicidad asociada, la garantía comercial será vinculante según las condiciones enunciadas en la publicidad relativa a la garantía comercial, a menos que antes de la celebración del contrato la publicidad asociada se haya corregido del mismo modo o de modo comparable a aquella. [...]”.

Véase Miguel Pasquau Liaño, “Comentario al artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinado por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas (España: Cívitas, 1992), 164.

Manuel Morales, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de directiva)”. *Anuario de Derecho Civil* n.º 1, 52 (1999): 274, 275 y 276.

Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I introducción teoría del contrato* (Madrid: Cívitas y Thomson Reuters, 2007), 165 y 383 a 392.

Sergio Sebastián Barocelli, “La protección del consumidor frente a la publicidad en el derecho argentino”, en *Escritos de derecho privado contemporáneo. Contratos, responsabilidad y mercados en el siglo XXI*, dirigido por Juan Carlos Vilalba Cuellar y Andrea Alarcón Peña (Bogotá: Ibáñez, 2017), 336.

20 Dice el párrafo 3 del artículo 4 de la Ley 1480 del 2011 que: “[...] Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor. [...]”. Ley 1480 del 2011, 12 de octubre. *Diario Oficial* n.º 48.220.

Por esa razón, la repercusión de la regla bajo examen se da única y exclusivamente en sede del objeto del contrato de consumo, de las obligaciones y/o prestaciones debidas por el anunciante al consumidor cierto o potencial.

De ahí que, frente a la divergencia entre la información objetiva presentada en la publicidad y lo realmente ofrecido o pagado, se vaticine, al amparo de la norma bajo examen, una situación generalizada de incumplimiento de la regla que puede conducir a un proceso administrativo sancionatorio y, en los casos particulares, a un supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales que, con soporte en esa publicidad, se haya suscrito. Bien lo determina el párrafo segundo del artículo 30 de la Ley 1480 del 2011, “[e]n 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”.

Adviértase que no hay allí un problema de voluntad del consumidor o de formación del negocio jurídico, existe, más bien, una situación de incumplimiento contractual por parte del anunciante que, en el campo de la responsabilidad civil, puede conducir a la ejecución de la prestación indicada realmente en la publicidad, prestación contractual, o, si el negocio es bilateral, a su resolución. En cualquiera de esos dos eventos, el consumidor tiene la posibilidad de solicitar también la indemnización de perjuicios causados (artículo 56, Ley 1480 del 2011; artículo 870, Código de Comercio, y; artículo 1546, Código Civil).

B) Sobre la publicidad engañosa

Dice el numeral 13 del artículo 5 de la Ley 1480 del 2011 que publicidad engañosa es “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. En esa misma línea, dispone para lo que interesa el artículo 30 de esa misma Ley, relativo al régimen de responsabilidad del anunciante sobre la publicidad engañosa, que “[e]stá prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa [...]”.

Aunque la Ley 1480 del 2011 introdujo las figuras y los regímenes de la publicidad y la publicidad engañosa en el ordenamiento jurídico colombiano, es bien sabido que el supuesto fáctico regulado por esas instituciones ya había sido abordado por el Decreto 3466 de 1982²¹ mediante la noción y reglas de la propaganda

21 En el artículo 2.1.1 del título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio se establecen otras reglas sobre la materia. Sin perjuicio de ello, nos estamos a lo explicado en el comentario preliminar de este trabajo.

comercial (literal d del artículo 1, artículo 15, 16, 17, 31 y 32) y que, a su vez, la expresión propaganda fue inicialmente acogida por el Código de Comercio en sus artículos 20 y 847, relativos a los actos de comercio y a la oferta indeterminada, respectivamente.

En vigencia de las normas sobre propaganda comercial del Decreto 3466 de 1982, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de diciembre del 2001, al estudiar el caso de responsabilidad civil precontractual de un banco por la construcción de un centro comercial con un número de parqueaderos sustancialmente inferior al ofrecido públicamente, tuvo la oportunidad de indicar que la publicidad puede generar daños si no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que ha de esperarse. En ese mismo sentido, señaló la Corte, si bien la mayoría de las transgresiones de la publicidad engañosa se dan en sede precontractual, dado que allí se forja el consentimiento del consumidor, no es menos cierto que sus implicaciones puedan exceder ese campo²².

En importante sentencia del 1.º de noviembre del 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, también en vigencia del Decreto 3466 de 1982, puntualizó lo que había considerado en la Sentencia del 2001. Al analizar un caso de responsabilidad por publicidad engañosa por la venta de un proyecto inmobiliario, la Corte indicó

[...] 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 *ibidem*, y en su caso, el

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre del 2001. Exp. 6775.

último aparte de la citada norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables²³.

Adviértase, primero, que antes de la entrada en vigor de la Ley 1480 del 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia usaba de forma indistinta las expresiones propaganda comercial y publicidad. Aunque el asunto parezca menor, resulta verdaderamente trascendental en la discusión relativa a si hoy, al amparo de la derogatoria tácita del artículo 84 de la Ley 1480 del 2011, se entienden o no suprimidos los artículos de la propaganda comercial previstos en el Decreto 3466 de 1982. En este mismo punto, nótese que desde el 2001 la Corte venía insinuando el poder vinculante de la propaganda comercial en el campo de los negocios jurídicos, que solo vino a consagrarse normativamente en el artículo 29 de la Ley 1480 del 2011, porque el Decreto 3466 en mención no lo fijaba. Y, segundo, aunque el supuesto de la publicidad y/o propaganda comercial engañosa tiene evidentes repercusiones en el contrato celebrado, su implicación y concreción se da principalmente en sede de precontractual.

Ciertamente, de acuerdo con el numeral 13 del artículo 5 de la Ley 1480 del 2011, la publicidad engañosa es “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. Es decir, hay publicidad engañosa cuando el mensaje que transmite el anunciante no sea veraz o suficiente y, a partir de él, se pueda provocar o provoque el error, engaño o confusión del consumidor real o potencial, que lo lleve a realizar un acto de consumo —adquisición, uso o disfrute de un producto como destinatario final— soportado en un contexto equívoco.

De este modo, y como afirma la Corte, la publicidad engañosa tiene como objetivo viciar el consentimiento del consumidor para que este, al amparo de un mensaje irreal o exiguo, acuda cautivado al acto de consumo. Se trata de un supuesto de dolo en el ámbito de las relaciones contractuales de consumo. En este caso, con la intención de engañar u omisiva de retener información relevante sobre el bien o servicio comercializado, a propósito de inducir a alguien a su consumo²⁴.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1.º de noviembre del 2011. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01.

