

EL TRATO JURÍDICO A LOS MENORES DE EDAD FRENTE A LA PUBLICIDAD SEGÚN LA LEY 1480 DE 2011



LUZ ÁNGELA CASTELLANOS ROJAS
ANA MARIA CUARTAS VERJEL

El trato jurídico a los menores de edad frente a la publicidad según la Ley 1480 de 2011

Autor:

Luz Ángela Castellanos Rojas

Ana María Cuartas Verjel

**Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Bogotá D.C.
2018**

El trato jurídico a los menores de edad frente a la publicidad según la Ley 1480 de 2011

Autor:

Luz Ángela Castellanos Rojas

Ana María Cuartas Verjel

Presentado para optar el título de abogadas

Director

Dr. Ricardo Durán Vinazco

**Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Bogotá D.C.
2018**

Contenido

PRESENTACIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	6
1. El Derecho del consumidor	11
1.1. <i>Una mirada histórica</i>	<i>12</i>
2. El Derecho del consumidor en Colombia	14
CAPÍTULO II	22
1. El menor de edad en Colombia.....	22
1.1. <i>Protección especial al menor de edad.....</i>	<i>22</i>
2. Protección especial al menor de edad cuando es consumidor.....	28
CAPÍTULO III.....	36
1. La publicidad en Colombia.....	36
1.1. <i>La publicidad dirigida a los menores de edad.....</i>	<i>38</i>
1.2. <i>Diferencia entre publicidad y deber de información.....</i>	<i>43</i>
2. Relacion entre la publicidad y la propuesta de negocio	48
2.1. <i>Requisitos y consecuencias jurídicas de la oferta</i>	<i>50</i>
3. La publicidad emitida por la industria cosmética	54
3.1. <i>La publicidad engañosa</i>	<i>59</i>
3.1.1. <i>La protección especial a los menores de edad frente a la publicidad engañosa</i>	<i>64</i>
3.2. <i>La publicidad como una nueva forma de oferta</i>	<i>79</i>
3.2.1 <i>Aplicación de la teoría de la apariencia a los negocios jurídicos en los cuales se encuentran involucrados los menores de edad.....</i>	<i>83</i>
APRECIACIONES FINALES.....	99
REFERENCIAS.....	107
GLOSARIO	114
ANEXOS.....	119

Tabla de ilustraciones

Ilustración 1. Tipos de oferta según art. 850 y 851 del Código de Comercio de Colombia	51
Ilustración 2: Tipos de oferta según el artículo 847 del Código de Comercio.....	80
Ilustración 3. Sanciones al Negocio Jurídico en Colombia según normativa vigente	88
Ilustración 4. Sistematización de datos según la edad de los menores encuestados	119
Ilustración 5. Sistematización de datos según el reconocimiento de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años.....	120
Ilustración 6. Sistematización de datos según el medio utilizado para reconocer la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre 14 y 18 años.....	120
Ilustración 7. Sistematización de datos según el tipo de producto utilizado por menores, cuya edad oscila entre los 14 y 18 años.....	121
Ilustración 8: Sistematización de datos según la frecuencia del compra de productos de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años	122
Ilustración 9. Sistematización de datos según la frecuencia del uso del producto por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años	123
Ilustración 10. Sistematización de resultados según el conocimiento de los componentes de los productos de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años.	124
Ilustración 11. Sistematización el grado de satisfacción de los productos de la marca Asepxia usados por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años	124
Ilustración 12. Sistematización de datos según la edad en la que los menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años comenzaron a utilizar productos cosméticos	125

PRESENTACIÓN

La Constitución Política de Colombia (1991) consagra en el artículo cuarenta y cuatro (44) los Derechos Fundamentales a favor de los niños y menciona que, “los Derechos de los niños prevalecen sobre los demás” (Constitución política, art. 44); así mismo, en el artículo cuarenta y cinco (45) de la Carta Magna se resalta la protección y la formación integral como Derechos específicos de los que gozan los adolescentes en el país, guardando concordancia con el Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual también otorga Derechos a los menores de edad, con el fin de garantizar su interés superior, y en general, su completa protección.

En este sentido, el Código Civil colombiano define en el artículo treinta y cuatro (34) a los menores de edad como aquellas personas naturales, cuya edad se encuentra contemplada entre los cero (0) y los dieciocho (18) años, existiendo entre ella dos subclasificaciones, la primera, conformada por los niños y niñas o impúberes y la segunda, por los adolescentes o púberes, cuyas edades están comprendidas de entre los cero (0) y los catorce (14) años, y los catorce (14) y los dieciocho (18) años respectivamente¹.

¹ La Ley 1306 de 2009 modificó parcialmente al artículo treinta y cuatro (34) del Código Civil, razón por la cual se consideró que se debe llamar “infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido (veintiún) años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. (...)” (Código Civil, art. 34). No obstante, por medio de la Ley 27 de 1977, en Colombia se fijó la mayoría de edad a los dieciocho (18) años a saber: “artículo 1º. Para todos los efectos legales llámese mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años. Artículo 2º. En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años” (Ley 27, 1977, art. 1 y 2). Adicional a lo anterior, se expone la Sentencia C-534 de 24 de Mayo de 2005, cuyo Magistrado Ponente fue el señor Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decidió declarar inexecutable las expresiones “varón” y “la mujer que no ha cumplido doce”, contenidas en el artículo 34 del Código Civil ya que al concebir la Ley una “diferencia injustificada por razón de sexo entre niños y niñas, que tiene como resultado el establecimiento de un límite de edad distinto entre ellos y ellas para considerarlos y

En ese orden, el tema de investigación que guía el presente escrito es el trato jurídico que se les brinda a los adolescentes o púberes colombianos, en relación con la publicidad según lo contemplado en la Ley 1480 de 2011, haciendo énfasis en aquella emitida por la industria cosmética.

Esta Ley además de definir en el artículo quinto (5) al consumidor o usuario como “toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica” (Ley 1480, 2011), también reglamenta las garantías de protección al consumidor, las cuales, en concordancia con el artículo segundo (2) del Estatuto del Consumidor son de carácter imperativo.

De lo consagrado en la Ley 1480 de 2011 puede inferirse que el menor de edad es considerado dentro del ordenamiento jurídico colombiano como consumidor, actuando en ocasiones como el sujeto que consume el bien o servicio, a pesar de no haber sido quien lo adquirió; sin embargo, en dicha disposición normativa, no se hace diferenciación entre el consumidor regular o general de aquel que no lo es, así como tampoco se hace mención a los cuidados particulares que se deban tener con cada consumidor según su capacidad y características, dejándolo así, en un mayor grado de vulnerabilidad.

Lo anterior permite afirmar que hoy en día en materia de Derecho de Consumo hace falta regular la protección especial a favor de los menores de edad que busque garantizarles sus

considerarlas incapaces absolutos respecto del goce de ciertos Derechos y la suficiencia para obligarse o disponer de sus bienes” (Corte Constitucional, 2005), la capacidad para obligarse también sería diferente, es decir, “los actos y contratos celebrados por unos y otras resultan viciados de nulidad absoluta en atención no sólo a la edad sino también al género” (Corte Constitucional, 2005).

Derechos Fundamentales a la salud e integridad en la etapa precontractual, específicamente en lo referente a la publicidad en su concepción general y cuando pueda ser considerada como un tipo de oferta, y más, si se tiene presente las conductas publicitarias ejercidas por la industria cosmética, las cuales influyen en la formación integral del menor, toda vez que su finalidad no va más allá de generar en sus receptores la imposición o la creación de un prototipo de belleza, lo cual es hoy visto como factor necesario y fundamental para poder encajar dentro de los esquemas de perfección humana fijados por la sociedad, que irradia tanto en hombres como en mujeres.

Ante esta realidad, la pregunta que surge es: ¿en Colombia es suficiente la regulación de la publicidad de la industria cosmética dirigida a menores de edad cuando ellos actúan como consumidores en los términos de la Ley 1480 de 2011?

Expuesto lo anterior y según consideración de las autoras, la respuesta es negativa ya que el menor de edad no es objeto de protección especial como consumidor en la Ley 1480 de 2011, pues, en primer lugar, se encuentra que no se hace diferenciación alguna cuando el consumidor es un menor o mayor de edad, lo que implica un desconocimiento de lo contemplado a favor de los púberes tanto en la Constitución Política, como en el Código de la Infancia y de la Adolescencia, dejando de la lado la búsqueda por garantizarles una formación y protección integral.

En segundo lugar, actualmente no existe una Ley que regule la publicidad de productos cosméticos de la cual son receptores los menores de edad. Esto significa que la industria cosmética no cuenta con unas pautas legales a seguir, ni con controles específicos que aseguren que la publicidad por medio de la cual pretenden la comercialización y consumo de sus bienes se emite en cumplimiento de lo contemplado a favor del menor de edad.

Como tercer aspecto, se encuentra que el legislador ignora las capacidades cognitivas y jurídicas limitadas que tiene un menor de edad, además de evadir que el desarrollo de su personalidad está en formación, lo que lo convierte: (i) no solo en un consumidor vulnerable cuando se expone a la publicidad emitida por la industria cosmética, sino que además, (ii) en los casos en que la publicidad es considerada como una forma de oferta (oferta pública o pólita) y según la teoría del negocio jurídico, dichos negocios al igual que la celebración de contratos, se encontrarán viciados de nulidad, por no ostentar de capacidad de ejercicio.

No obstante, por la teoría de la apariencia, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 1501 del Código Civil², se dice que el negocio jurídico celebrado, en tanto no sea declarado nulo, se presume válido y está produciendo efectos, lo que implica un favorecimiento a la industria cosmética, al no ser atendidas las prerrogativas constitucionales y legales por parte de la regulación de la publicidad, lo que permite afirmar que en la práctica, es la industria cosmética quien goza de una verdadera protección especial.

Así pues, emerge la necesidad de la intervención estatal para controlar este punto de fuga, pues es el Estado quien puede brindar la ayuda necesaria a través del legislador, para buscar el equilibrio en la relación asimétrica que existe entre la publicidad, la industria cosmética y el menor de edad, regulando de manera satisfactoria los lineamientos a seguir para emitir publicidad de productos cosméticos dirigida a los menores de edad, conforme a la Constitución

² El Código Civil en el artículo 1501 menciona que: “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente;** son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Código Civil, art. 1501) (Negrilla fuera de texto).

Política, el Estatuto del Consumidor, la teoría del negocio jurídico y el Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Por esta razón, en el primer capítulo del presente escrito se expondrán las generalidades referentes al Derecho de consumo y su regulación en Colombia. Por otra parte, en el segundo capítulo se tratará la protección especial del menor de edad, y la defensa con la que este cuenta cuando se encuentra inmerso en una relación de consumo.

En el tercer capítulo, se explicará la publicidad desde el punto de vista jurídico, esto es, todo lo que la publicidad significa de manera general y de forma especial en relación con los menores edad y la industria cosmética, específicamente lo concerniente a la publicidad engañosa y a la publicidad como forma de oferta, para dar aplicación en este último aspecto a la teoría de la apariencia en los negocios jurídicos donde se encuentre involucrado un menor de edad.

Por último, en las apreciaciones finales se describirá en pocas palabras lo encontrado; del mismo modo, se presentarán los reparos y las posibles soluciones al problema expuesto por las autoras, para que de esta manera el lector asuma una posición crítica respecto a lo plasmado.

CAPÍTULO I

1. El Derecho del consumidor

El Derecho del consumidor o Derecho de consumo³ es aquella disciplina jurídica que busca proporcionar amparo al consumidor, entendiendo por este, según Rusconi (2009), como al “hombre que actúa en el mercado” (pág. 3) ya sea porque se encuentra influenciado o disminuido en virtud de la necesidad de obtener para su consumo algún bien o servicio, o simplemente porque desea adherirse a él.

Sin querer darle mayor trascendencia a lo enunciado y cualquiera que sea la razón por la que el hombre se encuentra involucrado dentro de la operación del mercado, siempre estará presente dentro de la relación de consumo la capacidad con la que este último cuenta de proporcionar al consumidor la posibilidad de acceder a aquellos bienes y servicios que necesita o que desea, aclarando que para ser consumidor no necesariamente se tiene que ser comprador, pues el poder consumir un producto no conlleva la obligación en cabeza del consumidor de celebrar un contrato de compraventa o de realizar cualquier otro negocio jurídico.

³ Es común encontrar dentro del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que, en algunos casos, cuando se hace mención sobre el Derecho del consumidor y Derecho de consumo, se asimilen dichos conceptos y en otros, se presente una distinción entre aquellos. Por ejemplo, doctrinantes como, Juan Villalba (2012), Julio Durand (2013) y Dante Rusconi (2013), manifiestan que existe una diferencia terminológica entre el Derecho del consumidor y el Derecho de consumo, razón por la cual estas dos figuras no deben ser consideradas sinónimos, ya que fundamentan su postura con base en que el Derecho del consumidor es aquel que está destinado a tutelar los Derechos del consumidor dentro de la relación de consumo, tratándose de un sistema de normas, principios e instrumentos en favor del consumidor y el Derecho del consumo es el que se encuentra dirigido a proveer tutela al mercado de consumo, por el contrario, otros doctrinantes, consideran que no es necesario realizar dicha diferenciación, pues de ambas formas se está haciendo referencia a la protección al consumidor. Al respecto, la doctora Olenka Woolcott (2017) en medio de una conversación sobre el tema, mencionó que dicha diferenciación depende del enfoque que tenga cada autor, pues aquellos que tienen una visión orientada en el mercado prefieren el uso de “Derecho de consumo” y aquellos que tienen una visión social y de protección del consumidor como sujeto de Derechos, prefieren el uso del término “Derecho del consumidor”. Ahora bien, para lo que acontece a la presente investigación y durante el desarrollo de la misma, se hablará tanto del Derecho del consumidor como del Derecho de consumo, para hacer referencia al Derecho que tiene como finalidad la protección al consumidor.

1.1.Una mirada histórica

El consumo es una actividad connatural al hombre. Desde que nace, el hombre tiene la capacidad de consumir (persistiendo en la diferenciación de la figura de comprador y la de consumidor, que, en algunas ocasiones y conforme a circunstancias especiales, puede coincidir), bienes y servicios, con la finalidad de saciar necesidades personales; es por esta razón que Schapp (1998) considera que el hombre es un ser viviente que se caracteriza por tener una gran cantidad de exigencias, ya que debido a su condición de ser animal y espiritual requiere alimentación, vestido, habitación y muchas cosas más, siendo el trabajo y la creación de bienes que finalmente servirán al consumo, las herramientas utilizadas para poder satisfacer todas sus necesidades

Por lo anterior, llega a ser cierta la existencia desde tiempos inmemorables del consumidor, solo que “(...) el derecho –o, mejor, el legislador– no tenía una percepción clara de su marco, como sujeto diferenciado de categorías tradicionales (como el comprador, el locatario, etc.)” (Rinessi, 2006, pág. 73). Ergo, el consumidor en su sentido natural no es una figura nueva, porque desde épocas remotas ha existido el consumo como una actividad intrínseca al hombre, la cual emana del desarrollo de la autonomía privada de la voluntad y de la libertad.

Debido a esto, se hizo necesaria la intervención del Derecho como disciplina que regula la vida del hombre en relación con la sociedad, estableciendo que debe entenderse al consumidor no solo como la parte débil de la relación de consumo que requiere protección por estar inmerso en un vínculo asimétrico con el empresario o productor, sino que además, dicha reglamentación busca brindarle el amparo necesario y las herramientas suficientes para que sean usadas con el fin de hacer valer sus Derechos subjetivos, y por consiguiente, aplicar la discriminación positiva

a su favor, ya sea por edad, capacidad cognoscitiva o por cualquier otra razón que permita considerarlo como sujeto de protección especial.

La regulación a favor del consumidor ha avanzado a lo largo del tiempo, considerándose la creación de la primera *liga de consumidores* en Nueva York hacia el año de 1891 como los inicios de la ordenación de la protección al consumidor. No obstante, hay un referente histórico más antiguo; este radica en 1481 con el edicto de Luis XI en Francia, seguido de la creación de la sociedad “*el comercio verídico y social*” en 1835 en Lyon y en 1844 con el surgimiento de otra sociedad parecida en Rochedale. Algo similar sucedió en 1928 cuando se consolidaron las ligas de consumidores, que conllevaron en 1951 al surgimiento de la Unión Federal de Consumidores y en el año 1961 a dar inicio al movimiento legislativo “*Consumer Protection*”⁴ en Inglaterra. (Villalba, 2012, págs. 18-19).

Finalmente, el 15 de marzo de 1962, se presenció uno de los antecedentes de mayor importancia en el mundo del Derecho de Consumo, el cual fue la afirmación que hizo el presidente Kennedy en Estados Unidos, en donde aseguró que en su gobierno se defendía el Derecho que tienen los consumidores a ser informados, el Derecho a la seguridad, a escoger y a ser oídos, pues “*todos somos consumidores*”. (Villalba, 2012, págs. 18-19).

⁴ En el Reino Unido la protección a los consumidores se materializa a través de los múltiples actos del Parlamento, considerados mediante instrumentos estatutarios, organismos y departamentos gubernamentales y grupos de presión de los ciudadanos que aspiraban garantizar que la economía de mercado fuera no solo equitativa, sino que también, los bienes y servicios objeto de intercambio, respondieran a los más altos estándares de calidad. Así pues, la creación de la normativa en manos del poder legislativo inglés, busca hoy en día otorgarle seguridad al consumidor en lo que respecta a una correcta adquisición, siendo además llamativa la forma en que se fijan condiciones que tienen como fin garantizar la salud, la integridad, entre otros derechos fundamentales al sujeto, por medio de la exclusión de la compra de bienes o servicios potencialmente dañinos, guardando consonancia –claro está– la normativa interna con las leyes de protección del consumidor a nivel transnacional. (García, 2013)

En este orden de ideas, la debilidad manifiesta del consumidor, no nace de sus características propias como persona –aunque estas juegan un papel importante–, sino del rol que desempeña dentro de la relación de consumo por la necesidad o el querer consumir determinado bien o servicio ofrecido por el proveedor, quien resulta siendo el único que cuenta no solo con la información suficiente sobre aquellos, sino también con la capacidad de ofrecerlos para que sean consumidos previa realización de cualquier tipo de negocio jurídico. En otras palabras, dicha desigualdad es “consecuencia de la subordinación estructural en la que se encuentra en la sociedad de consumo, resultado del rol que le toca ocupar en ella” (Rusconi, 2009, pág. 12).

2. El Derecho del consumidor en Colombia

La Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, es la Ley encargada hoy en día en Colombia de reglamentar lo concerniente al consumidor general, pero esta no ha sido la única normativa existente, pues, anterior a ella existió el Decreto 3466 de 1982. No obstante, fue la Constitución Política de 1991 la norma que marcó una pauta importante en la forma de ver y de actuar frente a la protección al consumidor, lo que permitió cimentar una nueva normativa más humana y social, establecida en el respeto a la dignidad humana y basada en la prevalencia del interés general y la garantía de los Derechos Humanos (Constitución Política, 1991, artículo 1).

En lo que respecta al consumidor, la Carta Magna trajo consigo un imperativo en cabeza del Estado consagrado en el artículo setenta y ocho (78) de la siguiente manera: en el primer (1) inciso se le ordena al legislador crear una Ley que controle la información y la calidad de la publicidad de los bienes y servicios ofrecidos al público, y en el segundo (2) inciso se pretende proteger al consumidor de los posibles daños que se puedan generar a su salud o a su seguridad, ya sea por la comercialización o el uso de los bienes o servicios, dándole responsabilidad a quienes ejerzan su producción o comercialización. (Constitución Política de Colombia, 1991).

En pocas palabras, mediante este artículo se ordenó la creación de una Ley en favor del consumidor, que consagrara tanto los Derechos a la seguridad, a la información y a la indemnidad, como la responsabilidad que de manera solidaria se presenta entre productores y proveedores en virtud de los bienes y servicios que ellos ofrecen en el mercado, lo que significa una protección legal y efectiva del consumidor frente a la comercialización y a la calidad de los bienes y servicios ofrecidos para ser consumidos.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha reconocido la importancia de dicho artículo, ya que eleva a rango constitucional los Derechos de los consumidores y pide la existencia de una regulación especial a su favor, además de delimitar el campo de protección, que está desarrollado en defensa del interés del consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013, en Concepto 13-090463); adicionalmente, la Corte Constitucional mencionó que la protección al consumidor nace de la necesidad de restablecer la igualdad que debe concurrir entre el consumidor y el productor y/o distribuidores, pues debido a la inequidad que afecta la relación de consumo es más difícil para la parte débil satisfacer sus necesidades (Corte Constitucional, 2010, sentencia C-1141⁵).

Frente al mencionado artículo, se observa que no se hace referencia al menor de edad, pues no se le requiere al Estado de manera expresa que diferencie entre los consumidores mayores y menores de edad, ni se le solicita que regule de forma proteccionista cuando quien consuma sea un púber, lo cual es bastante discutible, máxime cuando la Constitución Política de

⁵ En Santa Fe de Bogotá el 30 de agosto del 2000, se resolvió demanda de inconstitucionalidad contra los artículos once (11) y diecinueve (29) (parciales) del Decreto 3466 de 1982. En esta oportunidad el Magistrado Ponente fue el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>

1991 pregona en los artículos cuarenta y cuatro (44) y cuarenta y cinco (45) una protección especial hacia referidos sujetos.

Para poder entender mejor de que se trata el Derecho de consumo, es necesario hacer referencia a la relación de consumo, la cual se encuentra entrelazada con la definición de consumidor. Así pues, a la relación de consumo se le debe entender como una relación jurídica, donde el vínculo yace entre productores o proveedores y consumidores, en la cual, no es necesaria la celebración de un negocio jurídico, porque la protección que brinda del Estatuto del Consumidor⁶ está enfocada en resguardar a aquel que consume un bien o servicio, más no en aquel que lo compra.

Esta figura que a pesar de no encontrarse conceptualizada expresamente en la Ley 1480 de 2011, ha sido desarrollada por medio de la doctrina. De este modo, dentro de la relación de consumo se encuentran tres (3) razones que ocasionan que se configure la aplicación del Derecho del consumidor, las cuales son: primero, el acto jurídico contractual⁷; segundo, el acto dañoso de consumo y tercero, la posibilidad que mediante la publicidad conlleve la celebración de referido negocio jurídico. En palabras de Lorenzetti (2009) aquellas razones se explican así: “1. Cuando el consumidor, contrató la compra de un bien o de un servicio (acto jurídico contractual), 2. Cuando el consumidor sufrió un daño (acto dañoso de consumo), 3. Cuando hay tratos previos,

⁶ Al respecto, el Estatuto del Consumidor establece en el artículo segundo (2) que “las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor (...)” (sin subrayas en texto original) (Ley 1480, 2011, art. 2)

⁷ Se entiende por acto jurídico contractual, aquella relación contractual que no surge necesariamente entre el consumidor del bien o servicio y su proveedor o productor, pues, como ya se explicó, la relación de consumo no lleva inmersa la obligación en cabeza del consumidor de celebrar un negocio jurídico para que se dé el consumo; de esta forma, la relación contractual puede surgir entre el proveedor, y cualquier persona que adquiere un bien para que sea utilizado por un tercero.

que pueden terminar en un contrato o, sin arribar a ese vínculo, causar un daño, como ocurre con la publicidad, o la discriminación” (pág. 154).

Por otra parte, la Ley 1480 de 2011 representa para muchos un gran avance en la regulación de la protección al consumidor al interior del país, pues ésta se encuentra acorde no solo a los preceptos normativos establecidos en la Constitución Política de 1991, sino también a los procesos de mimetismo o trasplante jurídico provenientes de la legislación norteamericana, de la regulación alemana y en general de la europea, que se han caracterizado por ser mucho más modernas y más completas, permitiendo entender la necesidad de estar alineados a las exigencias de protección reclamadas por el consumidor, la cual se observa con mayor precisión cuando se compara a la actual reglamentación con su antecesor, el Decreto 3466 de 1982.

En relación con la anterior reglamentación, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante concepto No. 96-027242 del dos (2) septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996), manifestó que no existía suficiente precisión dentro de la definición de consumidor, por lo que era necesario acudir a otros términos como lo son productor y proveedor, para poder soportar dicha vaguedad (Superintendencia de Industria y comercio, 1996); en este sentido, se debía analizar o apreciar “(...) las relaciones concretas de quien adquiere el bien o la prestación del servicio con independencia de la calidad de quienes intervienen en la operación que dio lugar a la relación de consumo” (Rusconi, 2013, pág. 98), es decir, más allá del producto que se pretende consumir, deben ser consideradas las características propias del consumidor, quien en términos de la Superintendencia de Industria y Comercio es la parte económica a quien se debe procurar amparar.

Ahora bien, retomando lo contemplado en la normativa vigente, se encuentra que en esta se define al consumidor o usuario en el artículo quinto (5), numeral tercero (3) como “toda

persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (Ley 1480, 2011, artículo 5)

De este modo, la persona que adquiere disfruta o utiliza un bien o servicio con la finalidad de relacionarlo con su actividad económica o para incorporarlo a un proceso productivo, transformarlo e introducirlo en el mercado, no puede ser considerada como consumidor, pues su propósito es consustancial a su quehacer económico, lo que significa que a esos negocios jurídicos se les aplicarán normas diferentes a las contempladas en el Estatuto del Consumidor, como lo son, por ejemplo, las comerciales.

En este punto es importante aclarar, que tanto el Decreto 3466 de 1982, como su sucesor, señalan dentro de la definición de consumidor, no solo a la persona natural, sino también a la persona jurídica, siendo esta precisión necesaria al estar en el imaginario común que las personas que despliegan actos de consumo son solo las personas naturales, dejando de lado que las personas jurídicas también tienen la capacidad de adquirir algún bien o servicio que no sean parte del giro ordinario de sus negocios. Por ejemplo, si una sociedad comercial dedicada a la actividad inmobiliaria adquiere unos muebles donde se sentarán sus trabajadores, los cuales no tienen relación con su actividad comercial, es considerada como consumidora porque solo busca saciar una necesidad que tiene como sujeto jurídico.

Otra cuestión que debe ser presentada al lector, es que dentro de la categoría de consumidor se puede ubicar a la persona que adquiere determinado producto, como a la persona que lo disfruta sin haberlo adquirido, haciendo referencia “(...) tanto a un niño de cinco años que

le pide a su padre que le compre un Chupa-Chups, como a un directivo que decide el equipamiento informático de su empresa” (Borja, Berenguer, & Quintanilla, 2006, pág. 18), por lo que, un menor de edad, así no sea quien adquiere directamente los bienes o servicios, es consumidor por ser el destinatario o el usuario final.

