

**RÉGIMEN DE CONTROL A LA PUBLICIDAD DE BIENES Y SERVICIOS EN
EL CONTRATO DE CONSUMO EN COLOMBIA**

Autora:

VIVIANA BEATRIZ BARAJAS VILLARREAL

Directora

Profesora, Olenka Woolcott

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

BOGOTÁ D.C.

2020

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| I. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA | 5 |
| 1.1. El sistema económico en Colombia y la intervención del Estado en la economía | 5 |
| 1.2. La Superintendencia de Industria y Comercio - SIC | 11 |
| II. EL RÉGIMEN DE CONTROL EN LA PUBLICIDAD EN COLOMBIA | 15 |
| 2.1. Esbozos sobre el derecho del consumidor y la publicidad en Colombia | 16 |
| 2.2. La autorregulación de la publicidad en Colombia | 21 |
| 2.3. Régimen de control posterior en Colombia | 23 |
| III. HERRAMIENTAS EFECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES | 27 |
| 3.1. El sistema de control y autorregulación de la publicidad en Estados Unidos y la Unión Europea | 28 |
| 3.2. Control previo como medida efectiva de los derechos del consumidor | 35 |
| Conclusiones | 40 |
| Referencias bibliográficas | 43 |

RÉGIMEN DE CONTROL A LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO DE CONSUMO EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

En una sociedad donde prevalecen las mercancías y los servicios, se encuentran los *contratos de consumo* como instrumento jurídico el cual permite desarrollar las dinámicas económicas de todos los negocios; de ahí, los oferentes pasan a ser productores o proveedores y los demandantes en consumidores. Cada uno de ellos dentro de las reglas de la oferta y la demanda. Ahora bien, en lo que respecta al esquema normativo local, se cuenta con que, desde la Constitución Política de 1991, se enmarca el esquema como una “Economía Social de Mercado”, según la cual, a pesar de existir el libre mercado, el Estado debe tener un papel esencial en las relaciones económicas, con miras a garantizar el Estado de Derecho.

En lo que se refiere al contrato de consumo, será la connotación de *la información* la categoría clave para este tipo de contrato, la cual tiene dos perspectivas: (i) en lo que refiere al tipo de contrato, y (ii) la información respecto de la publicidad misma sobre la mercancía objeto de apropiación. Como una forma de poder delimitar el tema del presente escrito, se concentrará la atención a la segunda situación, al sospechar que es la *publicidad* el medio eficiente para poder conocer las características de determinadas mercancías. Por lo mismo valdrá la pena indagar qué tanto control se hace sobre los mecanismos que exhiben los bienes ofrecidos por distintos medios de comunicación, en otras palabras, examinar si existe una intervención gubernamental sobre la publicidad.

En lo que al sistema jurídico colombiano se refiere, existe una institución encargada de velar por el control de la información que se presenta al público, de ahí que, según las normas, es tiene a la Superintendencia de Industria y Comercio, en sus siglas -SIC-, como la encargada de ejercer el control sobre la publicidad que se presenta en los medios masivos de comunicación; potestad que se encuentra ejercida *ex post* a que la pauta publicitaria salga al aire. En este punto de la descripción arriba indicada se parte de un supuesto: todo parece

indicar que el consumidor final asume que el Estado verifica los contenidos de los comerciales que muestran mercancías, por lo mismo, no intuyen un control posterior en el entendido de asumir por verdad lo que ven o escuchan en distintos medios de comunicación.

Lo que entra entonces en juego en cada dinámica publicitaria es el tipo de información que se transmita y no el control que se haga sobre el mismo de manera anticipada, de ahí que se haga necesario formular la siguiente pregunta: ¿el control previo a la publicidad por medios masivos de comunicación, es necesario para minimizar las asimetrías en la información al momento de configurarse el contrato de consumo, garantizando de manera efectiva los derechos de los consumidores?

Para intentar conseguir una respuesta al planteamiento expuesto, se tiene como objetivo general, *determinar*, si el régimen de control previo sobre la publicidad en medios masivos, garantizaría de manera efectiva los derechos de los consumidores para la formación del contrato de consumo. Se empezará entonces por: (i) identificar el modelo económico colombiano, y las obligaciones de intervención del Estado en la economía, de acuerdo con la dogmática y la jurisprudencia constitucional, para así, concretamente, analizar el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio en los mercados colombianos; seguidamente, (ii) se analizará el régimen de control posterior a la publicidad y los efectos que este ha tenido en el mercado nacional, para finalmente (iii) evaluar el impacto en el contrato de consumo y en los derechos de los consumidores con un régimen de control previo a la publicidad en medios masivos de comunicación.

El presente documento responde a una investigación aplicada, desde el enfoque cualitativo, propio de las ciencias sociales, con miras a explorar el fenómeno del régimen de control a la publicidad, a fin de dar solución a la problemática, a partir del análisis dogmático y jurisprudencial del objeto de estudio, para hacer una propuesta con fundamento en las diferentes normativas que tengan que ver con la materia objeto de análisis.

I. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA COLOMBIANA

Resulta necesario indagar sobre cuáles de los elementos actuales del sistema jurídico y económico nacional resultan necesarios para poder entender las maneras en que el Estado interviene en las relaciones económicas supuestamente libres de restricción alguna. Para ello, se parte de la nomenclatura constitucional que se refiere a Colombia como un Estado Social de Derecho, por lo que, desde su proyección inicial, se aceptan diferentes tipos de intervención estatal, necesarios en todo caso, debido a la responsabilidad de defender a los consumidores de posibles condiciones leoninas o de engaño que se presentan en todo algunos negocios jurídicos particulares.

Bajo ese entendido, cobra relevancia el papel de las superintendencias, especialmente de la Superintendencia de Industria y Comercio, quién como organismo encargado de la protección de los derechos de los consumidores, se le atribuyeron funciones jurisdiccionales y administrativas; estas últimas también llamadas funciones de policía, que permiten sancionar las infracciones a las normas de protección al consumidor, cometidas por los productores o proveedores en el mercado. Así entendido, sí puede pensarse de la intervención de los agentes estatales entendidos como autoridades investidas para entrar a vigilar determinados actos, y si llegan estos ser contrarios a derecho o a la protección del consumidor, sancionar en debida forma.

1.1. El sistema económico en Colombia y la intervención del Estado en la economía.

Reconociendo el hecho que se le da a una Constitución Política y la aceptación común que dicho instrumento orientará la actividad del Estado, creará instituciones para la protección de derechos fundamentales, pero también fijará el contenido de los mismos, se puede concluir que las constituciones tienen un carácter político, desde el cual, por una parte, se reconocen valores, principios, derechos, deberes, obligaciones, mecanismos de protección de los ciudadanos; y por otra, se establece la estructura misma del Estado. De tal forma, se espera en dicho ordenamiento jurídico superior una armonía lógico sistemática (Kelsen, 1927), por lo que a medida que surgen posibles contradicciones, determinadas instituciones

de Derecho Público entrar a corregir discursos contrarios que vayan en contra de principios y derechos (Duque, 1977).

Es sobre esta cualidad que el sistema constitucional definido desde el año 1991 no estableció un orden económico a seguir, sino todo lo contrario, permitió la implementación de formas económicas sobre las cuales se pueda desarrollar la Nación sin que en su ejercicio se lleguen a trasgredir derechos reconocidos en la misma Constitución. Lo anterior se puede entender cuando se revisa la sentencia C-040 de 1993, MP. Ciro Angarita Barón, en la cual se indica que el ordenamiento superior es "un texto neutro que permite la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos"; de esta forma se comprende con mayor sentido crítico el artículo 1º de la Constitución el cual refleja una "constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social. En la medida en que no solo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa" (Uprimny, 2005, p. 29).

Si la Constitución de 1991 puede entenderse como una estructura dinámica que puede acoplar esquemas económicos foráneos o de tendencias según el orden económico global, debe tenerse presente que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional también puede establecer límites a las políticas económicas. En ese orden de ideas, el modelo económico constitucional, determina la forma de la economía, delimitado la actuación del particular y el Estado. (Spagnovolo, 1959). Entonces, lo anterior permite pensar en una abstracción de *Constitución económica*, la cual puede interpretarse como:

los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada y las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer tales derechos y hacer efectiva la responsabilidad derivada de su uso abusivo de aquellos. (Duque, 1977, p.52).

Tal apreciación se encuentra también en (Hauriou, 1980) quien considera que algunos esquemas constitucionales pueden configurar la constitución económica básicamente de dos

a partir de dos dinámicas: primero, no reglamentándola en lo absoluto; segundo, indicando mínimos contenidos que hagan referencia al modo y de goce de la propiedad, la libertad contractual de los agentes privados económicos, el ámbito de la economía contractual, los derechos del trabajador, y regular la acción estatal en la economía. De similar forma se encuentra un argumento proferido en sede de constitucionalidad el cual reafirmaría lo arriba indicado cuando se hace alusión a los modos económicos de un país, en donde:

al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, se introdujo un modelo de economía social de mercado, [en virtud del cual, la empresa es considerada como motor de desarrollo social y por esta vía] se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, [pero adicionalmente, se asigna al] Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social. (Corte Constitucional, Sentencia C-256 de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Puestos así los argumentos, se puede empezar a acoplar al discurso del presente escrito aquello que se ha denominado *economía social de mercado*, concepto inicialmente acuñado por Müller-Armack (1946), en donde, si bien la organización de mercados es el mejor sistema de asignación de recursos, es imperativo corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operación eficiente y equitativa del sistema. Con todo, se puede decir que dentro de esta forma de apreciar la relación entre economía y sociedad, queda relacionada el “fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la autorregulación” (Resico, 2008, p 75), pero vistos en clave de solidaridad, lo cual sería el enfoque diferencial dentro de la órbita de un Estado Social de Derecho; esto implicaría (i) el funcionamiento adecuado del mercado y las formas de asegurar las libertades del individuo y el control del poder económico a través de la competencia, y (ii) persigue la justicia social con miras a garantizar a los individuos, en especial a los más vulnerables, el acceso a los bienes y servicios vitales, facilitando la movilidad social (Echevarría, 1978).