24 En efecto, dice el profesor Fernando Hinestroza, al estudiar los caracteres actuales del dolo, “[...] los patrones habituales de presentación y juzgamiento del dolo, correspondientes a la economía ordinaria, se han transformado en forma mayúscula, en la medida en que, valga repetirlo, la comercialización se tornó masiva y en que la promoción, la publicidad y la aproximación al cliente se hicieron más incisivas, o mejor, más agresivas, y en que la diferencia de posiciones, conocimiento y experiencia entre el profesional y el consumidor o el usuario son más profundas, debido a la multiplicidad de productos y, en muchos caso, a la complejidad de su utilización, por lo cual los clientes

Se revela nuevamente aquí la diferencia entre las reglas de la fuerza vinculante de la publicidad —artículo 29 y última parte del artículo 30, Ley 1480 del 2011— y las normas de la publicidad engañosa —primer inciso y primera parte del segundo inciso del artículo 30, Ley 1480 del 2011—. En esencia, porque los preceptos legales de la fuerza vinculante de la publicidad obligan al anunciante sobre las condiciones objetivas de lo que informa, así como por su cumplimiento, independientemente de que sea irreal o insuficiente, mientras que, para no incurrir en publicidad engañosa, las normas jurídicas exigen que el mensaje sea real y suficiente.

Las reglas de la fuerza vinculante de la publicidad apuntan a la obligatoriedad de las “condiciones objetivas y específicas anunciadas”, mientras que la definición legal de publicidad engañosa se refiere al “mensaje” irreal o insuficiente²⁵. Debe haber claridad en ello. Aunque ambas aluden a las condiciones objetivas, la primera lo hace sobre lo efectivamente anunciado, lo que dice expresamente la publicidad en relación con esos caracteres verificables del producto, y, la segunda, sobre el mensaje o idea que sobre esos elementos comprobables del bien o servicio deja en el receptor la pieza o las piezas publicitarias.

potenciales se ven más expuestos a intromisiones, presiones y engaños de parte de aquellos, dentro de una competencia implacable, cambio que se pone de manifiesto también en la presencia de agremiaciones de consumidores y de usuarios, con poder de representación de los consumidores individuales. El Estado y las uniones de estados han adoptado una normatividad enérgica, preventiva y *a posteriori*, tutelar de la parte débil, y en lo que hace al tema que ocupa la atención aquí, los distintos ordenamientos de treinta y tantos años a esta parte previenen con minuciosidad extrema de los deberes de información, sinceridad, prevención y lealtad del oferente de bienes y servicios de consumo masivo, hasta el extremo de tipificar como conducta penalmente sancionada la publicidad mentirosa (engañosa). [...] En términos generales, para que se reconozca la existencia de dolo vicio es indispensable una trampa, trapería, malicia, conducta mañosa, prácticamente la “intención positiva”, no de causar mal, cuanto de engañar, a fin de inducir a alguien a una disposición. Y en lo que hace a la reticencia, o sea a la falta de información y, aún más, al no haber sacado del error en que visiblemente se halaba la contraparte, en medio de las discusiones y contraposición de sistemas jurídicos y prácticas mercantiles, puede concluirse que el dolo por omisión o reticencia no escapa al requisito de intencionalidad y sobre todo, que demanda un deber cierto de información de lo que se sabe fundamental para la decisión de aquella”. Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 1029, 1030 y 1031.

- 25 En relación con este asunto escribió el profesor estadounidense Daniel J. Boorstin, que “The broadest of the old distinctions which no longer serve us as they did, is the distinction between ‘true’ and ‘false’. Well-meaning critics (including many in the advertising profession) who say the essential problem is false advertising are firing volleys at an obsolete target. Few advertisers are liars. A strong advertising profession has its own earnest ethic. Lies are not so readily diffused through newspapers and magazines, over radio and television. They are not so eagerly believed. The ‘evils’ of advertising would be easily reduced if they came only from lies. The deeper problem is quite different. In some ways it is quite opposite. Advertising befuddles our experience, not because advertisers are liars, but precisely because they are not. Advertising fogs our daily lives less from its peculiar lies than from its peculiar truths. The whole apparatus of the Graphic Revolution has put a new elusiveness, iridescence, and ambiguity into every-day truth in twentieth-century America”. Daniel J. Boorstin. *The Image* (1962), 216.

Esta distinción no es menor. La evaluación de una publicidad como engañosa no se examina bajo la lupa de la veracidad o falsedad de la información que comunica, por cierto, regulada en el capítulo único del título V del Estatuto del Consumidor, sino, más bien, de lo real o suficiente del mensaje o idea que se transmite. Lo que es distinto.

Es allí donde el receptor, el consumidor real o potencial, adquiere un valor sustancial a propósito de determinar si una publicidad es o no engañosa. Puesto que la idea que transmite la publicidad, incluidos sus elementos objetivos, debe ser evaluada a la luz de un estándar conductual y, más que ello, cognitivo, que permita esclarecer si el receptor puede o no verse engañado, confundido o errado por el mensaje que se comunica. Para ello, y a pesar de las posturas modernas²⁶, la jurisprudencia y la administración han acudido al concepto de consumidor medio, dejando de lado la noción de consumidor racional e informado²⁷, a partir del cual se indaga si el mensaje entregado provoca el engaño, la confusión o el yerro en el consumidor.

Esta postura de la Superintendencia en sus dos fases —jurisdiccional y administrativa— es realmente problemática, primero, porque no guarda relación con los presupuestos de la economía que guían las normas de protección al consumidor y, segundo, porque no atiende a las modernas tendencias del derecho

26 Teresa Hualde Manso, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo* (España: UPNA, Inarbe, Dykinson, S. L., 2016).

27 “[...] vale la pena aquí hacer una pequeña diferenciación entre el “consumidor racional o promedio”, propuesto por el apoderado de la investigada, y el “consumidor medio”, tenido como parámetro por esta entidad para la valoración de la información y los mensajes transmitidos por los anunciantes en su publicidad. Así se tiene que el primero es “aquel que tiene la capacidad de discernir entre la elección de algún producto o servicio determinado haciendo un análisis detallado de sus elementos, pero no conoce en detalle el significado de estos. Los consumidores racionales en el mercado tienen un nivel de razonamiento tal que les permite evaluar diferentes opciones, y a partir de los elementos muy particulares”. “En relación con la publicidad, el consumidor racional tiene la capacidad de identificar cuándo se trata de exageraciones y no cae fácilmente en error. ‘En la publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta’ (Villalba, 2012, p. 200)”; mientras que el segundo, vale decir, el consumidor medio es “aquel que hace lecturas naturales de la información que se percibe con facilidad, sin detenerse a analizar el detalle de la que es presentada en letra pequeña o de forma pseudooculta, que a pesar de evaluar la información que es percibida a simple vista, no comprende con exactitud su significado y sentido”. [...] cuando se trate de brindar una información con unas características previamente establecidas, lo que interesa es la interpretación que le da el consumidor medio, para lo cual la autoridad debe preferir, entre las distintas posibilidades de interpretación, la que más se acerque al sentido natural de las expresiones y formas que lo componen como lo haría la mayoría de los destinatarios del ofrecimiento y examinar si determinada información, induce o puede inducir a error, engaño o confusión. Por lo tanto, el ejercicio hermenéutico de la Superintendencia de Industria y Comercio debe ser precedido de un análisis en conjunto y acorde con la sana crítica del contenido de la información, con el propósito de establecer si lo incorporado en el mensaje cumple o no con las particularidades exigidas”. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 37544 del 2020. Caso Jugos Hit. Hojas 64 y 65.

comportamental y de la económica conductual —*law and behavioral science* y *behavioral economics*—.

