



Autor: Edwin Farfán Rodríguez
Título: Sin título
Técnica: Carbón natural sobre lienzo
Dimensiones: 3 x 2 m

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA*

* El presente artículo es producto del trabajo desarrollado en el semillero de investigación “La autonomía de la voluntad en los derechos del consumidor” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, coordinado por la profesora Verónica Echeverri. Responde a las tres primeras preguntas del primer capítulo de la monografía “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”.

Fecha de recepción: Abril 28 de 2008
Fecha de aprobación: Mayo 6 de 2008

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

*Carlos Andrés Gómez García***

*Silvia Helena Muñoz Cortina****

RESUMEN

Este artículo plantea algunos de los fundamentos para la construcción de efectivos medios de protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. Indagaremos por la naturaleza jurídica, normatividad, relevancia, ámbito de aplicación, estrategias, medios y recursos así como por el discurso ideológico que se debe tener en cuenta para este propósito.

Palabras clave: derecho del consumidor, productor, consumidor, publicidad engañosa, responsabilidad social, subliminalidad, autorregulación, ligas de consumidores.

FUNDAMENTALS FOR THE PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST MISLEADING ADVERTISING

ABSTRACT

This article raises some of the fundamentals for building effective means of protection of consumers against misleading advertising. We will examine the legal nature, laws, relevance, scope, strategies, means and resources as well as the ideological discourse that must be taken into account for this purpose.

Key words: consumer law, producer, consumer, misleading advertising, social responsibility, subliminal, self regulation, consumers leagues.

** Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

INTRODUCCIÓN

Actualmente, las personas estamos obligadas, y de una manera extraña también estamos acostumbradas, a vivir en un mundo rodeado de anuncios publicitarios, aunque en algunas ocasiones sean molestos; las más de las veces lo único que hacemos es acostumbrarnos a que la publicidad, como forma de comunicación comercial, esté presente en todos los espacios de la vida cotidiana.

La publicidad, es una verdadera industria compuesta por personas de toda índole, publicistas, comunicadores, mercadotecnistas, fotógrafos, maquilladores, entre otras personas que se encargan de comunicar las intenciones comerciales de los vendedores, los productores o prestadores de servicios a los consumidores, pero al mismo tiempo, es la industria encargada en gran medida, (y en algunos eventos la única) de la financiación de los medios de comunicación; creando así una cadena económica en donde, tanto los productores, como los medios de comunicación, se necesitan mutuamente, para lograr posicionarse y ganar terreno dentro del mercado; y estos dependen de la influencia que puedan tener sobre los consumidores finales de los productos o servicios.

No solamente los medios de comunicación tradicionales han visto en ésta el mejor medio de financiación, sino que gran cantidad de espacios de la vida urbana común han sido poblados por la publicidad, por ejemplo en las fachadas de los edificios, en los postes de energía, en los ascensores, en las estaciones de tren y hasta en la pintura de los buses. Los productores y publicistas han encontrado un medio de comunicación expedito para dar a conocer productos o servicios.

Esta situación ha terminado por poner una verdadera avalancha de mensajes publicitarios sobre los consumidores, situación que, además de haber modificado la estética de los espacios que habitamos, ha terminado por modificar la cultura del consumo.

Con un mercado en permanente competencia, los productores ven en la publicidad un atractivo medio de diferenciación frente a sus competidores; es por esto que la competencia entre ellos se traslada a la esfera de las comunicaciones a manera de

publicidad; siendo el consumidor el centro de toda esta producción, creando así en él, la intención de compra de su producto o servicio.

En esta misma economía es en donde se ha permitido que la publicidad sea el fenómeno cultural y comunicativo que se encargue de mantener, y porqué no decirlo, “crear” consumidores para un bien o un servicio.

La investigadora española Cristina Santamaría opina que “la publicidad ha sido la gran encargada de producir la parafernalia de la *imago* mitológica de los valores fundamentales de la cultura de occidente, los cuales, inexorablemente, tienden a aludir al mercado en tanto institución central del amplio y cambiante mundo de las mercancías materiales y de las intangibles axiologías de dominación, es decir de la producción de mercados ideológicos”¹.

Con esto podemos entender que la publicidad es uno de los elementos determinantes en la construcción de la personalidad del individuo y de la cultura en el mundo capitalista.