En cuanto a la forma en que interviene el Estado en el mercado, lo hace también como un agente económico el cual espera tener mejores resultados a los esperados antes de su regulación; lo anterior se evidencia claramente en la Constitución Política de 1991, que

reconoce la libertad económica en el artículo 333, y a su vez, establece la obligación de intervención del Estado en la economía en el artículo 334. Así, los elementos de la constitución económica de libre empresa y economía de mercado poseen en su interior las siguientes características, en donde hay: sistema de precios, estabilidad monetaria, mercados abiertos, propiedad privada, libertad contractual, responsabilidad, permanencia de la política económica, independencia de los principios (Eucken, 1956). Todos ellos presentes en el orden constitucional colombiano; así, las libertades económicas, de empresa y de competencia, se reconocen en el artículo 333 Superior, el cual indica: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

Revisando un poco en materia constitucional, en el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas, entendidas como “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio” (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa); aunque dichas libertades en ningún momento pueden leerse en clave de completa ausencia de control, se requerirá en algunas situaciones las limitantes que fije el propio Estado en aras de promover el desarrollo con equidad. Ahora bien, en cuanto a la libertad de empresa se refiere, se entiende esta como la dinámica mediante la cual alguien afecta determinados bienes “para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia” (Corte Constitucional, C-263 de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Es gracias a los balances constitucionales como se tratan y se realiza la importancia socio jurídica de algunos temas, como ellos, el de la economía y la iniciativa privada que se enmarca en cada negocio jurídico, de ahí que la libertad contractual sea pieza clave, pero a la vez feudataria de la iniciativa privada (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Entrando ahora a examinar lo que es la *libre competencia*, entre las varias decisiones en sede constitucional que se han proferido, se

entiende por ésta “la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones” (Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); y como la igualdad implica libertad, siguiendo lo dicho en el mismo fallo jurisprudencial, la libre competencia tiene unas prerrogativas objetivas a saber: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario, en desarrollo de la libertad contractual.

Como se puede evidenciar, dentro de los elementos y prerrogativas de las libertades económicas, tanto de la libertad de empresa como de la libertad de competencia, se encuentra la libertad contractual, lo que lleva a entenderla como indispensable en el sistema de mercado, en el entendido que sin los contratos individuales libres que surjan de los planes económicos de los hogares y empresas, no es posible una dirección descentralizada del proceso económico a través de la competencia perfecta (Eucken, 1956). Es a partir de esas condiciones que los ciudadanos libremente tienen derechos y responsabilidades lo que les permite hacer negocios, efectuar transacciones en los términos que voluntariamente decidan, lo cual debe ser garantizado por la ley, o en otras palabras, “pagar sus deudas, responder por sus obligaciones con su familia y contribuir para construir un Estado justo y fuerte” (Kalmanovitz, 2001).

De esta manera se puede interpretar el desarrollo de lo económico a partir de la lectura que se le hace a la Constitución de 1991, partiendo de lo consagrado “en determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad, solidaridad, derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser [así como] el quehacer estatal” (Sánchez, 2007, p. 34); igualmente, el Estado se subroga instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin que se corrijan los desequilibrios y desigualdades reconocidos por la Constitución (Sánchez, 2007, p. 35). Con todos los insumos hasta aquí recaudados se puede comprender desde una óptica mucho más general el contenido del artículo 334 del ordenamiento superior:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (Constitución Política de 1991, art. 334).

Continuando con lo dicho en la sentencia C-263 de 2011, la facultad de intervención del Estado colombiano, debe responder a cuatro funciones principales: primero, a una función de redistribución del ingreso y de propiedad; segundo, a una función de estabilización económica consagrada en los artículos 334 inc., 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.; tercero, a una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, núm. 19); y cuarto, a una función social, en aras de la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo a partir de lo consagrado en el artículo 334. Por lo mismo, en el marco de una *economía social de mercado*, las actuaciones de intervención del Estado deben atenerse al principio de la conformidad de mercado, de manera que su actuación no desvirtúe su funcionamiento; de ahí que existan unas consecuencias derivadas del desarrollo del mismo tal como lo expresó Echevarría (1978):

Este principio de conformidad de mercado debe ser la base de la actuación de todos los grupos que intervienen. Sin embargo, como tendrán que adoptarse medidas que no sean conformes al mercado en determinadas circunstancias, deberá procederse de manera que además de valorarse la justificación política de tal actuación, se fijará su duración, su coste y utilidad, de manera que se trate de determinar su valor o aportación al funcionamiento del sistema. (Echevarría, 1978, p. 25).

En ese orden de ideas, el Estado al momento de intervenir en ejercicio del mandato constitucional para garantizar el aspecto social del modelo de Economía Social de Mercado, debe tener presente que la regla general es garantizar la libertad, concretamente las libertades económicas y esencialmente la libertad contractual, de lo que se desprende que los contratos de consumo, se deben dar en ese marco del Estado liberal. Sin embargo, no obsta para que,

en su obligación de equilibrar las fallas de mercado, de garantizar el equilibrio y la justicia social, deba en ciertos casos intervenir, en diferente medida, pero siempre en torno al principio de conformidad del mercado.

1.2. La Superintendencia de Industria y Comercio – SIC.

Atendiendo a los argumentos expuestos en la primera parte del escrito, en donde se justifica la manera en que el Estado interviene en la economía a partir del modelo de *economía social de mercado*, donde prevalece, por un lado, la institución, denominada mercado; y por el otro el mecanismo coordinador, haciendo referencia a los precios. Sin embargo, para que este sistema funcione adecuadamente, es necesario un tercer elemento: el control. En el mercado, usualmente, el control lo tiene que ejercer la competencia (Echevarría, 1978, p. 22), sustentado en normas de derecho que la garanticen en un marco de libertad, pero en algunos aspectos, los más relevantes, el control debe ser ejercido por el Estado a través de instituciones especializadas. Si bien en Colombia, el legislador expide “las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia” según el marco normativo diferenciador consagrado en la Constitución Política, específicamente en el artículo 150, numeral 9º; de lo que resulta que es el Gobierno Nacional a quien corresponde este tipo de funciones entorno al ejercicio de las actividades económicas.

Por otra parte, en la estructura de la Administración Nacional, cobran relevancia las superintendencias, las cuales se entienden como entidades de derecho público, “con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el presidente de la República previa autorización legal” (Ley 489 de 1998, art. 66). En lo que respecta al estudio de las superintendencias, Olarte & Urbina (1999) señalan que éstas son “organismos adscritos a un Ministerio, que dentro de la autonomía administrativa y financiera que les señale la ley, cumplen algunas funciones que corresponden al presidente de la República como suprema autoridad administrativa”.

Puntualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio, nació con el Decreto 1653 del 15 de julio de 1960, y fue denominada inicialmente como Superintendencia de Regulación Económica, en virtud de las funciones que cumplía en ese momento; sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XX, de ella se desprendieron varias funciones con la creación de otras superintendencias tendiendo al principio de especialización. Ahora bien, en lo que se refiere a las competencias de las superintendencias en lo relativo a la inspección, vigilancia y control, la función de policía administrativa es entendida como “el poder o facultad que tiene la administración para aplicar limitaciones a la actividad de los gobernados, a fin de mantener el orden público” (Rodríguez, 2007, p. 535). Según esto, y apartir de lo manifestado por Ibáñez (2007), el poder de policía se refiere a los actos administrativos de regulación, orientados a disponer, por razones de ejecución, las funciones de inspección, vigilancia y control de determinados servicios públicos o actividades de interés público.

Entonces, si la policía administrativa actúa según “un conjunto de actos jurídicos y operaciones materiales, cuyo objeto es asegurar la aplicación de reglamentaciones para prevenir la infracción de sus disposiciones, constatar las violaciones eventualmente cometidas y deferir sus autores a las sanciones correspondientes” (Younes, 2007, p. 242), hay quienes consideran, que se debe diferenciar entre policía administrativa general y especial. Al respecto, Rodríguez (2007), sostiene que la noción de policía administrativa general, corresponde a “los elementos que tradicionalmente integran la noción de orden público, es decir, la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y, en ciertos aspectos, la moralidad, cobijados por los principios y normas generales aplicables al poder de policía” (p. 537). Mientras que, la función de policía administrativa especial, “se refiere, por una parte, a aquellas actividades de policía que buscan garantizar los mismos elementos de la policía general, pero que están sometidas a un régimen jurídico particular”. (p. 237).

Revisando uno de los primeros fallos de constitucionalidad, que empezaron a definir el orden público constitucional en la sentencia C-024 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero, se consideró que la noción de policía administrativa tiene cuatro caracterizaciones

que tienen cabida a diversas funciones por parte de la actividad estatal. En primer lugar, hace referencia a la actividad del Estado respecto a la preservación y el restablecimiento del orden público, De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía. En tercer término, la policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la policía judicial.

Enfocándose ahora al objeto del presente estudio, esto es, al sistema económico de mercado, cobra relevancia el papel que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio en la protección de los consumidores, mediante las funciones de inspección, vigilancia y control propias del poder ejecutivo que en el contexto de la descentralización de la actividad y función administrativa (SIC, 2017). Es por eso que, en materia de protección al consumidor, el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control conmina a la Superintendencia a emprender todas las acciones que permitan garantizar su efectividad lo que da lugar a cumplir sus funciones legales; para ello puede entonces recaudar evidencias conducentes, pertinentes y útiles ante una presunta infracción, así como adoptar en cualquier fase investigativa, las medidas administrativas que eviten o minimicen el impacto de algún tipo de vulneración. (SIC, 2017).

De igual forma, el mecanismo a través del cual la Superintendencia de Industria y Comercio puede poner en funcionamiento su facultad administrativa, es a través de la interposición de denuncias o quejas por parte del consumidor, con el fin que esta entidad pueda iniciar la respectiva investigación administrativa, que conlleve a la posible imposición de multas al proveedor o productor, de acuerdo a cada caso en particular. Entonces, el objetivo de este tipo de actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, es la protección del interés general y el derecho colectivo de los consumidores (Contreras & Arteta, 2016). En la actualidad, en el Decreto 4886 de 2011, se encuentran consignadas las facultades, tanto administrativas como jurisdiccionales, de la Superintendencia de Industria y Comercio, que les han sido atribuidas por la ley, así como la estructura de la entidad para el cumplimiento de la misma; adicional a lo anterior el Decreto 3523 de 2009 estableció la

creación del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, en donde se tramitan todos los asuntos relacionados con las funciones jurisdiccionales de la entidad (Peñalosa, 2015).

Entrando en materia, haciendo referencia a la protección del consumidor, la Ley 1480 de 2011, le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio una serie de facultades administrativas; concretamente en el artículo 59, se indica como imperativo velar por la observancia de las disposiciones legales en la materia, así como adelantar las respectivas investigaciones por su incumplimiento, y dado el caso, imponer las sanciones respectivas. Así, dichas funciones van desde medidas leves en términos de intervención, (inspección y vigilancia), como lo es la de practicar visitas de inspección con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones de protección al consumidor a partir de lo previsto en la Ley 1480 de 2011, artículo 59, en su numeral 4º, hasta medidas estrictas como “ordenar modificaciones a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en esta ley o afecten los derechos de los consumidores” (Ley 1480 de 2011, art 59, num.14).