Ciertamente, el Estatuto del Consumidor colombiano parte de la existencia de un consumidor racional e informado, el derecho de informar y el deber de informarse que pesan sobre ellos es la prueba inequívoca —numerales 1.10 y 2.1 de la Ley 1480 del 2011—. Siendo así, detrás de un acto de consumo existe entonces la presunción relativa a que el consumidor actúa de manera informada y racional en dicho negocio jurídico —teoría de la elección racional del consumidor—. Desconocerlo sería presumir lo contrario, que el consumidor en cualquier acto ya cumplido está en situación de irracionalidad o desinformación latente. Lo que es a todas luces contradictorio a las reglas del Estatuto y la economía. Es más, aun en los supuestos de la economía conductual, no se conjetura que la persona sea racional e informada, ni un arquetipo estándar para todos, se advierte que cada sujeto cuenta con un grado diferencial de desinformación o irracionalidad que debe ser evaluado en cada supuesto²⁸. De allí que la doctrina jurídica más avanzada en esta materia, sustentada en la economía conductual, ya no hable de un consumidor medio, informado o racional, sino de un consumidor real²⁹.

Ahora, con fundamento en lo expuesto, y como se explicó en el primer título, la publicidad engañosa está conformada por tres elementos estructurales: (1) un mensaje que tenga como propósito inducir un acto de consumo, lo que de entrada le exige al juzgador o a la administración develar cuál es la idea que comunica la pieza o las piezas publicitarias; (2) que dicho mensaje sea irreal o insuficiente, esto es, primero, que los elementos comprobables, objetivos, que conforman el anuncio no sean verificables sobre el producto, o, segundo, que exista en el mensaje una ausencia de información exigida por la ley o que, de haberse conocido, el consumidor hubiese tomado una decisión diferente, y; (3) que el mensaje irreal o insuficiente tenga la capacidad de engañar, confundir o llevar a yerro al consumidor real o potencial. Lo que se conoce en el derecho civil como el carácter dirimente del vicio del consentimiento. Que el dolo que conlleva la publicidad engañosa sea dirimente³⁰. Esto implica hallar si un consumidor medio, a nuestra consideración real,

28 Amartya Sen, *Rationality and freedom* (Belknap Press of Harvard University Press, 2004), 27 y 28.

Christine Jolls, Cass R. Sustein y Richard Thaler, “A behavioral approach to law and economics”. *Stanford Law Review*, n.º 5, 50 (mayo de 1998).

29 Teresa Hualde Manso, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*.

30 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2005), 202 a 211.

podía haber incurrido en confusión, engaño o error por el mensaje encontrado como irreal o insuficiente.

Cuando el supuesto de la publicidad engañosa se presenta, el anunciante puede incurrir en dos regímenes de responsabilidad, a saber: primero, el régimen administrativo sancionatorio por publicidad engañosa, y; segundo, a la responsabilidad civil por publicidad engañosa del anunciante.

El primero de ellos, el régimen administrativo sancionatorio, también llamado por los *ius privatistas* responsabilidad antecontractual de consumo³¹, se activa por la sola comisión de una publicidad engañosa. Su finalidad es proteger la voluntad de todos los consumidores, independientemente de que esta no se haya visto transgredida en casos particulares³². Al respecto, dispone los numerales 1 y 9 del artículo 59 de la Ley 1480 del 2011 que

[...] la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad: 1. Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas. [...] 9. Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor.

En ese mismo sentido, establece el artículo 61 de la misma Ley que “[I]a Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, [...]” y el artículo 60 del cuerpo legal en mención que “[I]as sanciones administrativas serán impuestas previa investigación, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo”.

Sin perjuicio de los detalles procesales, así como los elementos constitutivos de la publicidad engañosa en el caso concreto, lo que motiva a la administración es determinar si el arquetipo de consumidor se ve inducido a engaño, confusión o error mediante el mensaje publicitario.

En consecuencia, no habrá responsabilidad sancionatoria administrativa si el anunciante acredita la inexistencia de alguno de los elementos estructurales

31 Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena fe contractual* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay e Ibáñez, 2012), 291 y 292.

32 “La responsabilidad precontractual comienza cuando el consumidor se determina a contratar e inicia las tratativas, pero antes de esa etapa ya debe protegerse su voluntad en el momento previo a la iniciación de la negociación que va a tender a su vez a la concreción del contrato”. *Ibid.*, 291.

de la publicidad engañosa o alguna de las causales de exoneración que se revisarán más adelante.

Por su parte, el segundo, la responsabilidad civil por publicidad engañosa del anunciante, se activa cuando, en un caso concreto, la publicidad engañosa causa un daño al consumidor. En ese orden de ideas, el régimen está compuesto por: la publicidad engañosa, el daño y el nexo causal entre el primero y el segundo. Su finalidad es la de reparar los perjuicios sufridos por el consumidor real como consecuencia de la publicidad engañosa.

Como afirma con plena lucidez la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³³, la doctrina nacional³⁴ y extranjera³⁵, la responsabilidad civil por publicidad engañosa puede derivar en una responsabilidad precontractual o en la nulidad del contrato con su eventual responsabilidad derivada de ella —esta última responsabilidad extracontractual—³⁶.

En la responsabilidad precontractual se vislumbra el supuesto en el que no se alcanzó a suscribir el negocio jurídico de consumo porque la publicidad engañosa, conocida antes de la celebración, así lo imposibilitó. Según el análisis del autor alemán Ihering, acogido en la doctrina y jurisprudencia patria, la responsabilidad de los tratos preliminares examina la culpa en la conclusión del contrato, *in cotrahendo*. De esta manera, en palabras de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el régimen de responsabilidad precontractual

[...] se ha entendido que el daño lo constituye el llamado por la doctrina “interés negativo”, que comprende, no las consecuencias derivadas del contrato que se quería celebrar, sino el daño emergente proveniente de los gastos o erogaciones realizadas en esa “fase precontractual o de tratos preliminares” y el lucro cesante originado en los beneficios o ganancias que no se han obtenido por haberse desechado opciones ciertas de ingresos para procurar, en su lugar, la celebración del contrato que finalmente resultó frustrado³⁷.