Podemos darnos cuenta que, entre consumidores por un lado, productores, publicistas y medios de comunicación del otro, existe una relación compleja de intereses² en donde los productores y demás intentan seducir a los consumidores para que a toda costa consuman los productos o servicios que se ofrecen.

Es por esto que en este artículo, indagaremos por los fundamentos que posee la protección del consumidor frente a la publicidad, así como por los límites que debe tener el ejercicio publicitario frente a los consumidores.

Para lograr exitosamente la fusión de las variables derechos del consumidor y derecho de la publicidad, y al mismo tiempo dar cuenta del conflicto interno (consumidores vs. publicistas, productores y medios) dándole coherencia a este trabajo con aquellos que, de manera general, han intentado desarrollar el tema de los derechos del consumidor, es necesario que previamente hagamos referencia a los cinco interrogantes fundamentales³ en torno a los cuales gira el discurso jurídico especializado⁴.

¹ SANTAMARÍA, Cristina, La publicidad como voluntad de representación. Revista Política y Sociedad, Editorial Cimop, Madrid, Vol. 39, No. 1, enero- abril 2002, p. 84.

² Dicha relación es compleja debido a que puede presentarse en diversos matices; pues va desde la simbiosis, como la relación que hay entre algunos grupos de adolescentes con determinadas marcas de ropa, a relaciones de grandes pujas como la que se presenta entre las ligas de consumidores y las compañías tabacaleras.

³ Estos interrogantes han sido tomados de: RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. ¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?, Díkē, Medellín, 1997. Sobre la base de este autor construiremos el apartado acerca de los fundamentos del derecho del consumidor y su relación con el derecho publicitario.

⁴ Aunque somos conscientes de que no existen respuestas definitivas a los grandes interrogantes del derecho del consumidor, sino si acaso aproximaciones parciales, pretendemos con este escrito evidenciar la fusión entre el derecho del consumidor y el derecho de la publicidad en las relaciones jurídicas y de consumo que se presentan día a día

Proponemos observar el mundo publicitario desde la perspectiva de la protección jurídica del consumidor buscando construir una serie de elementos coherentes para que los perjuicios que les sean ocasionados a los consumidores puedan ser indemnizados.

El objetivo es contribuir en la construcción de efectivos medios de defensa para el consumidor frente a la ilicitud publicitaria⁵, buscando hacerle frente a la gran desigualdad que se presenta entre las empresas y los consumidores, cuando estos últimos pretenden hacer valer sus derechos frente a las compañías que anuncian de manera ilícita sus productos.

Nuestro propósito es elaborar unos fundamentos teóricos que nos permitan entender la relación entre el derecho del consumidor y el derecho publicitario, para esto proponemos darle respuesta, al menos de manera parcial, a los cinco interrogantes del derecho del consumidor, estos son:

El primer interrogante es: ¿qué es el derecho del consumidor?, pero junto con este debemos preguntarnos ¿qué es el derecho publicitario? y ¿cómo se relacionan? Aquí mostraremos el punto de conexión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, y además la gran complejidad que existe a la hora de pensar en la naturaleza jurídica del “derecho del consumidor”.

En segundo lugar nos ocuparemos de la pregunta ¿quién es el consumidor?, y revelaremos algunos de los problemas que ocurren tanto en la dogmática como en la práctica judicial a la hora de precisar quién es consumidor.

En tercer lugar nos preguntaremos ¿de qué se le debe proteger frente a la publicidad?, y abordaremos temas como: la violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos⁶.

⁵ La legislación y la doctrina española han entendido por ilicitud publicitaria aquella que: a) es atentatoria de los derechos constitucionales, b) es engañosa c) es subliminal d) viola reglamentos administrativos. Para más información al respecto consultar en Ley Española de Publicidad (34/1988) y en MENDEZ TOMÁS, Rosa M y VILALTA NICUESA, Aura Esther. *La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras*. Editorial Tesys, Barcelona, 1999.

Sin embargo la doctrina colombiana ha optado por darle un tratamiento unificado a dichos temas y estos cuatro eventos se tratan bajo el tema de publicidad engañosa. Para ampliar sobre este asunto ver en: VELÁSQUEZ R, Carlos Alberto. *Instituciones de Derecho Comercial*. Tercera edición, Fundación Cámara de Comercio de Medellín para la investigación y la cultura, Medellín, 1998. Y en: JAECKEL KOVACS, Jorge. *La regulación de la publicidad y del engaño*. Abril, 2004, <http://www.sic.gov.co/Alcaldes/Jorge%20Jaekel.pdf>. (Consulta: Diciembre 4 de 2006).