Ahora bien, en lo que respecta a las facultades jurisdiccionales, se tiene que, en virtud del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, la Superintendencia de Industria y Comercio puede actuar como juez dentro de los objetos definidos dentro de su competencia; de lo anterior se desprende una especialización en el marco de funciones propias para atender los derechos de los consumidores los cuales deben actuar bajo los principios de imparcialidad e independencia. En cuanto a las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor, en lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano se encuentran las siguientes: (i) las acciones populares, (ii) las acciones de grupo, (iii) la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso y (iv) la acción de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011, art 56). Justamente en lo que atañe a ésta última, se puede adelantar ante el Juez ordinario o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual será competente en todo el territorio nacional, reemplazando al Juez de única o primera instancia, según el caso (Ley 1480 de 2011, art 58, núm. 1).

Es por medio de la acción de protección al consumidor, donde se tramitan todos los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor en los siguientes casos: (i) violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios; (ii) aplicación de las normas de protección contractual contenidas tanto en el Estatuto del Consumidor, como en las normas especiales de protección a consumidores y usuarios; (iii) cumplimiento efectivo de la garantía de un bien o servicio; (iv) reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien; (v) por información o publicidad engañosa (Ley 1480 de 2011, art 56). Haciendo hasta aquí un corte, se tiene como conclusión preliminar lo siguiente: tal como lo indica el título principal del capítulo, existe una dinámica dentro del ordenamiento socio jurídico en donde el Estado interviene en la economía para prevenir abusos o garantizar el debido funcionamiento de las relaciones económicas cuando éstas tengan relación directa con los derechos fundamentales, o se afecte como efecto colateral alguno de ellos.

Pero como se trató aquí de sintetizar aún más la cuestión sin desbordar el objeto de análisis, se encontró una entidad de Derecho Público como es la Superintendencia de Industria y Comercio quien es la entidad encargada para proteger y garantizar los derechos del consumidor. Finalmente, la acción de protección al consumidor debe tener estricta conexidad con la relación de consumo, bien sea por la adquisición de algún bien o servicio tal como se indica en *el estatuto del consumidor*, sin embargo, la calidad que tenga cualquier sujeto como consumidor, la verifica la autoridad que conozca del caso, la cual debe llevar presente una relación de consumo, de lo contrario, sino se logra demostrar tal relación, lo más probable es que la solicitud sea rechazada.

II. EL RÉGIMEN DE CONTROL A LA PUBLICIDAD EN COLOMBIA

En la presente sección, se mostrará de manera general como el derecho del consumidor se concibe como un derecho especializado, diferente de las ramas tradicionales del derecho (civil, mercantil, penal, procedimental). De igual forma, se definirán los sujetos que intervienen en la relación de consumo, es decir el consumidor y el productor o proveedor, haciendo especial énfasis en las diferentes concepciones que se han desarrollado alrededor

del término consumidor, las cuales al parecer generan inconvenientes a la hora de aplicar la norma que permita proteger los derechos del mismo.

Por otra parte, se ilustrará acerca del rol proveedor o productor, como parte fuerte de la relación de consumo, haciendo énfasis en las obligaciones de éste en el mercado, más específicamente cuando se trata de la información incurra en la publicidad que suministra a los consumidores, de acuerdo con los lineamientos legales. Por lo tanto, realizarán unos esbozos sobre el significado del concepto de publicidad, como mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos para el consumidor, en donde se ven materializadas las infracciones a la norma, en cuanto a publicidad engañosa se refiere.

Partiendo de lo anterior, se presentará el funcionamiento de los dos mecanismos de control a la publicidad que existen en Colombia. Por un lado, el mecanismo de autorregulación, con el cual se persigue un ejercicio preventivo de la publicidad engañosa, que de manera autónoma ejercen los privados, regidos por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Por otra parte, el régimen de control posterior ejercido por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones de policía administrativa. Con la revisión de estos mecanismos, se pretende entonces describir el régimen de control de la publicidad engañosa, vigente en Colombia, con miras a determinar algunas aporías que surgen en relación al tema expuesto.

2.1. Esbozos sobre el derecho del consumidor y la publicidad en Colombia.

A partir de lo establecido en el artículo 78 de la Constitución, el derecho de los consumidores adquiere reconocimiento constitucional entendido primeramente como un derecho colectivo, el cual implica la protección por parte de las entidades estatales que para tal efecto se designen. Es de anotar que la dinámica jurídica establecida para hablar de los derechos de los consumidores tuvo su desarrollo a medida que el comercio de mercancías, bienes y servicios empezó a expandirse en todos los ámbitos de la vida personal y colectiva de los sujetos. Así entendido, el derecho de los consumidores, se fundamenta en el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor ante el productor o proveedor, dentro de

las relaciones jurídicas de consumo que se suscitan en el mercado, para efectos de restablecer la igualdad entre estos, dada la asimetría real que existe entre las partes, en especial en torno a la información.

Tomando como referencia los insumos con los que ya se cuentan en la primera parte del presente artículo, se puede recordar la importancia que tiene el Estado en la intervención de la economía; por lo que dicha revisión revestida dentro del Derecho Público, debe contar con “analizar los derechos y principios fundamentales, el sistema o el modelo económico y las normas constitucionales de contenido económico para encontrar el sustento de la protección a los consumidores” (Camargo, 2003, p. 4). Si entonces se cuenta con la estructura jurídica para revisar las posibles irregularidades que padecen los consumidores, válido es pensar en las propias herramientas que se establecen para actuar en beneficio del consumidor; es por eso que se empiezan a crear categorías entorno al derecho del consumidor, a modo de ejemplo, Piris (2000), señala que el derecho del consumidor ha planteado que el objeto y razón de ser de esta nueva disciplina jurídica es la protección a aquel sujeto que denominamos consumidor.

En el mismo sentido, el derecho al consumidor se está convirtiendo en una disciplina que al ser tan específica, adquiere cada vez más desarrollos en cuanto a los temas que abarca según lo propio indicado en el Estatuto del Consumidor en el artículo 5º, numeral 3; “esta norma indica con claridad que entre los términos *consumidor* y *usuario* existe una sinonimia; además, destaca la característica de *finalidad* o *propósito* con que se adquiere y se utiliza el bien o servicio” (Moreno, 2018, p.81). Así visto, en el derecho del consumidor no solo se tiene en cuenta las reglas aplicadas al acto como tal de consumo, sino también a la protección del consumidor, aunque por otra parte se puede concebir la categoría de consumidor como un elemento de las ciencias económicas para describir un sujeto de mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para su propio uso o para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares.

Todas estas tendencias por intentar definir la categoría de consumidor quedan sintetizadas en el Estatuto del Consumidor, en los siguientes términos:

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 de 2011, artículo 5º, numeral 3.)

Frente a esa descripción tan abstracta, puede darse la situación en que, al no existir una definición más sintética de consumidor, en el ordenamiento jurídico colombiano, “puede dar lugar a problemas de aplicación del estatuto del consumidor por parte de los operadores jurídicos y a posibles contradicciones de los entes que tienen a su cargo la aplicación de este estatuto” (Villalba, 2009, p. 307). Y quizá la anterior apreciación pueda considerarse relevante para indicarla en atención a que la expresión misma *consumidor* es empleada por diversos campos en sectores tanto públicos como privados, luego, da a pensar que existe más bien en torno a dicha categoría una *textura abierta* en el entendido que son reglas generales o criterios y directivas particulares por lo que sus pautas podrían ser indeterminadas (Hart, 1998).

Aunque la generalidad depende del manejo que realice las autoridades que la ley les dispuso tal función, en el otro extremo de la relación de consumo, se encuentra el proveedor o productor, entendido como aquel profesional o técnico en la producción, fabricación o elaboración de un producto, que cuenta con mayores herramientas en el mercado, como por ejemplo la información que se trasmite a través de la publicidad, a fin de indicar las características de los productos de forma clara, suficiente y apropiada, atendiendo a los postulados legales, con la finalidad de no hacer incurrir en error al consumidor, o producirle daño a éste por la omisión de la información con respecto al uso o utilización del bien.

Ahora bien, contrario a lo que sucede con la conceptualización de *consumidor*, la definición de productor no tiene la misma generalidad: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria” (Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral,

9). Igualmente se encuentra definido el proveedor: “quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro” (Ley 1480 de 2011, art 5, núm. 11).

Definidos así los extremos de la relación derivada dentro de la dinámica de consumo, aparece el elemento de *la información*, la cual en la actualidad abunda en nuestros días y es motivo de diversas transformaciones; de esto se puede percatar cualquier consumidor a partir de un nivel básico de observación cuando “se juzgan anuncios de televisión, en donde el investigador o el técnico de laboratorio, con su bata blanca, llevando a cabo un experimento (habitualmente demostrando que el producto apadrinado es mejor que el de su rival)” (Bell, 2006, p.194). Con este tipo de contrastes, a parte de generar elementos subjetivos que terminan influyendo en la decisión de los consumidores, “se entiende, entonces, que se despierte la sospecha de que los medios de comunicación manipulan la realidad” (Luhmann, 2007, p.20).

Si la información es ahora el motor sobre el cual se mueven las comunicaciones, el mercado y el consumo, hay quienes advierten en no dejarse caer por los sofismas que se pueden presentar por la misma rapidez de la información en atención a su constante cambio, en el entendido que puede ser la información manipulada, y muy probablemente un consumidor desatento, o muy confiado caer en confusiones, porque en todo caso, no puede dejarse de lado que “el mundo de los medios de comunicación masivos tienen como consecuencia que gran parte de la población viva en un mundo imaginario” (Touraine, 2016, p.49). Luego, por la misma complejidad que puede darse en torno a la información, y atendiendo a la propia intervención del Estado en la economía, se requiere una definición no abstracta, pero tampoco tan limitada como para poder entrar a regular lo correspondiente a los contenidos que se establecen sobre las mercancías y productos; es por eso que, para el tema que se está abordando, en relación con el consumo, por lo menos para el ordenamiento jurídico colombiano, por información se entiende:

Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia

relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 7).