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1.º de noviembre del 2011. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01.

34 Jorge Oviedo Albán, *La formación de contrato* (Bogotá: Temis y Universidad de la Sabana, 2008), 25.

35 Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez., “La buena fe en las relaciones de consumo con especial referencia al deber de información”, en *Tratado de la buena fe en el derecho. Doctrina nacional*, dirigido por Marcos M. Córdoba y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viciana Kluger (Argentina: La Ley, 2009) 435.

36 Al respecto, el profesor Tamayo Jaramillo indica que “[e]n caso de que el contrato sea declarado nulo puede haber daños producidos por la nulidad o producidos en la ejecución del contrato nulo. En uno y otro caso, la responsabilidad será extracontractual”. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I* (Bogotá: Legis, 2009), 70.

37 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio del 2011. Exp. 19001-3103-003-2000-00183-01.

Más todavía, según la postura vigente de esa misma Corporación, y en atención a la naturaleza extracontractual de ese régimen de responsabilidad, con sustento en la responsabilidad precontractual es perfectamente posible solicitar la reparación de todos los perjuicios extracontractuales que el demandante pruebe en el proceso, eso sí, siempre que se encuentren soportados en las reglas de la responsabilidad aquiliana³⁸.

Por otro lado, la publicidad engañosa puede derivar en la nulidad del contrato si, con fundamento en el mensaje publicitario ilícito, el consumidor suscribe y/o ejecuta un negocio jurídico con el anunciante. Es claro, en este caso, el consumidor celebra y cumple un contrato inmerso en un engaño, confusión o error, dispuesto de forma activa —mensaje irreal— u omisiva —mensaje incompleto— por el anunciante, lo que puede ocasionarle perjuicios.

En ese estado de cosas, y siguiendo lo explicado por el profesor Tamayo Jaramillo³⁹, el consumidor puede sufrir daños por el hecho de la nulidad relativa o anulabilidad del contrato, daños por la ejecución de un contrato nulo y daños posteriores y derivados directa o indirectamente por la ejecución del contrato inexistente por la nulidad.

Sin embargo, para lo que interesa, en los dos primeros eventos, regidos por las reglas de publicidad engañosa del Estatuto del Consumidor, de anulabilidad del Código de Comercio y de responsabilidad del Código Civil, el demandante —consumidor— deberá probar la existencia de la publicidad engañosa, el daño antijurídico y el vínculo causal entre ellos, a propósito de alcanzar el débito indemnizatorio, porque el último se encuentra absolutamente gobernado por las normas generales de la responsabilidad extracontractual, en atención a que se presenta allí la transgresión al deber general de prudencia.

Por último, vale simplemente anotar que el anunciante no estará obligado a indemnizar si logra desacreditar alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad o si, probados, asegura una de las causales de exoneración del artículo 32 de la Ley 1480 del 2011 que se estudiarán más adelante. Además, que la acción jurídico-procesal para exigir la indemnización de esos casos particulares es

38 “En conclusión, para la Sala, la ruptura injustificada de los tratos previos origina el deber legal de reparar todos los daños ocasionados que estén debidamente demostrados en el proceso y cuya carga probatoria corresponde al damnificado con los restantes elementos de la responsabilidad. Esta, a falta de contrato, naturalmente se aprecia de conformidad con las reglas que gobiernan la “responsabilidad civil extracontractual”, y en la valoración de los daños el juzgador aplicará los criterios señalados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pudiendo acudir a las reglas generales de la “responsabilidad civil”, como en el caso, a los intereses legales civiles fruto de una suma de dinero o renta”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio del 2011. Exp. 19001-3103-003-2000-00183-01.

39 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I* (Bogotá: Legis, 2009), 69 a 78.

la acción de protección al consumidor que, como reza el artículo 56 de la Ley 1480 del 2011, es aquella encaminada, entre otras,

[...] a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

C) Sobre la publicidad de productos nocivos

La regla de responsabilidad sobre la publicidad de productos nocivos se encuentra establecida de forma general en el artículo 31 de la Ley 1480 del 2011⁴⁰. Dice la norma que

[e]n la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de que trata el presente artículo. Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo, no podrá ir en contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

Con el objetivo de determinar su alcance, lo primero que debe estudiarse es qué entender por producto nocivo para la salud, en atención a que es él y sus anunciantes quienes se encuentran sometidos a la disposición en cita.

Así, el Estatuto del Consumidor no precisa al producto nocivo, pero sí se encarga de definir al producto en el numeral 8 de su artículo 5, en los siguientes términos: “[t]odo bien o servicio”. A pesar de lo problemático de esa noción, sobre la cual no nos ocuparemos ahora, el producto nocivo implica inicialmente cualquier bien o servicio dispuesto en el mercado para el acto de consumo. Sin embargo, la expresión *nocivo* agrega un apelativo que delimita aún más el concepto.

Para comprenderlo, el *Diccionario de la lengua española* define *nocivo* como el adjetivo que se refiere a “[d]añoso, pernicioso, perjudicial”. Con mayor exactitud, según el glosario del Scientific Committees de la Unión Europea, el *efecto nocivo*, también llamado *efecto adverso*, *impacto negativo* o *consecuencias adversas*,

40 En el artículo 2.1.2.4 del título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio se establecen otras reglas sobre la materia. Sin perjuicio de ello, nos estamos a lo explicado en el comentario preliminar de este trabajo.

alude a “[u]n cambio de las funciones fisiológicas o en la estructura de las células que puede provocar enfermedades o problemas en la salud”⁴¹.

De esta manera, desde una concepción común y científica el producto nocivo es el bien o servicio dañoso, pernicioso y/o perjudicial, que genera un cambio de las funciones fisiológicas o en la estructura de las células que puede provocar enfermedades o problemas en la salud.

Sin embargo, ese no ha sido el alcance que nuestra jurisprudencia le ha dado. En esencia, porque dentro de esa noción cabrían también los productos defectuosos, que no tienen la misma implicación legal. En efecto, en la famosa sentencia “La Alquería”, en la que se evaluó un caso de responsabilidad por producto defectuoso por el consumo de una leche, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que

[...] la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar no se concibe en términos absolutos; de ahí que nadie pueda anhelar que objetos ineludiblemente peligrosos (un arma, un raticida, algunas herramientas, etc.), que por su propia naturaleza comportan un riesgo y que como tales son dados a conocer al público, tengan tal grado de seguridad del que esencialmente carecen. La obligación de seguridad cuyo incumplimiento genera el deber indemnizatorio de que aquí se trata es aquella a la que razonablemente se puede aspirar; en consecuencia quedan excluidas las situaciones en las que el carácter riesgoso del producto es aceptado o conocido por el público y debería, pues, serlo también por la víctima⁴².