Para efectos de este trabajo usaremos indistintamente los términos publicidad engañosa y publicidad ilícita; siempre bajo la salvedad de que nos estamos refiriendo a los cuatro subtemas ya mencionados.

⁶ Los dos últimos interrogantes así como la responsabilidad civil derivada del abuso publicitario, serán abordadas en la segunda parte de este artículo.

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DEL CONSUMIDOR?, ¿QUÉ ES EL DERECHO PUBLICITARIO? Y ¿CÓMO SE RELACIONAN?

Cuando el autor costarricense Juan Marcos Rivero intenta descubrir la naturaleza jurídica del derecho del consumidor al formularse la pregunta ¿qué es el derecho del consumidor? descubre que la doctrina ha dado al menos cuatro respuestas diferentes a dicho interrogante, estas son: 1) es una rama del Derecho; 2) un sector del conocimiento jurídico y metajurídico que influye en el resto del ordenamiento; 3) un conjunto de normas supracategoriales y suprasistémicas que cortan de manera transversal todo el ordenamiento; 4) un discurso jurídico especializado.

Si analizamos con detenimiento la protección que nuestro ordenamiento jurídico le da a los consumidores, nos damos cuenta que está conformada por normas de muy diversa índole, tales como: el artículo 78 de la Constitución que consagra la protección de los consumidores como un derecho colectivo, pasando por la ley 30 de 1986 o Estatuto de Estupefacientes, la ley 73 de 1981 por la cual el Estado interviene la economía para la protección del consumidor, el decreto 1441 de 1982 que reglamenta las ligas de consumidores; el decreto 3466 de 1982 o Estatuto del Consumidor que contiene normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, la propaganda y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de los productores, expendedores y proveedores, decreto 2876 de 1984 sobre el control de precios al consumidor y el título X del libro II de nuestro Código Penal que consagra como delitos varias conductas punibles contra los consumidores, como es el caso del acaparamiento, la especulación y la usura, entre otros, así como un número significativo de resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y una abundante cantidad de jurisprudencia de los diferentes juzgados y tribunales.

Este recuento nos permite afirmar que las normas que integran el derecho del consumidor cortan de manera trasversal todo el ordenamiento jurídico pues, como vemos, se cuenta con normas administrativas, civiles, mercantiles, penales e inclusive procedimentales, mostrándonos cómo éste no puede ser limitado o encasillado en una categoría específica.

Pero en realidad, el mentado autor sostiene que la naturaleza del derecho del consumidor va más allá de la simple ubicación dentro de las categorías jurídicas, es por esto que afirma:

(...) el problema es más profundo de lo que a simple vista pareciera. Lo que sucede es que el enfoque del derecho del consumidor no es absolutamente sistémico, sino tópico. El modo de proceder ante un problema presentado por las modernas relaciones de consumo, no es el de ubicar el problema dentro

de un sistema normativo determinado. Por el contrario, es en función del problema que la solución se construye⁷.

Para el autor, cuando el jurista aborda los conflictos que se generan con los consumidores habrá de construir la solución utilizando todas las normas y todas las fuentes del derecho que le sean posibles sin importar estas de dónde provengan.

Por lo anterior señala que, el derecho del consumidor tiene una naturaleza supracategorial, pues se extiende más allá de las particularidades de una rama específica del derecho y se alimenta de elementos y conceptos provenientes de todos los sectores del conocimiento jurídico; pero al mismo tiempo va creando un sector propio.

La anterior idea no debe entenderse como discordante con la definición acerca de la cual el derecho del consumidor es un sector del conocimiento jurídico, ya que este adquiere y encausa información de tal forma que logra diferenciarse conceptualmente, creando un nuevo sector del conocimiento jurídico.

Ahora bien, no podría considerarse al derecho del consumidor como una rama del derecho propiamente, pues ésta no se desprende de un tronco común como ocurrió con el derecho laboral o con el mercantil; sino que éste hace parte de un muy variado juego de comunicaciones jurídicas entre los distintos sectores del conocimiento legal, que han coincidido en la tematización de la protección del consumidor como un discurso jurídico especializado.