Al respecto la Ley 1328 de 2009⁸ que contiene el Régimen de Protección del Consumidor Financiero, en su artículo segundo (2) realiza una diferenciación terminológica sobre lo mencionado, señalando al consumidor financiero y al usuario como dos figuras jurídicas diferentes, considerando al primero como al cliente potencial de la entidad y al segundo como a la persona que sin ser cliente de la entidad financiera hace uso de sus servicios. En pocas palabras, lo que el Estatuto del Consumidor Financiero quiere expresar, es que la diferencia existente entre la figura de consumidor y la de usuario surge del vínculo jurídico que este tenga con la entidad financiera; así pues, una persona que tenga dicho vínculo con la entidad será considerada como consumidor de sus bienes o servicios, a diferencia de aquella que no lo tenga, quien será únicamente un usuario.

En este sentido, sin querer asemejar y por analogía aplicar lo estipulado para el consumidor financiero al consumidor en general⁹, y sin querer realizar una distinción entre el consumidor financiero menor y mayor de edad, puede deducirse que el menor de edad únicamente puede ser catalogado como *usuario*, entendiéndose por este a la persona que, por ejemplo, se acerca a un banco a realizar una consignación y que no podría ser entendido como

⁸ Ley 1328 del 15 de julio de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

⁹ No se busca asemejar lo contemplado en el Estatuto del Consumidor General y en el Estatuto del Consumidor Financiero, pues, se sabe que se tratan de dos regímenes de protección al consumidor diferentes, que cuentan cada uno con un ente de control distinto y cuyo sujeto de protección tiene unas características propias, que los diferencian y excluyen entre sí.

consumidor o cliente al no tener un vínculo jurídico con el banco y más, cuando se hace obligatoria la mayoría de edad como requisito de validez para la realización de un negocio jurídico con una entidad financiera.

En el presente escrito se tratará el término de consumidor y usuario como sinónimos, al estar así estipulado en el Estatuto del Consumidor, norma que da sustento y es objeto de análisis en la presente investigación. Empero se reitera la oposición frente a la semejanza en dichos conceptos, recalcando que, en materia de consumidor general, al igual que en el Estatuto del Consumidor Financiero, también debe ser considerada dicha diferencia, lo cual evitaría muchos problemas que han surgido en razón del consumo por parte de los menores edad, pues al existir una diferencia entre consumidor y usuario que tenga como uno de sus fundamentos la capacidad requerida para la realización de negocios jurídicos válidos, se forjaría una protección aún más concreta y específica en comparación con la existente, permitiendo distinguir unos tratos y unos medios de defensa diferentes tanto para el consumidor como para el usuario, en razón de la relación jurídica que cada uno tendría con el proveedor o productor del bien o servicio a consumir.

Así pues, el Derecho del consumidor tiene como objetivo brindar el amparo necesario tanto al consumidor, como al vínculo económico derivado de la relación de consumo, para asegurar un equilibrio jurídico entre las partes que intervienen dentro de dicho negocio y brindar seguridad jurídica al consumidor y a la población en general, teniendo en cuenta la posibilidad que todos tienen de ser consumidores por la naturalidad que conlleva dicha actividad.

Lo anterior, además de dar cumplimiento al imperativo en cabeza del Estado contenido en el artículo setenta y ocho (78) de la Constitución Política, también busca brindar un auxilio al consumidor, así como ayudarlo para que se deje de lado la creencia de que él es siempre la parte

débil de la relación de consumo, pues al existir un Estatuto Legal que regule su condición, el consumidor deberá tener la capacidad para actuar con mayor claridad, sin imposición del proveedor, con la información y los instrumentos suficientes para exigir que sus Derechos sean garantizados ante una presunta amenaza o vulneración acaecida.

Finalmente se concluye, que el Derecho de Consumo o Derecho del Consumidor, tuvo sus discusiones incipientes en Europa y Norte América a partir de mil ochocientos treinta y cinco (1835) al ser el consumo una actividad intrínseca al hombre, figura que llegó a Colombia como producto de un trasplante jurídico, y que otorga garantías al consumidor actualmente por medio de la Ley 1480 de 2011, o también conocida como el Estatuto del Consumidor.

CAPÍTULO II

1. El menor de edad en Colombia

De acuerdo con normas de carácter imperativo, como lo son en Colombia la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁰, el menor de edad es un sujeto de Derechos que goza de protección de carácter especial debido a su falta de discernimiento y al proceso de desarrollo personal e intelectual en el que está permanentemente en tanto no adquiera la capacidad necesaria, para que los efectos derivados de su actuar no sean reprochados por la Ley.

Es por lo anterior que se cuestiona si debe el menor de edad tener una protección aún más reforzada desde el punto de vista del Derecho del consumidor, teniendo en cuenta que tanto la Ley 1480 de 2011 y la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la promulgación de conceptos y resoluciones, han manifestado que un menor de edad puede ser consumidor.

1.1. Protección especial al menor de edad

En Colombia se entiende por menor de edad a toda persona natural que tenga menos de dieciocho (18) años (Ley 27, 1977, artículo 1), quienes están sujetos a una protección superior y específica, concedida por la Constitución Política, el CIA y los Convenios de carácter Internacional ratificados por Colombia.

El Código Civil dispone que debe llamarse *“infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha*

¹⁰ En adelante se hará referencia al Código de la Infancia y la Adolescencia como: CIA o Ley 1098 de 2006.

cumplido veintiún años¹¹, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos” (Código Civil, artículo 34) (Negritas fuera de texto), empero la Ley 1098 de 2006, sin perjuicio de lo establecido en el artículo referido del Código Civil, estipula que debe entenderse por *“niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”* (Ley 1098, 2006, artículo 3).

Por su parte la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo cuarenta y cuatro (44) los Derechos Fundamentales a favor de los niños, los cuales “prevalecen sobre los Derechos de los demás” (Constitución Política, 1991, artículo 44); adicionalmente, el artículo cuarenta y cinco (45) consagra la protección y la formación integral como Derechos en cabeza de los adolescentes (Constitución Política, 1991, artículo 45).

De otro modo, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y por Colombia en 1991 mediante la Ley 12 de 1991, reconoce al menor unos Derechos, que a la vez son deberes en cabeza de los Estados, como lo es el garantizar que los medios de comunicación difundan información de interés social y cultural para el niño; esto con el fin de asegurar la protección y el cuidado necesario para su bienestar (Convención sobre los Derechos del niño, 1989, pág. Artículo 17).

Algo similar se encuentra plasmado en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en 1959, que consagra en su segundo (2) artículo la existencia de una protección especial a favor del menor, para que este “pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en

¹¹ Con la entrada en vigor de la Ley 27 de 1977 se fijó la mayoría de edad a los dieciocho (18) años, y se declaró que en los casos “en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los Derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de dieciocho (18) años” (Ley 27, 1977, art. 2)

forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad, por lo que los Estados partes, al promulgar leyes tendrán que tener como consideración fundamental el interés superior del niño” (Declaración de los derechos del niño, 1959, artículo 2)

Dicha protección es regulada con el propósito de garantizarle al menor de edad el goce de un desarrollo equilibrado y una vida feliz, dándole al Estado la seguridad de que sus ciudadanos se encontrarán capacitados para asumir adecuadamente durante su infancia, adolescencia y adultez los derechos, deberes y libertades que la Ley les conceda.

Cabe resaltar que el CIA tiene como finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes un desarrollo integral, es decir, un desarrollo pleno y armonioso, para que puedan crecer en “un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006, artículo 1); por lo que en su interior se han fijado unos principios, los cuales deben seguir tanto el Estado como la sociedad y la familia, cuando se encuentren de por medio los Derechos de los menores. Estos principios son: interés superior del menor, prevalencia de Derechos, corresponsabilidad y perspectiva de género¹².

¹² La Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, define en el capítulo primero, los principios referidos así: “*Artículo 8º*. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley 1098, 2006, art. 8). “*Artículo 9º*. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente” (Ley 1098, 2006, art. 9). “*Artículo 10*. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. No obstante, lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán

En este orden de ideas, se entiende que los menores de edad¹³, al igual que todos los ciudadanos colombianos, son sujetos titulares de los Derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Política, incluidos claramente los Derechos Fundamentales, pero que por mandato constitucional, los Derechos de los niños, niñas y adolescentes priman sobre los Derechos de los demás, por lo cual, deberá ofrecérsele a los menores “mayores garantías y beneficios para proteger su formación y desarrollo” (Corte Constitucional, sentencia T-075, 2013)¹⁴.

Por esta razón, la Corte Constitucional (1991) ha optado por fallar a favor de los menores de edad cuando, por ejemplo, se encuentra en amenaza o existe la posibilidad de presentarse una vulneración a su Derecho Fundamental al libre desarrollo de la personalidad¹⁵, la libertad y la igualdad¹⁶, garantizándoles más allá de aquellos derechos de los que son titulares, un pleno y armonioso desarrollo, teniendo en cuenta que por su falta de madurez y el proceso constante de

invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes” (Ley 1098, 2006, art. 10). “Artículo 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad” (Ley 1098, 2006, art. 12)

¹³ Se usará el término menor de edad (personas naturales de entre 0 y los 18 años) para hacer referencia en conjunto a los niños, niñas y adolescentes.

¹⁴ Ver la Sentencia T-075 del 14 de febrero de 2013, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Nelson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Este Derecho se encuentra consagrado en el artículo dieciséis (16) de la Constitución Política, el cual dispone que “todas las personas tienen Derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los Derechos de los demás y el orden jurídico” (Const., 1991, art. 16)

¹⁶ Este Derecho se encuentra consagrado en el artículo trece (13) de la Constitución Política, cuyo primer inciso establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos Derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” (Const., 1991, art. 13)

desarrollo personal en el cual se encuentran, no siempre es pertinente que ellos tomen decisiones sobre su apariencia.

Hay un caso de particular interés que se relaciona con el problema jurídico propuesto en la parte introductoria del presente escrito, y es el que trae a colación la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 641¹⁷, en la cual manifestó que nadie, ni el Estado, ni la sociedad puede interponer patrones estéticos, puesto que aquello hace parte del Derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona –mayores y menores de edad– está facultada para decidir de manera autónoma (Corte Constitucional, 1998).

Por el contrario, en un caso similar, la Corte Constitucional mediante la Sentencia de tutela No. 565¹⁸ decidió que la protección del Derecho al libre desarrollo de la personalidad es absoluta y que solo tiene como límite los Derechos de los demás y el orden jurídico, pero que respecto a los menores de edad, esa protección es de carácter progresivo; es decir, se va haciendo más amplia a medida que la edad del menor va aumentando, las decisiones que ellos tomen respecto de su propia apariencia pertenecen al núcleo esencial del Derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero esto no significa que no haya ocasiones en donde se hace necesario restringirlo (Corte Constitucional, 2013).

¹⁷ La Sentencia SU-641 de 1998 tuvo como magistrado ponente al señor Carlos Gaviria Díaz, en la que en sede revisión de acciones de tutelas, conoce el caso de un menor de 16 años que cursaba grado once (11), quien consideró que sus Derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación habían sido vulnerados al no permitírsele ingresar a la Institución por tener el cabello largo y un arete.

¹⁸ La Sentencia T- 565 del 23 de agosto de 2013 tuvo como magistrado ponente al señor Luis Ernesto Vargas Silva, y en sede de Acción de Tutela se pronuncia sobre el caso de un menor de quince (15) años que cursaba noveno grado, y quien consideró vulnerados sus Derechos Fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, pues al reconocerse con una identidad sexual diversa, decidió llevar el cabello largo y seguir conductas del género femenino, siendo esta decisión cuestionada y rechazada por parte del Colegio donde estudiaba.

Lo anterior se encuentra integrado sistemáticamente con los principios plasmados en la Ley 1098 de 2006 a favor de los menores de edad, en especial, el interés superior del menor, mediante el cual se le otorga una categoría primordial a los Derechos de los menores de manera autónoma, entendiendo que hay que examinar el caso en específico sin dejar de lado su finalidad de asegurar a los menores de edad protección, un óptimo desarrollo y supervivencia, y por su parte, a la sociedad, la formación de personas integrales que aporten al correcto desarrollo del bien común.

En este sentido, mediante la Sentencia T-557 de 2011¹⁹ se puede entender mejor la razón por la cual se ha regulado a favor de los menores de edad brindándole prevalencia a sus Derechos (Corte Constitucional, 2011); esta protección especial deviene de la indefensión y la atención que requieren, pues, al no estar su personalidad totalmente desarrollada es necesaria una protección particular para alcanzar su pleno y armonioso progreso, razón por la cual dicha garantía debe ser proveída por la familia, el Estado y la sociedad, al ser ellos los sujetos que tienen el deber de asegurar al menor de edad la prevalencia de su interés superior.

La Corte Constitucional ha sido enfática en considerar que los menores de edad carecen de madurez física y mental, lo que hace necesario unos cuidados especiales de carácter material, afectivo, psicológico y jurídico, pues son más vulnerables e indefensos frente a las conductas que puedan generarle riesgos (como los que puede producir la publicidad engañosa), por lo que para garantizar su formación integral y asegurar que puedan llegar a convertirse en ciudadanos

¹⁹ La Sentencia T-557 del 12 de julio de 2011 tuvo como magistrada ponente a la señora María Victoria Calle Correa.

autónomos es necesario brindarles una atención especial (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-260)²⁰.

En este orden de ideas, es claro que la protección superior que se le brinda a los menores de edad no solo es a nivel nacional, sino también es a nivel internacional, pues como ya se citó, existen Convenciones de carácter universal que buscan garantizar una protección reforzada a favor del menor de edad, mediante la exigencia de brindarles una atención de carácter especial y particular, que esté siempre encaminada a garantizarles una protección plena y una formación integral, dado que por sus condiciones físicas y psicológicas se encuentran ubicadas en una situación de mayor vulnerabilidad en relación con los demás ciudadanos.

2. Protección especial al menor de edad cuando es consumidor

Dejado sentado el carácter proteccionista del que se benefician los menores de edad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, surge la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando dicho menor de edad actúa dentro de la relación de consumo? Para dar respuesta a ello es menester partir de la siguiente aserción: *en el ordenamiento jurídico nacional los menores de edad también son considerados como consumidores.*

No obstante, lo que de verdad se cuestiona es si el menor de edad debería gozar dentro de la regulación en materia de Derecho del consumidor de una protección de carácter especial, que le dé la posibilidad de estar en una categoría superior y que los diferencie de los demás consumidores, teniendo en cuenta la desigualdad que puede presentarse dentro de la relación de consumo cuando se encuentre involucrado un menor de edad, que entre otras cosas puede ser más abismal que la que se presenta cuando interviene un consumidor general –entendiendo a este

²⁰ La Sentencia T-260 del 29 de marzo de 2012 tuvo como magistrado ponente es el señor Humberto Antonio Sierra Porto.

como una persona ordinaria, mayor de edad y sin ningún tipo de limitación—, incluso, sus Derechos pueden estar en peligro desde los tratos previos al surgimiento de la relación de consumo, donde se encuentra ubicada la publicidad que es utilizada para incentivar el consumo de productos cosméticos, tema que será tratado con mayor énfasis más adelante.

Siguiendo lo planteado por la profesora y Doctora en Derecho Romero (2003), los menores de edad ostentan una mayor probabilidad de encontrarse expuestos a que su conducta sea maleabilizada, pues su personalidad aún se encuentra en desarrollo y en constante cambio, por lo que se les dificulta aún más discernir entre la verdad y la mentira a ciencia cierta (dicha dificultad varía conforme a la edad y etapas del desarrollo psicosocial del menor).

Bajo este argumento se ha regulado, por ejemplo, lo que respecta al negocio jurídico celebrado por menores de edad, unos defectos o vicios de nulidad que lo afectan, ya sea de manera absoluta o relativa, teniendo a consideración la edad del menor, por la cual se lesiona la validez del negocio jurídico celebrado.

En este orden de ideas, es claro que los menores no cuentan con la madurez suficiente para tomar decisiones sin dejarse llevar por lo que los demás quieran hacerle creer como correcto, razón por la cual sus decisiones, actuaciones y declaraciones pueden estar inmersas de errores según sus rasgos psicológicos y su edad, pues estas implican la existencia de características propias y diferentes, que envuelve el desarrollo y comportamiento que tendrán referidos sujetos.

Por otra parte, haciendo referencia al Estatuto del Consumidor, puede deducirse que este ha intentado contribuir a que se le brinde al menor de edad dicha protección, pues, en primer lugar, se encuentra contemplado en el artículo primero (1º) que se debe no solo proteger sino también *garantizar la efectividad* y el libre ejercicio de los Derechos de los consumidores, al

igual que la dignidad como Derecho Fundamental, e inclusive, imponiendo la obligación a la contraparte contractual de actuar tomando en cuenta los intereses económicos de quienes figuran como consumidores.

Asimismo, en el artículo veintiocho (28)²¹ del Estatuto del Consumidor se ratifica el otorgamiento a los niños, niñas y adolescentes el carácter de consumidores. Por su parte, el artículo cincuenta y dos (52) no solo establece disposiciones específicas para los menores de edad en materia de comercio electrónico, sino que también le impone el deber al proveedor de (i) verificar la edad del consumidor, y si aquel es un menor de edad, (ii) deberá tener autorización de los padres, acción de la cual debe dejarse constancia, por lo que, en caso de no hacerse así, se constituiría una infracción (Estatuto del consumidor, 2011, art. 52). No obstante, nada se dice respecto al procedimiento específico que debe agotarse cuando interviene la industria cosmética.

La Superintendencia de Industria y Comercio en Concepto²² 12-234480 (2012) se pronunció sobre el tema aclarando que los menores de edad serán considerados como consumidores, siempre que se cumplan con los requerimientos establecidos en el Estatuto del Consumidor, es decir, cuando adquieren o utilizan un bien o servicio para satisfacer una necesidad personal, doméstica o empresarial y siempre que esta última no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica, serán considerados como tales (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012).

²¹ El artículo veintiocho (28) del Estatuto del Consumidor dispone que “el Gobierno Nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006” (Ley 1480, 2011, art. 28).

²² Valga recordar que los conceptos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio no son vinculantes, pero sí constituyen una fuente de Derecho, catalogada como doctrina.

A consideración, lo anterior no quiere decir que el menor de edad para la Superintendencia de Industria y Comercio sea apreciado como un consumidor de carácter “vulnerable” o un consumidor de una categoría aún más especial, que requiera una protección doblemente reforzada por su calidad de menor de edad y de consumidor, que lo dejaría en un estado de inferioridad frente a los demás consumidores, sino que se encuentra comprendido vagamente dentro de la categoría de consumidor general.

Por otra parte, y en lo que respecta a la información y publicidad a la que son sometidos los menores, es interesante observar la praxis del legislador, quien le impone la carga al Gobierno Nacional para que reglamente los contenidos y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los menores de edad en su calidad de consumidores, siendo esto desarrollo del Derecho de información consagrado en el artículo treinta y cuatro (34) de la Ley 1098 de 2006 y una forma de proteger los Derechos a los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, fue al transcurrir más de un (1) año de entrar en vigencia la Ley 1480 de 2011, en el dos mil catorce (2014), cuando el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales decretó que toda información que tuviese como receptores a menores de edad debe ser *oportuna, clara, suficiente, veraz, precisa, verificable, idónea y comprensible*, para que en el momento en que el contenido de la información tenga como fin maleabilizar las decisiones de consumo de dichos sujetos, no degenere en un vicio del consentimiento (Decreto 975, 2014).

En este orden de ideas, si mediante el Decreto 975 de 2014, se impone la carga de tratar al menor de edad de forma especialísima cuando es receptor de publicidad, ¿por qué se le acapara en Ley 1480 de 2011 dentro de la categoría de ‘consumidor general’?

Tomando como ejemplo las ciber compras, se dice que un empresario debe cumplir con una serie de obligaciones cuando el destinatario del producto es o puede ser un menor de edad, puesto que este sujeto no presenta las mismas características y aptitudes con las que cuenta una persona que goza de plena capacidad y desarrollo personal, de lo cual surge la importancia de agotar todo tipo de requerimientos, ya que debe evitarse cualquier clase de agravio al interés superior del menor, y más teniendo en cuenta que “(...) el 17.8% de los menores entre 10 y 16 años ha sido objeto de perjuicio económico (estafas, fraudes, etc.) con su Smartphone” (Remolina & Florez , 2013, pág. 374).

En este sentido, es importante ejercer un verdadero control sobre la información suministrada a los menores edad a tal punto de garantizarle a todos, una comprensión lo más fácil posible y con mayor énfasis cuando se trata de una transacción online, por los problemas que esta puede acarrear.

Ergo, si se hace una comparación con los servicios promocionados por la industria cosmética²³, estos deberán ceñirse al respeto de las condiciones del desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media, propias de los adolescentes, sin importar si este tipo de publicidad y de información es suministrada por medios electrónicos o por medios convencionales, para generar o no una ciber compra.

Así pues, la información emitida debe ser completa y de fácil entendimiento, aclarando que, respecto a las restricciones que debe tener la industria cosmética al momento de realizar publicidad de sus productos cosméticos, deviene un inconveniente en razón al Derecho a la

²³ Se entenderá a la industria cosmética como la actividad económica realizada con la finalidad de obtener o transformar uno o varios productos naturales en productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocado, es decir, aquellos que son usados por el hombre para su higiene o para dar “belleza” a su cuerpo.

libertad empresarial del cual son beneficiarios, pues, sin duda existe en este punto una pugna entre dicho Derecho, la protección jurídica al consumidor y los Derechos del menor de edad a la salud, a la integridad y a todos aquellos que se encuentran insertos dentro del principio del Interés Superior del Menor y la Corresponsabilidad.

No es un secreto que el campo de la estética ha permeado la vida humana, su importancia ha ido creciendo con mayor ahínco en los últimos años, a tal punto de ser esta una de las cuestiones principales en la vida de los menores de edad, por lo que el legislador en el año 2016 vio la necesidad de promulgar la Ley 1799, por medio de la cual se prohíben entre otras cosas, los procedimientos quirúrgicos estéticos y médicos para menores de edad.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C 246 de 2017²⁴ expone una demanda de inconstitucionalidad promovida por el señor Efraín Armando López Amarís contra los artículos tercero (3°) y quinto (5°) de la Ley 1799 de 2016²⁵ quien considera que dicha normativa atenta contra los Derechos Fundamentales que tienen los menores de edad a la igualdad, a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y hasta el Derecho al trabajo.

²⁴ En Sentencia C-246 del veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos tres (3) y cinco (5) (parcial) de la Ley 1799 de 2016 propuesta por contra los artículos tres (3) y cinco (5) (parcial) de la Ley 1799 de 2016. Valga mencionar que la Magistrada sustanciadora fue la señora Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm>

²⁵ Dispone la Ley 1799 de 2016 lo siguiente: “Artículo 3°. Se prohíbe la realización de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en pacientes menores de 18 años. El consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición” (Ley 1799, 2016, art. 3); “Artículo 5°. Restricciones Publicitarias. Prohíbese la promoción publicitaria dirigida a menores de edad de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos. Prohíbese el uso de modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética, y procedimientos estéticos de cualquier tipo. Prohíbese la difusión de aquellas campañas a las que se refiere el inciso anterior, que previa la entrada en vigor de la presente ley utilizan la imagen de modelos menores de edad” (Ley 1799, 2016, art. 5).

Debido al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional (2017) resolvió declarar exequibles en su totalidad los artículos demandados, planteando como uno de sus argumentos “que el marco constitucional del Derecho al libre desarrollo de la personalidad requiere la capacidad de llevar juicios de valor acerca de opciones vitales, por lo que la capacidad está ligada al mencionado Derecho” (Corte Constitucional, 2017, Sentencia C-246).

De lo anterior se concluye que respecto a las capacidades que tiene cada persona, en especial cuando se trata de un menor de edad, debe haber un límite. Si bien es cierto, los menores de edad tienen Derecho a manifestar su opinión y tomar decisiones que consideren trascendentales para sí mismos, debe preverse por parte del Estado, la familia y la sociedad en general, las posibles consecuencias a futuro que puedan vulnerar sus Derechos Fundamentales.

Es por esto que al momento en que el legislador sometió a debate y posteriormente realizó la promulgación de la Ley 1799 de 2016, no buscaba otra cosa que desincentivar determinada conducta, que se ha vuelto reiterada y comúnmente aceptada entre menores de edad por fenómenos socio-culturales, tal y como ha sucedido con la prohibición de la anticoncepción quirúrgica para niños o el expendido de licor y tabaco a menores de edad, -que entre otras cosas son temas altamente publicitados-, en donde se pretende dentro de los límites razonables, la restricción a los Derechos Fundamentales a la igualdad, a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

A modo de conclusión, los menores de edad en Colombia ostentan una protección especial tal y como se evidencia en la Constitución Política, el Código de Infancia y Adolescencia, el Código Civil, entre otras normativas. Específicamente, cuando un menor de edad adquiere un bien o servicio con la finalidad establecida según el artículo quinto (5) de la Ley 1480 de 2011 debe ser considerado como consumidor, por lo que le son aplicables los

Derechos y deberes consagrados en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480, 2011, artículo 5); empero, haciendo referencia expresa a la capacidad de contratar, se evidencia que el Derecho de consumo no toca el tema de forma especial, lo cual conlleva a pensar dos cosas: (i) Que la esta discusión está superada en materia de Derecho de Consumo porque este actúa como ínsula aparte dentro de los parámetros establecidos por el Derecho Civil, desconociendo la teoría del negocio jurídico o, (ii) porque sin decirlo, se debe acudir en todos los casos a la normativa civil.

CAPÍTULO III

1. La publicidad en Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano se define a la publicidad en el artículo quinto (5), numeral doce (12) de la Ley 1480 de 2011 como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo” (Ley 1480, 2011, artículo 5), es decir, al ser el verbo rector *influir*, el “anunciante tiene que acudir en muchos casos a hacer afirmaciones objetivas sobre el producto o servicio que se ofrece” (Villalba Cuéllar, 2013, pág. 147) so pena de incurrir en una vulneración a los Derechos del consumidor, que conlleve a responder con su peculio por los daños ocasionados.

La publicidad tiene una intención negocial y promueve la contratación de bienes y servicios (directa o indirectamente), por lo que mediante su reglamentación busca proteger al consumidor con la restricción a toda comunicación que lo induzca o pueda llegar a inducir en error. Mientras la publicidad no contenga ningún tipo de contenido engañoso, el consumidor es y puede ser receptor de ella, en tanto que su fin último será simplemente la comercialización de algún bien o servicio, sin que esto implique una aceptación que conlleve algún tipo de agravio a sus Derechos.

Al ser la publicidad una herramienta clave dentro del manejo del marketing de un bien o servicio, tiene como objeto generar en la mente humana el deseo de adquirir dicho producto, por lo que se puede asegurar que la publicidad “crea” necesidades personales que hacen que se convierta en una prioridad el consumir lo publicitado, incluso generando un cambio en los estilos de vida y actitudes del receptor de dicha información, por lo que es necesario que la publicidad contenga información veraz y demostrable, acorde a “las normas propias de la sana competencia

y la lealtad comercial y obedecer los principios que rigen el servicio público de televisión” (Botero, 1998, pág. 64).