En ese orden de ideas, desde el derecho, el producto nocivo es aquel bien o servicio razonable y conocidamente dañoso, pernicioso y/o perjudicial, que genera un cambio de las funciones fisiológicas o en la estructura de las células que puede provocar enfermedades o problemas en la salud de quienes los consumen. Diferente entonces al producto defectuoso, cuyo carácter jurídico medular es la irrazonable inseguridad que lo acompaña.

Justamente, por su condición perjudicial, las normas de protección al consumidor mandan sobre los productos nocivos una obligación superior y calificada de información, que a su vez repercute en su publicidad.

41 Véase “Scientific Committees Toolbox European Union”, *Scientific Committees Toolbox*. https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/opinions_layman/security-scanners/es/glosario/def/efecto-adverso-para-la-salud-efecto-nocivo-para-la-salud.htm

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril del 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Al respecto, establece el artículo 25 del Estatuto del Consumidor, referente a las condiciones especiales de información, que

[s]in perjuicio de lo dispuesto en normas especiales y en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, tratándose de productos que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de estos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso.

Regla que guarda plena relación con lo previsto en el 31 de la Ley 1480 del 2011 bajo estudio.

Aunque hay conexidad con el deber de información especial, no se trata de extender la regla de información del producto nocivo a su publicidad. El artículo 31 del cuerpo normativo enunciado obliga a informar en la publicidad: (1) la condición nociva del producto; (2) la necesidad de consultar las instrucciones para su uso adecuado; (3) las contraindicaciones aplicables sobre el consumo del producto, y; (4) de ser aplicable, la información que sobre ciertos productos nocivos mande la Ley —entre ellos, el caso de las bebidas alcohólicas—. No se olvide que sobre el consumidor pesa también el deber de informarse.

En ese orden ideas, si el anunciante de un producto nocivo no incluye en su publicidad estos cuatro elementos, incurre en un supuesto de responsabilidad administrativa sancionatoria por la transgresión del artículo 31 de la Ley 1480 del 2011 o de las reglas especiales. Igualmente, el anunciante puede caer en un evento de responsabilidad civil por publicidad sobre producto nocivo si, al infringir la regla citada, causa algún daño a la vida, salud o integridad del consumidor.

Téngase en cuenta que no se trata este de un supuesto de defecto de información, y en consecuencia de responsabilidad por productos defectuosos, en el que puede incurrir el productor cuando falte a la información sobre el uso razonablemente seguro del producto, obedece más bien al hecho de que a pesar de que el producto es razonablemente inseguro, nocivo, el productor omitió informar o advertir los mandatos del artículo 31 en su publicidad y ese hecho generó daños al consumidor.

D) Sobre la publicidad de promociones u ofertas

Al tenor del numeral 10 del artículo 5 de la Ley 1480 del 2011, la promoción u ofertas, términos considerados sinónimos por el Estatuto del Consumidor, es el

[o]frecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos.

Con fundamento en dicha noción, la regla general de la responsabilidad de la publicidad de promociones u ofertas se encuentra establecida en el artículo 33 de la Ley 1480 del 2011⁴³. Así, la norma dispone que

[l]os términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.

La norma consagra dos subreglas estructurales: (1) que la promoción u oferta obliga a quien las realiza y está sujeta a las normas del Estatuto del Consumidor, y; (2) que los términos y condiciones de la oferta o promoción, relacionados con acceso, tiempo, modo y lugar deben ser informadas al consumidor en la publicidad.

La primera de ellas es el mandato de la fuerza vinculante de la promoción u oferta, homóloga al artículo 29 de la Ley 1480 del 2011, de la fuerza vinculante de la publicidad. Siendo así, y como tuvo oportunidad de explicarse, los términos de la oferta o promoción se incorporan al negocio jurídico de consumo suscrito entre el anunciante y el consumidor. De manera que, sobre estos, son aplicables los efectos estudiados en el acápite de la fuerza vinculante de la publicidad.

Más, la primera subregla indica que la promoción u oferta se encuentra sometida a las normas del Estatuto del Consumidor, entre ellas y tal vez las más próximas, las de información, lo que implica que las condiciones de la promoción deben ser en castellano, claras, veraces, suficientes, oportunas, verificables, comprensibles,

43 En el artículo 2.1.2.1 del título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio se establecen otras reglas sobre la materia. Sin perjuicio de ello, nos estamos a lo explicado en el comentario preliminar de este trabajo.

precisas e idóneas y, por supuesto, las de la publicidad engañosa, lo que significa que los términos de la promoción deben ser reales y suficientes de manera que no causen engaño, confusión o error en el consumidor. Este último supuesto nos ubica nuevamente en las reglas de la publicidad engañosa y sus implicaciones⁴⁴.

Por su parte, la segunda de las subreglas establece que los términos y condiciones de la oferta o promoción, relacionados con acceso, tiempo, modo y lugar deben ser informadas al consumidor en la publicidad. Según el entendimiento que a hoy tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, no se trata de que la publicidad indique dónde ubicar esos términos y condiciones, sino que efectivamente los contenga.

Al respecto, la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, después de transcribir la subregla bajo estudio, indicó en la Resolución 14835 del 2015, al estudiar el caso de una pieza publicitaria que anunciaba una promoción u oferta, que

[d]el anterior artículo, se debe resaltar que de manera clara establece que las condiciones de modo, tiempo y lugar, para acceder a la promoción u oferta deben ser informadas a los consumidores en la publicidad misma, lo cual en la pieza publicitaria en cuestión se echó de menos, teniendo en cuenta que no se informaron tales condicionamientos, sino que se indicó una página web donde los consumidores debían ingresar a fin de obtener la referida información, imponiéndoles cargas adicionales con relación al acceso de la información a la cual tienen derecho a fin de poder tomar decisiones objetivas y conscientes de consumo. Es por ello que esta dirección encuentra como vulnerado lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1480 del 2011 por parte de la investigada⁴⁵.

En ese orden de ideas, hay responsabilidad sancionatoria administrativa si el anunciante de una promoción u oferta no informa en la publicidad los términos y condiciones de acceso, tiempo, modo y lugar al que se encuentra sometida la oferta o promoción.