En el presente trabajo entenderemos el derecho del consumidor como un discurso jurídico especializado que se va consolidando en torno a la protección del consumidor y que proviene de las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el derecho publicitario no es propiamente un derecho protector, pues al ser la profesión publicitaria una de aquellas que gozan socialmente de grandes permisos creativos para su ejercicio, éste solo se encarga de marcar uno de los límites dentro de los cuales se debe mover dicha profesión.

Algunos de estos límites son: la protección a las marcas, el derecho a la libre competencia, los derechos fundamentales y constitucionales, la propiedad intelectual y los derechos del consumidor entre otras⁸.

De esta forma vemos cómo entre el derecho del consumidor y el derecho publicitario se encuentra un punto de conexión, la persona del consumidor, quien es de un lado, el objeto de protección y del otro, un límite al obrar.

⁷ RIVERO, Op. Cit., p. 34.

⁸ Tomados de BOTERO R, Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores, Instituto de artes, Medellín, 2004.

2. ¿QUIÉN ES, ENTONCES, EL CONSUMIDOR?

El artículo primero, literal C del decreto 3466 de 1982 o Estatuto del Consumidor, define al consumidor como: “Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”.

Aunque esta definición soluciona algunos de los cuestionamientos que tradicionalmente se le hacen a la definición de Consumidor, como son: en primer lugar, si la persona jurídica puede ser considerada como tal, ya que en algunas legislaciones esta no puede ser considerada Consumidor pues esto significaría un desplazamiento de la normatividad comercial originado por el Estatuto del Consumidor.

En segundo lugar, tradicionalmente la doctrina ha cuestionado si la aplicación del Estatuto del Consumidor puede ser extensiva a los prestadores de servicios, pero literalmente el citado artículo dice: consumidor: “es el que contrata la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado”.

Y un tercer cuestionamiento que se debería entender superado en la legislación colombiana tiene que ver con la afirmación en la cual es posible entender por consumidor a todas las personas o solamente a aquella que sea el último eslabón de la cadena productiva; es decir, aquella persona en la cual termina la circulación económica del bien y que precisamente lo adquiere para consumirlo, esta noción es propia de ordenamientos como el argentino, el brasileño y el español, en donde se exige que el consumidor sea el real beneficiario del bien o el servicio.

Señala la ley Argentina de defensa del consumidor que se entenderá por estos: “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (...)”⁹.

El Estatuto Colombiano no contempla esta posibilidad dentro de la definición de consumidor; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 3 de mayo del 2005 siendo el magistrado ponente el doctor Cesar Julio Valencia Copete, ha optado por introducir este concepto a nuestro ordenamiento.

En esta sentencia conceptuó la Corte que “Aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, por la simple

⁹ Sentencia de La Corte Suprema de Justicia. Exp. 04421 del 3 de mayo del 2005. Magistrado ponente César Julio Valencia Copete.

imprecisión terminológica, a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría -consumidores- y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio”¹⁰.

Para la Corte, entonces, la definición de consumidor que incorpora el Estatuto Colombiano adolece de errores terminológicos y por ende, utilizando criterios de derecho comparado en el caso bajo análisis, terminó aplicando una norma internacional para resolver el conflicto.

A nuestro parecer la definición utilizada por la Corte, en muy poco contribuye al mejoramiento y desarrollo de los derechos del consumidor en nuestro país, y en cambio, entorpece su aplicación, pues si esta posición lograra convertirse en un precedente, sería abrirle la puerta a una serie de limitaciones y restricciones que reducirían mucho la posibilidad de defender los derechos del consumidor en nuestro país, ya que será menester demostrar que se es consumidor; y que se está en el último eslabón de la cadena productiva, labor que no siempre es sencilla, como en el caso del ama de casa que compra telas para luego revenderle los vestidos a sus vecinas; en este evento sería conflictivo determinar si dicha persona es consumidora o no de la tela, pues no está claro si es o no el último eslabón de la cadena y por ende la tutela de sus derechos sería algo incierta.

Sin embargo, a la definición contenida en nuestro estatuto cabe realizarle algunos cuestionamientos:

Para comenzar, preguntaremos junto con Juan Marcos Rivero si “¿pueden ser considerados consumidores los terceros que de manera mediata entran en contacto con el bien o servicio?”¹¹. Por ejemplo, A, médico, compra un medicamento con un defecto en la fabricación, que luego es aplicado en el cuerpo de B y este resulta lesionado por efecto de este medicamento, ¿podría entonces ser considerado B, consumidor del medicamento y alegar las garantías propias del Estatuto del Consumidor?