En este orden, es evidente que hoy en día la publicidad ya no se hace única y exclusivamente por medio de la televisión, sino también por medio de plataformas digitales, así como haciendo uso de lugares, actividades y cosas cotidianas de la vida humana, por lo que este es el llamado a darle importancia a la veracidad y a la lealtad en la información contenida en estos medios, para evitar incurrir en publicidad engañosa o estar ante una publicidad que atente contra los Derechos de sus receptores.

Es menester saber que el análisis que el consumidor hace sobre el mensaje contenido en la publicidad dependerá de las capacidades cognoscitivas del sujeto receptor, así como del contexto socioeconómico en el cual se encuentre. Aun así, hay una generalidad, y es que dicho análisis siempre estará guiado por la pieza publicitaria en general, pues el consumidor “decodifica mensajes e ideas, los cuales recibe del contexto total y general de la comunicación que se le está transmitiendo” (Jaeckel Kovács, 2013, pág. 277).

Es tal la importancia que ha ido adquiriendo la publicidad como ayuda en la comercialización de bienes y servicios, que la Corte Constitucional mediante sentencia C-592²⁶ se refirió a ella, como aquel accionar vinculado a la actividad económica, relacionada con la actividad comercial, la libertad de expresión, libertad de empresa, libertad económica, el mercadeo bienes y la propiedad privada, las cuales deben estar sometidas a la regulación constitucional y por tanto, a un mayor control (Corte Constitucional, 2012).

²⁶ En esta providencia el magistrado ponente es el señor Jorge Iván Palacio y se trata una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 30 (parcial) de la Ley 1480 de 2011, “por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones” (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-592).

La anterior afirmación de la Corte Constitucional no podría ser menos acertada, pues no hay duda que la publicidad puede acarrear un riesgo social y una contravención a los Derechos Fundamentales de sus receptores, y más si se tratan de menores de edad y de publicidad de bienes, servicios cuyo contenido pueda generar en ellos una imposición de prototipo de belleza, un estigma, y por tanto, una vulneración a su Derecho a la integridad física y mental, así como a su Derecho a la honra, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

Es por esta razón que la falta a la responsabilidad social inquieta, pues existe la posibilidad que puedan emitirse mensajes publicitarios que carezcan de veracidad. Al respecto, menciona Botero (1998) que “(...) es necesario recurrir a la obligación de respeto por los demás derechos constitucionales, para determinar hasta dónde puede la publicidad informar. La publicidad puede informar teniendo en cuenta, además, la última parte del Artículo 20 de la Constitución que dice que no habrá censura. El sentido de esta norma es que la publicidad es libre y puede hacerse prácticamente sin límites, el límite lo pone la responsabilidad social” (pág. 25)

1.1. La publicidad dirigida a los menores de edad

En Colombia se ha tratado de regular de manera proteccionista a favor del menor de edad, pero se ha dejado de lado la protección de carácter especial cuando como consumidor es receptor de publicidad, olvidando la posible vulneración a sus Derechos que puede ocasionarse por la emisión de publicidad, en especial si se trata de productos cosméticos, los cuales pueden generar en los menores daños a su salud que surgen después de su uso, daños a su integridad tanto psicológica como material por la recepción de publicidad.

En sentencia T-372 de 2012, la Corte Constitucional mencionó que el Derecho a la salud del menor de edad es fundamental, por lo tanto, debe velarse por su inmediata protección, así

como por adoptar medidas a favor de ellos, pues debido a su edad se encuentran en debilidad manifiesta (Corte Constitucional, 2012, sentencia T-372).

Por otra parte, la integridad personal se define como aquel Derecho Fundamental que no solo cubre “(...) la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad”. (Corte Constitucional, 1998, sentencia T-248)

Esta es la razón por la que en Brasil, la Ley de Protección al Consumidor en el artículo treinta y siete (37) prohíbe la publicidad que “(...) se aproveche de la deficiencia de razonamiento y experiencia de los niños (...)” (Ley 8078, 1990, artículo 37, No 2), dando pie para que en el año 2014, el Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente (CONADA) brasilero decidiera prohibir la publicidad dirigida a los niños y adolescentes, mediante la expedición de la Resolución ciento sesenta y tres (163) de dos mil catorce (2014), que entre otras cosas, concibe en el artículo segundo (2) que la publicidad dirigida a los menores de edad es abusiva, porque esta puede llegar a “persuadir al consumo de cualquier producto o servicio” (Resolución 163, 2014, artículo 2) de manera arbitraria y perjudicial. De la misma forma, en el artículo tercero (3) se aclara que dicha restricción se realiza con base en el respeto del que gozan los menores de edad a Derechos Fundamentales tales como: dignidad humana, interés social, desarrollo de su personalidad, entre otros (Resolución 163, 2014, art. 3).

Vale mencionar que al igual que en Brasil, en países como Canadá, Chile, Bolivia, Uruguay y Perú, también se han interpuesto mediante la legislación prohibiciones a la publicidad

dirigida a menores de edad, haciendo énfasis especial en temas relacionados con la salud, la alimentación y los juguetes. (Exposición de motivos, Ley 226 de 2017).

Por ejemplo, en Perú, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo dieciséis (16) señala una protección especial al menor de edad en relación de la publicidad, la cual debe “respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia (...) no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido” (Ley 29571, 2010, artículo 16).

Por su parte, menciona Crianca e Consumo (2009) -instituto brasileño encargado de velar por la protección del menor de edad-, que lo mismo ha sucedido en países europeos como lo son Suecia, Bélgica, Noruega, Inglaterra, Portugal, Grecia, Italia, entre otros, siendo esto un claro ejemplo del cumplimiento a las normas de carácter supranacional y nacional, que imponen el deber a los Estados de velar por el correcto desarrollo integral del menor de edad, en tanto este no tenga la capacidad de llevar a cabo actos de consumo responsables.

Ahora bien, en Colombia existen tres proyectos de Ley que sirven de base para dar una solución al problema tratado. Por una parte, se encuentra el Proyecto de Ley 226 de 2017, radicado el dieciséis (16) de marzo de 2017 y archivado por tránsito de legislatura²⁷ el veintiuno (21) de junio de 2017, por medio del cual se buscó reglamentar la publicidad –en general– dirigida a menores de edad, que sea suministrada por medios de comunicación digitales o análogos (Exposición de motivos, Ley 226 de 2017).

Mediante el aludido proyecto de Ley, el legislador pretendía sancionar la publicidad dirigida a menores de edad de contenido sexual, violento, discriminatorio, que contenga entre

²⁷ Para este caso en concreto, tiene que presentarse un nuevo Proyecto de Ley que verse sobre la materia ya que no puede pretenderse que este sea desarchivado y continuar con los debates respectivos al interior del Congreso.

otras cosas, premios o bonificaciones, geolocalización, compra de bienes, actividades lúdicas, productos en establecimientos educativos, entre otros.

En la exposición de motivos, explicó el congresista Rodrigo Lara Restrepo (2017), que la idea surgió, pues

“la publicidad dirigida a niños se basa en una relación asimétrica donde unas empresas con equipos de psicólogos, sociólogos, mercadotecnicas, publicistas e investigadores se enfrentan a menores que están en desventaja tanto por su carencia de competencias por estar en procesos de desarrollo cognitivo y social, porque la corteza prefrontal de su cerebro no ha madurado lo suficiente como para tomar decisiones informadas y racionales con respecto al acto de consumo (...) se hace necesaria una nueva legislación que, por una parte, restrinja las técnicas de publicidad que son aplicadas a los niños y, por otra, proteja la información personal de estos de manera que se pueda dar mayor equilibrio a la relación anunciante-niños, que ha resultado desnaturalizada con el advenimiento de las nuevas tecnologías” (Exposición de motivos, Ley 226, 2017)

Por otra parte, se encuentra el proyecto de Ley 22 de 2017, mediante el cual se pretende brindar al menor de edad la protección suficiente, en especial a su Derecho a la salud, prohibiendo la publicidad de “productos comestibles ultra procesados y que causen daños a la salud, dirigida a niños, niñas y adolescentes” (Exposición de motivos Ley 22, 2017, pág. 1), en el entendido de que el menor es un sujeto de protección constitucional especial.

De la misma forma, con el proyecto de Ley 46 de 2017 se busca modificar la Ley 1480 de 2011 incorporando el concepto de **publicidad abusiva**, de la cual, al igual que de la publicidad

engañoso, debe protegerse al consumidor. La publicidad abusiva debe ser entendida como aquella que es contraria a los valores y a las buenas costumbres y, por tanto, reprochable y prohibida, al aprovecharse de la inmadurez y falta de raciocinio de su receptor, ya sea por cuestión de edad u otras características. Señalan sus ponentes que este proyecto de Ley surge de la necesidad de brindar mayores herramientas de protección al consumidor vulnerable, pues con lo estipulado en el Estatuto del Consumidor no se logra proteger todos los “valores elementales de nuestros constructos democráticos, como: la defensa de los derechos de los menores de edad, (...)” (Exposición de motivos Ley 46, 2017, pág. 5)

Se ha mencionado como en Colombia ha intentado el legislador proteger al menor de edad de los diferentes peligros que devienen de la publicidad, como por ejemplo la limitación al acceso a procedimientos estéticos y al consumo de bebidas embriagantes y de tabaco; de igual forma, se ha restringido la publicidad que se emite en materia de juguetes²⁸ y se les ha impuesto obligaciones a los medios de comunicación²⁹, encaminadas a garantizar la formación integral al menor de edad, empero, nada se ha dicho sobre la publicidad emitida por la industria cosmética cuando el receptor es un menor de edad.

Respecto a los últimos tres (3) proyectos de Ley, se tratará de limitar y regular la publicidad en aspectos generales, pero lastimosamente no se hace mención al tema del marketing y publicidad leonina ejercidos por esta gran industria –la industria cosmética–, que entre otras

²⁸ Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, es el Decreto 975 de 2014 por medio del cual se han reglamentado “los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores” (Decreto 975, 2014) específicamente en el tema de Juguetes.

²⁹ Mediante la Ley 115 de 1994 (Ley general de educación), en el artículo 43, se le impone a los Medios de Comunicación el deber de contribuir en la formación del menor de edad, por estar a su cargo la *educación informal*. (Ley 115, 1994)

cosas vulnera el desarrollo integral del menor al imponer un prototipo de belleza, una necesidad de ser “atractivos” y “perfectos” físicamente y por supuesto de la salud, al generar lesiones personales debido a la composición del producto.

1.2.Diferencia entre publicidad y deber de información

En Colombia, el artículo setenta y ocho (78) de la Constitución Política de 1991 dispone que “la Ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad” (Constitución Política, 1991) lo que permite inferir que el Estado tiene el imperativo de garantizar la adecuada protección a los Derechos de quienes sean consumidores, para tratar de ubicarlos en una posición semejante a la que ocupa el productor o distribuidor dentro de la relación de consumo, además de brindarles amparo frente a la publicidad emitida sobre los productos ofrecidos-consumidos, y la calidad de los mismos.

El deber de información no es más que la manifestación del deber de corrección y lealtad con que se debe actuar durante la etapa negocial (Munar Cadena, 2009), empero, en el caso del Derecho de consumo dicho deber de información adquiere mayor importancia como consecuencia del estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el consumidor por la complejidad de los productos, la transacción a realizar y por su supuesto, por su cristalina ignorancia.

En ese orden de ideas, se encuentran tres (3) figuras que se relacionan entre si tales como son la obligación de informar en estricto sentido, el deber de consejo y la *mise en garde*. La primera tiene como fin la comunicación de las condiciones y el alcance de los compromisos que se puedan adquirir entre los contratantes. La segunda tiende a orientar la decisión del consumidor incluyendo el deber de información en sentido estricto y, por último, la *mise en garde* hace

referencia al deber de advertir los distintos peligros materiales o jurídicos que se puedan derivar del consumo (Aldana J., Almanza C., Baquero J. & Jiménez I., 2009).

Frente a los tipos de información expuestos, estos no sólo difieren entre sí por su contenido, sino también lo hacen por su alcance, razón por la cual se afirma que el deber de consejo y el deber de informar en sentido estricto surgen del contrato, encontrándose el deber de informar tanto en la etapa precontractual como en la contractual.

Es por lo anterior que se cuestiona si en el momento en que se ofrece un producto cosmético a un menor de edad, transmitir información y difundir publicidad sobre el producto, recae sobre un mismo acto. Frente a lo expuesto la respuesta es negativa, toda vez que por medio de la publicidad se transmite información que debe ser suministrada al consumidor, en donde se aprecien detalles particulares del bien o servicio, empero, la publicidad es el medio por el cual se busca “atraer” al consumidor, captar su atención, crear deseos y convencerlo de la necesidad de consumir el producto publicitado.

Esta es la razón por la cual, Jaeckel Kovács, (2013) considera que “más allá de quien transmite la información y quién difunde la publicidad, existen dos elementos que resultan determinantes para diferenciar las dos figuras: por una parte está la obligación de transmitir información, frente a la libertad para difundir o no publicidad; por otra, el contenido del mensaje, pues mientras la información está referida exclusivamente a elementos objetivos de los productos, la publicidad puede comunicar tanto aspectos objetivos, como valoraciones subjetivas, o simplemente no informar nada en absoluto” (pág. 275)

En este sentido, no solo existe diferencia entre publicidad e información, sino también entre publicidad y propaganda, puesto que, la publicidad tiene una finalidad comercial de

atracción, en cambio, la propaganda puede estar contenida ya sea de información social, comercial, ideológica, política, inclusive, lo puede ser el divulgar una idea o una acción sin que ello signifique que la propaganda no pueda contener publicidad. (Jaeckel Kovács, 2013)

Otra diferencia que se observa entre publicidad y deber de información es, que el deber de información es el medidor de los comportamientos abusivos de las partes, con miras de evitarlos, al tener como fundamento la buena fe. Así pues, ¿cuáles son las consecuencias que deben ser tenidas en cuenta cuando el deber de información tiene aquel fundamento? A lo anterior se responde que el primer efecto es proteger el acuerdo, y el segundo, adecuar el comportamiento de las partes para que trascienda en el cumplimiento del contrato³⁰.

La primera consecuencia garantiza tener el consentimiento robustecido, lo que redundará en el ejercicio de la libertad de contratar, que es la simple proyección de la autonomía privada de la voluntad (proteger el consentimiento) y la segunda, es que las partes se comporten lealmente, salvaguardando los intereses de la otra persona por medio de la información suministrada, además de evitar comportamientos abusivos que tiendan a obtener un provecho injustificado.

La información que se suministra juega un rol fundamental, pues permite observar minuciosamente la posición del deudor de la información y de aquel que la recibe, a saber: el primer sujeto debe atender dentro del proceso de comunicación acciones orientadas no solo a la transparencia (completa y exacta)³¹ que evite comportamientos reticentes e información mendaz sino también a la claridad de lo que se quiere informar en el momento adecuado, y el segundo, a

³⁰ Puede decirse que trasciende también el incumplimiento del contrato como variante, pero lo esperado al momento de contratar no es que resquebraje el contrato, sino que todas las obligaciones allí emanadas sean cumplidas por los extremos contractuales.

³¹ Se considera que la información debe ser completa cuando esta tiene todos los elementos necesarios para poder ilustrar el consentimiento de la contraparte y exacta, cuando la información que se suministra corresponde a un requisito de la veracidad.

actuar conforme la exigencia de informarse, que su consentimiento sea ilustrado, sin que ello signifique que no hayan límites al deber de información.

Así lo menciona Chinchilla (2011) diciendo que “la exigencia del deber de información no podrá ser tan amplia pues podrían desfigurar los contornos del deber, haciéndolo impreciso al punto que todo deba informarse y por ende devenga en ineficaz, como tampoco demasiado reducida ya que empobrecería la figura, convirtiéndola en un deber meramente formal sin efectos reales sobre el contrato” (pág. 340).

Hace varios años se expuso un caso por los filósofos griegos, el cual fue retomado por Cicerón en el “Tratado de los deberes” (2006), en donde se dice que existió un mercader que transportaba el trigo de Alejandría a Rodas, conociendo que detrás de él, iban más comerciantes a vender su producto con pocos días de diferencia. Siguiendo los términos de Cicerón (2006), vale la pena cuestionar si el mercader que se adelantó a vender su mercancía quedándose en silencio, sin informar a sus compradores la gran oferta del producto, configura un comportamiento característico de un hombre falso, hipócrita y/o tramposo al orientar sus actos a ocultar tal situación y, por ende, aprovecharse de la posición de inferioridad de sus compradores.

Dicha cuestión merece un análisis económico del Derecho, ya que los principios que rigen el sistema pueden encontrarse en un pequeño conflicto. A consideración, Cicerón muy hábilmente menciona en su ensayo que no es de hombres honestos callar información privilegiada y sobre todo cuando aquella información, le es útil a la contraparte (Cíceron 2006). Así pues, en casos en los que en detrimento de los Derechos de los demás, se obtenga una posición dominante, la buena fe como principio rector, establece límites al ejercicio de aquel Derecho a la reserva de la información, para así evitar comportamientos *contra legem*.

La práctica comercial ha demostrado que el incumplimiento del deber de información no ataca directamente la libertad de contratar, sino la autonomía que se tiene dentro del contenido contractual, es decir, si se quiere contratar o no dentro de las condiciones planteadas, se debe considerar que el deber de información es una obligación como cualquier otra del tramado contractual, que al incumplirse genera que el deudor de la información este sometido a un juicio de responsabilidad.

De esta manera, el deber de información viene de la buena fe y esto genera que las partes se puedan comportar lealmente, garantizando el equilibrio del contrato, lo que significa que no se debe mirar solo el consentimiento válido sino además, buscar trascender en la ejecución del contrato salvaguardando relaciones negociales justas, porque de ser incumplido dicho deber, desde el punto de vista del Derecho de consumo, la legislación nacional le brindará bastantes parámetros además de una sanción específica, la cual es la ineficacia de las cláusulas que no se den a conocer.

En efecto, la buena fe objetiva exige valores como la probidad, la diligencia, la honestidad de los extremos negociales; así mismo incluye en el contenido contractual reglas como la previsión de abuso por parte de la posición dominante, la cláusula *rebus sic stantibus* y el deber de información; empero, ¿por qué lo incluye? ¿Acaso el deber de información particular no es uno de esos deberes que colabora para que todo el íter contractual se vea reflejado en el interés de las partes y en la función que debería cumplir el contrato? Si no fuera así, el consentimiento y la forma como se ejecuta el contrato se vería desdibujada.

No obstante, si actualmente no existen los contornos del deber de informar cuando ellos no son impuestos expresamente, ¿basta el fundamento de la buena fe para hacerse una idea acabada de los mismos? El consentimiento como aspecto vertebral tiene un problema cuando se

habla de deberes de información, no debe ser una rueda suelta, sino debe verse atada a la consideración del rol de las partes de acuerdo con el contrato celebrado, lo que conlleva a pensar que debe informarse todo aquello que sea determinante para el consentimiento de la contraparte, es decir, lo que la haría desistir del contrato o celebrarlo en condiciones diferentes.

Lo anterior es una afirmación generalizada sobre el tema, que merece ser relativizada. Si bien debe ser informado todo aquello que sea determinante del consentimiento, se estaría siempre en el deber de advertir a la contraparte sobre su propio ámbito de control, que aniquila el ámbito de riesgo y en cambio cabe que asuma dado un caso en concreto.

Finalmente debe aclararse que lo que debe primar en cualquier relación contractual es el deber de no dañar a la contraparte, lo que permite entender el porqué de muchos de los deberes de información que se encuentran en la Ley 1480 de 2011 o que están sancionados remedialmente en el Código Civil. Adicional a esto, es importante tener presentes las diferencias existentes entre el deber de información y la publicidad, y los tipos de publicidad como lo son, la publicidad legal y la publicidad comercial, la publicidad comercial y la propaganda, pues según cual sea la figura de la cual se esté en frente, variará el trato jurídico sancionatorio aplicable por la infracción a las normas civiles, comerciales y del Consumidor.

2. Relación entre la publicidad y la propuesta de negocio

La figura de la publicidad y de la oferta o propuesta de negocio se encuentran intrínsecamente relacionadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues no hay discusión respecto a la inmersión de la publicidad en la oferta, o también conocida como el “proyecto de negocio definitivo, dirigido a personas determinadas o indeterminadas que tiene como finalidad que se forme el negocio o contrato” (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 78).

Es tan cierto lo anterior, que hay doctrinantes que consideran que, en casos especiales, cuando la publicidad cumple con todos los requisitos de existencia y validez estipulados en la Ley, puede ser considerada como una forma de oferta (Munar 2009) realizada “a personas indeterminadas que puede ser simple o compromisoria” (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 80). La primera no está llamada a obligar a quien la hace, pero la segunda sí.

La oferta considerada como un negocio jurídico³² unilateral, es parte de la etapa previa al perfeccionamiento de cualquier contrato o un negocio jurídico la cual es requerida para su existencia-validez y, por consiguiente, para la celebración del contrato deseado.

Al respecto considera el doctrinante Monsalve (2010) por oferta a la “declaración de voluntad unilateral y recepticia, mediante la que se propone la celebración de un determinado contrato a otra persona. La aceptación de la misma produce la perfección del contrato, la vinculación entre las partes y el nacimiento de las obligaciones” (pág. 109) y únicamente puede ser revocable, siempre y cuando esté justificada la acción, so pena de causar perjuicios.

Así pues, con los cambios que ha traído consigo el progreso de la tecnología y el involucrar en el mundo del Derecho todo lo referente a las telecomunicaciones, se ha vuelto una necesidad prestar atención a las nuevas formas de oferta, donde el uso de la publicidad, por ejemplo la ejercida por la industria cosmética, se encuentra plasmada en propagandas de carácter comercial emitidas en medios masivos de comunicación como lo son la televisión, la internet y en especial, las redes sociales, lo que conlleva a afirmar que “toda publicidad, promociones y

³² Se entiende por Negocio Jurídico, aquella manifestación de voluntad que produce exclusivamente efectos jurídicos lícitos siendo esta la característica diferenciadora del Acto Jurídico y del Hecho Jurídico. Conforme al Acto jurídico no solo se producen efectos lícitos, sino también ilícitos y respecto al Hecho Jurídico, debe considerarse por tal, aquel hecho ajeno a la voluntad del sujeto que produce efectos jurídicos de forma general.

ofertas tienen fuerza vinculante y obligatoriedad con responsabilidad” (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 80)

2.1. Requisitos y consecuencias jurídicas de la oferta

Teniendo en cuenta que un negocio jurídico es de carácter unilateral cuando la manifestación de voluntad proviene de una sola parte o bilateral cuando ésta proviene de dos o más partes, se tiene que la oferta además de hallarse en los tratos previos a la formación de un contrato, es un negocio jurídico unilateral, pues es producto de la declaración de la voluntad únicamente del oferente y por consiguiente, produce plenos efectos jurídicos desde que se hace, siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos en la Ley.

En el artículo ochocientos cuarenta y cinco (845) del Código de Comercio se define a la oferta o propuesta, como el negocio jurídico incipiente que una persona formula a otra, la cual deberá “contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario” (Código de Comercio, 1971, artículo 845); esto último sucede cuando “se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario” (Código de Comercio, 1971, artículo 845).

Siguiendo lo establecido en el Código de Comercio, se encuentra una clasificación de la oferta en los artículos ochocientos cincuenta (850) y ochocientos cincuenta y uno (851)³³, que hace referencia a la oferta dirigida a personas determinadas, la cual puede ser verbal o escrita.

³³ Dispone el Código de Comercio en el artículo ochocientos cincuenta (850) que “la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.” (Código de Comercio, 1971, art.850) Por otra parte, menciona el artículo ochocientos cincuenta y uno (851) que “cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia.” (Código de Comercio, 1971, art. 851)

Es una oferta verbal aquella que se formula oralmente entre personas presentes – también puede realizarse de manera telefónica– y debe ser aceptada inmediatamente se escucha. Por su parte la oferta escrita es aquella que puede estar contenida en catálogos o avisos, debiendo indicar el precio de los bienes o servicios ofrecidos.

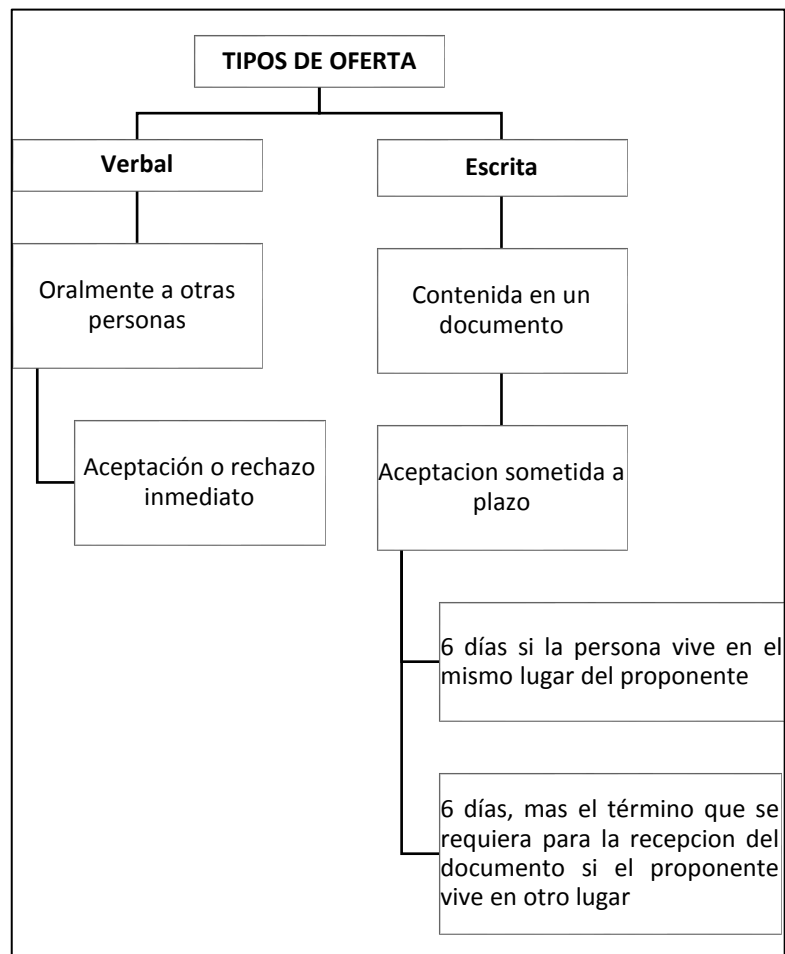


Ilustración 1. Tipos de oferta según art. 850 y 851 del Código de Comercio de Colombia

Hay doctrinantes, como es el caso de Ortiz Monsalve, que consideran que el valor jurídico del proyecto de negocio definitivo a personas determinadas (oferta) depende de la escuela que se adopte, ya que esta puede ser considerada o no como fuente de obligaciones (Ortiz Monsalve, 2013). Por ejemplo, “la escuela clásica fundamenta su criterio en que es un acto

unilateral y que por lo tanto no puede ser fuente de obligaciones” (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 78), a diferencia de la escuela modera, quien “acepta el negocio unilateral como creador de obligaciones y su incumplimiento acarrea responsabilidad” (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 78). Al respecto, en el presente documento se adopta la segunda teoría expuesta.