44 Véase Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 60184 del 2016.

45 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 14835 del 2015.

En idéntico sentido se expresa la Resolución 15754 del 2016, que resolvió el recurso de apelación de la Resolución 14835 del 2015, al indicar: “[...] el artículo 33 de la Ley 1480 del 2011 dispone expresamente que cualquier requisito para acceder a la promoción, en adición a las condiciones de modo, tiempo y lugar, deberá ser informado al consumidor en la publicidad. De lo cual se desprende que, si no existen requisitos adicionales a las condiciones antes descritas, no será exigible la obligación de anunciarlas.” Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 15754 del 2016.

Sin perjuicio de dicho entendimiento, estricto y apegado al tenor literal del artículo 33 de la Ley 1480 del 2011, se considera que pueden existir supuestos en los que sea dable inferir que, con la referencia a dónde encontrar los términos y condiciones en el anuncio, también se cumple con lo dispuesto en el artículo en mención. Primero, porque sobre el consumidor pesa el deber de informarse, y; segundo, porque en algunos casos puede ser imposible que el anuncio contenga todas y cada una de las condiciones de acceso, tiempo, modo y lugar de la promoción⁴⁶.

Finalmente, no incluir en la publicidad los términos de acceso, tiempo, modo y lugar de la promoción u oferta puede acarrear también una responsabilidad civil del anunciante si, por la ausencia de esos requisitos, el consumidor sufre un daño. En ese caso, el demandante, amparado en la acción de protección al consumidor, deberá acreditar el nexo causal entre la falta de anuncio de las condiciones de la promoción y el perjuicio o menoscabo sufrido. Solo así, logrará obtener la indemnización.

Las causales de exoneración de responsabilidad del anunciante

Dice el artículo 32 de la Ley 1480 del 2011 que “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”. En definitiva, y al tenor literal de la norma, son únicamente dos las causales de exoneración de responsabilidad del anunciante: (1) la fuerza mayor o el caso fortuito, y; (2) el hecho calificado de un tercero.

46 En idéntico sentido se pronuncia Jorge Jaeckel Kovács en Jorge Jaeckel Kovács, “Publicidad engañosa”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 296 y 297.

Es importante indicar que la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio ha moderado su postura en el sentido de indicar que en la publicidad pueden solo informarse las condiciones esenciales de la oferta o promoción, dejando la información complementaria y menor en otro espacio. Dice la Delegatura, al estudiar el artículo 33 del Estatuto del Consumidor, que “[...] según lo dispuesto en la norma, la sociedad investigada debió optar por la difusión expresa de la información o condiciones de carácter esencial en el anuncio publicitario y según esto, solo la información complementaria y de menor relevancia para la promoción, podía ser considerada a través de la remisión a la página web de la sociedad investigada en la pieza publicitaria”. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 15754 del 2016.

La fuerza mayor y el caso fortuito. Aunque un sector de la doctrina y la jurisprudencia extranjera ha distinguido las figuras de la fuerza mayor y el caso fortuito para indicar que el primero responde al acontecimiento del todo extraño a la actividad del deudor o demandado, mientras que el segundo refiere al suceso que ocurre en el giro de sus actividades⁴⁷, lo cierto es que nuestra legislación y jurisprudencia no ha realizado tal diferencia y, más bien, las trata como sinónimas.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 dispone que “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

De este modo, adviértase que las locuciones *fuerza mayor* y *caso fortuito* han sido entendidas por la legislación colombiana como semejantes. Obedecen al imprevisto irresistible o, si se prefiere, a una situación imprevista e irresistible, que además es externa al agente o a la industria a la que pertenece⁴⁸.

En ese sentido, y con sustento en la regla citada y la jurisprudencia de la Corte, son tres los requisitos fundamentales para que se configure un acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito: (1) que el hecho sea imprevisible; (2) que el hecho sea irresistible, y; (3) que el mismo hecho no se encuentre ligado al agente, a su persona o a su industria⁴⁹.

Así, cuando el anunciante acredita esos elementos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito rompe la causalidad jurídica y, con ella, la causalidad material, entre el menoscabo sufrido por el consumidor o los consumidores y la trasgresión normativa de la publicidad —fuerza vinculante de la publicidad, publicidad engañosa, publicidad de productos nocivos y/o publicidad de promociones u ofertas—. En otros términos, lo que se pretende con esta causa extraña es que, a pesar del daño cometido por la infracción publicitaria, el anunciante se exonere de responsabilidad porque ese perjuicio debe ser imputable a un evento externo al demandado, el cual, a su vez, le fue completamente inevitable e irresistible.

Que la publicidad haya sido adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación. Debe advertirse que este supuesto de exoneración es bastante paradójico. Cuando el artículo 32 del Estatuto del Consumidor

47 Fernando Hinegrota, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 790.

48 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de abril del 2005. Radicado n.º 0829.

49 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. Radicado n.º 5220.

dispone que “[e]l anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando [...] la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”, dice también que el anunciante se exonera por un hecho de un tercero que falseó o reemplazó su publicidad, siéndole entonces el acto externo, imprevisible e irresistible, que no pudo evitar. No es más ni menos que un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Justamente, tiene dicho la doctrina especializada de la responsabilidad civil que “[e]n realidad, el hecho de tercero y el hecho exclusivo de la víctima son considerados como especies de la causa extraña o de la fuerza mayor”⁵⁰.

De este modo, su inclusión, además de redundante, es problemática. En concreto, porque al confrontarla con la causal inmediatamente anterior y en general con la regla, no da claridad si caben o no como supuestos de exoneración de responsabilidad cualquier hecho exclusivo de un tercero o, como dice expresamente la norma, los que solo involucren una adulteración o suplantación inevitable de la publicidad sobre quien es el anunciante demandado.

Sin perjuicio de ese debate, no menor, creemos que, en atención a la amplitud del concepto de fuerza mayor y caso fortuito, así como lo enseñado por la doctrina de la responsabilidad civil, son perfectamente admisibles todos los supuestos del hecho exclusivo de un tercero para exonerar de responsabilidad al anunciante de la publicidad ilícita. Así también el de la culpa exclusiva de la víctima, a pesar de que tampoco haya quedado consagrado en el artículo.

De esta manera, las normas generales de la responsabilidad civil, aplicables al hecho exclusivo de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima, como causales de exoneración, son también extensibles a los regímenes de responsabilidad de la publicidad⁵¹.

50 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II* (Bogotá: Legis, 2009) 135.

En ese mismo sentido: “Considerando [...] que el hecho de tercero invocado por el demandado se asimila a la causa extraña no imputable, y, por consiguiente, no le basta probarlo sino que es necesario que se acredite, que revista las características de irresistible e imprevisible”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de marzo de 1939. *Gaceta Judicial* tomo XLVII, n.º 1947, 63.