La respuesta que daría nuestro estatuto a esta duda sería negativa pues la definición de consumidor que esta incorporada se encuentra restringida a quien **contrate para sí un bien o un servicio**.

¹⁰ Idem.

¹¹ RIVERO, Op. Cit., p. 34.

La definición es cuestionable, ya que no deja claro si una persona que adquiera el bien por haberlo ganado en una rifa, sorteo o a título gratuito, puede ser considerado consumidor.

Frente a la definición de consumidor, cuando intentamos acercarnos al problema de la publicidad, es decir, preguntarnos ¿quién es el consumidor afectado por la publicidad?¹² nos encontramos con tres problemas profundos. El primero tiene que ver con considerar consumidor solamente a quien ha contratado siendo engañado por la publicidad; o acaso ¿puede ser considerado consumidor quien detecta el engaño pero no contrata?

El segundo problema, se refiere a considerar al consumidor como mercado objetivo, es decir, solamente será consumidor engañado por un determinado producto aquel que se encuentre dentro del rango objetivo (delimitación del segmento de mercado) al cual el productor dirigió el anuncio, por ejemplo una propaganda de habanos, que sea dirigida a hombres mayores de edad 30 años y con un nivel elevado de ingresos; solamente serán considerados engañados por esta pauta aquellos que se encuentren dentro de este rango.

Más adelante, cuando hablemos de publicidad engañosa, haremos referencia al mercado objetivo; pero éste no habrá de entenderse como una definición de consumidor sino como una categoría que nos permitirá deslindar los elementos objetivos de los subjetivos frente a la noción de engaño.

Y por último hay que criticarle a la definición de consumidor su falta de generalidad frente al resto de legislación que limita la publicidad, por ejemplo la Ley General de Televisión (ley 182 de 1995) ha de definir quién es el televidente, el Estatuto de Radiodifusión (decreto 284 de 1992) hará lo propio para definir quién es el radioescucha, a la par el Estatuto de Autorregulación Publicitaria define consumidor como “el destinatario real o potencial al cual se dirige el anuncio”, esto evidencia el gran problema que existe a la hora de intentar definir la persona del consumidor.

Por la complejidad que existe con la definición de consumidor, es que Juan Marcos Rivero ha sostenido que “el concepto de consumidor se encuentra vaciado de

¹²

Aquí hay que hacer una aclaración, el Estatuto Colombiano de Protección del Consumidor (decreto 3466 de 1982) nunca hace referencia al término publicidad sino que este enmarca dichos asuntos bajo la denominación de propaganda entendiéndolo por esta: “Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”.

Autores como Luis Gabriel Botero han planteado que esta definición no es acertada; pues propaganda es el hecho de difundir ideologías políticas y religiosas, no el de promover la adquisición de bienes o servicios ya que esta última queda restringido al término publicidad.

contenido, pues cada ley define, en función de una situación objetiva de peligro, a quién debe considerarse consumidor y son estos destinatarios los que se denominan genéricamente “consumidores”¹³.

Este autor parte de la idea de que **todos** somos consumidores, así la tutela jurídica privilegiada que supone el derecho del consumidor se debe dar “frente a peligros específicos que no sean fácilmente solucionables con la normal diligencia exigible a toda persona”¹⁴.

La teoría de las situaciones objetivas de peligro o desigualdad, no se fundamenta en un análisis *ex ante* de la problemática, es decir no centra su atención en adelantarse a los problemas que puedan llegar a afectar a los consumidores y pretender legislar sobre ellos; esta teoría se fundamenta en un análisis *ex post* del problema, en donde el juez o el operador jurídico descubren y argumentan situaciones en donde un consumidor está en peligro o en una situación de desigualdad, permitiéndole entonces la tutela preferente a éste frente a su contraparte.

A esta teoría le es criticable que como hay muy diversas situaciones de peligro, habrá tantas definiciones de consumidor como situaciones de peligro se presenten. Por ello la búsqueda de un concepto unitario de consumidor carece de relevancia”¹⁵.