En ese orden, para que la propuesta de negocio exista, sea válida, y por lo tanto se entienda perfecta, ha considerado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del ocho (08) de marzo de 1995, que esta debe cumplir con unos requisitos, como lo son el ser **inequívoca, precisa, firme y completa, constituir un acto voluntario del proponente, estar dirigida al destinatario y ser conocida por este** (Corte Suprema de Justicia, 1995) (*sin negrilla en el texto original*), requisitos con los cuales, concuerda el doctrinante Monsalve (2010), quien considera necesario para que la existencia y validez de la oferta, en primer lugar que sea completa, de tal manera que cuando la otra parte acepte se repunte formado el contrato.

En segundo lugar, el ofertante debe manifestar el deseo de quedar obligado con el aceptante cuando este acepte. En tercer lugar, que se encuentre dirigida indiscutiblemente al aceptante y finalmente, que se hayan cumplido con los requisitos específicos establecidos en la Ley³⁴ para la formación del contrato determinado según el caso.

La Corte Suprema de Justicia (1998) en la sala de Casación Civil se ha pronunciado al respecto, mencionando que la oferta puede ser el inicio de una relación negocial, la cual es un

³⁴ Valga precisar que no es la Ley 1480 de 2011 a la que se hace referencia, sino la Ley específica del contrato que se desea celebrar, por ejemplo: si X quiere consumir un bien o un servicio, tendrá que hacer uso de los contratos que existen en el ordenamiento jurídico colombiano (compraventa, prestación de servicios, suministro, contrato de seguro, etc.) independientemente que este sea celebrado por X o por un tercero, para que finalmente sea X quien consuma, utilice o disfrute el bien o servicio. Así, para que la oferta se considere perfecta debe cumplir además de sus requisitos generales, los requisitos esenciales de dicho contrato.

acto unilateral con relevancia jurídica, por lo que es irrevocable, además de producir efectos jurídicos (Corte Suprema de Justicia, 1998). Por ejemplo, cuando por medio de la oferta una persona formula a otra un proyecto de negocio jurídico y esta es aceptada, dará lugar a la formación del contrato.

No obstante, cuando la oferta no se acepta en su totalidad en los términos en que ella fue realizada originalmente, puede dar lugar al surgimiento de una nueva propuesta o una contra oferta, la cual debe ser aceptada por quien haya actuado como oferente en un principio, para que finalmente se dé la celebración del negocio jurídico. Vale aclarar que la oferta también puede ser rechazada y este acto no trae consigo consecuencias de tipo jurídico.

Es tal la importancia de la oferta, considera el abogado Munar (2009) que es necesario para que la formación del contrato se presente sin ningún tipo de anormalidad, que las partes actúen durante el desarrollo de los tratos previos a la celebración del negocio jurídico con total lealtad y consideración, de tal forma que la información brindada entre ellas sea clara, completa y oportuna, posibilitando el conocimiento de las intenciones y expectativas de la otra parte, para que finalmente se dé el correcto desarrollo de la etapa precontractual y celebración del contrato.

Retomando lo señalado sobre los requisitos de la oferta, es conveniente mencionar que se adopta la tesis que establece que ella, al ser un negocio jurídico debe cumplir con todos los requisitos de existencia y validez, además de contener todos los elementos esenciales del negocio que se desea celebrar, para que finalmente cuando la persona a quien se dirige la oferta decida aceptarla, se perfeccione el nacimiento del negocio jurídico determinado, el cual ya será de carácter bilateral, al provenir del concurso de las manifestaciones de la voluntad de ambas partes.

Por último, vale precisar que la aceptación por sí sola, por medio de la cual el destinatario de la oferta de manera expresa o tácita aprueba la propuesta y los efectos que de ella proviene, también es un acto jurídico unilateral, además de ser un acto libre, pues no hay obligación para hacerlo, ya que el silencio bajo determinadas circunstancias configura una declaración de voluntad si se considera una omisión. Pero está no es la regla general, es la excepción, y sólo tiene lugar cuando las partes expresamente han señalado que configura declaración de voluntad, o cuando la ley expresamente lo establece y cuando las circunstancias fácticas que lo acompañan permiten atribuirle tal carácter.

3. La publicidad emitida por la industria cosmética

Puede entenderse a la industria cosmética como aquella actividad técnica y económica ejercida por grandes corporaciones que tiene como fin la transformación de materias primas en productos cuyo enfoque es el cuidado personal y la satisfacción de necesidades a nivel estético de hombres y mujeres, en tanto que “la mejora de la apariencia física para lograr alcanzar ciertos estereotipos crea una necesidad de consumo” (Issemi, 2017).

La industria cosmética³⁵ se encuentra inmersa en gran proporción en la sociedad. La estética, lo físico y lo bonito ha adquirido gran importancia con el paso del tiempo, razón por la cual se observa la necesidad de regular su intervención en el mercado a través de la publicidad, en tanto que ésta se encuentra orientada a la construcción de un modelo de belleza basado en la perfección corporal.

³⁵ La industria de la cosmética es solo una especie de la industria de la belleza, la cual es el género. Esta se encuentra “(...) dedicada a la moda, la cosmética, las dietas, el deporte y todas aquellas actividades relacionadas con la salud, el bienestar y el aspecto físico de las personas.” (Arda Z., Bernad E. & Fernández C., 2012. Pág. 172)

En algunas ocasiones estos modelos pueden ser irreales y generan en los receptores un desdoblamiento a “valores estéticos producidos por la influencia mediática de la industria de la belleza, interesada en vender más productos y en tener cada día un target más elevado.” (Arda Z., Bernad E. & Fernández C., 2012. Pág. 170), convirtiéndose lo publicitado en relación con los cosméticos, un marco de referencia para su receptor del deber ser, físicamente hablando.

Lo anterior es producto de la creencia común que tiene el consumidor respecto a la veracidad absoluta de todo lo dicho en la publicidad, pues “(...) aquellas afirmaciones que se realizan están respaldadas por el conocimiento pleno que el anunciante tiene de las características de su producto (...)” (Jaekel Kovács, 2013, pág. 282), lo cual es desestimado en la práctica, ya que la publicidad, también conocida como el “arte del engaño” busca crear necesidades y seducir al receptor, para finalmente conseguir su cometido, que no es otro que el poder vender el producto publicitado, incurriendo frecuentemente en la omisión de puntos relevantes en relación con la seguridad sobre la materia prima transformada.

Bajo este supuesto es importante que exista certeza sobre las declaraciones que se realizan cuando se está publicitando un producto cosmético, pues es Derecho del consumidor el estar informado sobre el bien a consumir, que se traduce en el poder conocer sus componentes, sus beneficios y contraindicaciones, así como saber frente a qué tipo de producto se está presente, pudiendo diferenciar el producto estético o cosmético del medicamento.

En este orden, en Colombia se entiende por producto cosmético, aquella “sustancia o formulación de aplicación local a ser usada en las diversas partes superficiales del cuerpo humano: epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos o en los dientes y las mucosas bucales, con el fin de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto y

protegerlos o mantenerlos en buen estado y prevenir o corregir los olores corporales.” (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 1)³⁶.

La Decisión 516 de 2002 de la CAN³⁷, es una norma de carácter supranacional de la Comunidad Andina, que se expidió con el fin de armonizar las legislaciones a nivel regional de los países miembros, en lo relacionado con los productos cosméticos. En su artículo quinto (5), establece un requerimiento con el que deben cumplir quienes deseen comercializar algún producto cosmético al interior de la comunidad, el cual es el contar con la notificación sanitaria ante la Autoridad Nacional encargada del país donde se desee mercantilizar el producto (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 5)³⁸, pues, se busca evitar que los productos cosméticos que se distribuyan, produzcan algún daño a la salud de las personas (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 2).³⁹

Así mismo, en los artículos dieciocho (18) y diecinueve (19) se establecen unos “caracteres” que deben contener los empaques de los cosméticos, los cuales deben ser visibles,

³⁶ El Ministerio de Salud Pública, propuso esta misma definición en el artículo segundo (2) del Decreto 219 en 1998, mediante el cual se “reglamentan parcialmente los regímenes sanitarios de control de calidad, de vigilancia de los productos cosméticos, y se dictan otras disposiciones” (Decreto 219, 1998, artículo 2)

³⁷ La CAN es una comunidad de países que voluntariamente se han unido con el objetivo de alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana. Estos países son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. (Comunidad Andina, sacado de: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>)

³⁸ La Decisión 516 de 2002 dispone en el artículo 5 que “los productos cosméticos a que se refiere la presente Decisión requieren, para su comercialización o expendio en la Subregión, de la Notificación Sanitaria Obligatoria presentada ante la Autoridad Nacional Competente del primer País Miembro de comercialización.” (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 5).

³⁹ La Decisión 516 de 2002 dispone en el artículo 2 que “los productos cosméticos que se comercialicen dentro de la Subregión no deberán perjudicar la salud humana cuando se apliquen en las condiciones normales o razonablemente previsibles de uso, teniendo presente particularmente, la presentación del producto, su etiquetado y las eventuales instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información que proceda del fabricante o del responsable de comercialización del producto. No obstante, la presencia de tales advertencias no exime del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente Decisión.” (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 2)

estar en español y no prestarse para confusiones, entre estos están: el nombre, los componentes, las precauciones, entre otros (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 18 y 19).

Es menester señalar que referente a la publicidad no preceptúa ningún lineamiento. Lo estipulado en mencionada Decisión está encaminado a la protección sanitaria, a la seguridad de los productos, a la preservación de la salud pública, más no a la forma en que se dan a conocer estos bienes a los consumidores.

Ahora bien, en Colombia el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) es la entidad encargada de garantizar la salud pública, por ello ejerce inspección, vigilancia y control sobre los productos cosméticos que van a ser consumidos y utilizados al interior del mercado colombiano⁴⁰, inclusive, hace un seguimiento a la publicidad que los contiene; empero, mencionado control es posterior, el cual surge únicamente cuando se presenta alguna queja o solicitud sobre la publicidad que ha sido emitida por la industria cosmética, lo que significa que hoy en día, no se exige un control previo ni una autorización para poder publicitar un bien cosmético porque se entiende que se acatan por parte del productor o proveedor los mandatos legales que rigen la materia.

Mediante la promulgación de la cartilla “ABC de la publicidad de los productos cosméticos” el INVIMA (2012) mencionó que es importante estar al tanto de la publicidad emitida, pues “las decisiones de la gente frente a la adquisición y consumo de cosméticos tienen significativas repercusiones sobre la salud pública. Por ello la importancia de ejercer inspección,

⁴⁰ El INVIMA “cuenta desde 1999 con los Comités de Publicidad de Medicamentos y Productos Biológicos, Alimentos y Bebidas Alcohólicas, Cosméticos, Insumos para la Salud y Productos Varios, Aseo, Higiene y Limpieza, encargados de evaluar las solicitudes de publicidad que de tales productos son presentadas ante el INVIMA. La creciente demanda de autorizaciones motivó la creación del Grupo de Publicidad en el 2008, a cargo de la Subdirección de Registros Sanitarios, dependencia que actualmente coordina las actividades de los citados Comités” (INVIMA, 2012. Pág. 2)

vigilancia y control sobre su publicidad, con el fin de garantizar que la información que llegue a los consumidores sea la apropiada y así favorecer a una adquisición y consumo certero de los mismos” (pág. 5), frente a lo cual se considera que con un control previo, se previene la vulneración a Derechos Fundamentales de los consumidores, tales como la salud y la integridad personal.

Por otra parte, el Ministerio de Protección Social colombiano expidió la Resolución 3774 de 2004, por medio de la cual se adoptó la Norma Técnica Armonizada de Buenas Prácticas de Manufactura Cosmética y la Guía de Verificación de Buenas Prácticas de Manufactura Cosmética, en la que se imponen deberes a la industria cosmética dirigidos a que sus productos estén fabricados de tal forma que puedan brindar seguridad de uso al consumidor, por tal razón, se estipulan, entre otros, el deber de: tener personal capacitado, responsable y con suficiente conocimiento, de utilizar los equipos y utensilios necesarios, que estén en óptimas condiciones, de trabajar desde la higiene, el respeto y usando herramientas dirigidas a garantizar calidad en sus productos, haciéndose reiterado el llamado a legislar de forma específica el tema de la publicidad emitida por esta gran industria.

En Europa al igual que en la Comunidad Andina, existe un reglamento supranacional sobre los productos cosméticos, por medio del cual se busca garantizar la seguridad de estos y de sus componentes, guiados a la disminución de ingredientes químicos y promoviendo la utilización de productos y métodos alternativos, encaminado en proteger al consumidor, sin embargo, respecto de la publicidad de estos productos no se hace mayor acercamiento que la establecida en el artículo veinte (20), en el cual se estipula que “en el etiquetado, en la comercialización y en la publicidad de los productos cosméticos no se utilizarán textos, denominaciones, marcas, imágenes o cualquier otro símbolo figurativo o no, con el fin de

atribuir a estos productos características o funciones de las que carecen” (Parlamento Europeo, 2009, Reglamento No 1223, artículo 20).

En España la situación no es diferente. Mediante el Decreto Real número 209 de 2005⁴¹, en el artículo dieciséis (16) se estipula que la publicidad debe hacer mención únicamente a las “características, propiedad o acciones” (Decreto Real 209 de 2005, artículo 16) que posean los productos cosméticos, prohibiéndose hacer mención a funciones que los sobrepasen; de igual forma, se prohíbe que sus características –olor, envase, presentación, color– puedan prestarse para equívocos o confusiones con alimentos o productos de consumo (Ministerio de Sanidad, 2005, Decreto Real 209, artículo 16).

En conclusión, Colombia no es el único país cuya regulación existente respecto a la publicidad y al marketing ejercido por la industria cosmética es deficiente. Al regularse únicamente los componentes y temas relacionados con la seguridad del producto, se deja de lado lo que concierne a la publicidad de aquellos, ocasionando una mayor exposición a la vulneración de los Derechos Fundamentales del menor de edad cuando es receptor de la publicidad emitida por la industria cosmética, aclamando entonces, una reglamentación específica de la publicidad dirigida a los adolescentes que evite estar ante una publicidad engañosa o ante la publicidad como forma de oferta.

3.1. La publicidad engañosa

El numeral trece (13) del artículo quinto (5) de la Ley 1480 de 2011 define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión” (Ley 1480 2011, art. 5). Esta forma de

⁴¹ En España el 27 de febrero de 2018, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad promulgó otro Decreto, por medio del cual se regulan los productos cosméticos (Decreto Real No 85 de 2018), empero, en este tampoco se hace mención alguna sobre la publicidad dirigida a menores de edad.

publicidad se encuentra prohibida según lo preceptuado en el artículo treinta (30) del Estatuto del Consumidor, quien es fiel a lo consagrado en su artículo tercero (3), cuando menciona que el consumidor debe ser protegido de toda forma de publicidad engañosa (Ley 1480 2011, artículo 3).

De esta manera, para poder entender mejor de que se trata la publicidad engañosa es necesario partir de la publicidad en general y su tipología, por lo que se tomará como base la clasificación suministrada por la autora Japaze (2009), quien considera que la publicidad puede ser lícita o ilícita. La primera observa las condiciones y conductas ejercidas por el ordenamiento jurídico y la segunda, es aquella atenta contra lo establecido en él. Dentro de este segundo tipo de publicidad se encuentra, entre otras, la publicidad comparativa, la publicidad engañosa y la publicidad prohibida.

En consecuencia, la publicidad engañosa es aquella que induce o puede inducir a error al consumidor por acción del emisor, es decir, cuando se “expresan o sugieren cualidades, funciones, destinos o bondades del producto”, (Japaze, 2009, págs. 272-291) o por omisión, cuando aquel “decide no incluir información importante y negativa sobre el producto” (Japaze, 2009, págs. 272-291); a consideración, la publicidad engañosa no solo adquiere las formas referidas, sino también puede presentarse por medio de la publicidad subliminal o encubierta y a través de la publicidad abusiva y la publicidad desleal.

Al respecto se aclara que la publicidad engañosa en sus comienzos fue tratada desde la competencia desleal, siendo un claro ejemplo de ello el caso *Federal Trade Commission Vs. Winsted Hosiery Company*, conocido como el primer antecedente a la regulación de la publicidad engañosa en los Estados Unidos en 1922. Dentro de la discusión se tuvo como principal enfoque la búsqueda de la protección a la competencia leal, evitando la promulgación de mensajes

perjudiciales a la imagen empresarial de la competencia. A posteriori y en relación con la libertad de expresión, le fueron impuestos ciertos límites a la publicidad para que finalmente se hubiese re categorizado el concepto dentro del ámbito de protección al consumidor (Villalba Cuellar, 2013, pág. 143)

En comparación con el enfoque que actualmente se le ha dado a este tipo de publicidad en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio en concepto 13-090463 (2013) se ha manifestado mencionando que para poder considerar a la publicidad como engañosa, no es necesario que el daño efectivamente se haya producido, sino que este pueda llegar a efectuarse, por lo que es importante que el mensaje publicitario sea valorado, así pues, si existe inexactitud entre la publicidad y la realidad, se está frente a la figura de la publicidad engañosa (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).

Dicho análisis debe realizarse teniendo como base al consumidor promedio racional, además de partir desde la interpretación natural, obvia y poco profunda, ya que, si el error es generalizado, el origen de éste estará en la información, pero, si el error es de unos pocos sujetos, el origen radica en la mala interpretación y la falta de entendimiento de la información. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, concepto No 14-120082).

En este orden, afirma la Superintendencia de Industria y Comercio que lo primero que se debe realizar para determinar si se está frente a publicidad engañosa o no, es establecer cuáles son los elementos objetivos del mensaje que se transmite al consumidor, es decir, los que hacen referencia a la promesa que se comunica y especialmente a los argumentos con los que ésta se soporta. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014)

El segundo paso consiste en revisar las características del bien o servicio anunciado y confrontarlas con el mensaje transmitido para poder determinar cómo tercer aspecto, si la información transmitida es suficiente para el consumidor, y así, establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014)

En concordancia con el artículo treinta (30) del Estatuto del Consumidor, “el anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa (...)” (Ley 1480,2011), lo que se traduce en una obligación frente a los agravios ocasionados al receptor de la información de acuerdo con condiciones objetivas.

“Dicha responsabilidad opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor (...). Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante” (Giraldo, Caycedo, & Madrinán , 2012, págs. 93-94).

Por su parte la Unión Europea, mediante Directivas ha manifestado su intención de regular lo referente a la publicidad engañosa, concibiéndola como una práctica desleal del comerciante y también como un agravio al consumidor, además de definirla de una forma muy similar a como se hace en Colombia⁴², pues se tiene como objeto de estudio para saber si una

⁴² La Unión Europea define la Publicidad Engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o

publicidad es engañosa o no a los bienes o servicios (disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, procedimiento, etc.), su precio (modo de fijación y suministro) y su naturaleza, demás las características y Derechos del enunciante (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2006, Directiva 2006/114/CE, artículo 3).

Así pues, se entiende a la publicidad engañosa como una práctica desleal que puede ser analizada desde dos (2) perspectivas diferentes. En primer lugar, está la publicidad comparativa y en segundo lugar la que netamente es publicidad engañosa, siendo la primera desleal frente a sus competidores⁴³ y la segunda, frente a los consumidores⁴⁴. Esto deja claro que no importa la manifestación que adquiera la publicidad engañosa, ésta siempre será una práctica comercial que influye en la decisión tomada por el consumidor.

Finalmente se concluye que la importancia de regular expresamente en favor del consumidor el contenido de lo que se va a publicitar e interponer unas sanciones en contra del proveedor o productor del bien o servicio que se publicita, radica en la protección que ha querido suministrársele al consumidor, pues a él como ya se mencionó, se le considera como la *parte débil*. De esta manera, se reitera la necesidad de encontrar un equilibrio en la relación de

que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2006, Decisión 2006/114/CE, artículo 3)

⁴³ La publicidad comparativa a la cual se hace referencia puede encasillarse dentro del acto de competencia desleal de “acto de comparación” consagrado en el artículo trece (13) de la Ley 256 de 1996, la cual se encarga de regular todo lo concerniente a la competencia desleal.

El citado artículo pregona: “artículo 13: actos de comparación. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables” (Ley 256, 1996, art. 13)

⁴⁴ Se definen las prácticas comerciales que tienen las empresas en relación con los consumidores como todo “acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores” (Directiva 2005/29/CE, 2005)

consumo, a partir de una información completa, que ha sido suministrada de manera oportuna, para que el consumidor pueda entenderla y solicitar resolver cualquier inquietud antes de la materialización del negocio jurídico.

3.1.1. La protección especial a los menores de edad frente a la publicidad engañosa

Se tiene bajo el amparo de la Ley 1480 de 2011 la protección al consumidor. Dicha Ley consagra las garantías de protección al consumidor, a partir del artículo tercero (3) entre las cuales están el Derecho a recibir información, a la seguridad y la indemnidad, la protección a la publicidad engañosa, entre otros, que se puede clasificar en dos (2) grandes grupos: los relacionados con la información y los relacionados con la seguridad (Ley 1480, 2011, artículo 3).

En relación con el Derecho a recibir la información, además de ser un Derecho para el consumidor, es un deber para el empresario, productor o proveedor, que debe agotarse en la etapa precontractual del acto jurídico, por lo que en palabras de Japaze (2000) tiene como fin “acortar las distancias y la desigualdad de las partes dentro de la relación de consumo” (Página 191).

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante concepto jurídico número 15-194323-00003-0000 (2015), manifestó que el suministrar información al consumidor antes de que se materialice el negocio es de gran importancia, ya que no solo se le permite conocer las características generales y específicas del producto o servicio que desea consumir (entre las cuales se encuentran el peso, los componentes, los usos según la naturaleza bien, condiciones de mantenimiento, posibles riesgos que de ellos puedan derivarse, entre otros), sino que también ayuda al consumidor a escoger el bien o servicio que mejor le convenga conforme a sus necesidades.

Cabe señalar que en dicha escogencia no debe mediar imposición del productor o expendedor, pues el consumidor pretende aprovechar a cabalidad los beneficios del mercado y adquirir una mayor capacidad de acción, transformando el panorama al dejar ser la parte débil dentro de la relación de consumo, por ostentar un conocimiento pleno del producto que va a consumir, lo que significa que se disminuye notablemente la posibilidad de incurrir en error.

Haciendo remisión a la doctrina extranjera, se tiene dentro del desarrollo del cumplimiento del Derecho a la información tres (3) etapas, que especificadas por el juez argentino Lorenzetti (2009) son: en primer lugar, se encuentra la etapa del Derecho de informar, el cual está vinculado a la libertad de expresión y se trata básicamente en el Derecho que tiene el emisor y titular de la información de hacerla llegar al receptor sin que existan impedimentos.

En segundo lugar, se halla la etapa del Derecho de estar informado, el cual ya no es un Derecho a favor del emisor del mensaje, sino del destinatario de éste, es decir, del *consumidor de la información*, quien para poder decidir de manera libre necesita estar plenamente informado; en pocas palabras, y como lo expresó la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2014, la cantidad de información suministrada debe ser directamente proporcional al nivel de peligro del producto. Finalmente, y no menos importante, como tercera etapa se encuentra el Derecho a la seguridad e indemnidad que tiene el usuario o consumidor en el momento en que participa en la relación de consumo.

Al respecto el numeral 1.2 del artículo tercero (3) de la Ley 1480 de 2011 menciona que existe el “Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores” (Ley 1480, 2011, artículo 3) razón por la cual, de presentarse algún daño a un consumidor en las condiciones planteadas, da lugar a que surja de manera solidaria entre los

proveedores y productores la responsabilidad emanada de la falta de idoneidad y de calidad de los bienes o servicios, responsabilidad que es objetiva por la puesta en circulación de un producto defectuoso, y que según Villalba (2012) es diferente a la responsabilidad civil por garantías de productos.

El aludido Derecho configura para el proveedor y productor la obligación de no causar perjuicios en la salud e integridad de los consumidores, ergo los productos comercializados para ser adquiridos y posteriormente consumidos deben ser seguros. En este sentido, todo bien o servicio representa algún riesgo por su naturaleza –sin que esto signifique que se trata de un producto inseguro, es decir, que represente algún riesgo irracional– y para garantizarle la seguridad al consumidor, el producto debe contener las recomendaciones y advertencias de uso, en algún lugar visible que permitan hacer un análisis de la probabilidad de riesgo y peligro en que se puede incurrir (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).

Respecto a los productos cosméticos, la Unión Europea (UE) ha establecido normas por medio de las cuales busca garantizar un uso seguro. La UE se ha puesto en la tarea de regular tanto sus sustancias, como su composición, envasado, etiquetamiento, e incluso ha llegado a prohibir el uso de algunos cosméticos en animales, lo cual, para conocimiento de muchos, es una práctica comúnmente realizada como forma de testear los artículos antes de que se realice su comercialización, siendo el objetivo del procedimiento referido, corroborar y asegurar la obtención de resultados positivos en seres humanos⁴⁵.

De esta manera y en relación con el deber de seguridad del producto cosmético, se desencadena una serie de consecuencias en contra del productor, como lo es la responsabilidad

⁴⁵ Debe entenderse como resultado positivo en seres humanos, aquel que no cause lesión alguna de manera física.

civil que surge por la causación de perjuicios durante el uso del bien que lesione la salud o integridad del consumidor.

Es en ese momento cuando se evidencia la necesidad que las medidas de protección y reglamentación de los productos en relación con los protocolos de seguridad sean mucho más estrictas, para que, con ayuda de la sociedad, quienes actúan dándole aplicación al principio de corresponsabilidad, se les permita a los menores de edad un consumo responsable, consciente y, sobre todo, necesario, y más aún cuando son ellos los sujetos que están consumiendo todo tipo de productos, en especial aquellos que le ayudan a asumir un rol dentro de la sociedad disminuyendo “imperfecciones” y resaltando la belleza física.

Por otra parte, se encuentra el Derecho que tiene el menor, a ser protegido de todo tipo de publicidad engañosa, que es, básicamente la defensa a todo tipo de publicidad que induzca o pueda inducir a error al consumidor.

Cuando un menor de edad es sometido a publicidad cuyo enfoque es la apariencia física, lo que esta hace es albergar en el subconsciente la subsistencia de una imperfección en su rostro o cuerpo. Lo anterior evidencia la existencia de un juicio de valor negativo, pues se pone en pugna el libre desarrollo de la personalidad, la integridad y la salud del menor de edad consumidor.