51 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II* (Bogotá: Legis, 2009), 135.

Al respecto indica el inciso final del artículo 4 de la Ley 1480 del 2011 que “En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil. En materia procesal, en lo no previsto en esta ley para las actuaciones administrativas se le aplicarán las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y para las actuaciones jurisdiccionales se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario”. Ley 1480 del 2011. Colombia.

El régimen de responsabilidad del medio de comunicación en la publicidad

Como ya ha quedado planteado, en el esquema publicitario el medio de comunicación no es el anunciante y, en consecuencia, no está sometido, en lo que a la publicidad refiere, a su régimen de responsabilidad.

Conforme al artículo 6 del Código de Autorregulación Publicitaria (2013), por medio de comunicación se entiende “[...] el instrumento o vehículo a través del cual se difunden o se hacen llegar al consumidor los mensajes comerciales, tales como prensa, televisión, radio, fax, teléfono, publicidad exterior, películas, medios digitales interactivos, correo directo, correo electrónico, etc.”⁵². Caben allí también las redes sociales y, por qué no, en algunos supuestos concretos el *influencer* o *influenciador*, donde, por intermedio de la cuenta del propio anunciante o de ese tercero, se difunde la publicidad⁵³.

Ciertamente, el medio de comunicación, en el marco nuestras normas de responsabilidad publicitaria, tiene un papel especial y, en consecuencia, cuenta con un régimen propio. Sobre este particular, determina el aparte pertinente del segundo párrafo del artículo 30 de la Ley 1480 del 2011 que “[e]l medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave”.

La regla en mención fue analizada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-592-12, en la cual la Máxima Corporación estudió su constitucionalidad a la luz del preámbulo y los artículos 3, 6, 20 y 78 de la Constitución Política de Colombia de 1991. En dicho fallo, en el que por demás se resolvió la constitucionalidad de la regla evaluada, la Corte considera, primero, que la responsabilidad publicitaria calificada del medio de comunicación no transgrede el derecho a la libre expresión, en la medida en que el asunto regulado en el artículo 30 de

52 “Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (2013)”, Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp). https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_799d2f146d164ab79a620ee0e95e3b5b.pdf

En ese mismo sentido, el artículo 6 del Código en cita define a los *medios digitales interactivos* así: “[...] medios digitales interactivos: se refiere a cualquier plataforma, servicio o función que permita la comunicación electrónica vía internet o redes de comunicación electrónica. Incluye los servicios electrónicos a través de teléfonos celulares, los blogs, las revistas virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión artística, emisoras de radio virtuales, entre otros, asistencia digital personal y consolas de juegos interactivos que permiten a la parte receptora interactuar con la plataforma, servicio o función [...]”.

53 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 20006 del 2020.

la Ley 1480 del 2011 es eminentemente económico⁵⁴ y; segundo, que la responsabilidad solidaria del medio de comunicación no es objetiva, sino basada en su acción u omisión gravemente culposa o dolosa en relación con los perjuicios causados al consumidor, en el marco, eso sí, del debido proceso del respectivo trámite administrativo y/o judicial⁵⁵.

Siendo así, el medio de comunicación será responsable en sede administrativa cuando bajo una acción u omisión gravemente culposa o dolosa permita la infracción de alguna de las normas de la publicidad. En ese mismo sentido, el medio de comunicación será responsable en sede de responsabilidad civil si bajo una acción u omisión gravemente culposa o dolosa permita la infracción de alguna de las normas de la publicidad y con ello se cause un perjuicio al consumidor.

54 “[...] 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 es válido que el legislador imponga restricciones, incluso intensas, a la publicidad comercial, siempre y cuando no involucren la violación directa de derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente de mercado que hace uso del mensaje publicitario*” [...]. “la jurisprudencia ha establecido que las limitaciones a la publicidad comercial pueden ser particularmente intensas, por cuanto no están relacionadas directamente con restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión consideradas fundamento de la democracia y del derecho a la participación política, sino como un mecanismo de difusión de las calidades y propiedades de los bienes y servicios ofrecidos a través de los medios de comunicación. El examen constitucional de esta clase de medida legislativa se lleva a cabo desde una perspectiva económica antes que desde un punto de vista político propio del estudio sobre los valores y principios del Estado democrático y considerando la razonabilidad de la misma. 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’*”. Corte Constitucional. Sentencia C-592-12.

55 “7.10. El artículo 30 de la Ley 1480 del 2011 no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante; como lo expresó la mayoría de los intervinientes, estos únicamente responderán en cuanto se demuestre su comportamiento doloso o gravemente culposo respecto de los perjuicios causados al consumidor y, como es lógico, al cabo de un proceso judicial o administrativo en el que, observando las reglas del artículo 29 superior, sean declarados jurídicamente 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. Pol. Art. 78). 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 otro. Al tenor de la norma demandada una u otro deberán ser demostrados antes de declarar solidariamente responsables al anunciante y al medio de comunicación. 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”. *Ibid.*

Quedaría claro que sobre el medio de comunicación solo podría haber responsabilidad de publicidad ilícita derivada de anuncios engañosos, transgresora de las reglas sobre publicidad de productos nocivos e infractora de las normas de la publicidad de promociones u ofertas. Todos ellos, se reitera, siempre que medie su actuación u omisión calificada como de dolo o culpa grave. No podrían ser extensibles los eventos de la fuerza vinculante de la publicidad al medio de comunicación porque, en dichos casos, la promesa de cumplimiento de lo informado pende única y exclusivamente del anunciante.

Conclusiones

Con sustento en todo lo explicado pueden anotarse las siguientes ideas:

- Los regímenes de responsabilidad publicitaria ordenados en la Ley 1480 del 2011 —Estatuto del Consumidor— son únicamente aplicables a las categorías de anunciante y medio de comunicación.
- Siendo así, y a efectos de aplicar los regímenes de responsabilidad publicitaria, es imperioso acreditar que el demandado o denunciado es un anunciante o medio de comunicación, de lo contrario no operaría.
- La ausencia de nociones legales claras sobre anunciante y medio de comunicación genera una relativa dificultad para aplicar los regímenes de responsabilidad publicitaria. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de los jueces de consumo, los actos administrativos sancionatorios de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Código de Autorregulación Publicitaria en Colombia han sentado algunas bases para establecer esas definiciones.
- El anunciante se encuentra sometido a cuatro grandes reglas de responsabilidad publicitaria. Dos de aplicación universal: el régimen de responsabilidad de la fuerza vinculante de la publicidad y el régimen de la publicidad engañosa, y dos de carácter especial: el régimen de responsabilidad de la publicidad sobre productos nocivos y el régimen de responsabilidad de la publicidad de promociones u ofertas.
- El régimen de responsabilidad de la fuerza vinculante de la publicidad es sustancialmente distinto al régimen de la publicidad engañosa. El primero tiene efectos sobre el objeto del negocio jurídico, mientras que el segundo alcanza el consentimiento en la celebración del contrato.