Este recuento de críticas y de teorías lo introducimos aquí para mostrar las dificultades que existen cuando intentamos definir quién es consumidor, es por esto que, cuando vamos a ponderar los diferentes abusos que la publicidad comete frente a estos tendremos que partir de un análisis muy cuidadoso de esta persona en cada caso concreto, pues como vimos, el concepto de “consumidor” no es estático sino que frente a cada caso se tendrá que construir un concepto nuevo que responda, no solamente a las falencias propias de la definición que veíamos arriba sino además a la normatividad o reglamento específico que sea aplicable a cada caso.

¹³ RIVERO, Op. Cit., p. 143.

¹⁴ RIVERO, Op. Cit., p. 133.

¹⁵ “(...) El derecho del consumidor queda condenado, de nuevo, a perder paulatinamente contenido. Pues en la medida en que se determina la existencia de una situación “objetiva” de desigualdad (o de un conjunto de ellas con características afines), en ese mismo momento se comienza a formar un discurso jurídico específico encargado de tematizar dicha situación, el cual, con el paso del tiempo tiende a especializarse funcionalmente en el tratamiento del problema correspondiente. Y en el momento en que esto sucede, cobra autonomía, desarrolla principios y zonas de relevancia específica en las que las restantes ramas del ordenamiento no tienen injerencia directa”. RIVERO, Op. Cit., p. 144.

3. ¿DE QUÉ SE LE DEBE PROTEGER FRENTE A LA PUBLICIDAD?

Bajo la denominación de “publicidad engañosa”, han sido tematizadas doctrinariamente un conjunto de situaciones, de muy diversa índole, encargadas de intentar agrupar todos los peligros de los cuales el consumidor es víctima frente a la publicidad.

Es así como pueden encontrarse al menos cuatro grupos diferentes de situaciones en las que se protege al consumidor frente a la publicidad, estas son: violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos.

3.1 Violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial

La publicidad no solamente es la posibilidad que tiene el comerciante de dar a conocer sus productos o servicios, incluso algunos opinan que es un derecho constitucional en cabeza del anunciante que se materializa en la libertad de expresión comercial.

Las formas de expresión comercial no pueden ser arrancadas de los demás eventos en los que se aplica la libertad de expresión; pues aunque la publicidad se diferencia de la libertad de prensa en que no es una información imparcial, ya que de lo que se trata es de hacer resaltar un producto o servicio sobre los demás, obviamente tendrá que ser siempre una posición parcializada, esto no quiere decir que la libertad que tiene un comerciante de dar a conocer las ideas sobre sus productos no tenga que ser protegida inclusive constitucionalmente¹⁶.

El artículo 20 de la Constitución Colombiana, no solamente obliga a los publicistas y comunicadores a informar con la verdad, sino que también ata la libertad de expresión comercial al principio de responsabilidad social, el cual ha sido interpretado como el respeto por los demás derechos y principios constitucionalmente consagrados, es decir, la publicidad no puede vulnerar principios tales como la paz,

¹⁶ Para ampliar el tema de la libertad de expresión comercial ver en: DELGADO PEREIRA, Carlos. La Libertad de Expresión Comercial. Tesis para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis14.pdf (última visita mayo 15 de 2007) en este documento, tomado del banco de tesis de grado de la Universidad Javeriana, se estudia profundamente la protección constitucional de la publicidad como derecho de expresión. Se asume la publicidad como el medio natural, en donde los productores ejercen el derecho a anunciar y cuyo fundamento lo centran en el derecho a emitir información plasmado en el artículo 20 de la Constitución, pero también se relaciona con el derecho a ofrecer bienes y servicios (art. 78), la libertad de empresa (art. 333) y, en últimas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), llamado también, derecho a la autodeterminación, en virtud del cual se expresa la libertad de optar para anunciar o no en determinado medio de comunicación.

la dignidad, el buen nombre, el respeto por la vida y los valores inherentes a ella, entre otros principios constitucionales.

Cuando la Corte Constitucional se ha planteado la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión comercial y los derechos constitucionales en las sentencias T- 381/94 y C-010/00 se ha mantenido bajo esta idea:

Corresponderá entonces al anunciante, en todo caso, suministrarle al medio de comunicación o al interesado las pruebas que permitan comprobar la veracidad de los hechos o situaciones expresadas en el anuncio, razón por la cual es indispensable en criterio de la Sala, que los medios de comunicación realicen una tarea de investigación, averiguación y verificación acerca del contenido de los avisos de publicidad, en orden a evitar que lo que se divulgue pueda afectar en forma grave derechos fundamentales, normas jurídicas, la costumbre o la moral.