En Colombia se encuentra un claro ejemplo de lo mencionado en la publicidad realizada por Asepxia, marca de la compañía Genoma Lab Internacional⁴⁶, que se ha posicionado en el mercado latinoamericano por ser una línea de tecnología avanzada y especialmente formulada para el cuidado de la piel, cuerpo y rostro de hombres y mujeres cuya edad se encuentra

⁴⁶ Compañía mexicana dedicada a la mercadotecnia y desarrollo de productos cosméticos de venta libre reconocida al interior del mercado colombiano.

comprendida entre los doce (12) a dieciocho (18) años, que pretenden reducir el acné con el uso de productos cosméticos.

Al interior del país, la multinacional se ha visto sometida a un control de tipo preventivo por el ente regulador –la Superintendencia de Industria y Comercio–, luego de reiterados llamados de atención por emitir publicidad engañosa en sus comerciales, tanto así que aquella empresa fue la primera en Colombia que fue sometida a “censura previa” luego que la Superintendencia de Industria y Comercio analizara alrededor de quinientas (500) piezas publicitarias, con el ánimo de verificar si habían estudios científicos o médicos que se catalogaran como contundentes para darle validez a las afirmaciones realizadas en su publicidad: *“Asepxia es una marca exclusiva y potente, su fórmula elimina rapidísimo barros, granos y espinillas... más rápido que Asepxia, imposible”* (Campaña publicitaria Asepxia, 2015)

Cabe resaltar que en Colombia cuando se presentan estos casos, se ordena el cese de campañas publicitarias con el objetivo de proteger a los consumidores, pero en especial a aquellos que tienen una capacidad cognoscitiva baja y a quienes son menores de edad, pues como ya se ha visto, este tipo de población pueden ver afectadas sus decisiones en materia de consumo cuando los anunciantes hacen uso de “frases fantasía”, o proclamas que son engañosos.

Según la Resolución No. 75401 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2012, para determinar si la marca, leyenda, propaganda comercial o en general cualquier forma de publicidad es engañosa, se tendrá en cuenta a partir de las indicaciones sobre las características de los servicios y sus resultados por utilizarlos, además de las pruebas y controles efectuados, así como su precio, condiciones y modo de fijación, sin dejar de lado las características propias, su naturaleza y los Derechos del anunciante (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012).

Cuando los productores o distribuidores de algún bien o servicio hacen uso del *dolus bonus*, entendiendo a este como el dolo bueno en el que incurre un anunciante quien somete a exageración o alteración tolerable al producto el cual publicita –un rostro con imperfecciones–, sobrepasándolo e incurriendo en un *dolus malus*, se genera la imposición de la sanción por el sometimiento a publicidad engañosa al consumidor.

En este punto se trae a colación al Decreto 975 de 2014, “por el cual se busca reglamentar los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores” (Decreto 975, 2014). En dicho Decreto se establecen unos Derechos a favor de los menores de edad y unos deberes en cabeza del enunciante, pero a diferencia de otros, este tiene como fin que la publicidad dirigida a púberes e impúberes, se encuentre dentro de los parámetros del respeto y sea acorde a las condiciones de desarrollo mental e intelectual en un campo específico, el cual es la información en la comercialización de juguetes y la información y publicidad en el entorno digital.

Siguiendo la misma línea propuesta por el Decreto 975 de 2014, el Decreto 1074 de 2015⁴⁷ en la sección 7, capítulo 33 denominado: “casos, contenido y forma en que se deben presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores” (Decreto 1974, 2015) ha hecho mención a lo estipulado en el Decreto 975 de 2014 –es una transcripción–. En el artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, se establece que “toda información y publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad” (Decreto 1074, 2015, artículo 2.2.2.33.4)

⁴⁷ Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.” (Decreto 1074, 2015)

Por otra parte, “sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011 y en el presente Decreto, la información relacionada con los juguetes que se comercialicen u ofrezcan al público en Colombia, deberá cumplir con lo previsto de manera especial en el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes, sus componentes y accesorios, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 3388 de 2008 del Ministerio de la Protección Social o la que la sustituya, modifique o adicione” (Decreto 1074, 2015, artículo 2.2.2.33.6).

Es claro que el tema de los juguetes ha llamado la atención de muchos alrededor del mundo. En Colombia el acercamiento ha sido por medio de resoluciones emitidas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo es la Resolución número 068198 del año 2016, y en Europa se ha reglamentado mediante Directivas⁴⁸, como por ejemplo la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

En la Directiva 2009/48/CE (2009) se hace un énfasis especial cuando los juguetes pueden ser usados –tipo de realizar un acto de consumo– por un niño o niña menor de 36 meses, por el mayor grado de peligro que puede existir en razón al entendimiento que este menor tiene frente a lo que es o no peligroso, y a sus ansias de aprehender por medio de la exploración (Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, 2009, Directiva 2009/48/CE). A dichos juguetes, por ejemplo, se le imponen mayores restricciones respecto a las sustancias químicas que son usadas para su fabricación, porque para nadie es un secreto que estos elementos pueden tener contacto vía oral con el infante.

⁴⁸ Frente al tema se relacionan las siguientes Directivas: 88/378/CEE, 2001/95/CE, 2002/96/CE, los Reglamento (CE) No 1935/2004, (CE) No 765/2008, entre otros. (Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea , 2009, Directiva 2009/47/CE)

Otro punto importante es la obligación que tienen los productores de estos bienes, de explicar con mayor énfasis las advertencias, aun sabiendo que los receptores de dicha publicidad serán los padres o representantes legales de los menores, o inclusive, cualquier tercero interesado en adquirir uno de estos para su posterior consumo por parte de un niño o niña.

Se considera importante hacer referencia a la forma en la que la UE ha planteado la preocupación que tiene frente a los consumidores menores de edad respecto de los juguetes y la seguridad que estos deban brindar y más cuando se refiere a los problemas que puedan causar en su salud. Así, los agentes económicos deben comprometerse a garantizar un alto grado de protección al consumidor, claramente, sin que esto implique un desfavorecimiento a su actividad económica al interior del mercado, pues se hace con la finalidad de establecer un mayor control y vigilancia a los juguetes que sean producidos o diseñados para ser usados por sujetos cuya edad sea inferior a los catorce (14) años.

Comparando, en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales, por medio de su delegatura de protección al consumidor y de asuntos jurisdiccionales, manifiesta que la normativa expedida por la institución “está dirigida a la protección efectiva de la infancia de manera integral, particularmente en los aspectos relacionados con la seguridad de los menores y su incumplimiento acarrearán las sanciones establecidas en el artículo sesenta y uno (61) de la Ley 1480 de 2011” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016, resolución 16-068198-00001-0000).

Por ello, vale recordar que se han presentado en el país aproximaciones respecto a la regulación a la publicidad en materia de juguetes, de alimentos, aquella que tenga contenido discriminatorio, sexual y violento por medios de comunicación digitales, e inclusive, respecto de los límites de los procedimientos estéticos realizados a menores de edad, pero no se ha referido

el legislador al tema específico del uso de productos cosméticos por parte de los menores de dieciocho (18) años, ni mucho menos a la regulación respecto de la publicidad que se le hace a estos tipos de productos, a pesar que esta se encuentra inmersa en todas partes y ocasiona un nivel de riesgo del 12.5% según la Unidad de Riesgos del INVIMA con corte al mes de junio de dos mil diecisiete (2017) (Unidad de Riesgos del INVIMA, 2017).

Este tipo de publicidad incentiva a los menores a tomar decisiones frente a su aspecto físico en tanto que los productos que “deben” ser usados para “mejorar” su apariencia, inciden no solo en el desarrollo físico y mental, sino también en la salud del menor al no haber certeza sobre la calidad de la totalidad de los componentes de los productos cosméticos ofrecidos, o la forma debida de uso.

Teniendo este panorama y retomando las palabras de Lipovetsky y Serroy (2015) cuando hacen una crítica a la supervisión financiera que se encuentra en la comunicación, “se tiene que la publicidad propagada por los medios de comunicación también se propone crear prestigio, sentido y valor simbólico (...) más allá de su valor utilitario. Estamos en el momento en que, por medio de la comunicación, el diseño y la innovación, la marca funciona igual que la firma de un artista reputado” (pág. 90)

La industria cosmética merece especial fijación no solo por los altos volúmenes de dólares que maneja y su participación en el mercado, sino también porque este tipo de industria debe ser considerada como un monstruo silencioso al que lastimosamente muy pocos importa, y que tentativamente puede causar agravios a la integridad de un menor de edad que en desarrollo de su libertad, decide de forma inconsciente consumir productos desconociendo sus componentes o consecuencias de uso, facilitando la tarea a las grandes corporaciones de obtener ganancias a

partir del nombre de la marca, frases fantasía y su posicionamiento en el mercado, más no por la calidad del mismo

“Con la aparición de los grandes mercados nacionales y los productos estandarizados que se fabrican en serie, se multiplican las marcas de circulación nacional que se dedican a construir y desarrollar su notoriedad...el auge de la publicidad moderna no refleja en modo alguno el empobrecimiento del imaginario, sino el advenimiento de mercancías más cargadas de dimensiones simbólicas, de significados imaginarios multiplicados” (Lipovetsky & Serroy, 2015).

Respondiendo estas conductas a fenómenos reflejados en la disminución de costos y producción en masa, cuyo enfoque se orienta no solo a la parte estética del producto, sino que también a la sensibilidad del consumidor.

“Las normas de publicidad e información (...) son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento (...) conlleva que una vez en conocimiento de la autoridad la ocurrencia de un presunto hecho que vulnera la Ley, esta entidad debe adelantar la correspondiente investigación, inclusive sin necesidad de que exista quejoso o particular que la genere” (Resolución No. 75401, 2012, pág. 34) para imponer la sanción correspondiente por omitir los lineamientos básicos de conducta.

Para no incurrir en faltas, el productor o expendedor de bienes y servicios en la actividad publicitaria debe abstenerse de implementar como estrategia publicitaria el uso de frases que tengan por objeto “captar la atención de los consumidores para lograr que un producto cause

impacto en la percepción de los mismos (...)” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2011) utilizando afirmaciones subjetivas del producto que envuelve en sí una exageración –en ocasiones es permitida y por ende no debe ser considerada como una frase engañosa cuando no induce a errores a los consumidores–. En otras palabras, hacer uso de *frases fantasía*, no tiene un fin distinto a que el consumidor conciba que el usar un producto determinado, logra un efecto que en realidad no está comprobado.

Asimismo, debe partirse de la premisa que el productor tiene a su cargo hacer todo para no omitir información que sea necesaria para la adecuada comprensión sobre el bien o servicio por parte del consumidor, como lo son, las restricciones para acceder al bien o servicio, las limitaciones, condiciones e inclusive las excepciones frente a su consumo, aunque es claro que en la mayoría de propagandas comerciales no se incluyen los datos referidos, puede el productor hacérselo saber por otros medios, teniendo como base el entendimiento de una persona común y ordinaria.

Lo anterior a raíz que “la interpretación que realiza un consumidor del mensaje que recibe, parte del patrón, «consumidor medio o racional»” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012), es decir, todo consumidor realiza un análisis superfluo a los mensajes que se le transmiten –y más aún si el mensaje es que se es un ser humano imperfecto–, por lo que estos deben ser calificados seriamente de acuerdo a la percepción originada en el consumidor –que es un menor de edad– y al valerse este de su sentido común y jerga cotidiana, evitando acudir a interpretaciones forzadas.

Claramente, el Derecho del consumidor tiene una finalidad proteccionista, que busca intervenir a favor del consumidor dentro de las relaciones jurídicas que este tenga con un

productor o proveedor, esto debido a la superioridad que carece el consumidor y de la que goza su contraparte.

Con el fin de disminuir la asimetría informativa y de asegurar que el consumidor cuente con la información suficiente sobre los productos y servicios que se encuentran dentro del mercado, así como de darle la posibilidad de acceder de forma libre y espontánea a dichos servicios y productos, se le impone al proveedor límites a sus conductas y acciones, los cuales están plasmados en la Ley 1480 de 2011 de forma muy amplia. Si bien, su verificación de cumplimiento está a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, para el caso de Colombia, hay pormenores que escapan a una eventual sanción, pues como dice el adagio popular: *lo que no está prohibido, está permitido*.

Así las cosas, toda información proferida debe tener lineamientos objetivos que prohíban inducir en error y contrario sensu, cumplir con los protocolos de seguridad, y más cuando dicha información es canalizada por medios de comunicación. Si se tienen claras las condiciones en las que se encuentra el público al que se le transmite el mensaje deseado, y actuando con especial cuidado, tal y como lo exige la ley, se disminuyen las probabilidades de estar ante un consumo irresponsable.

Al respecto, no hay duda que los medios de comunicación al abarcar masas tienen que informar, entretener y en especial, educar, sin que estos deberes impliquen una limitación a la libertad fundamental de recibir información, pues ésta puede ir de la mano junto a la búsqueda de la garantía del pleno y apropiado amparo de los intereses de los espectadores.

En cualquier sociedad se tiene el deber de ser corresponsable de la construcción de un entorno próspero, en donde los menores de edad sean beneficiados, velando por una correcta

aplicación de los principios encaminados a brindarles su interés superior, por lo que ninguna institución que haga parte de ella –incluyendo a los medios de comunicación–, puede negarse a seguir no solo preceptos socialmente aceptados, sino aquellos legalmente estipulados para llegar al fin último, que es el brindar por parte de la comunidad a los adolescentes una formación integral, para asegurar que en el futuro sean personas autónomas, responsables, respetuosas y coherentes respecto al cumplimiento de la normativa colombiana –Derechos y deberes–, que se encuentra acorde a los fines del Estado y en general, a lo contemplado en la Constitución Política.

Muchos consideran que en la actualidad quienes tienen una mayor capacidad de maleabilizar la conducta de los seres humanos –otros dirían, difundir cultura– son los medios de comunicación, los cuales se han encargado de ‘alienar las mentes’, de pensar por quienes no quieren hacerlo por si solos, de crear verdades ‘absolutas’ evitando preguntas como lo son: ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Cómo?

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que todo menor de edad carece de capacidad jurídica –ya sea de manera absoluta o de manera relativa–, al no tener la facultad psíquica de auto determinarse, sería un sujeto de especial protección mientras adquiere dicha facultad. Es esta la razón por la que el legislador por medio de la Ley 1098 de 2006, en el artículo cuarenta y siete (47) y siguientes, realizó la labor de regular los deberes de los medios masivos de comunicación frente a la publicidad, cuando existe la posibilidad que un menor de edad sea receptor de esta (Ley 1480, 2011, artículo 47 y siguientes).

En concordancia con el artículo cuarenta y siete (47) del CIA, los medios de comunicación tienen como deberes, entre otros, en lo que concuerda a la emisión de publicidad, los siguientes:

“(1.) Promover, mediante la difusión de información, los Derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y su salud física y mental (...) (5.) Abstenerse de transmitir mensajes discriminatorios contra la infancia y la adolescencia. (6.) Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas. (7.) Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente” (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006, artículo 47)

Como lo ha dicho la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-592 de 2012⁴⁹, hoy a los medios de comunicación se les ha impuesto unas responsabilidades frente a la información que difunden y al deber de ayudar a la formación de la sociedad, pues actualmente es más difícil, comenta la Corte, saber cuáles son los destinatarios de sus mensajes, ya que resultan ser –en muchas ocasiones– indeterminados e innumerables y diferentes entre sí, por ser analizados desde el punto de vista cultural, de la nacionalidad, de la edad, de conocimiento, etc. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-592).

Frente a la posibilidad de difundir propaganda comercial que tenga como objetivo realizar publicidad a algún bien o servicio que se desea consumir, la Corte Constitucional ha dicho que la publicidad, “está orientada a estimular ciertas transacciones económicas” (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-592), por lo que pueden interponerse algunos límites que

⁴⁹ La Sentencia C-592 del 25 de julio del año 2012, resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo treinta (30) (de manera parcial) de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor). Valga mencionar que actuó como magistrado ponente el señor Jorge Iván Palacio Palacio.

incluyan prohibiciones e incluso censurar ciertos mensajes, requiriendo, una autorización o un permiso previo y un registro posterior, como manera de regular lo que se va a publicitar, sin que esto implique una contrariedad con la norma constitucional que regula todo lo referente a la publicidad, a la libertad de expresión y a los medios de comunicación (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-592)

Entonces, los principales lineamientos que deben seguir los medios de comunicación para cumplir con su función social son actuar con objetividad, veracidad, oportunidad y pluralidad. Cuando estos criterios no se consideran en la información presentada, se está faltando al Derecho que tienen los ciudadanos a recibir una información imparcial. El respeto a estas disposiciones no se contrapone con el ejercicio de la libertad de expresión de los comunicadores; por el contrario, si se acatan estos principios se puede tener credibilidad y confianza del público receptor.

En este sentido, tal y como lo dijo Feenstra, “la emergencia de un nuevo ambiente comunicativo que integra los medios de comunicación de masas –televisión, radio y prensa– junto a un novedoso entorno digital (medios sociales, web 2.0, etc.) altera algunas características tradicionales de la publicidad” (Feenstra, 2014, pág. 92), por lo que muchas de las conductas adoptadas por los menores de edad, son replicadas de acuerdo a lo que ven.

Al respecto, se decidió realizar en el mes de Julio del año 2016 una encuesta a 20 menores de edad (hombres y mujeres) de entre los 14 y los 18 años, estudiantes del Colegio San Francisco de Asís de la ciudad de Villavicencio (Meta-Colombia), con la finalidad de conocer la forma en que la publicidad emitida por medio de la Televisión generaba remembranza en ellos de la marca Asepxia, que como ya se expresó, está dirigida a un público joven.

La encuesta generó como resultado, que de los 20 encuestados, 17 conocieron y reconocen actualmente los productos gracias a la publicidad emitida por la Televisión e incluso, algunos de ellos los compraron sin tener en cuenta su composición (en los anexos se encuentra la totalidad de los resultados obtenidos en dicha encuesta). Por lo anterior, se concluye que el legislador acertó al haberle dado a los medios de comunicación el deber de educar de manera informal a quienes son receptores de su publicidad.

Finalmente, el Estatuto del Consumidor no presenta ninguna obligación o sanción que limite o que controle la función de emisor de publicidad que cumplen a diario los medios de comunicación adicional a la contenida en el artículo treinta (30), la cual se refiere a la responsabilidad solidaria que ellos adquieren cuando existe dolo o culpa grave probada y exclusivamente en casos donde se trate la publicidad engañosa.

3.2.La publicidad como una nueva forma de oferta

La publicidad cumple con una finalidad bastante importante dentro del desarrollo de los tratos preliminares, razón por la cual el legislador por medio del artículo veintinueve (29)⁵⁰ del Estatuto del Consumidor (2011) le da fuerza vinculante, de tal forma que obliga al anunciante en los términos de la publicidad emitida.

Por esta razón se puede considerar a la publicidad como una forma de oferta, tomando como fundamento las ofertas de carácter público, las cuales están dirigidas a un número indeterminado de personas; al respecto considera el doctrinante Munar (2009) que la publicidad es una oferta de tipo pública por efectuarse mediante circulares o por medio del uso de cualquier

⁵⁰ Dispone el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad” (Ley 1480, 2011, art. 21)

tipo de propaganda. Por otra parte, se aclara que la oferta es privada cuando va dirigida a una persona determinada.

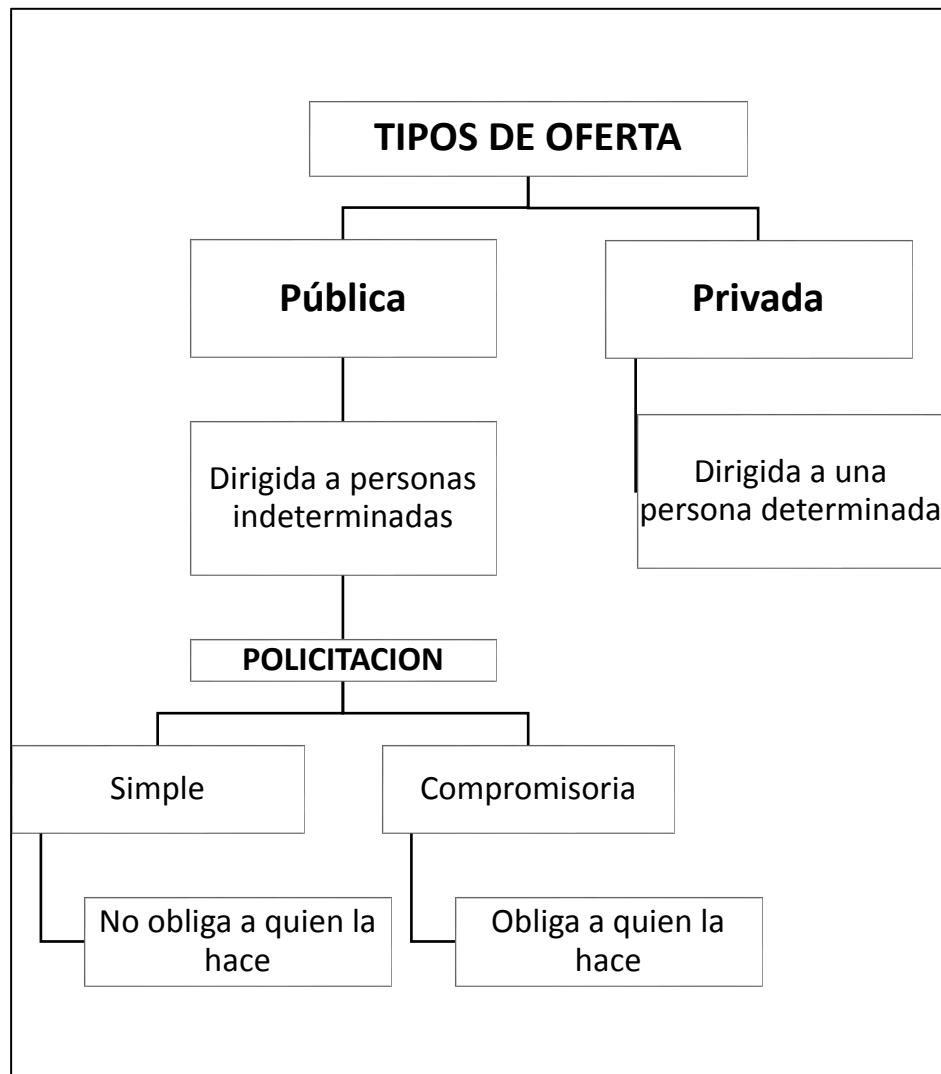


Ilustración 2: Tipos de oferta según el artículo 847 del Código de Comercio

Teniendo en cuenta que la publicidad comercial tiene como objetivo atraer la atención de la clientela dando a conocer las características y beneficios que podría traer la adquisición de bienes o servicios ofrecidos por un comerciante, puede asegurarse que consiste entonces, en el arte e industria de la tentación. No obstante, no debe confundirse la publicidad comercial con la

publicidad legal, la cual es obligatoria y tiene como fin llevar un negocio o actuación jurídica al conocimiento de terceros.

Ahora bien, frente a la publicidad como forma de *oferta incondicional* debe analizarse el tipo de información que se está emitiendo además de verificar que esta cumpla con los requerimientos establecidos en la normativa para que se configure la oferta, es decir, que contenga todos los elementos esenciales del contrato que se desea celebrar. Empero, ¿a qué se refiere la norma por elementos esenciales?

Para dar respuesta al interrogante, es necesario hacer remisión al artículo 1501 del Código Civil, en el cual se estipula que “(...) son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)” (Código Civil, artículo 1501). En este orden de ideas, por ejemplo, en el caso que para consumir el bien o servicio deba ser adquirido y como consecuencia celebrar un contrato de compraventa, es necesario que en la publicidad de dicho bien o servicio se exponga con claridad cuál es el bien sobre el cual recae el negocio y el precio del mismo, los cuales son los elementos esenciales (precio y cosa) del contrato de compraventa.

En este sentido, si en la publicidad se cumplen con los elementos de la esencia del contrato mediante el cual se pretende realizar el acto de consumo y con los demás requisitos propios de la oferta, podrá ser considerada como una forma de ella, sin que esto quiera decir que cuando no lo haga no exista relación entre estas, pues, en estos casos, la publicidad será parte de la propuesta de negocio siempre que se trate de un trato previo al surgimiento de una relación de consumo, cuyo contenido vinculará a las partes en el momento de ser aceptada.

En otras palabras, cuando a la publicidad se le ubica dentro la oferta cumple un papel de gran importancia, pues, independientemente que conlleve o no la celebración de un contrato,

siempre va a estar encaminada a afectar o por lo menos a generar un cambio dentro de la situación económica de los consumidores. (Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea , 2006, Directiva 2006/114/CE, 2006)

Por otra parte, la práctica publicitaria corolario de la actividad comercial y económica, en principio es libre, especialmente en la escogencia de sus métodos; empero, como toda forma de libertad debe respetar ciertas restricciones generales, tales como el respeto al orden público y las buenas costumbres, algunos productos cuyo consumo excesivo puede ser perjudicial para el ser humano, están sometidos a una reglamentación que limita aún más las técnicas publicitarias prohibiéndose sus enaltecimientos exageradamente elogiosos.

Como lo considera el abogado Munar (2009) “los fenómenos de masificación, globalización, celeridad y sofisticación que la caracterizan –a las relaciones de consumo– han aparejado de un grupo de sujetos (productores, empresarios, profesionales) con un enorme poder económico de negociación, conocedores de la ciencia y la tecnología, capaces de estandarizar sus productos o servicios, frente a quienes el ciudadano común, precisamente por causa de esas condiciones, se encuentra en franca desventaja y necesitado de cierta protección” (pág. 382) por lo que para nadie es un secreto que la publicidad puede favorecer el consumo inútil y peor, el consumo peligroso, por lo que resulta deseable la prohibición de las múltiples formas de publicidad carentes de veracidad dirigida a los menores de edad.

Así pues, es claro que en casos específicos en que se cumplan con los requisitos de existencia y validez de la oferta, puede considerarse a la publicidad como una forma de ella, pero, cuando esta esté dirigida a menores de edad va a acarrear otro tipo de problemas, relacionados con los vicios de nulidad que la permean, por la carencia de capacidad legal del menor de edad.

3.2.1. Aplicación de la teoría de la apariencia a los negocios jurídicos en los cuales se encuentran involucrados los menores de edad.

Para entender con mayor claridad el problema que se presenta en la eficacia de los negocios jurídicos en los que se encuentre involucrado un menor de edad, como es el caso de la oferta que se dirige a ellos, es menester hablar de la capacidad de Derecho o de goce, la cual, al ser intrínseca a la persona, es adquirida por el simple hecho de nacer, y se encuentra relacionada con el reconocimiento de Derechos y el deber de contraer obligaciones. En pocas palabras, se trata de un atributo de la personalidad.