- A pesar de la falta de técnica legislativa, se entiende que las causales de exoneración previstas en el artículo 32 del Estatuto del Consumidor son también extensibles al régimen de responsabilidad por publicidad de promociones u ofertas, ordenado en el artículo 33 de ese mismo cuerpo legal.
- En atención a la amplitud del concepto de fuerza mayor y caso fortuito, son perfectamente admisibles todos los supuestos del hecho exclusivo de un tercero y de culpa exclusiva de la víctima para exonerar de responsabilidad al anunciante de la publicidad ilícita.
- El medio de comunicación será solidariamente responsable con el anunciante si, en el marco de la publicidad ilícita, se comprueba su acción u omisión gravemente culposa o dolosa. Sin embargo, su responsabilidad no será extensible a los eventos de la fuerza vinculante de la publicidad porque, en dichos casos, la promesa de cumplimiento de lo informado pende única y exclusivamente del anunciante.

En este campo, el medio de comunicación se exonerará de responsabilidad desvirtuando su acción u omisión gravemente culposa o dolosa o acreditando cualquiera de las causales de exoneración o excusión de responsabilidad civil, según el caso, a sabiendas de que el Estatuto del Consumidor no establece unas reglas especiales sobre el particular.

Referencias

Barocelli, Sergio Sebastián. “La protección del consumidor frente a la publicidad en el Derecho argentino”. En *Escritos de derecho privado contemporáneo. Contratos, responsabilidad y mercados en el siglo XXI*, dirigido por Juan Carlos Vilalba Cuéllar y Andrea Alarcón Peña. Bogotá: Ibáñez, 2017.

Boorstin, Daniel J. *The Image*. 1962. Pelican Book.

“Circular Única Superintendencia de Industria y Comercio”, Superintendencia de Industria y Comercio. https://www.sic.gov.co/repositorio-de-normatividad?field_tipo_de_norma_value=4&combine=&field_numero_value=&body_value=&field_fecha_de_publicacion_value%25255Bvalue%25255D%25255Byear%25255D=2.020

“Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (1998)”. Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp). <https://publiclina.files.wordpress.com/2.013/01/cc3b3digo-colombiano-de-autorregulacion-colombiano-de-autorregulacion-publicitaria.pdf>

“Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (2013)”. Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp). https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_799d2f146d164ab79a620ee0e95e3b5b.pdf

“Conarp”. Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP). <https://www.ucepcol.com/conarp-cjce>

Corte Constitucional. Sentencia C-592-12.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de marzo de 1939. Gaceta Judicial Tomo XLVII, n.º 1947.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. Radicado n.º 5220.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre del 2001. Exp. 6775.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de abril del 2005. Radicado n.º 0829.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril del 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio del 2011. Exp. 19001-3103-003-2000-00183-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1.º de noviembre del 2011. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01.

Decreto 410 de 1971, 16 de junio. *Diario Oficial* n.º 33.339. Colombia.

Decreto 3466 de 1982, 2 de diciembre. *Diario Oficial* n.º 36.143. Colombia.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I introducción teoría del contrato*. Madrid: Civitas y Thomson Reuters, 2007.

Directiva de la Unión Europea 2019/771, 20 de mayo. Unión Europea.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

—. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Hualde Manso, Teresa. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*. España: UPNA, Inarbe, Dykinson, S. L., 2016.

Jaekel Kovács, Jorge. “Publicidad engañosa”. En *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Jolls, Christine, Cass R. Sustein y Richard Thaler. “A behavioral approach to law and economics”. *Stanford Law Review*, n.º 5, 50 (mayo de 1998).

Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá. Sentencia del 16 de mayo del 2016. Radicado 14-87474.

Ley 24.240, 13 de octubre de 1993. Argentina.

Ley 19496 de 1997, 7 de febrero de 1997. Chile.

Ley 1480 del 2011, 12 de octubre. *Diario Oficial* n.º 48.220. Colombia.

Ley 34 de 1988, 11 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado* n.º 274. España.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N. “La buena fe en las relaciones de consumo con especial referencia al deber de información”. En *Tratado de la buena fe en el derecho. Doctrina nacional*, dirigido por Marcos M. Córdoba y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Vicianá Kluger. Argentina: La Ley, 2009.

Morales, Manuel. “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de directiva)”. *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 50 (1999).

Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena fe contractual*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica de Uruguay e Ibáñez, 2012.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2005.

Oviedo Albán, Jorge. *La formación de contrato*. Bogotá: Temis y Universidad de la Sabana, 2008.

Pasquau Liaño, Miguel. “Comentario al artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. En *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinado por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas. España: Civitas, 1992.

Pico Zúñiga, Fernando Andrés. “Protección al consumidor 2019”, *Ámbito Jurídico*, 27 de noviembre del 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/proteccion-al-consumidor>

—. “La responsabilidad civil por daños a derechos colectivos del consumo”, *Ámbito Jurídico*, 21 de octubre del 2020. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-responsabilidad-civil-por-danos>

“Propuesta de revisión y de reforma del sistema de autorregulación colombiano”. Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP). https://aec1c6dc-782e-4567-897e-849e0745b08d.filesusr.com/ugd/3455e7_af40dbf0fdf1461287bb3fff0d20784a.pdf

“Scientific Committees Toolbox European Union”. *Scientific Committees Toolbox*. https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/opinions_layman/security-scanners/es/glosario/def/efecto-adverso-para-la-salud-efecto-nocivo-para-la-salud.htm

Sen, Amartya. *Rationality and freedom*. Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 1518 del 11 de febrero del 2019. Radicación 17-295251.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia 4195 del 29 de julio del 2016. Radicación 15-227201.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 14835 del 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 16001 del 2015. Caso Jorge Hané Laboratories Colombia S. A. S.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 15754 del 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 15754 del 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 60184 del 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 20006 del 2020.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección al Consumidor. Resolución 37544 del 2020. Caso Jugos Hit.

Superintendencia de Industria y Comercio. “Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores”, 2 de octubre del 2020. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2.020/Bolet%3%ADn%20Jur%3%ADdico/GU%3%8DA%20DE%20BUENAS%20PR%3%81C TICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAV%3%89S%20DE%20INFLUENCIADORES.pdf>

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Bogotá: Legis, 2009.

—. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*. Bogotá: Legis, 2009.