De una manera muy simplificada, Chistianos (1987) considera que la información puede definirse como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes, el deudor de la obligación de información, a la otra parte, el acreedor de la obligación de información. Bajo ese supuesto, se puede interpretar la existencia de un desequilibrio entre quien posee la información y quien la desconoce pero que se vale someramente de ella para poder ejercer su elección para adquirir algún bien o servicio; por eso, en la normatividad colombiana sobre la materia, en el derecho del consumidor rige a partir de unos principios tales como: (i) el de vinculación de la oferta, promoción y publicidad según el cual el proveedor se encuentra obligado por todo lo que ofrece, promete, anuncia o informa al consumidor; y (ii) el de integración, según el cual todo lo que se hubiera ofrecido en la oferta, promoción o publicidad se entiende integrado en el contrato, aun cuando no se hubiera dicho nada sobre ellos en él (Villota, 2014). Es por todo lo antes mencionado que cobra una importancia especial la publicidad entendida como información, la cual se presenta sobre los bienes y servicios, y en especial la que se presenta a través de los medios masivos de comunicación.

Visto de manera técnica dentro del *marketing*, la publicidad de comunicación permite al proveedor o productor, captar la atención del consumidor, presentando la información de los productos, como ese recurso escaso, pero de gran valor para los consumidores, y a partir de dicha estrategia se puede optar por una decisión de consumo. De esta forma que se puede concebir la publicidad como industria de *Big Data* expuesta mediante símbolos o cadenas de información con múltiples mensajes (García & Cortina, 2008); por lo que será común esperar como resultado “informar al público y a convencerle de que compre un producto o un servicio” (Leduc, 1986, p. 154).

Si se habla de publicidad en estricto sentido, para Arango (2011), ésta debe contar con unos elementos, tales como: (i) el producto o servicio a ofrecer o demandar; (ii) el anuncio

que hace referencia a la publicidad emitida; (iii) el anunciante, quien desea proporcionar un bien o servicio; (iv) la agencia de publicidad, como aquella entidad o persona que presta el servicio publicitario; (v) el medio, considerado como el vehículo utilizado para la difusión del anuncio, como por ejemplo, la prensa, la radio, la televisión e internet y (vi) el consumidor, quien es el destinatario del anuncio y a quien se le busca motivar para que adquiera el bien. Por su parte, Marshall (1970) hace una distinción de la publicidad usando dos términos: *informativa* y *combativa*; la primera de ellas es beneficiosa para el consumidor, en la medida que le informa sobre los nuevos productos, presenta una curva más elástica de la demanda e indica los precios más bajos, mientras que, la publicidad combativa, busca persuadir al consumidor, para que opte por una marca u otra, afectando la economía.

Ante las posibles formas de combinar la publicidad y en ella jugar con la información, no cabe duda que, existen varias formas de comunicación publicitaria y muchas cumplen la función de suministrar información útil a los consumidores; lo cierto de todo lo hasta aquí expuesto es que de la calidad de la información transmitida a través de la publicidad a los consumidores, determinará si hubo o no violación a sus derechos, es decir si se contribuyó al fraude comercial, en otras palabras si se trató de una publicidad engañosa o no.

2.2. La autorregulación de la publicidad en Colombia

Qué se puede decir de la publicidad en un país en donde se mezclan diversas formas de consumo, así como de gustos, teniendo en cuenta los distintos cambios generacionales los cuales influyen en las tendencias que a su vez llevan homogeneidad con las mercancías y las relaciones de consumo. De entrada, puede decirse que hasta el momento no existe una regulación puntualmente que haga relación a la publicidad, salvo lo establecido en las normas de protección al consumidor, que se refiere esencialmente a publicidad engañosa; sin embargo, el propio gremio publicitario encontró la necesidad de crear una autoridad y un código de conducta ética, que velaran por el respeto a los principios que rigen la actividad publicitaria, entre los que se destacan la veracidad de la información, la honestidad, la buena fe, así como los derechos de los consumidores. Es decir, entendieron la necesidad de la autorregulación.

Respecto a la regulación a la publicidad, distintos autores han encontrado la necesidad para debatir sobre cómo sería la forma de una normatividad sobre la misma porque en todo caso, “si la publicidad ocupa un lugar importante en nuestra sociedad e influye poderosamente en nuestras vidas, es lógico que nos preocupemos por las normas que deben guiarla” (Abello, 2003, p. 38). Es por eso que Alves (2007) piense en la autorregulación publicitaria como es aquella regulación llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, una norma en materia publicitaria.

Y revisando lo afirmado por Taveras (2016) se concluya que la regulación publicitaria es llevada a cabo por una entidad privada que agrupa a los distintos agentes que tienen que ver con la publicidad con el fin de apoyar una comunicación comercial sana y leal, “por lo tanto, para que se cumplan estos fines, la entidad de índole privado, debe usar códigos deontológicos que permiten a los asociados tener las directrices necesarias para actuar en el mercado de la forma correcta” (p.184). Teniendo en cuenta esos antecedentes a nivel discursivo, en el año de 1954, se creó en Colombia la primera Asociación de Agencias de Publicidad, en sus siglas- ACAP-; posteriormente, hacia 1971, se constituyó uno de los principales organismos en la materia denominado Unión Colombiana de Empresas Publicitarias -UCEP-, con el fin de agremiar las agencias de publicidad, con el objetivo de defender y representar los intereses colectivos de la industria creativa y de los contenidos que integran la denominada economía naranja (Ucep, 2019).

Posteriormente, en 1979 nace la Asociación Nacional de Anunciantes -ANDA-, gremio con más de 40 años impulsando el desarrollo de la industria de la comunicación comercial, y estimulando entre los anunciantes la generación de buenas prácticas en beneficio de un consumidor informado (ANDA, 2019). Más adelante, en 1980, representantes de la UCEP, ANDA y la International Advertising Association -IAA-, crearon la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria -CONARP-, como la autoridad máxima en autorregulación publicitaria en Colombia, cuya función consiste en velar por el respeto de las normas señaladas en el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, a través de mecanismos

de vigilancia que regularan los contenidos de los mensajes publicitarios emitidos a través de todos los medios de comunicación del país.

Hacia el mes de marzo del año 2018, se estableció un nuevo sistema colombiano de autorregulación de la comunicación comercial, que contó con la validación de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como del INVIMA. En este nuevo sistema concurrieron actores de la industria como la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), la Asociación Nacional de Productores de Grasas y Aceites Comestibles (ASOGRASAS), así como representantes de medios análogos, digitales y agencias de publicidad (Melo, 2018). Aunque estos esfuerzos son válidos desde la iniciativa mayoritariamente privada, los propios códigos o intentos realizados por ellos mismos para validar sus regulaciones, poco efecto tienen sobre el resto de productores de bienes o proveedores; por lo que sería previsible que tal esfuerzo no logró la cobertura sistémica que se necesita máxime sino tiene esa legitimidad encontrada en las normas proferidas por el cuerpo legislativo dentro de la estructura de un Estado.

2.3. Régimen de control posterior en Colombia

Ante las adversidades evidentes que trae la autorregulación como posibilidad de regular desde lo *ético* una posible mala conducta de los agentes publicitarios, ya ha quedado definido que es la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad de Derecho Público encargada de ejercer funciones de policía, así como judiciales administrativas para atender los asuntos que les lleguen como quejas o conozcan de manera oficiosa. Es por ello que la legislación colombiana, para efectos de proteger a los consumidores, ha investido de facultades de policía administrativa a la Superintendencia de Industria y Comercio, para emprender las acciones que considere necesarias para la efectividad de sus derechos.

En virtud de lo anterior, la Ley 1480 de 2011, en su artículo 59, estableció las funciones administrativas de la Superintendencia en materia de protección al consumidor; las cuales, en términos generales, la referida entidad debe velar por la observancia de las disposiciones contenidas en el Estatuto del Consumidor y dar trámite a las investigaciones por su

incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas. Aunque aquí vuelve en discusión el tema de la función policiva propia que tienen las superintendencias se da por superado el obstáculo a partir de lo indicado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en sentencia del primero de octubre del año 2014, radicación: 250002324000200700081 01, número interno 18917, demandante, Banco Davivienda S.A., demandado, Superintendencia Financiera de Colombia:

La Sala advierte que el ejercicio de la facultad de supervisión y control esencialmente no varía, así cambie el ramo sobre el que recaiga dicha facultad. Se trata del poder de la Administración de examinar y verificar las actividades desarrolladas por los particulares en aras de que se cumplan las leyes, los reglamentos, órdenes y demás instructivos necesarios para asegurar que tales actividades respondan a los fines de interés público. La facultad de policía administrativa, que es como se conoce ese poder de supervisión y control a cargo del Estado, no precisa de la existencia de leyes y reglas ad hoc o híperdetalladas, para que pueda surtirse cabalmente en cada caso. No toda falta debe estar necesariamente descrita al mínimo detalle, pues sería imposible dictar una legislación con ese carácter. A través de normas de textura abierta y de conceptos jurídicos indeterminados se pueden describir las conductas que ameritan reprensión por parte de la autoridad correspondiente.

Quedando ya reforzado la manera legal de la inspección y vigilancia, así como su sustento jurisprudencial, no hay óbice alguno que permita inferir o durar respecto de la facultad que se tienen las Superintendencias dentro del sistema jurídico colombiano para iniciar investigaciones, o sancionar según el marco de referencia normativo establecido para atender cualquier caso de tenga que ver y estén relacionados en el ámbito de su competencia y versen sobre la protección al consumidor. Por lo tanto, si los mismos alcances tienen aplicabilidad en lo que respecta a la entidad encargada de proteger al consumidor, quedaría ya entendido lo indicado en *el estatuto del consumidor*, cuando se indica que dentro de las facultades administrativas la Superintendencia de Industria y Comercio puede en relación con la publicidad:

Ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley o de aquella

relacionada con productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud y ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores. (Ley 1480 de 2012, artículo 59, numeral 6°).

A modo de referencia y como una manera de orientar al lector de cómo es la dinámica que emplea la Superintendencia de Industria y Comercio, en sus siglas -SIC-, se cita como ilustración el caso de publicidad engañosa entre: una quejosa consumidora contra *GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA* y los productos cosméticos de la marca ASEPXIA. En la publicidad, se indicaban características que no eran acordes con la realidad, como por ejemplo las expresiones “AntiAcnil”, “AntiAcnil-Fast”, “AntiAcnil-FP”, “Asepxia “AntiAcnil FP” y “AntiAcnil- G, las cuales fueron registradas ante la SIC, como marcas nominativas de titularidad de GENOMMA LAB, con lo que presuntamente se inducía en error, engaño o confusión a los consumidores.