Por otro lado, se encuentra la capacidad de hecho, legal o de ejercicio, conocida como el poder que tiene el sujeto de realizar actos por sí mismo, la cual se adquiere cuando se cumple la mayoría de edad, a menos que la persona sea declarada como incapaz.

Desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, el no ostentar capacidad legal para desarrollar actos repercute en la validez de los mismos, puesto que no se cumplen con los requisitos que la Ley exige para el desarrollo idóneo del contrato que se pretende celebrar y, por consiguiente, debe darse aplicación al artículo mil setecientos cuarenta y uno (1741) del Código Civil que establece lo siguiente:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo la nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato” (Código Civil, art. 1741).

A propósito, el Código de Comercio en el artículo novecientos (900) consagra como consecuencia jurídica para los negocios jurídicos comerciales celebrados por incapaces relativos la figura de la anulabilidad. Lo anterior no significa que dichos contratos no existan, por el contrario, al igual como sucede en materia civil, dichos negocios sí existen e incluso, surten efectos jurídicos, solo que se encuentran viciados de nulidad y, por consiguiente, tienen vigencia en la vida jurídica en tanto el juez competente no los declare nulos (Becerra, 2017).

Vale resaltar que la nulidad relativa en materia comercial no se presenta solo por la causa ya expuesta, sino que también por incurrir en algún vicio del consentimiento, así:

“Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”

(Código de Comercio, art. 900).

Respecto al consentimiento es importante mencionar que el Código Civil no lo define, por lo que en el lenguaje común se entiende que una persona dio su consentimiento cuando autorizó o permitió que se realizara una petición específica que otra le hace, o que aceptó obligarse tratándose de relaciones jurídicas. En otras palabras, el consentimiento es la conjunción de dos (2) o más declaraciones de voluntad de distintos sujetos comunicados entre sí, que tienen como finalidad conjunta formar un contrato con obligaciones a cargo de todas las partes que concurrieron en su celebración o solo respecto de una de ellas.

En este orden, ha señalado el doctrinante Ortiz Monsalve (2014) que “el consentimiento, elemento esencial del contrato, es el acuerdo de voluntad de las partes; se compone de dos elementos: la oferta o póllicitación y la aceptación” (pág. 2)

Lo anterior tiene relevancia porque una vez formado el consentimiento surge el contrato, siempre y cuando el legislador no haya establecido formalidad alguna o si las partes tampoco lo han pactado; de lo contrario la actuación subsiguiente es la de cumplir con esas solemnidades para que el contrato se perfeccione o para que se dé lugar a los contratos preparatorios.

En ese orden, hay situaciones que generan que el consentimiento se desdibuje, y que se incurra en una causal para que sea declarada la nulidad, por ello la normativa hace referencia a ciertos vicios tales como el “error”, la “fuerza” y el “dolo”, siendo necesario hacer remisión a la legislación civil para conocer su significado específico, ya que el Código de Comercio en el artículo segundo (2)⁵¹ acepta la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil a cuestiones mercantiles que no estén contempladas en la regulación comercial.

Así mismo, el artículo 822 del Código de Comercio, hace mención expresa sobre el tema diciendo que “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de Derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa (...)” (Código de Comercio, art. 822).

⁵¹ El Código de Comercio colombiano en su artículo segundo (2) dispone que “en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil” (Código de Comercio, art. 2). Es importante mencionar, que el presente artículo, guarda concordancia con el artículo ochocientos vendidos (822) de la misma normativa.

Por tanto, debe entenderse por *error*, en concordancia con los artículos 1509⁵² y siguientes del Código Civil, aquel desacierto o creencia errónea de alguna de las partes del contrato, sobre la especie del acto o contrato que se celebra, sobre la persona⁵³ o sobre la calidad del objeto, es decir sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa acerca de la cual versa el contrato.

Así pues, se dice que cuando un menor de edad actuando como consumidor adquiere un bien o servicio como consecuencia del llamamiento realizado mediante publicidad engañosa de la que haya sido receptor, su consentimiento estará afectado, al igual que el contrato celebrado, el cual estará viciado de nulidad relativa, en razón a la ausencia de capacidad legal o de ejercicio y a los vicios en su consentimiento.

Por otra parte, se entiende por la fuerza que vicia el consentimiento aquella que es ejercida por alguna persona que pueda beneficiarse al respecto; dicha fuerza tiene que ser tan grande que sea capaz de producir en una persona de sano juicio, el temor o la impresión

⁵² Menciona el Código Civil colombiano en el artículo 1509 que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (Código Civil, art. 1509). Por su parte, dice el artículo 1510 que “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”(Código Civil, art. 1510) y el artículo 1511 que el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte. (Código Civil, art. 1511). Por último, la ley trata el error en la persona, y dispone en el artículo 1512 que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato” (Código Civil, art. 1512)

⁵³ Específicamente se hace referencia al caso, en que la persona haya sido una consideración principal por la cual se celebró dicho negocio.

necesaria que la hagan o la forjen a decidir acceder a la celebración del contrato (Código Civil, artículo 1513 y 1514)⁵⁴.

Finalmente se encuentra el dolo, el cual vicia el consentimiento cuando una de las partes contratantes actúa contra la buena fe negocial (Código Civil, artículo 1515)⁵⁵. Hay quienes consideran que esta nulidad se genera por vicio de la voluntad en el elemento interno, pero las autoras consideran que no lo es, por cuanto en el sistema jurídico colombiano, cuando el dolo es proveniente de un tercero, por ejemplo, no se genera nulidad sino acción de perjuicios contra quienes lo fraguaron o se aprovecharon de él, ergo, lo que se protege no es el elemento interno de quien por dolo incurre en error.

Así como en el artículo novecientos (900) del Código de Comercio se da sustento normativo a la figura de la anulabilidad, también el mismo Código en el artículo ochocientos noventa y nueve (899) se refiere a la nulidad absoluta del negocio jurídico, que surge “cuando contraría una norma imperativa, salvo que la Ley disponga otra cosa, cuando tenga causa u objetos ilícitos o cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz” (Código de

⁵⁴ El Código Civil colombiano en el artículo 1513 establece que ‘la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento’ (Código Civil, art. 1513) Por su parte el artículo 1514 hace referencia a la persona que ejerce la fuerza mencionando que ‘para que la fuerza vicia el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento’(Código Civil, art. 1514).

⁵⁵ Dispone el artículo 1515 del Código Civil que ‘el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo’ (Código Civil, art. 1515).

Comercio, 1971, artículo 899), entre los cuales se encuentran los sujetos cuya edad no es superior a los catorce (14) años, es decir, los impúberes.

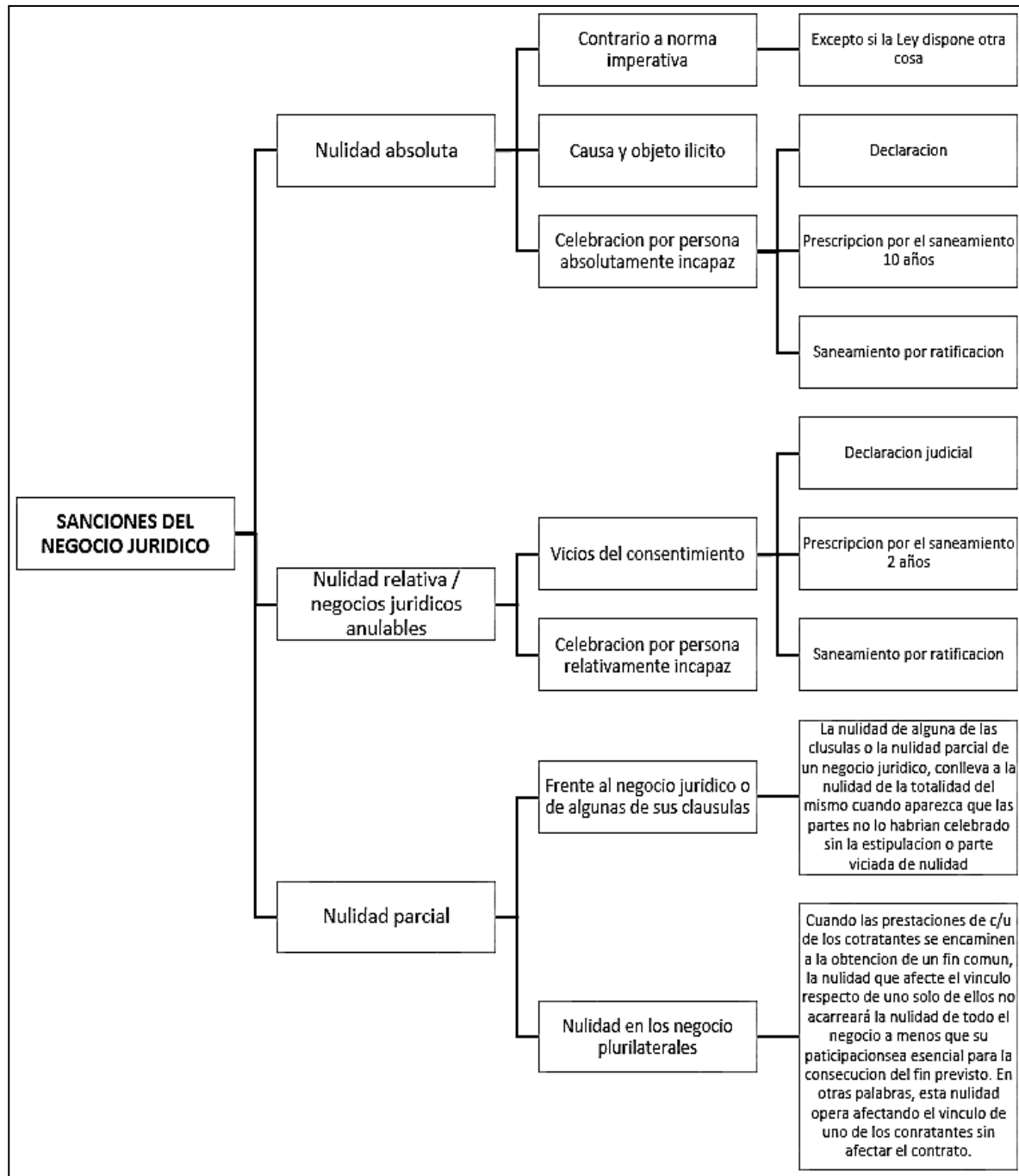


Ilustración 3. Sanciones al Negocio Jurídico en Colombia según normativa vigente

Es menester recordar que otra de las diferencias existentes entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa está en quien puede iniciar la acción para su declaratoria. En la nulidad absoluta la acción puede iniciarse por cualquier persona que tenga interés, incluso, puede iniciarse de oficio, cuando un juez, dentro del desarrollo del proceso evidencie el vicio; la segunda puede ser iniciada únicamente por aquella persona que haya resultado lesionada por el vicio de nulidad relativa contenido por el contrato, es decir, dicha persona debe que ser parte de la relación contractual.

En ese orden, ¿de qué se trata la eficacia y validez de un negocio jurídico? Como primer aspecto debe decirse que la eficacia es la aptitud que tienen los negocios jurídicos para producir los efectos propios que de ellos se predicen. Siguiendo lo contemplado en el Código de Comercio, hace referencia a que un negocio jurídico es eficaz cuando aquel ha nacido a la vida jurídica, es decir, cuando existe.

Al respecto dice Ortiz Monsalve (2014) que en los negocios jurídicos la eficacia puede analizarse desde dos puntos de vista, el estático y el dinámico, debiendo entenderse al primero desde el mismo negocio en sí, y al segundo como al derecho en su función.

“Desde un punto de vista estático, el negocio jurídico es eficaz siempre y cuando sea fuente de creación, modificación, transmisión o extinción de una relación jurídica que ha logrado configurar en forma idónea. Por su parte, desde un punto de vista dinámico, afirmaremos que hay eficacia del negocio jurídico, cuando se constituyó de modo idóneo y sirvió para constituir la relación jurídica; permitir la realización de los fines prácticos, bien de una voluntad si el negocio es univoluntario, o bien del conjunto de voluntades que han entrado en su conformación si es de carácter plurivoluntario” (pág. 1)

Ahora bien, siguiendo lo contemplado en el Código de Comercio, para que un negocio jurídico exista es necesario, en primer lugar, que este no sea ineficaz de pleno de Derecho⁵⁶. El negocio jurídico es ineficaz desde un punto de vista estructural, si hay defectos o vicios en su constitución de tal naturaleza que impidan la configuración idónea de ese negocio jurídico (Ortiz Monsalve, 2014, pág. 3).

Por su parte, desde un punto de vista funcional, es ineficaz cuando siendo idóneo, es decir, que ha sido debidamente conformado, “no satisface o no regula los intereses privados que las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden realizar, o bien porque el ordenamiento jurídico considera que ejercicio de la autonomía privada no merece reconocimiento jurídico por transgredir ya normas de imperativo cumplimiento o normas supletivas, pero también de orden público” (Ortiz Monsalve, 2014, pág. 3).

Así pues, cuando se hace mención a la ineficacia liminar, se quiere decir que se puede presentar el evento en que se celebre un contrato con todos los requisitos que este exige para su nacimiento a la vida jurídica, pero que por mandado legal expreso no está llamado a producir efectos desde el momento de su celebración. Esto encuentra sustento en el artículo ochocientos noventa y siete (897) del Código de Comercio cuando establece que en el momento en que aquel “(...) exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno Derecho, sin necesidad de declaración judicial” (Código de Comercio, art. 897).

En segundo lugar, menciona el artículo ochocientos noventa y ocho (898) inciso segundo del Código de Comercio, que la existencia guarda relación con las solemnidades contempladas en la Ley y los elementos esenciales estipulados para cada tipo de negocio. Ergo, si llegase a faltar alguno de estos, dicho negocio no existiría desde el inicio del iter negocial, por lo que es

⁵⁶ Este tipo ineficacia también es conocida como ineficacia liminar

innecesario acudir ante juez para que declare su inexistencia, al no producir efectos en la vida jurídica.

“La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa...

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales” (Código de Comercio, art. 898) (Negrilla fuera de texto original).

Por su parte, un negocio jurídico vale o goza de validez, cuando este además de existir no adolece de ningún vicio que pueda generar una nulidad, ergo, está en condición de producir plenos efectos jurídicos dando cumplimiento a la voluntad de las partes conforme a la ejecución de requerimientos legales. Al respecto se hará mención de ellos desde la perspectiva negativa, es decir, desde la invalidez.

La invalidez del negocio jurídico puede ser absoluta o relativa. La diferencia entre estas se presenta conforme los presupuestos que la causan y sus consecuencias jurídicas; como en este caso se parte de la premisa que el contrato existe, es necesario acudir ante el juez cuando se desea la declaratoria de su nulidad, *contrario sensu* este solo podrá catalogarse como un contrato viciado de nulidad, pero nunca como nulo.

En este sentido, es claro que los menores de edad no gozan de capacidad legal, por lo que los negocios realizados por ellos se encuentran viciados de nulidad o anulabilidad según la edad que tengan en el momento de su celebración y al tipo de negocio, civil o comercial.

Por lo anterior, se presume la validez en tanto que el negocio jurídico al estar viciado de nulidad nace a la vida jurídica –existe–, y generaría efectos jurídicos hasta que un juez conozca de la existencia de una causal de nulidad ya sea a petición de parte –nulidad o anulabilidad– o de oficio –nulidad –, y por lo tanto declare su invalidez, o, por el contrario, producirá plenos efectos jurídicos desde el inicio cuando este haya cumplido con los requisitos expuestos en la Ley para ser saneado.

Ahora bien, si los vicios que generaron la nulidad son depurados, esto es, que hayan transcurrido dos (2) años desde que se cumplió la mayoría de edad⁵⁷ (prescripción), o si se presentó la autorización del representante legal de incapaz⁵⁸, además de no haber sido demandada la nulidad, se está ante la presencia de otra figura: el saneamiento del negocio jurídico, la cual es una excepción a la regla general que se presenta en la nulidad y no en la inexistencia.

Al respecto dice Ortiz Monsalve (2011) que “a la declaración de voluntad de las partes que tiene por objeto sanear un negocio nulo, el Código la denomina con el nombre de «ratificación» (Código Civil, artículo 1752). Es un término impropio, pues debe denominarse «confirmación» o «convalidación»” (pág. 644) y no ratificación, ya que esta última figura pretende aprobar un negocio jurídico llevado a cabo por un sujeto sin ostentar un poder de

⁵⁷ Término legal contemplado en el Código de Comercio en el artículo 108, inciso primero así: “la nulidad relativa del contrato de sociedad, y la proveniente de incapacidad absoluta, podrán sanearse por ratificación de los socios en quienes concurren las causales de nulidad o por prescripción de dos años. El término de la prescripción empezará a contarse desde la fecha en que cesen la incapacidad o la fuerza, cuando sean estas las causales, o desde la fecha del contrato de sociedad en los demás casos” (Código de Comercio, art. 108)

⁵⁸ Un vicio que hace anulable un negocio jurídico puede desaparecer por medio de la prescripción o por la declaración de quienes lo celebraron. En relación con los negocios jurídicos que son anulables por ser el sujeto incapaz, es natural que la persona no pueda confirmar válidamente. Es por esta razón que el negocio jurídico viciado de nulidad, solo se convalida cuando desaparezca la incapacidad o cuando el representante legal del incapaz, asienta. (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 644)

representación o con un poder deficiente que se traduce en una extralimitación de funciones.
(Ortiz Monsalve, 2011, página 656)

Por otra parte, el artículo novecientos uno (901) del Código de Comercio contempla un requisito adicional para que el negocio jurídico sea eficaz, siendo este la oponibilidad a terceros, que también en sentido negativo se explica como el negocio jurídico que no ha cumplido con los requisitos de publicidad (por ejemplo, el registro para los casos en específico que por orden Legal sea obligatorio realizar) y por consiguiente no puede ser, no es y no será conocido por terceros, en tanto no se corrija la omisión a cargo de las partes.

En pocas palabras, se tiene que la distinción entre los tipos de capacidad basándose en la edad, se hace en razón a la consideración de que los menores de edad aún no cuentan con la suficiente madurez mental que dé certeza que entienden y conocen las consecuencias de sus actos, ni siquiera, que dé certeza que gozan de un querer sincero y sin influencias de participar - ser parte- en la celebración de un negocio jurídico.

Es por lo anterior que algunos doctrinantes consideran que al negocio jurídico celebrado por los menores de edad no debería ser llamado “contrato” sino “convención”, entendiéndose por esta última como una categoría particular de los actos jurídicos, diferente a aquella, la cual está llamada a crear o modificar un Derecho, es decir, a modificar una situación jurídica. (Tafur González, 2008)

Cabe resaltar que la propuesta de dicha diferencia es extraída de la doctrina en Derecho, pues en el Código Civil colombiano estas categorías son utilizadas como sinónimos⁵⁹, siendo

⁵⁹ Dispone el artículo 1495 del Código Civil lo siguiente: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Código Civil, art. 1495). Al respecto se expone un aparte de la diferencia conceptual

equívoca la conclusión que conlleva a pensar que los contratos producen obligaciones solamente a cargo de una de las partes y en favor de la otra, desconociendo que en la mayoría de los casos producen obligaciones recíprocas.

Ahora bien, siguiendo el llamado de la observancia del Derecho de otros países –Derecho comparado– y al ser en Colombia práctica frecuente los trasplantes jurídicos, llama la atención el caso alemán en el entendido de que el *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemán o simplemente BGB)⁶⁰ en su artículo ciento diez (110) explica de manera básica que los contratos celebrados por un menor de edad cuando surgen de la publicidad como forma de oferta necesitan de una convalidación por parte de su representante legal o un tercero autorizado para hacerlo, pero que, la confirmación podría no ser efectuada y aun así ser válido retroactivamente cuando el adolescente haya efectuado la prestación contractual haciendo uso de sus propios medios económicos o los que por parte del representante legal hayan sido puestos a disposición para esa finalidad o, con la aprobación de un tercero que hubiese sido delegado para ello.

Lo anterior quiere decir que en caso de que el menor de edad celebre un contrato con la finalidad de adquirir algún bien o servicio con dinero propio, ya sea porque lo ahorro de su mesada o porque su representante legal puso a disposición una suma de dinero para que él

según la Corte Suprema de Justicia a saber: “distínguese el contrato de la convención es que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no solo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie. El nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato” (CSJ. Cas. Civil, 1972, Sentencia de oct. 18)

⁶⁰ Desde 1990, año de entrada en vigencia del BGB alemán (Código Civil Alemán) éste ha sufrido modificaciones, pero, sin lugar a dudas la que ha marcado una mayor transcendencia es aquella del 1 de enero de 2002 mediante la cual, no solo se modificó y modernizó el Derecho de las Obligaciones, sino que también se incorporó todo lo referente sobre el Derecho de consumo contractual, realizando una transposición de Directivas Europeas, en especial de la Directiva 1999/44 sobre garantías en la venta de bienes de consumo. (Albiez Dorhrmann, 2002)

adquiriese cualquier bien o servicio, será válido sin necesidad de que exista convalidación de sus padres o de quien este facultado para hacerlo.

Es importante mencionar que aquella sería la confirmación necesaria para brindarle seguridad y validez a los contratos celebrados en los casos en que el menor de edad como consecuencia de la celebración de dicho negocio jurídico haya sufrido algún detrimento patrimonial, como por ejemplo el pago de un precio mayor al valor normal del producto.

En este sentido, es clara la diferencia que existe entre el trato jurídico dado en Colombia y en Alemania respecto al problema que surge por la celebración de un contrato por parte de un menor edad, siendo aquel la materialización de los tratos previos que surgieron con base a la publicidad como forma de oferta.

En el caso colombiano, los negocios jurídicos celebrados por aquellos siempre se encontrarán viciados de algún tipo de nulidad, dependiendo de la edad al momento de la celebración del contrato, a menos que se sanee por medio de la convalidación según los términos del artículo ochocientos noventa y ocho (898) del Código de Comercio. Por su parte, en el caso alemán los menores de edad celebran contratos válidos siempre y cuando la operación económica tenga como sustento los recursos económicos propios, o cuando se haya presentado la debida confirmación por parte de su representante legal, so pena de entrar a discutir un acto impugnabile, mas no nulo.

En este punto es importante aclarar que si bien el negocio viciado de nulidad relativa o anulabilidad puede ser convalidado, sus efectos no pueden aliviar el agravio a los Derechos Fundamentales del menor de edad a su salud e integridad material, que tuvo como causa de

vulneración la exposición a expresiones de publicidad tales como la publicidad engañosa y la publicidad como forma de oferta.

No obstante, por la Teoría de la Apariencia, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo mil quinientos uno (1501) del Código Civil, se dice que el negocio jurídico celebrado, en tanto no sea declarado nulo, está produciendo efectos, así:

‘Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente;** son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales’ (Código Civil, art. 1501) (Negrilla fuera de texto).

En este orden, el negocio jurídico aparente es aquel que presenta un vicio que afecta su existencia o validez al darse una aceptación tácita por las partes. De forma aparente el negocio existirá y será válido, y se entiende que puede producir los efectos jurídicos deseados con su celebración de forma plena, pues en virtud de dicha teoría se tendrá como cierto o como real situaciones jurídicas que no lo son. (Falzea, 1997) Con esto lo que hizo el legislador fue consagrar un criterio de eficiencia, el cual se traduce en que la voluntad emanada por las partes prima ante todo y produce efectos, pero estos no son queridos por ellas.

Cuando un menor de edad participa dentro de la relación de consumo despliega actos jurídicos que conllevan al uso del bien adquirido, actos que en apariencia son eficaces, independientemente de la clase de negocio que se haya celebrado, de la cosa que sea tomada por objeto o de su valor comercial, lo que conlleva a afirmar, que la industria cosmética gana la partida, porque es ella quien realmente tiene una protección especial. La Ley de protección al consumidor es imperativa de forma teórica, pero, en la práctica cuando se aplica el tema, las conductas desplegadas por la industria cosmética en el marco de la publicidad, están protegidas por la teoría de la apariencia.

Conforme a la publicidad, la situación por analogía sería la misma, pues se entenderá a esta como una forma de oferta que existe y es válida y, por lo tanto, también lo será el contrato que se celebre como consecuencia de la misma. La cuestión radica en que realmente no se está ofertando a través de la publicidad, no hay una oferta propiamente dicha porque no solo es necesario anunciar el producto por un medio publicitario, sino que además se deben cumplir con todos los requisitos de existencia y validez exigidos por la Ley.

Debido a mencionada teoría y conforme a las consecuencias que de ella se derivan, se considera con especial preocupación que los resultados pueden generar una vulneración a los Derechos Fundamentales que tiene el menor de edad a la salud (lesiones personales) e integridad (modelos de comportamiento), por no ser atendidas las prerrogativas constitucionales y legales por parte de la regulación jurídica de la publicidad.

Finalmente, es importante llamar la atención del lector dejando claro que una apariencia falsa produce el error común o como diría Peña Peña (2011) “una especie de buena fe colectiva” (Página 16), y que al respecto “Mazeaud que se preocupó por estudiar las relaciones

entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esta teoría” (Peña Peña, 2011, pág. 16), por lo que cuando un menor de edad asume la calidad de consumidor, debe verse protegido ante los efectos que de dicha relación emanen, lo que se traduce en la necesidad de una implementación normativa específica, con más ahínco al momento de intentar taponar los pequeños puntos de fuga descritos en el presente trabajo.

APRECIACIONES FINALES

Conforme a lo desarrollado se observa que en la legislación colombiana y en muchos países, gracias a normas de carácter supranacional como lo es la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, los menores de edad son sujetos de Derecho sometidos a una protección especial, superior y diferencial, ya que mediante estas normas se les impone el deber a los Estados de respetar y velar por el cumplimiento efectivo de los Derechos consagrados a favor de los menores.

En Colombia la Ley de manera imperativa (la Constitución Política, 1991 y el Código de la Infancia y Adolescencia, 2006) ordena al Estado, a la familia y a la sociedad hacer un esfuerzo mancomunado orientado a obtener resultados satisfactorios que garantice el cumplimiento de Derechos de carácter fundamental e individualizados, además de brindar una atención de carácter particular a los niños, niñas y adolescentes, encaminada a contrarrestar las consecuencias negativas que puede traer para su desarrollo físico y mental un actuar sin restricciones y la toma de decisiones sin vigilancia plena por parte de la sociedad en general, pues, en razón a su edad, se caracterizan por su falta de discernimiento mental, así como por su ausencia de capacidad legal, su carencia de madurez y de entendimiento.

Ahora bien, incursionando en el Derecho del consumidor, el cual es el Derecho encargado de brindar tutela y amparo de quien realiza una actividad connatural al ser humano, como lo es el consumo de bienes y servicios, regulado a través del Estatuto del Consumidor, se tiene que, en concordancia con el artículo segundo (2) de la Ley 1480 de 2011 las normas allí contempladas son de carácter imperativo, en las cuales se les otorgan a los menores de edad la

calidad de consumidor, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas en el numeral tercero (3) del artículo quinto (5) de la citada Ley.