Y más adelante en la misma providencia (T- 381/94) plantea que:

Es importante destacar, que no obstante entre nosotros predomina constitucionalmente el principio según el cual la prensa es libre, no quiere decir que se trata de un derecho de carácter absoluto, sino que por el contrario, está circunscrito a que en su ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco de la responsabilidad social. Cuando la información desconozca estos principios y afecte en concreto los derechos enunciados de la persona mediante una publicación, anuncio o aviso que no sea cierto, real, veraz, o sea inexacto o erróneo, el medio de comunicación estará en la obligación de rectificar el aviso correspondiente. En caso que este se niegue, será el juez quien estará facultado, previa petición del interesado, para ordenar la rectificación si encuentra que hay lugar a ella¹⁷.

Aquí la Corte Constitucional, en primer lugar reconoce la comunicación comercial como un derecho fundamental ligado a la libertad de prensa; en segundo lugar, pone como límite a la comunicación comercial los derechos fundamentales y constitucionales.

Esto concuerda con lo que el autor colombiano Luís Gabriel Botero sostiene, que en la publicidad, la responsabilidad social incorpora el respeto por los derechos fundamentales.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-381 de 1994, en este punto hay que aclarar que, para la Corte Constitucional en la mentada sentencia, el medio idóneo para preservar los derechos fundamentales de los consumidores frente a la publicidad es la autorregulación; pues esta permite controlar la constitucionalidad del mensaje antes que el mensaje sea emitido, ya que si se permite esto, el derecho constitucional será violado y lo único que se podría hacer sería pasar, bien, a la indemnización de perjuicios si diera lugar, o bien, a la rectificación del anunciante frente a lo dicho. Nos interesa citar este extracto para mostrar cómo para esta corporación se reconoce la violación que pueden hacer los publicistas de los derechos fundamentales. Sobre el tema de la Autorregulación Publicitaria abordaremos más adelante en este trabajo.

Es por esto que “cuando se presenta un choque entre la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, son estos el límite para el primero, es decir siempre que la libertad de expresión vulnere un derecho fundamental debe ceder ante este”¹⁸.

Como un ejemplo de esta ponderación, que se ha presentado en nuestro medio, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala Civil, referente a una acción popular en la cual la CORPORACIÓN NUEVO MUNDO demandó a la COMPAÑÍA INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A., considerando los demandantes que la sociedad, mediante la exposición de su publicidad exterior visual y avisos publicitarios en el establecimiento de comercio Incolmotos –Yamaha de la calle 35, No. 45 - 65 de Medellín, estaba violando, entre otros, el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, por contaminación visual del paisaje urbanístico¹⁹.

En este caso, vemos cómo se presenta el conflicto entre un derecho colectivo y el derecho de libertad de expresión comercial, y aunque en este proceso el Tribunal no tomó una decisión de fondo sobre el asunto, pues en la etapa de conciliación el demandado aceptó estar violando el decreto 1683 de 2003 de la Alcaldía de Medellín sobre publicidad exterior visual y accedió a retirar sus anuncios, el tribunal valoró que ya había cesado la violación al medio ambiente al ser retirada la valla sin hacer mayores valoraciones al respecto y que al cumplir con la norma municipal inmediatamente se está protegiendo el derecho constitucional.

Para este punto el tribunal conceptuó que:

(...) la violación del derecho colectivo provenía de la infracción de las normas locales sobre publicidad visual, al punto que cumpliéndolas se evitaría la lesión de aquel, conclusión que, asimismo, aflora al revisar la forma de redacción del hecho 18, en el cual se asegura que, como es lo cierto, el decreto 1683 de 2003 tiene por objeto evitar el deterioro del paisaje urbano y preservar un medio ambiente sano (...), según ya se anunció, que el daño al derecho proviene de la desatención de las normas municipales, y que, como natural efecto, el cumplimiento de éstas importa respeto al derecho, razón por la cual aceptó el pacto de cumplimiento como quedó planteado y se opuso a la motivación impugnativa de la procuradora²⁰.

¹⁸ BOTERO R, Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores e Instituto de artes. Medellín, 2004, p. 35.