Luego del requerimiento efectuado por la SIC, así como del análisis preliminar de la documentación aportada por GENOMMA LAB y las pruebas recaudadas oficiosamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, se evidenció la presunta violación de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia, por concepto de información no veraz, no clara, imprecisa, inverificable, incomprensible y publicidad engañosa. En virtud de lo anterior, se formuló pliego de cargos en contra de GENOMMA LAB y en aplicación a los numerales 6 y 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, de igual forma, se expedieron órdenes administrativas de cese de la publicidad vigente y control preventivo de nueva publicidad por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Tomando como referencia lo arriba indicado, se puede observar en el plano discursivo, que el control a la publicidad engañosa en Colombia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se suscribe al régimen de control posterior y solo de manera excepcional, cuando contradicen la normatividad, procederá el control previo de la publicidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio, sólo está llamada a actuar, por regla general, una vez se ha presentado una negación a los derechos de los

consumidores en términos de publicidad engañosa. Lo que significa que el sistema de protección al consumidor, será activado generalmente cuando la trasgresión a los derechos ya haya transcurrido, y en virtud de ello, se puedan ordenar medidas correctivas; lógica que ha adoptado el legislador colombiano *como una forma de garantizar* los derechos de los consumidores.

En este sentido, y a manera de crítica, se evidencia una clara ineficiencia en la forma como el Estado entiende sus obligaciones en torno a los derechos colectivos si se toma como una premisa las indicaciones elaboradas en la primera parte del escrito; y si además, se asumen como obligaciones estatales las de: (i) regulación, completando el contenido del derecho que ha sido reconocido; (ii) respeto, no vulnerando el derecho; (iii) protección, evitando que terceros vulneren a través de su acción el ejercicio del derecho; y (iv) garantía o satisfacción, asegurando el ejercicio del derecho cuando el titular no puede hacerlo por sí mismo (Quinche, 2015).

A manera de conclusión preliminar, se tiene que en la normatividad colombiana, en torno al control de la publicidad engañosa, no se garantiza una protección efectiva de los derechos de los consumidores *ex ante* según las siguientes razones: *primero* por cuanto, si bien es cierto hay un Código de Autorregulación de la Publicidad, este cuerpo deontológico voluntario, más que vinculante, constituye una guía de acción de los publicistas, pero como se indicó, no se encuentran vinculados todos los actores, ni se cumple en su totalidad, lo cual haría pensar en su ineficacia para evitar trasgresiones a los derechos de los consumidores, que reciben la publicidad a través de medios masivos de comunicación; *segundo*, porque no hay una normatividad de orden legal, que regule concreta y completamente la actividad publicitaria; y *tercero*, en virtud de lo establecido en el Estatuto del Consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio debe ejercer el control de la publicidad en Colombia, concretamente en términos de publicidad engañosa, pero solo se atiende a un control posterior, esto es una vez se han presentado las vulneraciones a los derechos, incumpliendo claramente el mandato constitucional de protección y garantía de los derechos de los consumidores.

III. ESBOZOS DE POSIBILIDADES PARA UNA MEJOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Si la regla general dentro de una *economía social de mercado* implica que las relaciones económicas, dentro de las que se encuentran las relaciones de consumo, deben fundamentarse en la libertad, en especial la contractual; en ese sentido, los contratos de consumo deben partir de la libertad de consumidores y productores o proveedores, dentro del mecanismo de mercado. Sin embargo, en virtud que la relación de consumo presenta un desequilibrio en la información que termina favoreciendo al empresario; de ahí que sea necesaria la intervención del Estado, para que, desde lo económico, solvante la falla del mercado que se genera, y desde lo jurídico, proteja y garantice los derechos de los consumidores establecidos en el ordenamiento constitucional.

De esta manera se justifica la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio a quien se la ha dotado de facultades para garantizar los derechos de los consumidores en todos los ámbitos, incluida la protección contra la publicidad engañosa, en ejercicio de control posterior de la misma, a través del procedimiento administrativo sancionatorio. De forma paralela y sin ningún resultado de eficiencia, en Colombia se ha previsto la autorregulación de la actividad, con la expedición del Código Colombiano de Autorregulación de la Publicidad, para intentar un autocontrol previo de los anunciantes y así evitar la publicidad engañosa.

Sin embargo, revisando las siguientes cifras, en lo relacionado a la protección del consumidor, se tiene:

| Año | Denuncias por trasgresión a los derechos del consumidor |
|------------|--|
| 2013 | 118 |
| 2014 | 257 |
| 2015 | 339 |
| 2016 | 525 |

Fuente: Estadísticas de la Superintendencia de Industria y Comercio, para el año 2017

Según la facultad sancionatoria de la entidad, se tienen las siguientes cifras:

| Tipo de sanción | |
|------------------------|-----|
| Publicidad engañosa | 62% |
| Protección contractual | 20% |

Tomando como referencia la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor y su informe presentado para el primer semestre del año 2018, se tienen que los montos de las sanciones ascienden los diez mil millones de pesos colombianos, en donde las causas para impartir tales multas fueron las generadas por indebida información y publicidad engañosa. El otro aspecto relevante del anterior reporte, indica que los sectores donde más casos se presentaron irregularidades en torno a los derechos del consumidor, fueron:

| Sectores donde mayoritariamente se trasgreden los derechos al consumidor | |
|--|--------|
| Automotor | 35.7% |
| Financiero | 33.02% |
| Venta en almacenes | 15.21% |

En virtud de lo indicado según esos informes, es claro que, bajo criterios de eficiencia las cifras muestran un panorama local desalentador en cuanto a los derechos de los consumidores se refiere. Así las cosas, y para intentar explorar qué han dicho otros autores de sus experiencias respecto al derecho del consumidor en otros sistemas jurídicos, vale pena hacer pequeños esbozos de cómo se tratan dichas dinámicas desde lo foráneo para así quedar con una lectura de los escenarios actuales donde los temas aquí enunciados tienen relevancia desde la órbita de lo público.

3.1. El sistema de control y autorregulación de la publicidad en Estados Unidos y la Unión Europea.

Desde la apreciación de Taveras (2016), la autorregulación publicitaria es un medio que permite la regulación de la publicidad sin la intervención estatal, en donde entidades de predominancia privada buscan ejercer sus dinámicas de comercio bajo estándares éticos y no

defraudatorios ante terceros; sin embargo, es la falta de coerción la que termina poniendo estos esquemas en simples intenciones altruistas de unos pocos. Es por eso que Pellicer (2011), considera que los sistemas de autorregulación son ineficaces debido a la generalidad del contenido de los códigos éticos, pues las interpretaciones de sus artículos permiten que cualquier conducta resulte admisible.

Aunque en Norteamérica, según lo indicado por Boddewyn (1992) en su escrito *Global Perspectives on Advertising Self-Regulation*, indica que existen controles gubernamentales, así como movimientos *consumeristas*, que pretenden prevenir la publicidad engañosa. El sistema utilizado en los Estados Unidos, está compuesto por dos tipos de agencias independientes: una de las cuales cumple en su mayoría funciones de regulación de la vida económica y social; mientras que la otra, propiamente ejecutiva, cumple esencialmente funciones de administración delegadas por el presidente de dicho país. Pero el aspecto relevante que salta a la vista es que ambas agencias tienen características comunes, como contar con un poder amplio de producción de normas regulatorias, así como de aplicar dichas normas e imponer sanciones administrativas.

De esta forma, el gobierno Norteamericano, regula específicamente una serie de actividades comerciales, que incluye el aspecto publicitario, a través de una serie de entidades reguladoras como la Comisión Nacional de Comercio (*Federal Trade Commission*), la División Antimonopolios del Departamento de Justicia (*Antitrust Division of the Department of Justice*), la Comisión de Valores (*Securities and Exchange Commission-SEC*), Comisión Nacional de Comunicaciones (*Federal Communications Commission-FCC*), la Administración de Alimentos y Medicamentos (*Food and Drug Administration-FDA*) y la y la Oficina para las Bebidas Alcohólicas, el Tabaco y las Armas de Fuego (*Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms*).

Continuando con lo dicho por el mismo autor, pero esta vez haciendo referencia a la autorregulación, se tiene que desde el año 1971 la industria publicitaria fue impulsada a través del *National Advertising Review Council* (NARC), a crear organismos centralizados para la autorregulación en materia publicitaria. El NARC, por su parte, establece los objetivos y

regula los procedimientos de la *National Advertising Division* (NAD), de la *Children's Advertising Review Unit* (CARU), del *Electronic Retailing Self-Regulation Program* (ERSP) y del *National Advertising Review Board* (NARB). Así las cosas, el objetivo de las referidas instituciones, consiste en promover los más altos estándares de veracidad en la publicidad nacional (Boddewyn, 1992).

En lo que corresponde a la *National Advertising Division* (NAD), ésta fue creada en el año de 1971, como un organismo de autocontrol, que trata solamente publicidad nacional entendida como *anuncios*, para todo el territorio estadounidense, que haya sido difundida a través de medios masivos de comunicación, verificando la veracidad, lealtad y pertinencia de los anuncios. Es importante resaltar que, a diferencia de otros órganos de autorregulación, la NAD, no administra códigos de conducta propios (Miracle, 1987). Por otra parte, la *Children's Advertising Review Unit* (CARU) fue fundada en 1974 por la NARC, a fin de promover la publicidad infantil responsable. Este organismo de autorregulación, se encarga de evaluar la comunicación comercial y el material publicitario dirigido a niños. Para ello, se apoya de un Código (*Self-Regulatory Program for Children's Advertising*), así como de una serie de directrices y de las leyes pertinentes (Ruiz, 2014).

Ahora bien, El *National Advertising Review Board* (NARB), es la Junta de Apelación de la NARC, compuesta por 70 profesionales, entre los que están 40 anunciantes, 20 agencias de publicidad y 10 miembros del sector público. De esta forma el sistema de autocontrol publicitario norteamericano ha mostrado ser eficaz en cuanto a la rapidez en la resolución de controversias, en cuanto a la protección de los anunciantes y en cuanto a la solidez frente a los poderes públicos que le ha permitido frenar la hiper-regulación legislativa. Sin embargo, la falta de participación, proyección y credibilidad pública no le ha permitido adquirir el estatus de co-regulación que estos mecanismos sí tienen en la Unión Europea. (La Barbera, 1980b, p. 59-62)

La Unión Europea, por su parte, cuenta en materia de regulación, con la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Dicha Directiva, que debe ser incorporada a

los ordenamientos jurídicos de los países miembros, tiene por objeto proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, así como establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa (art. 1º). En dicha Directiva, se predica la obligación de los Estados para que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y el cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa. Para tal fin prevé lo siguiente:

los medios deben incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la lucha contra la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan:

a) proceder judicialmente contra esta publicidad, o b) someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente bien para que ésta se pronuncie sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa. (Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006).