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) 3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (Ley 1480, 2011, artículo 5, numeral 3).

No obstante, en referida normativa no se logra diferenciar claramente las calidades del consumidor regular o general de aquel que no lo es, razón por la cual dentro del ordenamiento jurídico colombiano es consumidor el sujeto que consume el bien o servicio, a pesar de no ser quien lo adquiere, considerándose en Colombia como consumidor desde el bebe que toma la leche que es comprada por un tercero, como el adolescente que compra en la tienda una gaseosa para su consumo, el señor que alquila un vehículo o una casa, hasta la señora que obtiene algún servicio médico, estético, de mensajería o de telecomunicación, del cual se va a beneficiar mediante su uso.

El consumo puede ejercerse por razones de necesidad, como por el deseo que tenga una persona de hacer uso de ese bien o servicio, que por lo general proviene de la publicidad que los productores o proveedores tratan de hacerle. La publicidad tiene una gran importancia en el momento en que una persona decide adquirir un bien o servicio, en tanto que su finalidad ha de influir en las decisiones tomadas por los consumidores. ¿Cuántas personas consumen bienes que no necesitan?, ¿cuántos realizan actos de consumo sin tener la información suficiente del bien o

servicio? Si aquellas son situaciones por las que puede atravesar un adulto, ¿qué se puede esperar cuando un menor de edad actúa como consumidor?

Los menores de edad también consumen bienes desconociendo sus componentes, beneficios y/o utilidades, y justifican su actuar en la estética del producto elaborado, procediendo conforme a la publicidad recibida o al consejo dado por personas cercanas a su núcleo social y familiar, siendo esta una muestra del alto grado de sugestionabilidad en el que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en Colombia (ver anexos).

En este orden de ideas, el trato jurídico que se les brinda a los menores de edad en el país cuando son sujetos receptores de publicidad, siguiendo lo estipulado en el Estatuto del Consumidor, es insuficiente. Lo anterior es aún más notorio en relación con la publicidad emitida por la industria cosmética, pues se encuentra una ausencia de regulación específica, a diferencia de lo que sucede por ejemplo, con la publicidad de juguetes dirigida a menores de edad y la prohibición en la ejecución de procedimientos estéticos en niños, niñas y adolescentes dentro del país, temas de los cuales se tienen normas especiales, como lo son el Decreto 975 de 2014 y la Ley 1799 de 2016 respectivamente, por las cuales se le impone a la parte fuerte de la relación de consumo un límite en razón al presunto agravio a los Derechos Fundamentales de los menores de edad.

De la misma forma, en Colombia se encontraron tres (3) proyectos de Ley que reiteran la importancia que tiene el problema planteado a lo largo de la presente investigación, sin embargo, estos no serían aplicables, pues en ninguno de ellos se busca regular la publicidad dirigida a los menores de edad por parte de la industria cosmética.

El primer Proyecto de Ley, el 226 de 2017 (archivado por tránsito de legislatura) pretendió reglamentar la publicidad –en general– dirigida a los niños, niñas y adolescentes, imponiendo sanciones a aquella de contenido sexual, violento, discriminatorio, que contenga entre otras cosas, premios o bonificaciones, geolocalización, compra de bienes, actividades lúdicas y productos en establecimientos educativos, concentrándose únicamente en los medios de comunicación digital, los cuales son utilizados para emitir publicidad.

Con el segundo Proyecto de Ley, el 22 de 2017, se busca brindar al menor de edad la protección suficiente, en especial a su Derecho a la salud, mediante la prohibición de la publicidad de “productos comestibles ultra procesados”, y con el Proyecto de Ley 46 de 2017, por el cual se aspira la modificación de la Ley 1480 de 2011 incorporando el concepto de publicidad abusiva, como un tipo de publicidad prohibida, al aprovecharse de la inmadurez y falta de raciocinio de su receptor, ya sea por cuestión de edad u otras características.

Respecto a los cosméticos, en Colombia se tiene la Decisión 516 CAN y Resoluciones como la número 3774 de 2004, las cuales buscan brindar seguridad al consumidor regulando los componentes de los cosméticos y definiendo conceptos técnicos, pero absteniéndose de hacer referencia a la publicidad que esta industria emite.

Puede pensarse que estas Normas y proyectos de Ley son extensivas al tema propuesto, pero al tratar temas sui generis diferentes a la publicidad emitida por la industria cosmética, se presenta dificultad para dar aplicación a esta normativa como solución al problema planteado. No obstante, no se desmerita el gran avance que ha tenido el legislador en relación con la protección del menor de edad en Colombia, puesto que ha buscado la protección de sus Derechos como lo es la salud e integridad material en lo referente a publicidad de alimentos ultra

procesados y a los componentes de los productos cosméticos -aunque no se refirieren específicamente a los menores edad, no los excluyen-.

Lo mismo sucede en otros países, pues no se encontró un antecedente de regulación específica sobre el tema que brinde una respuesta puntual a la pregunta de investigación, sin embargo, si se hallaron acercamientos legislativos importantes respecto a los productos cosméticos y a la publicidad dirigida a los menores de edad.

Sobre la publicidad dirigida a los menores de edad, en Brasil la Ley de Protección al Consumidor en el artículo treinta y siete (37) prohíbe la publicidad que “(...) se aproveche de la deficiencia de razonamiento y experiencia de los niños (...)” (Ley 8078, 1990, artículo 37, No 2), catalogándola de abusiva. Igualmente, en el año 2014, el Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente (CONADA) brasilero mediante la expedición de la Resolución 163

2014, prohibió la publicidad dirigida a los menores de edad, explicando que esta puede llegar a “persuadir al consumo de cualquier producto o servicio” (Resolución 163, 2014, artículo 2) de manera arbitraria y perjudicial.

Por su parte, en Perú, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala en el artículo dieciséis (16) una protección especial al menor de edad, estipulando que la publicidad debe “respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia (...) no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido” (Ley No 29571, 2010, artículo 16).

Adicionalmente, en Europa se encontró el Reglamento 1223 de 2009, que procura garantizar la seguridad de los productos cosméticos y de sus componentes, sin embargo, sobre su

publicidad no se hace mayor mención que la establecida en el artículo veinte (20), en el cual se estipula que su publicidad debe estar dirigida a expresar las características o funciones que verdaderamente tienen. De forma bastante similar lo estipula el Decreto Real 209 de 2005 en España, con la finalidad de tener certeza de que las características y funciones publicadas de un producto cosmético –olor, envase, presentación, color– no puedan prestarse para equívocos o confusiones con alimentos o productos de consumo. (Decreto Real, 2005, Artículo 16)

La falta de regulación específica a nivel nacional e internacional sobre el tema tratado, preocupa, ya que tanto la publicidad en su concepción general, como la publicidad engañosa y la publicidad como una forma de oferta, pueden afectar el Derecho a la salud e integridad material de los adolescentes, sin dejar de lado que las conductas publicitarias ejercidas por la industria cosmética influyen en la formación integral del menor de edad, toda vez que su finalidad no va más allá de generar en sus receptores la imposición o creación de un prototipo de belleza, lo cual es hoy visto como factor necesario y fundamental para poder encajar dentro de la perfección humana.

De esta forma, el reparo que emerge frente al problema tratado se enfoca en la necesidad de la intervención del Estado para controlar este punto de fuga. Es por medio de la intervención estatal a través del legislador, con la creación y reforma legislativa, quien puede brindar la ayuda necesaria, para que con base en lo contemplado en la Ley 1480 de 2011, en la Constitución Política, en el CIA y la teoría del negocio jurídico, se regule en una Ley el equilibrio que debe primar en la hoy asimétrica relación entre la publicidad, la industria cosmética y el menor de edad.

Así pues, si se parte de la premisa que dice que el Derecho es cambiante, se deben evitar vacíos legislativos adecuando la normativa a las transformaciones a nivel cultural, social y tecnológico por las que atraviesa la sociedad, lo que conlleva a que la visión y el pensamiento de las personas mute, generando así la creación de nuevas formas para la celebración de actos y negocios jurídicos.

En este sentido, se considera que la regulación referente a los menores de edad como consumidores y en especial todo lo que acontece a la publicidad en su concepción general y como una forma de ella, se queda corta, por lo que se hace necesaria la expedición de una normativa más precisa y acorde a las normas de carácter imperativo que brindan al menor de edad unos Derechos de rango superior, un cuidado necesario, del cual todos son responsable y de una formación integral de la cual la sociedad se beneficiaría en el futuro.

No hay duda de la existencia de un vacío, o dicho de mejor forma, de una insuficiencia legal en lo que se refiere a la regulación dentro del Estatuto del Consumidor de unas subcategorías que brinden a aquellas personas, que puedan ser consideradas como consumidores vulnerables, una protección especial que vaya desde el momento en que se surte la recepción de la publicidad emitida por algún medio masivo de comunicación, incluyendo claramente los medios electrónicos, o desde el momento en que se emite la oferta del bien o del servicio.

Por último, se plantea la necesidad de crear una delegatura al interior de la Superintendencia de Industria y Comercio, enfocada exclusivamente a proteger al consumidor menor de edad, por medio de un control previo y posterior a la publicidad emitida que incentive el consumo de bienes y servicios, además de aclarar que el mencionar la intervención legislativa, no es sinónimo de la promulgación de leyes netamente sancionatorias, ni a la prohibición del

ejercicio publicitario, pues se tiene por una parte la protección especial al menor de edad y por la otra, la libertad empresarial , Derechos que, aunque puedan limitarse, no deben eliminarse. Contrario sensu, lo que se sugiere es la creación de leyes que regulen de manera detallada las condiciones o protocolos que deban seguirse al momento de emitir publicidad, teniendo en cuenta la protección especial del menor de edad, la protección al consumidor, así como la teoría general del negocio jurídico, siendo esto un claro ejemplo de la interdisciplinariedad de las diferentes ramas del Derecho.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1959) *Declaración de los derechos del niño*. Recuperado el 12 de noviembre de 2017, en <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>
- Acosta Rodríguez, J. E. (2013). Aportes del derecho del consumidor al derecho colombiano de contratos – elementos comparatistas para una interpretación del nuevo estatuto acorde con el artículo 78 de la constitución política 1991. En J. C. Villalba Cuéllar, & J. M. Gual Acosta, *Derecho del consumo. Problemáticas actuales* (págs. 579-600). Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás; Grupo editorial Ibañez.
- Albiez Dorhrmann, K. (2002). Un Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, 1133-1227.
- Aldana J., Almanza C., Baquero J. & Jiménez I. (2009) La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo. En. Revista e-Mercatoria. Volumen 8, número 1. (págs. 1-29) obtenido de: www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN8/PDF01/obligacion.pdf
- Arza Z., Bernad E. & Fernández C. (2012). Publicidad de la industria de la belleza y mercado de trabajo: la belleza asociada al éxito profesional. En Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género. (págs. 169-190). Sevilla, Obtenido de: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/39516>
- Borja, M., Berenguer, G., & Quintanilla, I. (2006). *Comportamiento del consumidor*. España: UOC.
- Botero, L. (1998). Legislación y Derecho Publicitario. Bogotá D.C.: El navegante editores.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). El deber de informacion contractual y sus limites. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista de Derecho Privado*, 21, 327 - 350.
- Cicerón, M. (2011). De Officiis. Or on Duties on Obligations. Translated by: Walter Miller.
- Código Civil [Código] (26 de mayo de 1873) Artículo 34, 1495, 1501, 1509, 1510, 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1741. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Código de Comercio [Código] (27 de Marzo de 1971) Artículo 2, 108, 822, 845, 847, 850, 851, 897, 898, 900, 901. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

- Congreso de Brasil. (1990) Ley 8078. Ley de Protección al Consumidor. Obtenido de:
http://consumidor.justicia.gob.bo/pdf/leyes/ley_de_proteccion_al_consumidor_Brasil.pdf
- Congreso de Colombia. (26 de Octubre de 1977) Artículo 1 y 2. *Por la cual se fija la mayoría de edad a los dieciocho (18) años.* [Ley 27 de 1997]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4965>
- Congreso de Colombia. (15 de enero de 1996) Artículo. 13 *Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.* [Ley 256 de 1996]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html
- Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Artículo. 3, 8, 9, 10, 12, 34, 47. *Código de la Infancia y Adolescencia* [Ley 1098 de 2006]. ecuperado el 13 de mayo de 2018, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Congreso de Colombia. (15 de julio de 2009) Artículo 2. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones* [Ley 1328 de 2009]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html
- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011) Artículo 1, 2, 3, 5, 28, 29, 30, 52. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1480 de 2011]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44306>
- Congreso de Colombia. (25 de julio de 2016) Artículo 3 y 5. *Por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones* [Ley 1799 de 2016]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
<https://diario-oficial.vlex.com.co/vid/ley-1799-2016-medio-645762245>
- Congreso de Colombia. (28 de Mayo de 2014) *Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores* [Decreto 975 de 2014] Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2014/Documents/MAYO/28/DECRETO%20975%20DEL%2028%20DE%20MAYO%20DE%202014.pdf>
- Congreso de Colombia. (26 de mayo de 2015) *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo* [Decreto 1074 de 2015] Recuperado el 13 de mayo de 2018, de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62508>
- Congreso de Colombia. (2017) proyecto de Ley 22 de 2017. Obtenido de:
<http://www.camara.gov.co/productos-comestibles>
- Congreso de Colombia. (2017) proyecto de Ley 46 de 2017. Obtenido de:
<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20046-17%20Publicidad%20Abusiva.pdf>

Congreso de Colombia. (2017) proyecto de Ley 226 de 2017. Obtenido de:
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=226&p_consec=47415

Congreso de Perú. (2010) Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Obtenido de:
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>

Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente - CONADA. (14 de marzo de 2014) Resolución 163. Brasil. Recuperado el 12 de mayo de 2018, de
http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html#resolucao_163

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Preámbulo. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Art. 13. [Título II] Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Art. 16. [Título II] Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Art. 44 [Título II]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Art. 45 [Título II]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución Política de Colombia [Const.] (1911). Art. 78 [Título II]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Convención sobre los Derechos del niño (Asamblea General de las Naciones Unidas 20 de Noviembre de 1989).

Comisión de la Comunidad Andina (15 de marzo de 2002) Decisión 2002/516/CAN

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil (8 de marzo de 1995) Sentencia, 4473 [MP. Pedro Lafont Pianetta]

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil (28 de Julio de 1998) Sentencia, 4810 [MP.].

Corte Constitucional (05 de Noviembre de 1998) Sentencia, SU-641[MP. Carlos Gaviria Diaz].

Corte Constitucional (26 de mayo de 1998) Sentencia, T-248 [MP. Jose Gregorio Hernandez Galindo]

Corte Constitucional (13 de Noviembre de 2002) Sentencia, C-983 [MP. Jaime Córdoba Triviño].

- Corte Constitucional (24 de Mayo de 2005) Sentencia, C-534 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional (12 de julio de 2011) Sentencia, T-557 [MP. María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional (25 de Julio de 2012) Sentencia , C-592 [MP. Jorge Ivan Palacio Palacio]
- Corte Constitucional (26 de marzo de 2012) Sentencia, T-244 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional (29 de Marzo de 2012) Sentencia, T-260 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional (16 de mayo de 2012) Sentencia T-372 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional (14 de febrero de 2013) Sentencia T-075[MP. Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional (23 de Agosto de 2013) Sentencia, T-565 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Suprema de Justicia (29 de Mayo de 2014) Sentencia 68001310300720070021201 - AC 2761 [MP: Margarita Cabello Blanco]
- Corte Constitucional (13 de Abril de 2016) Sentencia, C-182 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Supprema de Justicia, sala de Casación Civil (6 de Septiembre de 2016). Sentencia, 11001-31-03-039-2008-00473-01
- Corte Constitucional (26 de Abril de 2017) Sentencia C-246 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Cubides Camacho, J. (2012). El acto jurídico. En J. Cubides Camacho, *Fuentes de las obligaciones* (págs. 175-260). Bogotá: Ibañez.
- Crianca e Consumo (2009) Porque la publicidad perjudica a los niños. Obtenido de: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-la-publicidad-perjudica-a-los-ninos.pdf>
- Diccionario de la Real Academia Española. (15 de Octubre de 2017). *Real Academia Española*. Obtenido de Real Academia Española: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=publicidad>
- Díez, L., & Ponce de León, P. (2010). La formación del contrato de compraventa intranacional de mercaderías. En *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo* (págs. 21-59). Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana y Biblioteca Jurídica Díké.
- Falzea, A. (1997). El principio jurídico de la apariencia . *Dogmatica giuridica*, 809-856.
- Feenstra, R. (2014). *La ética de la publicidad: retos en la era digital*. Dykinson.
- García Montero, L. (20 de noviembre de 2013). *Seguridad de productos en la UE: Propuesta de reglamento sobre seguridad de productos y vigilancia en el mercado*. Recuperado el 13

- de mayo de 2018, de <https://blog.uclm.es/cesco/files/2013/11/Seguridad-de-productos-UE.pdf>
- Giraldo, A., Caycedo, C., & Madrinán, R. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá D.C.: Legis, primera edición.
- Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA. (2012) ABC de la publicidad de cosméticos. Recuperado el 11 de mayo de 2018, de: https://www.invima.gov.co/images/stories/ABCpublicidad/Cartilla_Cosmeticos.pdf
- ISSEIMI. (3 de agosto de 2017). *¿Qué es la industria cosmética? Definición y datos*. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.isseimi.es/que-es-la-industria-cosmetica/>
- Jaekel Kovács, J. (2013). Publicidad engañosa. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho* (págs. 271-299). Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Japaze, B. (2009). Capítulo quinto. El deber de información. En J. Bru, I. D'argenio, B. Japaze, R. Pagés, D. Rusconi, G. Stiglitz, & D. Zentner, *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Japaze, B. (2009). Capítulo séptimo. La publicidad comercial y las prácticas comerciales. En J. Bru, B. Japaze, R. Pagés, D. Rusconi, G. Stiglitz, & D. Zentner, *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lorenzetti, R. (2009). Capítulo cuarto. Tratos previos, prácticas comerciales, marketing, publicidad, información. En R. Lorenzetti, *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Protección Social de Colombia (2004) Resolución 3774. Obtenido de: <https://www.invima.gov.co/resoluciones-en-cosmeticos/resolucion-no-003774-de-2004-pdf/download.html>
- Ministerio de Sanidad y Consumo de España (25 de febrero de 2005) Decreto Real 209.
- Ministerio de Salud Pública (5 de febrero de 1998) Artículo 2. *Por el cual se reglamentan parcialmente los regímenes sanitarios de control de calidad, de vigilancia de los productos cosméticos, y se dictan otras disposiciones*. [Decreto 219 de 1998]
- Monsalve Caballero, V. (2010). *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Munar Cadena, P. O. (2009). Formación del Contrato. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones* (págs. 377-405). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ortega Martínez, E. (1990). *Nuevo diccionario de marketing y disciplinas afines*. Madrid: ESIC - Pozuelo de Alarcón.

- Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho Civil. Tomo I, parte general y personas*. Bogotá D.C: Temis S.A.
- Ortiz Monsalve, Á. (2013). *Manual de obligaciones* . Bogotá: Temis S.A.
- Ortiz Monsalve, A. (2014). *La inexistencia del Negocio Jurídico*. Bogotá D.C.
- Ortiz Monsalve, A. (2014). *El Consentimiento*. Bogotá D.C.
- Paredes, A. (2010). Ineficacia del Acto Jurídico . En M. Castro, *Derecho de las Obligaciones* (págs. 544-549). Bogotá D.C.: Uniandes.
- Parlamento Europeo y Consejo - Unión Europea (11 de Mayo de 2005) Directiva 2005/29/CE..
- Parlamento Europeo y el Consejo - Unión Europea (12 de Diciembre de 2006) Directiva 2006/114/CE.
- Parlamento Europeo y el Consejo - Unión Europea (18 de Diciembre de 2007) Directiva 2007/65/CE.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (18 de Junio de 2009) Directiva 2009/47/CE.
- Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (30 de noviembre de 2009). Reglamento (CE) 1223 (2009) Sobre productos cosméticos.
- Peña, R. E. (2011). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Pinzón Sánchez, J. (2009). Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones* (págs. 487-529). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Remolina, N., & Florez , M. (2013). Consumidor y comercio electronico. En J. Villalba, & J. Gual , *Derecho del consumo. Problematicas actuales* (págs. 359-388). Bogotá D.C.: Ibañez.
- Rinessi, A. (2006). Capitulo segundo. Derechos del consumidor. En A. Rinessi, *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: ASTREA.
- Rinessi, A. (2006). Capitulo tercero. El contrato en el consumo. En A. Rinessi, *Relación de consumo y derechos del consumidor* (págs. 139-205). Buenos Aires: ASTREA.
- Romero, A. (2003). *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*. Civitas.
- Rusconi, D. (2009). Capitulo primero. La esencia del derecho del consumidor. En J. Bru, I. D'argenio, B. Japaze, R. Pagés, D. Rusconi, G. Stiglitz, & D. Zentner, *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

- Rusconi, D. (2009). Capitulo tercero. Los derechos de consumidores y usuarios. En J. Bru, I. D'argenio, B. Japaze, R. Pagés, D. Rusconi, G. Stiglitz, & D. Zentner, *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Rusconi, D. (2013). La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011. En J. C. Villalba Cuéllar, & J. M. Gual Acosta, *Derecho del consumo. Problemáticas actuales* (págs. 77-121). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás; Grupo editorial Ibañez. Recuperado el 30 de Julio de 2017
- Superintendencia de Industria y Comercio (1996). Concepto, 96-027242- -00000-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2011) Resolución, 59012.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2012).Concepto, 12-234480- -00002-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2012) Resolución No. 75401.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2013) Concepto , 13-090463- -00001-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2014).Concepto, 14-120082- -00004-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2015).Concepto, 15-194323- -00003-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2016) Resolución No. 16-068198-00001-0000.
- Tafur González, Á. (2008). Libro cuarto. De las obligaciones en general y de los contratos. *Código Civil anotado*. Colombia: Leyer.
- Unidad de Riesgos del INVIMA (2017) Modelo de Inspección, Vigilancia y Control basado en Riesgos – IVC SOA
- Vallespinos, C. G. (2010). El Derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de las Leyes 24.240 y 26.361. En J. Oviedo Albán, *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo* (págs. 151-179). Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Díké.
- Velandia, M. (2008). Derecho del consumo . En M. Velandia, *Derecho de la competencia y del consumo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Villalba Cuéllar, J. C. (2013). La publicidad engañosa en el Derecho del consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al estatuto de protección al consumidor colombiano. En J. C. Villalba Cuéllar, & J. M. Gual Acosta, *Derecho del consumo. Problemáticas actuales* (págs. 141-172). Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás; Grupo editorial Ibañez.
- Villalba, J. (2012). En J. Villalba, *Introducción al Derecho del Consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

GLOSARIO

1. **CAPACIDAD:** “Facultad que tiene toda persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero que de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, puede ser de dos clases; de goce o de ejercicio” (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-983)
2. **CAPACIDAD DE GOCE O JURÍDICA:** “Es inherente a toda persona, incluyendo a aquellas con discapacidad cognitiva o psicosocial, la cual no debe ser asimilada a la capacidad mental” (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-182), es un atributo de la personalidad.
3. **CAPACIDAD DE EJERCICIO O LEGAL:** “Habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro ” (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-983)
4. **CONSUMIDOR:** “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.” (Ley 1480, 2011, artículo 5, numeral 3)
5. **COSMÉTICO:** “Se entenderá por producto cosmético toda sustancia o formulación de aplicación local a ser usada en las diversas partes superficiales del cuerpo humano: epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos o en los dientes y las mucosas bucales, con el fin de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto y protegerlos o mantenerlos en buen estado y prevenir o corregir los olores corporales” (CAN, 2012, Decisión 516, Artículo 1).

- 6. DERECHO DEL CONSUMIDOR:** “Aquel que regula los intereses de los consumidores y las relaciones de consumo en general” (Villalba, 2012, pág. 25)
- 7. DERECHO-DEBER DE INFORMACIÓN:** “los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan.” (Ley 1480, 2011, artículo 23)
- 8. INDUSTRIA COSMÉTICA:** Puede entenderse a la industria cosmética como aquella actividad técnica y económica ejercida por grandes corporaciones que tiene como fin la transformación de materias primas en productos cuyo enfoque es el cuidado personal y la satisfacción de necesidades a nivel estético de hombres y mujeres, en tanto que “la mejora de la apariencia física para lograr alcanzar ciertos estereotipos crea una necesidad de consumo” (Issemi, 2017).
- 9. INTERES SUPERIOR DEL MENOR:** “imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley 1098, 2006, artículo 8)
- 10. MENOR DE EDAD:** La legislación colombiana considera que debe llamarse *‘infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos’* (Código Civil, artículo 34) (Negrillas fuera de texto), empero la ley 1098 de 2006, sin

perjuicio de lo establecido en el artículo referido del Código Civil, estipula en el artículo tercero (3) que debe entenderse por “*niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad*” (Ley 1098, 2006, artículo 3).

En otras palabras, para efectos legales en Colombia se denomina menor de edad a aquel sujeto de derechos cuya edad es inferior a los dieciocho años (18) de edad y en el caso contrario, se considerará mayor de edad.