Sin embargo, la Directiva en su artículo 5º, establece que no excluirá la posibilidad del control voluntario que los Estados miembros podrán fomentar de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa, por organismos autónomos, siempre y cuando existan procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo. En ese sentido, la Unión Europea no solo promueve legislación en los Estados miembros que garantice la protección de los derechos de los consumidores, sino que, además, promueve, de cierta manera la posibilidad de los mecanismos de autorregulación.

Ahora, a pesar de no ser una institución de la Unión Europea, es importante resaltar el papel de la Alianza Europea de Estándares Publicitarios (*European Advertising Standards Alliance - EASA*), que ha potencializado y fortalecido los sistemas de autorregulación centralizada, que, si bien no funciona como un organismo de autocontrol, si apoya la resolución de reclamaciones transfronterizas, facilitando la información e investigación sobre autocontrol publicitario en Europa (Ruiz, 2014). Por su parte, en España, a manera de ejemplo, a partir del Estatuto de la Publicidad de 1964, que dio inicio a la regulación en

materia publicitaria, se empezó a ejercer un control sobre la comunicación comercial y se estableció un sistema de control estatal. Así mismo, se creó una Junta Central de la Publicidad y un Jurado Central de la Publicidad (Segade, 1980).

En estas instituciones, los interesados podían someter sus diferencias antes de acudir a la vía jurisdiccional (Art. 65 del Estatuto de la Publicidad). Dentro de sus facultades se encontraban las de cesar los anuncios ilegales, facultad que no fue suficiente para lograr erradicar los mensajes incorrectos que en ocasiones se presentaban al público. De acuerdo con esta organización, las organizaciones de autocontrol europeas, en el año 2017, recibieron 56.863 reclamaciones, de las cuales el 53% correspondía a publicidad engañosa. Del total de reclamaciones se solucionó el 76% durante el primer mes y se llegó al 89% en el segundo mes. En Europa el 72% de las reclamaciones se presentaron, en 2017, en el Reino Unido y Alemania, siendo España uno de los países con menor cantidad de reclamaciones por publicidad engañosa (EASA, 2018).

El principal objetivo de este Jurado Central de la Publicidad, consistía en mantener la publicidad dentro de los límites legales, procurando una intervención más intensa de los sectores sociales, que participan en los procesos publicitarios (Ramos, 2001). El Jurado de Autorregulación Publicitaria (JAAP), está definido como un órgano especializado, e independiente, dedicado a tareas deontológicas en el ámbito de la publicidad (Sánchez, 1997). Como cifras relevantes, se tiene que de los 386 casos conocidos por el JAAP (319 reclamaciones iniciales y 63 recursos de alzada, junto a 3 medidas cautelares y seis queja transfronterizas), 72 casos (casi el 19 %) se refieren a infracciones del principio de veracidad, seguidas de las infracciones de la buena fe con 38 casos (9,8%), infracciones del principio de legalidad con 38 casos (9,8%), publicidad denigratoria y desleal con 8 casos, (2%) y la explotación del prestigio y el esfuerzo ajenos con 7 casos (1,8 %) (Ramos, 2001).

El sistema de autorregulación español, no surge para evitar una regulación estatal, porque ésta ya existe, por el contrario, este sistema nace debido a la ineficacia del Estatuto de la Publicidad, puesto que no conseguía reprimir eficazmente la publicidad ilícita (Patiño Alves, 2007). Sobre el particular, Opina Cartagena Pastor (1988), que fue la previsión legal de

control voluntario de la publicidad lo que determinó la creación del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (JAAP), ya que este sometimiento voluntario generaba beneficios para las partes involucradas. El objeto de la referida Asociación, consiste en contribuir a que la publicidad constituya un instrumento útil en el proceso económico, respetando la ética publicitaria y los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de intereses profesionales.

La Sociedad Anónima de Autocontrol, creada en 1977, inspirándose en las experiencias de otros países europeos, supuso el reconocimiento de que la vía intervencionista y el control externo no habían dado frutos (Segade, 1980). Sin embargo, esta sociedad presentaba inconvenientes, toda vez que carecía de relevancia social, siendo su labor ignorada por los mismos consumidores. Adicional a ello, las sanciones impuestas por los jurados no eran conocidas públicamente, sino únicamente a quienes se les notificaba, lo que debilitaba aún más la labor de dicha sociedad.

Con la entrada en vigencia de la Ley General de Publicidad, quedó obsoleta la Sociedad Anónima de Autocontrol, pero con los miembros de la misma se creó en el año 1995, la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (APP), como un auténtico organismo de control centralizado, que representaba el 70% del sector publicitario en España, el cual pretende resolver las controversias en materia de comunicación comercial, asesorar los poderes públicos y a los anunciantes en temas publicitarios, velando siempre por la legalidad de la comunicación comercial (Ruiz, 2014). De esta forma quedaría estructurada una instancia efectiva de resolución alternativa de conflictos, en cuanto a los términos de resolución y el respeto por las reglas de juego autoimpuestas.

En España, la ley ha creado unas pocas entidades de derecho público "independientes de la administración central del Estado", entre las competencias de estas administraciones independientes se incluyen funciones como emitir informes con carácter vinculante para la denegación de concesiones, así como la de realizar investigaciones e inspecciones. Así las cosas, para la regulación de la publicidad, España cuenta actualmente con la Ley General de Publicidad, dirigida a proteger los derechos de los ciudadanos reconocidos en la

Constitución. Así mismo, con la Ley de Competencia Desleal, la normativa de protección de los consumidores y usuarios, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (publicidad en Internet) y la Ley de Propiedad Intelectual. Por su parte para la autorregulación, con el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, el cual prevé la presentación voluntaria previa de los anuncios publicitarios, como mecanismo de autocontrol de los anunciantes.

Es relevante indicar que, el legislador ha ido reconociendo expresamente la legitimidad de sus órganos extrajudiciales de resolución de controversias, hasta el punto de llegar a integrar los sistemas de autorregulación publicitaria, en la actual legislación – comunitaria y estatal- en materia de competencia desleal (Vilajoana, 2011). En lo que respecta a la experiencia latinoamericana, para el año 2007, países como Argentina, Chile, Brasil, El Salvador, México y Perú, se agruparon para crear la Red Latinoamericana de Consejos Nacionales de Autorregulación Publicitaria CONARED, para promover la responsabilidad social a través de la autorregulación. Vale la pena resaltar que, este sistema ha funcionado bien en países como Brasil y México, tanto que los empresarios, los consumidores y el mismo gobierno respetan y adoptan estas medidas (Ruiz, 2014).

A manera de síntesis y como una posible deducción de lo referido por diversos autores cuando hablan de diversas modalidades en donde se tratan los aspectos de la publicidad, se ha podido evidenciar, en los principales referentes internacionales, Estados Unidos y la Unión Europea, tomando como ejemplo España, en donde existe legislación suficiente en torno a la publicidad; lo anterior no obsta para que se haya impulsado el mecanismo de la autorregulación a través de organizaciones privadas de anunciantes. Con mucho asombro debido a que no requieren ser disciplinados desde legislaciones obligatorias, esta dinámica de la autorregulación ha generado por un lado un instrumento propio del sistema de mercado, en el cual los empresarios se hacen responsables por sus actividades y prefieren llegar al mercado con un mayor grado de seguridad, que no generarían anuncios publicitarios engañosos. Por su parte, la efectividad de los organismos de autorregulación en torno a los términos y resolución de conflictos, han hecho que los consumidores tengan confianza en ellos. Además, ha servido para disminuir las investigaciones administrativas y los litigios en

sede judicial, pues constituyen, como en el caso de España, un espacio, avalado por la ley, de resolución alternativa de conflictos.

3.3. Control previo como medida efectiva de los derechos del consumidor.

Tal como se ha venido desarrollando a nivel discursivo, las atribuciones legales a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de publicidad engañosa, ya se ha indicado que éstas implican un ejercicio de control posterior con miras a la sanción de una conducta violatoria de la norma de protección al consumidor, es decir, una vez se hayan vulnerado los derechos del consumidor afectado. Sin embargo, de forma excepcional, actúa de manera preventiva, solamente frente a empresarios, que han sido identificados como infractores en virtud de un proceso administrativo sancionatorio.

Lo anterior, atendiendo a lo establecido en la segunda parte del numeral 6° del artículo 59 del *estatuto del consumidor* el cual indica que SIC puede “ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores”. Por su parte, el mecanismo de autorregulación que se fundamenta en el Código de Autorregulación de la Publicidad, no ha sido ni conocido ni efectivo, ya que como se describió, no se encuentran vinculados todos los actores, ni se cumple en su totalidad, ni ha servido para evitar violaciones significativas de los derechos de los consumidores, que reciben la publicidad en medios masivos de comunicación.

Así las cosas, es necesario entonces indicar a manera de propuesta las posibilidades discursivas a partir de todo lo examinado para reforzar los siguientes aspectos: (i) en lo relacionado con la protección y garantía de las dinámicas del mercado, y al ser allí donde se concretan las relaciones y contratos de consumo, se debe vigilar desde la mayoría de estadios posibles que la información suministrada en la publicidad se presente de forma asimétrica; (ii) es prudente exigir como obligación del Estado el proteger y garantizar los derechos de los consumidores constitucionalmente establecidos; (iii) en un marco de conformidad al mercado, esto es, partiendo de la libertad contractual como esencia del mismo, pero con la

obligación del Estado de intervenir en las relaciones, concretamente en las de consumo y su concreción en el contrato de consumo.

Promover varios tipos de vigilancia a la publicidad, apoyaría los argumentos de Boddewyn (1988), quien habla del control externo o el heterocontrol y el control interno o el autocontrol; frente al control externo, hace referencia a que se trata de un modelo de vigilancia y se encuentra fundamentado en leyes. De esta manera se pretende que el contenido de las actuaciones publicitarias, no ataquen los derechos fundamentales (Ruiz, 2014); por su parte, respecto al autocontrol o control interno, hace referencia a una comunicación que cumpla con los estándares mínimos propuestos por el legislador.

De lo anterior surgen básicamente dos posibilidades: *primero*, un ejercicio de intervención en la economía de un nivel estricto, configurando en la legislación, la obligación de someter a control previo la publicidad presentada por medios masivos de comunicación; *segundo*, un ejercicio acorde al principio de conformidad de mercado, creando con ello un sistema de autorregulación vinculante y efectivo, que constituya en mecanismo ágil de resolución alternativa de conflictos en materia de publicidad engañosa. Frente a la situación inicial, en materia de protección al consumidor, no se predica una clara figura de control previo en torno a la publicidad; ante ese vacío legislativo, vale la pena explorar lo expuesto por la Corte Constitucional, frente al análisis efectuado respecto del control previo en medios de comunicación, a fin de poder tener unos argumentos más sólidos en el marco de la protección de los consumidores.

En torno a los medios de comunicación, la Corte Constitucional, ha distinguido unas modalidades de control previo:

Respecto al contenido de la información, se ha expresado que abarca -entre otros- (i) la conformación de juntas o consejos de revisión previa de la información; (ii) las reglas de autorización para la divulgación de información, como puede ser sobre temas específicos cuya aprobación se asigna a una autoridad que hace las veces de censor con facultades para modificar o recortar el contenido; (iii) la prohibición, bajo sanción, de divulgar determinados contenidos informativos; (iv) la creación de controles judiciales o administrativos posteriores

tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación; (v) la exclusión del mercado de determinados medios de comunicación en tanto represalia; o (vi) la atribución de facultades a organismos estatales para suspender la transmisión de contenidos a través de los medios masivos de comunicación”. (Corte Constitucional, sentencia C-650 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional, ha precisado que toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser estrictamente neutral frente al contenido de la comunicación, por cuanto en una sociedad democrática, abierta y pluralista, no pueden existir instancias encargadas de determinar cuáles contenidos son “correctos” o “legítimos” (Sentencia T-391 de 2007 y T-296 de 2013), lo que significaría censurar ciertos contenidos. En lo que respecta a la censura, la Corte, consideró que la misma se configura cuando:

se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos. (Corte Constitucional, Sentencia T-505 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo)

Sin embargo, en el contexto de las relaciones de consumo, no podría entenderse este tipo de control como censura. Principalmente porque, por un lado, se trata de garantizar los derechos de los consumidores a ser protegidos de la publicidad engañosa, por otro, porque lo anterior implica que la información y su respectiva publicidad, cumpla con los estándares legales en términos objetivos y no subjetivos; de ahí que, la figura del control previo en materia de protección al consumidor, más específicamente, al contenido de la información incurra en los mensajes publicitarios transmitidos a través de medios masivos de comunicación, es la aplicación del ejercicio de garantizar la observancia de las disposiciones de protección al consumidor *ex ante*, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Aunque no se trata de ejercer control previo en relación con todos los anuncios publicitarios, sí lo será sobre aquellos que han generado y generan un impacto significativo

en el mercado, en los consumidores, pero también en los competidores. En síntesis, en el sistema en sí mismo. Estos son claramente, aquellos que son presentados a través de medios masivos de comunicación; el control previo entonces, constituiría un medio eficaz para la protección de los consumidores a la publicidad engañosa, por cuanto la SIC, verificaría que se cumplan con la normatividad legal antes que sean puestos en el mercado y puedan generar impacto en los consumidores.

Si el autocontrol se ha caracterizado por ser un elemento *ético* fundamental a la hora de ejercer la publicidad, puesto que quienes participan en la aplicación de este sistema, cuentan con la voluntad de adherirse a las normas posteriores que lo regulan, ésta forma de actuar sin las advertencias de una norma, es lo que podría denominarse como una autodisciplina. Y es justamente sobre esto último que Abello, (2003), indica que existen dos modelos: el individual y el colectivo, que reflejan compromisos morales y éticos tanto del propio individuo como de la colectividad. En cuanto a la autodisciplina colectiva, existe una subclasificación a saber, la sectorial o centralizada; frente a la primera se indica lo siguiente:

la autorregulación sectorial presenta importantes inconvenientes: es cara, porque multiplica esfuerzos semejantes en distintos sectores; crea un clima de inseguridad entre los profesionales, que no saben a qué atenerse; ocasiona desconcierto entre los consumidores, que no saben a quién dirigirse; y, finalmente, fragmenta la eficacia de la autodisciplina, porque da lugar a conflictos de intereses y a enfrentamientos que dañan a los interesados y a la profesión en general. (Segade, 1980, p. 166).

En cambio, el autocontrol colectivo centralizado, tiene mayor trascendencia social, puesto que agrupa empresas de diferentes sectores del mercado, así como a distintos profesionales, lo que la convierte en un elemento mucho más ideal y eficaz, toda vez que permite obtener mayores recursos económicos. Es en los sistemas de autocontrol centralizado, donde existen dos componentes: el primero corresponde a un código deontológico, en donde se recopilan normas éticas de conducta, pero no sustituye la responsabilidad personal o corporativa de las entidades; y el segundo, hace referencia a una entidad específica independiente, que normalmente recibe el nombre de jurado, quien se encarga de vigilar y hacer el seguimiento del cumplimiento de las normas y de resolver reclamaciones que se presenten. Estos jurados

pueden actuar de dos formas, ya sea de oficio o a instancia de parte, imponiendo sanciones que pueden ser obligatorias o de recomendación (Ruiz, 2014).

Por otra parte, las modalidades del sistema de autocontrol colectivo son tres. (i) La coadopción, que corresponde a la participación voluntaria de gente de fuera de manera voluntaria, a fin de desarrollar, aplicar y reforzar normas, como sucede con jurado de Autocontrol en España, en donde es obligatoria la inclusión de representantes de los consumidores; (ii) la negociación, identificada como los acuerdos que efectúa la industria de manera voluntaria, para la aplicación o refuerzo de normas con algún organismo externo (una asociación de consumidores), como es el caso de las guías aplicadas durante mucho tiempo por el Consumer Ombudsman en Suecia; y (iii) la correulación o el mandato, en donde la industria esta designada para desarrollar, aplicar o reforzar alguna norma, por ejemplo la estrategia PAOS de la OMS, a fin de simplificar el control legal de la publicidad de alimentos o bebidas dirigidas a menores de 12 años (Ruiz, 2014).

En cuanto a la descripción realizada de cómo opera el sistema jurídico colombiano en relación a la protección al consumidor derivado de la publicidad, y puesta en contraste con lo referido por diversos autores a partir de la manera en que diseñaron sus esquemas, se pueden observar las falencias significativas, que no permiten que sea un mecanismo de control eficiente. De una manera sintética, los yerros más comunes serían: (i) la indeterminación de las generalidades del contenido del Código, (ii) la no vinculación de un grupo significativo, sino de todas las agremiaciones de anunciantes y publicistas, (iii) la no inclusión de los representantes de los consumidores y por ende el desconocimiento de los mismo, y (iv) el no establecimiento de recursos de los consumidores que den solución a las problemáticas derivadas de la publicidad engañosa como mecanismos alternativos de solución de conflictos, hacen totalmente inocuo el sistema.

Como una posible alternativa para mejorar los esquemas actuales de la protección al consumidor en la órbita del derecho del consumidor se puede pensar en mejorar la eficiente buscando su solidez acorde al sistema de *economía social de mercado*, creando una institución de orden privado, pero con alcance significativo, que logre establecer directrices

que atiendan a las cuatro posibles falencias del sistema actual, y así, pueda responder a las dinámicas descritas en otros países; a lo anterior se le puede reconocer como un sistema de autorregulación colectiva de coadopción. Aunque tampoco se puede descartar la posibilidad de instaurar un sistema de autorregulación colectiva de correulación, que pretenda vincular la regulación legal con la aplicación por parte de los privados de la misma.

Como última opción, se puede pensar en una modificación vía legislativa sobre el control previo tomando como ejemplo lo que algunos autores indicaron sobre el sistema de protección al consumidor respecto a la revisión ex ante de la publicidad español el cual implica, una intervención del Estado *real y efectiva* en términos de control previo de la publicidad tomando como apoyo la autorregulación privada. En todo caso, lo importante es garantizar los derechos de los consumidores, quienes deben tener el mayor grado de confiabilidad en la publicidad que se presenta en los medios masivos de comunicación, porque de ella dependen en gran parte sus decisiones de consumo, que se concretan en los contratos de consumo, de los cuales depende significativamente el mismo sistema económico.

Conclusiones.

En virtud del modelo de Estado Social de Derecho, adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991, y el acoplamiento a un modelo de *economía social de mercado*, según el cual los agentes económicos planifican y toman decisiones de forma descentralizada, en este sistema, la regla general es que las decisiones se tomen en un marco de libertad, concretamente las libertades económicas y esencialmente la libertad contractual, de lo que se desprende que los contratos de consumo, se deben dar en ese marco del Estado liberal. Sin embargo, la obligación de equilibrar o intervenir, debe hacerse según el principio de conformidad del mercado; es por eso que se evidencia claramente en la Constitución Política de 1991, que reconoce la libertad económica en el artículo 333, y a su vez, establece la obligación de intervención del Estado en la economía en el artículo 334.

Es en las relaciones económicas, donde cobra una relevancia superior las relaciones de consumo, las cuales se concretan en los contratos de consumo; tal como se manifestó, estos contratos deben suscribirse en el marco de las libertades económicas, pero reconociendo siempre la necesaria asimetría que por naturaleza existe entre las partes, en especial en lo que a la información se refiere, debido a la ventaja en torno a la cantidad y calidad de información que poseen los empresarios, sobre los bienes y servicios que colocan en el mercado a disposición de los usuarios.

Donde más evidente puede verse la asimetría dentro de los contratos de consumo, es en lo que respecta a la información usando como instrumento a la publicidad que se presenta a través de medios masivos de comunicación; pero de esto dentro de distintos niveles teóricos ya había sintetizado con los aportes de los sociólogos alemán, francés y americano, cuando indicaron que los medios de comunicación tienden a manipular algunos contenidos haciendo entrar al televidente o público en aceptar una aparente imaginación de cosas que muchas veces no son. Una cosa sí es cierta en todo caso: la confianza del consumidor en la información que le es publicitada por medios masivos es alta.

En todo caso, con la expedición de la norma especial para la protección de los derechos de los consumidores, a través de la Ley 1480 de 2011, en la cual se les reconoce el derecho a ser protegidos de la publicidad engañosa, en ese mismo cuerpo normativo, se le ha otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio, la facultad de policía, para que cumpla las funciones de inspección, vigilancia y control sobre aquellos que ejercen actividades económicas, para que cumplan con lo estipulado en la mencionada norma. Sin embargo, en virtud de lo establecido en el *Estatuto del Consumidor* la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce el control a la publicidad en Colombia, concretamente en términos de publicidad engañosa, de manera posterior, esto es, una vez se han presentado las trasgresiones a los derechos, incumpliendo claramente el mandato constitucional de protección y garantía de los derechos de los ciudadanos; en este sentido, para garantizar los derechos de los consumidores, se le ha otorgado a la SIC un amplio espectro de intervención, que van desde medidas leves o intermedias, inspección y vigilancia, hasta medidas estrictas de control.