Cabe resaltar que con la entrada en vigor de la Ley 27 de 1977, se fijó la mayoría de edad a los dieciocho (18) años, y en dado caso “*en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de dieciocho (18) años*”. (Ley 27 de 1977, artículo 2)

- 11. NEGOCIO JURÍDICO:** manifestación de voluntad que produce exclusivamente efectos jurídicos lícitos siendo esta la característica diferenciadora del acto jurídico y del hecho jurídico. Conforme al acto jurídico no solo se producen efectos lícitos, sino también ilícitos y respecto al hecho jurídico, es considerado como aquel hecho ajeno a la voluntad del sujeto que produce efectos jurídicos de forma general.
- 12. NEGOCIO JURÍDICO EFICAZ:** “Negocio jurídico que produce efectos que por él se persiguen con un criterio finalista o funcional, puesto que existe y es válido a la vez” (Cubides Camacho, 2012)
- 13. NEGOCIO JURÍDICO EXISTENTE:** “Negocio jurídico que tiene entidad jurídica, que produce efectos jurídicos, que ha cumplido con los requisitos estipulados en los artículos 897 y 898 del Código de Comercio” (Cubides Camacho, 2012)

- 14. NEGOCIO JURÍDICO VALIDO:** “Negocio jurídico que no adolece de ningún vicio -ya sea de nulidad absoluta o relativa (o anulabilidad según el Código de Comercio)” (Cubides Camacho, 2012)
- 15. OFERTA:** “Es aquella declaración de voluntad unilateral y recepticia, mediante la que se propone la celebración de un determinado contrato a otra persona. La aceptación de la misma produce la perfección del contrato, la vinculación entre las partes y el nacimiento de las obligaciones.” (Monsalve Caballero, 2010, pág. 109)
- 16. POLICITACIÓN:** “Proyecto de negocio dirigido a personas indeterminadas que tiene como finalidad que se forme el negocio o contrato” (Ortiz Monsalve, A., 2013, pág. 78)
- 17. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD:** “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.” (Ley 1098, 2006, artículo 9), por lo que “los derechos de los menores tienen mayores garantías y beneficios y atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares” (Sentencia T-075 de 2013)
- 18. PUBLICIDAD:** “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.” (Diccionario de la Real Academia Española, 2017). Enrique Ortega Martínez (1990) la define como aquel “proceso de comunicación de carácter impersonal y controlado que, a través de medios masivos,

pretende dar a conocer un producto, servicio, idea o institución con objeto de informar o de influir en su compra o aceptación.” (pág. 387)

19. PUBLICIDAD ENGAÑOSA: “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. (Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 13)

20. VULNERABLE: “Relacionado la probabilidad de riesgo del individuo o de la comunidad de ser lesionado ante los cambios o la permanencia de situaciones externas o internas, causado, ya sea por la fragilidad, por el estado de debilidad y/o por la indefensión ante los cambios originados en el entorno. El estado de vulnerabilidad también se encuentra relacionado con circunstancias que le impiden al individuo (1.) obtener su propia subsistencia; y (2.) lograr niveles altos de bienestar”. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-244)

ANEXOS

Se anexan cuadros que muestran los resultados obtenidos en una encuesta realizada a 20 estudiantes, menores de edad (mujeres y hombres), cuyas edades están comprendidas entre los catorce (14) y dieciocho (18) años del Colegio San Francisco de Asís de la ciudad de Villavicencio (Meta-Colombia), que hizo con la finalidad de conocer el efecto de la publicidad en dichos menores, frente a ‘Aspexia’, que es una marca del grupo Genoma Lab Internacional, dedicada a la venta y comercialización de productos cosméticos.

De los menores de edad encuestados, el cinco por ciento (5%) tenían catorce (14) años, el veintiocho punto seis por ciento (28.6%) quince (15) años, veintiocho puntos seis por ciento (28.6%) dieciséis (16) años, el veintiocho punto seis por ciento (28.6%) diecisiete (17) años y el nueve por ciento (9%), dieciocho años.

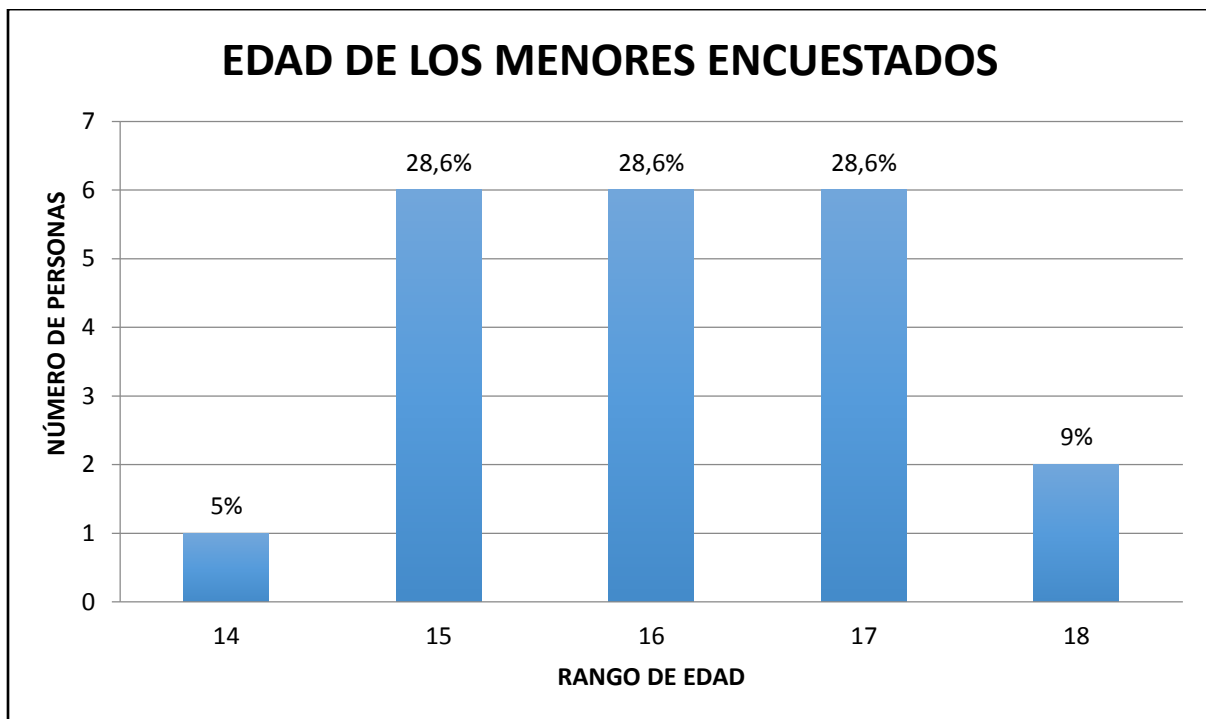


Ilustración 4. Sistematización de datos según la edad de los menores encuestados

El 100% de los menores encuestados reconocieron la marca Asepxia, frente a lo cual se les preguntó el medio por el cual pueden reconocer la marca, a lo que respondió un 80,95% que lo hacía gracias a la publicidad pautaada por televisión, el 14,28% llegó a conocer de la marca por un amigo o familiar y el 4,77% restante observó la mercancía en un supermercado.

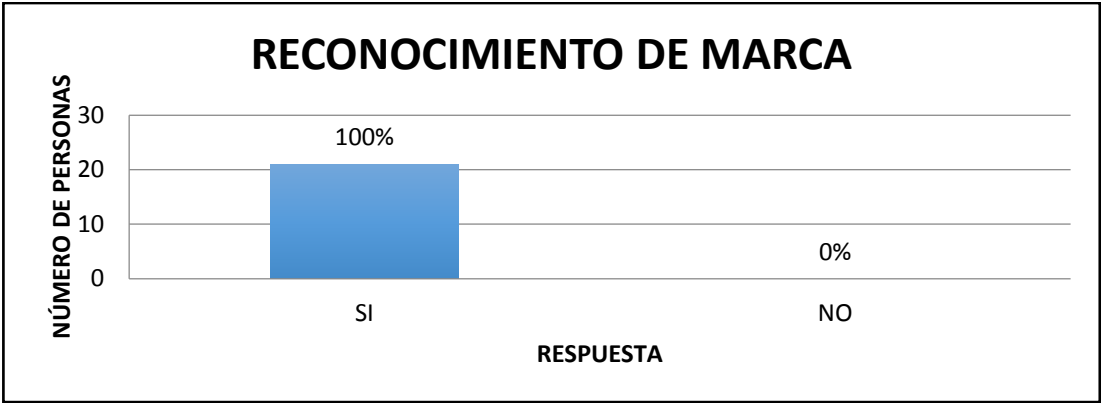


Ilustración 5. Sistematización de datos según el reconocimiento de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años

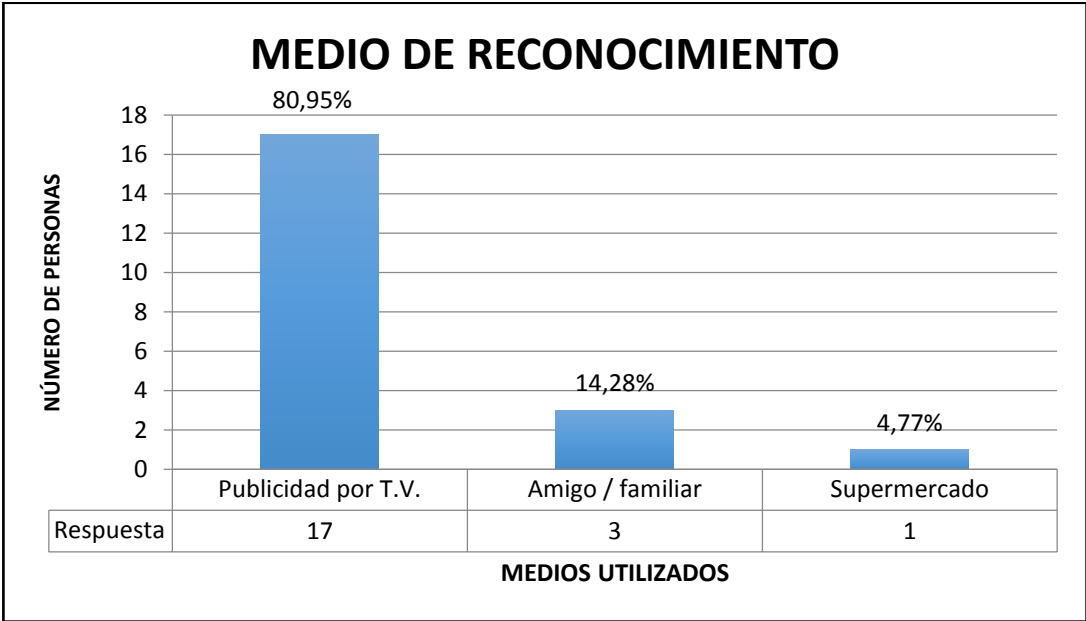


Ilustración 6. Sistematización de datos según el medio utilizado para reconocer la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre 14 y 18 años

Los productos más usados de la marca Asepxia por los menores de edad corresponde al ‘jabón en barra Asepxia’ (34%), a las ‘toallitas limpiadoras’ (21%) y a los polvos compactos (18%). En este orden, los productos menos usados de la marca Asepxia por los menores de edad corresponde a la BB cream (crema hidratante con color) (4%) y al líquido astringente (5%)

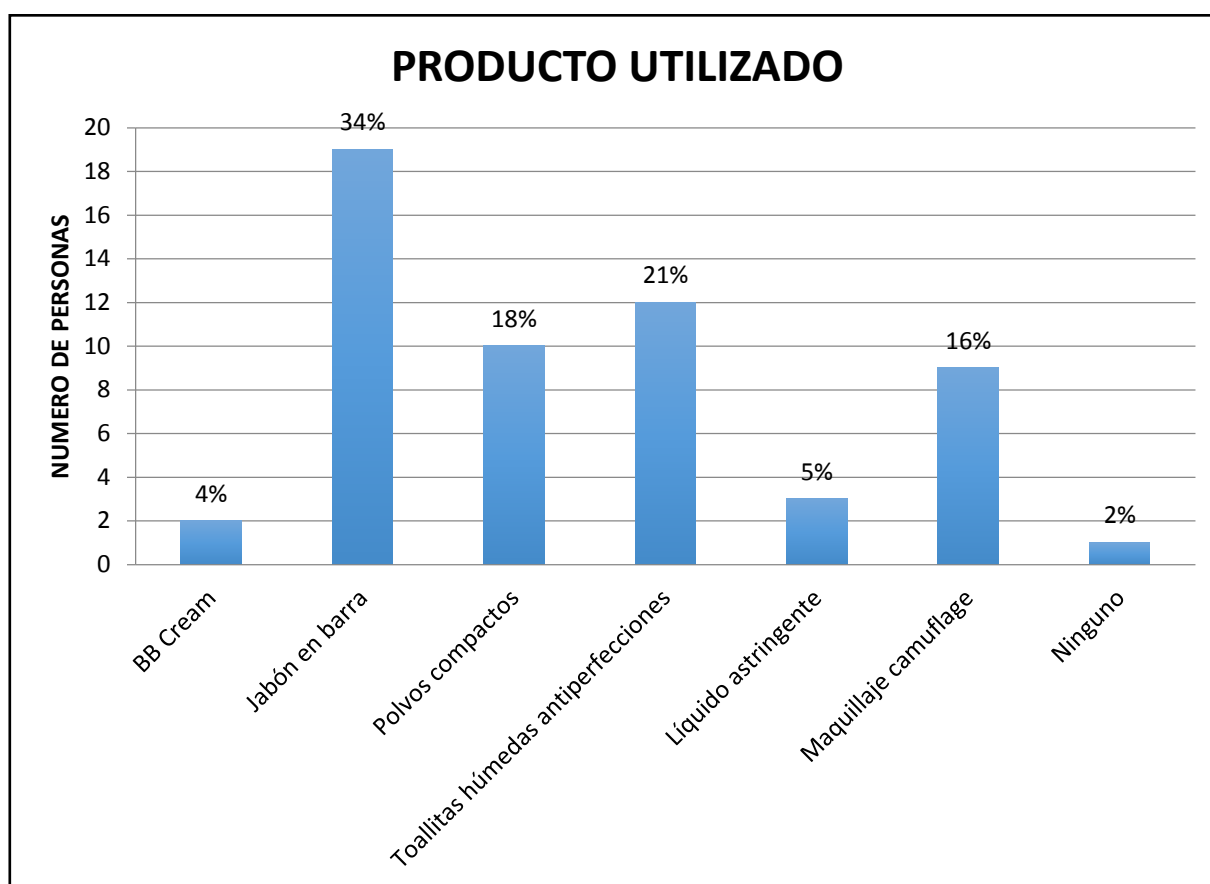


Ilustración 7. Sistematización de datos según el tipo de producto utilizado por menores, cuya edad oscila entre los 14 y 18 años

Por su parte, al momento en que se realizó la encuesta, el cincuenta y dos por ciento (52%) de los encuestados no compraba productos de la marca Asepxia. Sin embargo, el cuarenta y ocho por ciento (48%) si lo hacía. El cinco por ciento (5%) de los encuestados compra productos cosméticos cada año, el diez por ciento (10%) cada tres meses, el catorce por ciento (14%) cada mes y el diecinueve por ciento (19%) cada semana.

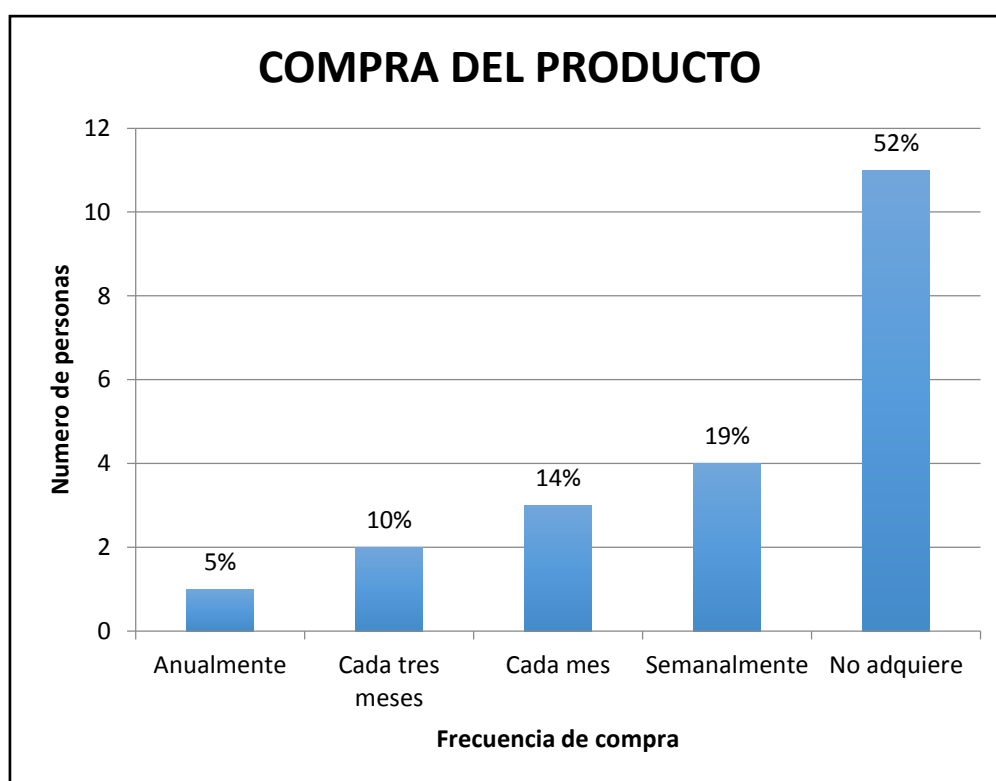


Ilustración 8: Sistematización de datos según la frecuencia del compra de productos de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años

Si bien es cierto hay un reconocimiento de la marca Asepxia, en la actualidad la mayoría de los menores de edad encuestados no hacen uso de los productos de la marca Asepxia, esto es el 52%. Por su parte, quienes los usan todos los días son el 24% de los encuestados. Ahora, quienes los usan día de por medio son el 10% y quienes usan muy rara vez los productos de la marca en cuestión son el 14%.

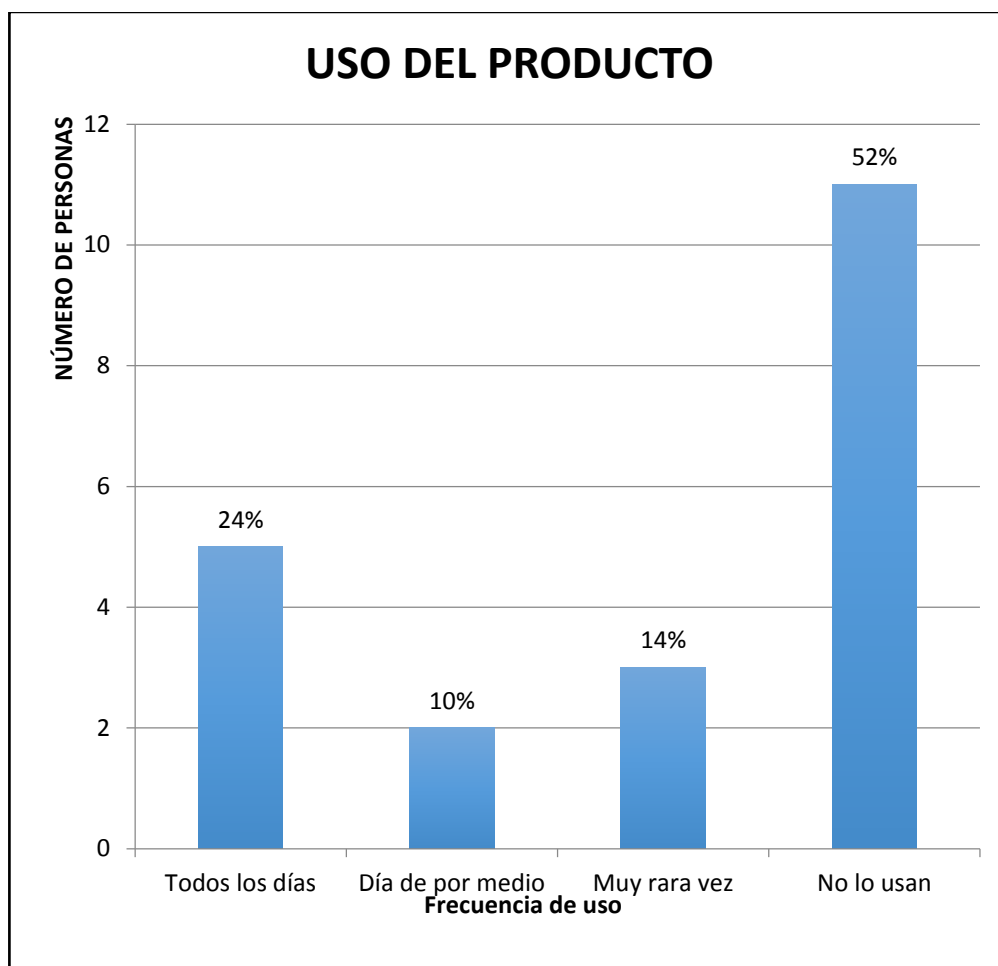


Ilustración 9. Sistematización de datos según la frecuencia del uso del producto por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años

La mayoría de los menores de edad encuestados (71%) desconocen los componentes de los productos cosméticos elaborados por los laboratorios de Genomma Lab y que responden a la marca Asepxia y el grado de satisfacción de los productos de la marca Asepxia usados por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años es muy bajo, ya que la mayoría (71%) considera que los productos de la marca Asepxia ‘no sirven’ para eliminar ‘imperfecciones’.

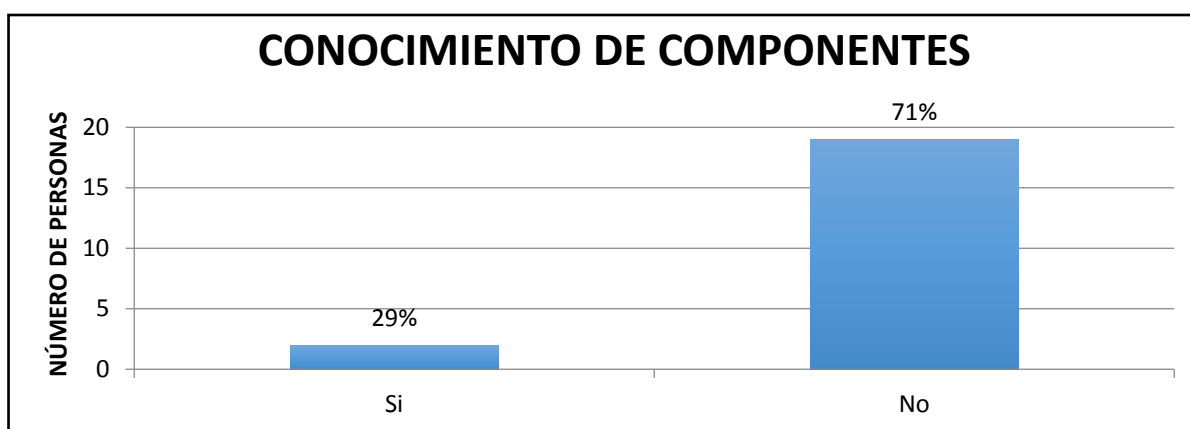


Ilustración 10. Sistematización de resultados según el conocimiento de los componentes de los productos de la marca Asepxia por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años.

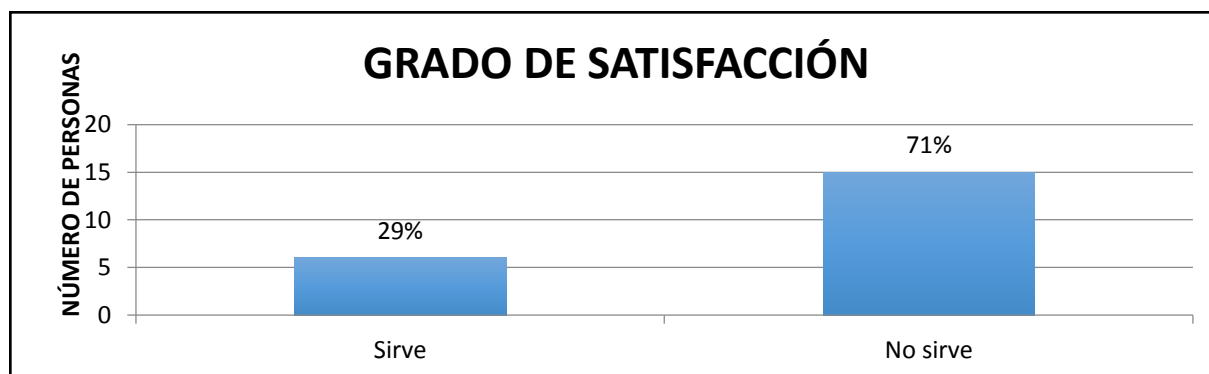


Ilustración 11. Sistematización el grado de satisfacción de los productos de la marca Asepxia usados por menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años

El 62% de los encuestados ha utilizado maquillaje alguna vez en su vida. Manifestó el 19% que dio inicio al uso de productos cosméticos a la edad de los 14 años, el 28% inició a usar los productos cuando tenían quince (15) o dieciséis (16) años; el 10% cuando tenían trece (13) años y tan solo el cinco (5%) cuando tenían doce (12) años.

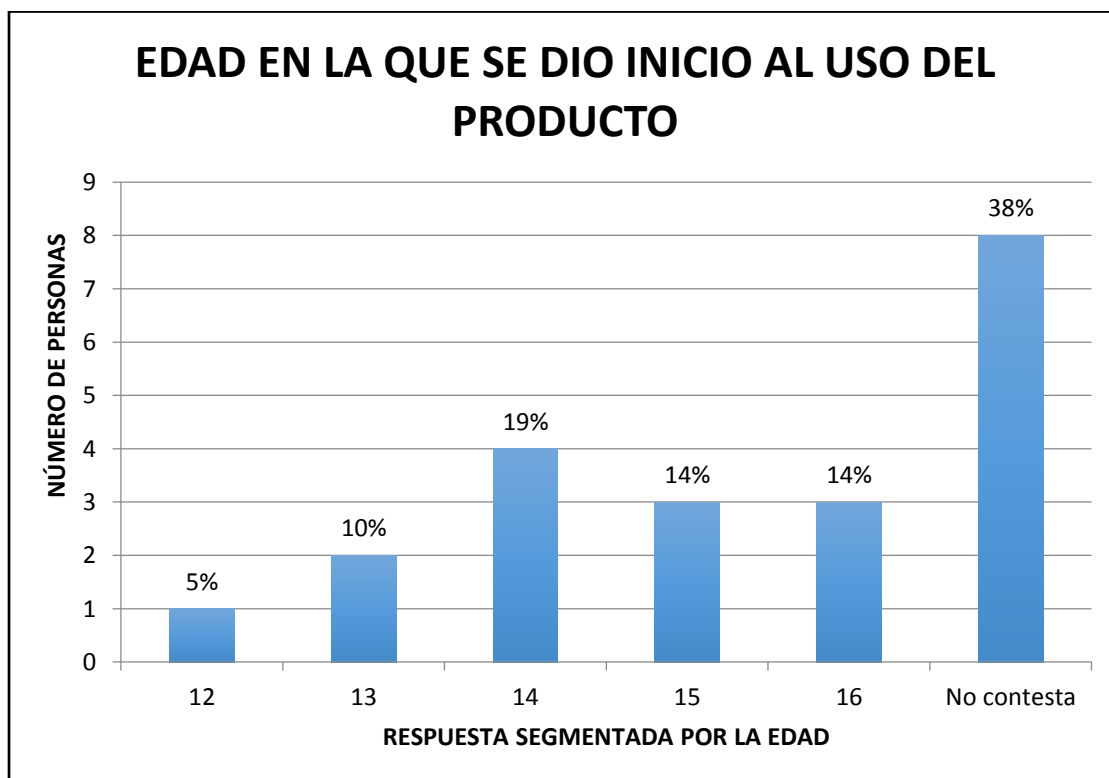


Ilustración 12. Sistematización de datos según la edad en la que los menores cuya edad oscila entre los 14 y 18 años comenzaron a utilizar productos cosméticos