Adicionalmente, en Colombia no existe una norma especial que regule el ejercicio de la publicidad. Sin embargo, se ha creado un sistema de autorregulación con la expedición del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, con el cual se pretende generar una autodisciplina en aquellos que participan de las actividades relacionadas con la publicidad en Colombia; sin embargo, este sistema de autorregulación presenta cuatro falencias principales que no le han permitido generar el impacto esperado ni en los agentes que adelantan actividades publicitarias ni mucho menos en los consumidores.

Dentro de los posibles yerros que obstaculizan su noble propósito se encuentra: (i) la indeterminación de las generalidades del contenido del Código, (ii) la no vinculación de un grupo significativo, sino de todas las agremiaciones de anunciantes y publicistas, (iii) la no inclusión de los representantes de los consumidores y por ende el desconocimiento de los mismo, y (iv) el no establecimiento de recursos de los consumidores que den solución a las problemáticas derivadas de la publicidad engañosa como mecanismos alternativos de solución de conflictos, hacen totalmente inocuo el sistema. Así las cosas, la realidad nos demuestra que ni el ejercicio de control posterior por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, ni el papel de los particulares en el ejercicio de autorregulación, han sido lo suficientemente eficaces para garantizar los derechos de los consumidores en términos de publicidad engañosa.

En ese orden de ideas para resolver el interrogante planteado al inicio del escrito y que motivó la presente investigación, esto es, cuando se indaga si, *el control previo a la publicidad por medios masivos de comunicación, es necesario para minimizar las asimetrías en la información al momento de configurarse el contrato de consumo, garantizando de manera efectiva los derechos de los consumidores*, a manera de respuesta para solucionar dicha aporía se puede sostener con base en el discurso hasta aquí construido que, se hace necesario repensar el esquema de control de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que se descarte la inclusión de sistemas de autorregulación eficientes, dentro de los que se encuentran las herramientas tales como *la coadopción y la correulación*.

Referencias bibliográficas.

- Abello, M. (2003). *La publicidad en el derecho colombiano*. URL: [http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS65.pdf] [Fecha de consulta: 4 de julio de 2019].
- Arango, G. (2011). *La publicidad sobre órganos y componentes humanos en Latinoamérica*. *Opinión Jurídica*, 10(19).
- Bell, D. (2006). *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. (Trad. Raúl García y Eugenio Gallego). Madrid: Alianza Universidad.
- Boddewyn, J. (1988). *Advertising self-regulation and outside participation: a multinational comparison*. Westport, CT: Quorum Books.
- Boddewyn, J. (1992). *Global Perspectives on Advertising Self-Regulation*. Westport, CT: Quorum Books.
- Camargo, L. (2003). *Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica*. *Rev. E-Mercatoria*, 2, 1.
- Cartagena P. (1988). *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, en: *Estudios de Consumo*. número 45.
- Contreras, R. & Arteta, R. (2016). *Caracterización de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la protección de los derechos del consumidor*. *Advocatus*, (27), 117-131.
- Corredor J. & Sefair, A. (2016). *Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia*. *Entramado*, 12(1), 174-200.
- Chistianos, V. (1987). *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*. Bruselas.
- De la Cuesta, J. (2002): *Curso de Derecho de la Publicidad*. España: eunsa.
- Duque, J. (1977). *Iniciativa privada y empresa en Constitución y Economía obra colectiva*. Madrid.
- Echevarría, S. (1978). *La economía social de mercado. Papel de localización de la actividad empresarial*.

- Eucken, W. (1956). *Fundamentos de política económica*. Ediciones Rialp. Madrid.
- García, G. (1999). *La noción de consumidor. Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid.
- García, C. & Cortina, S. (2008). *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*. *Estudios de Derecho*, págs.65(145), 259-287.
- García-Herreros, O. (2001). *Derecho Administrativo*. Bogotá D. C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Gómez Segade, J. (1980). *Sistemas de autorregulación publicitaria*, en: Jornadas de Derecho de la Publicidad. Madrid: Instituto Nacional de la Publicidad.
- González, P. (2018). *El rol de la Superintendencia de industria y Comercio en la protección de los consumidores como autoridad jurisdiccional: un análisis a su eficiencia y efectividad material*. (tesis de grado no publicada). Univerdel Norte. Barranquilla.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. (Trad. Genaro R. Carrió). Argentina: Abeledo-Perrot.
- Haurio, U. (1980). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. 2ª Ed. Barcelona.
- Ibáñez, J. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Legis, 2007.
- Kalmanovitz, S. (2001) *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Cali: Editorial Norma.
- Kelsen, H. (1927). *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*. (Trad. Luis Recasens Siches) Barcelona.
- La Barbera, P (1980b). *Advertising self-regulation: an evaluation*, en: MSU Business Topics Summer, vol. 28, no 3, pp. 55-63.
- Leduc, R. (1986). *Principios y práctica de la publicidad*. Bilbao: Deusto.
- Luhmann, N. (2007). *La realidad de los medios de masas*. (Trad. Javier Torres Nafarrate). España: Anthropos editorial, en coedición con la Universidad Iberoamericana México D.F.

- Malpartida, V. (2003). *El derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado*.
- Marshall, A. (1970): *Industry and Trade*. Nueva York: Ed. Augustus M. Kelley Publishers.
- Melo, J. (2018). *Autorregulación Publicitaria: cerca de un sistema sólido*. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/economia/autorregulacion-publicitaria-cerca-de-un-sistema-solido-521501>.
- Miracle, G.E. Y Nevett, T. (1987). *Voluntary Regulation of Advertising: A Comparative Analysis of the UK and US*. Lexington, MA: D.C. Heath.
- Moreno, C. (2018). *La acción del consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Müller, A. (1946). *Dirección económica y economía de mercado*.
- Olarte, A. & Urbina, L. (1999). *Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funciones*. (Tesis de pregrado no publicada) Universidad Pontificia Bolivariana.
- Patiño, B. (2007). *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Pellicer, M. (2011): *La autorregulación publicitaria. Posturas y orígenes*, Argentina: Universidad Nacional de la Plata, [en línea] <<http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/viewFile/1179/1104>> [última consulta: 06/07/2019].
- Peñalosa, A. (2015). *Vuelve y juega: Facultades jurisdiccionales para la Superintendencia de Industria y Comercio en asuntos de antimonopolios*.
- Piris, C. (2000). *Evolución de los derechos del consumidor. Comunicaciones científicas y Tecnológicas*.
- Piris, C. (2004). *Los conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor en el MERCOSUR*, en: *internacional law*. Revista colombiana de derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana, pág. 313-359, ISSN 1692-8156, <http://redalyc.uaemex.mx>

- Quinche, M. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Ramos, F. (2001). *Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria*. ZER: en: revista de Estudios de Comunicación= Komunikazio Ikasketen Aldizkaria, 6(11).
- Resico, M. (2008). *La economía social de mercado: orígenes, relación con la DSI y sus implicancias actuales* [en línea]. Presentado en Seminario La Economía Social de Mercado, Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Económicas, Instituto de Cultura y Extensión Universitaria, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://wadmin.uca.edu.ar/public/20180522/1527006142_Resico_La_Economia_Social_de_Mercado.pdf
- Rodríguez, L. (2007). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Décimo quinta edición. Bogotá. Editorial Temis.
- Robledo, P. (2013). *Funciones jurisdiccionales por las autoridades administrativas*, en: memorias XXXVI Congreso de Derecho Procesal (pp. 49-67). Medellín. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre.
- Ruiz, M & Hernández, A. (2014). *El control de la comunicación comercial en un mundo globalizado. Regulación, autorregulación e hiperregulación de la publicidad*, en: Portal de la comunicació InCom-UAB: El Portal dels de Comunicació, 2001 -2011.
- Sánchez, C. (2007). *Programa de formación para el área constitucional*. Constitución Económica. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Sánchez de León, E. (1997). *El Jurado de Ética Publicitaria, un ejemplo de autorregulación*, en “La comunicación Publicitaria”, Pontevedra, Diputación Provincial, págs. 131-162.
- Spagnovolo, V. (1959). *L'iniziativa económica privata del diritto pubblico*. Nápoles.
- Taveras, C. (2016). *La autorregulación publicitaria: un paso para la economía*. Puerto Rico: Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual, (3), 179-190.
- Touraine, Alain. (2016). *El fin de las sociedades*. (Trad. Odile Guilpain; rev de la trad. de Dario Zárate Figueroa). México: Fondo de Cultura Económica.

- Vilajoana, A. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC. ISBN: 978 8497884259.
- Villalba, J. (2009). *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*, en: Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, 119: 305-339.
- Villota, M. (2014). *Contrato de consumo, protección mínima del contrato de consumo y cláusulas abusivas*. Recuperado el 10 de julio de 2019 de http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/content/uploads/2015/12/EL_CONTRATO_DE_CONSUMO.pdf
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. (2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Bogotá: Dejusticia.
- Woolcott, O., Ëfing, A. & Obladen, C., Neira, J. (2017). *La protección del consumidor bancario: Examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado*". Colombia: Editorial Ibáñez.
- Younes, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*. Octava edición. Bogotá: Editorial Temis.

COLOMBIA

Constitución Política de Colombia. (1991).

Ley 73 de 1981. “*por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias*”.

Ley 489 de 1998. “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”.

Ley 1480 de 2011. “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”.

Ley 1564 de 2012. “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”.

Decreto 1653 de 1960. *“Por el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica y se fijan sus funciones”*.

Decreto 1441 de 1982. *“Por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores y se dictan otras disposiciones”*.

Decreto 2876 de 1984. *“Sobre control de precios”*.

Decreto 3523 de 2009. *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias”*.

Decreto 4886 de 2011. *“Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*.

Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 040 de 1993, M.P.: Ciro Angarita Baron.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994, M.P.:Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1641 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 505 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-649 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1071 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 150 de 2003 , M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 391 de 2007, M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 263 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-570 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 296 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 195 de 2019, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en sentencia del primero de octubre del año 2014, radicación: 250002324000200700081 01, número interno 18917.

OTROS

Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.*

European Advertising Standards Alliance- EASA. (2018). Annual Review.

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia ANDA. Recuperado el 23 de julio de 2019. En: <https://www.andacol.com>

Unión Colombiana de empresas publicitarias UCEP. Recuperado el 22 de julio de 2019. En: <https://www.ucepcol.com>