¹⁹ Tribunal Superior de Medellín. Expediente radicado N° 0500-31-03-010-2006-00274-01. Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.

²⁰ Idem.

Y aunque la postura del tribunal es cuestionable, pues no necesariamente porque se esté cumpliendo con la norma municipal se está garantizando el derecho al ambiente sano, sí podemos apreciar que aquí el derecho a la libertad de expresión comercial tiene que ceder a la protección del derecho constitucional al medio ambiente sano.

Un ejemplo mucho más claro de los eventos más interesantes de esta cuestión es extraído de la jurisprudencia española, cuando el grupo de defensa de los derechos de la mujer FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS, demanda a la productora de juguetes FEBER S.A. por considerar que la publicidad emitida durante la navidad de 1989 tenía un marcado carácter sexista pues:

(...) por entender que los indicados anuncios, sobre juguetes, de los que se acompañaba vídeo, son de marcado carácter sexista, describiéndolos como compuestos de dos bloques, uno dirigido para las niñas, en el que se ofertan exclusivamente muñecas y utensilios para la casa y la cocina, y otro bloque, dirigido a los niños, con una oferta de juguetes más amplia, relativos el mundo exterior y de las profesiones, y considerando los indicados anuncios como claramente sexistas y discriminatorios dado que entiende la demandante consagran unas diferencias entre niños y niñas basadas exclusivamente en el sexo, cada vez más alejadas de la realidad y de efectos especialmente perniciosos, por la gran cobertura del medio empleado y las personas a las que iba dirigido el anuncio (...) que los anuncios en cuestión, refuerzan en sus destinatarios, los niños, los papeles y estereotipos encasilladores y limitativos para las personas, creando dos mundos separados, en atención al sexo, supuestamente complementarios y en la mayoría de los casos antagónicos; concepción sexista de la sociedad que deriva en una visión de las mujeres como inferiores y dependientes de los varones; argumentos que hace propios el proveyente por entender que dichos anuncios resultan discriminatorios y atentan a la dignidad de la mujer²¹.

El citado tribunal aceptó los argumentos de los demandantes y le dio a esta campaña publicitaria la categoría de publicidad ilícita por ser violatoria de las normas constitucionales que prohíben la discriminación sexual, por esto ordenó sacar la campaña del aire prohibiendo además que el demandado en el futuro realice campañas similares y obligándolo a divulgar el contenido de la sentencia.

Con estos ejemplos pretendemos mostrar cómo la publicidad puede llegar a ser violatoria de los derechos constitucionales; además vemos cómo luego de que esto se presenta, el derecho a la comunicación comercial tiene que ceder en pos de proteger los demás derechos constitucionales.

²¹ Tribunal Constitucional Español JDO. I.I. Ibiza 03.03.1992 (RAC 185/1992).

3.2 Las situaciones de engaño

Desde el artículo 20 de la Constitución Política²² que consagra la libertad de opinión, prensa e información, se puede comenzar a construir la veracidad, como un principio general del derecho publicitario que ha de irradiar las diferentes leyes y reglamentos que se dicten sobre esta actividad.

Distintas normatividades como la ley 256 de 1996, sobre Competencia Desleal, el Estatuto de Defensa del Consumidor, la ley 30 de 1986 Estatuto Nacional de Estupefacientes, el decreto 677 de 1995 emitido por el Ministerio de Salud y que hace referencia a la publicidad de los medicamentos, cosméticos y similares, entre otras regulaciones publicitarias, nos llevan a pensar que existe referencia de un principio general de transparencia que debe regir las relaciones entre el anunciante y su destinatario.

Como lo dice el autor colombiano Jorge Jaeckel la veracidad como principio general que rige la publicidad se centra en que “aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida”²³.

El principio de veracidad no es absoluto, no basta con que un mensaje publicitario falte a la verdad para que sea considerado de plano, engañoso; sino que este ha de ser revisado de acuerdo a unos parámetros que permitan concretar la capacidad que tiene el mensaje para engañar al destinatario. Un análisis profundo de una pieza publicitaria debe incluir al menos elementos como la realidad de la comunicación o la forma como los consumidores perciben el mensaje, por esto sugerimos los siguientes tres elementos:

En primer lugar tendrá que ser analizado el mensaje, frente al consumidor, es decir, en nuestro objeto de análisis solamente podrá un mensaje ser engañoso si se dirige a la persona del consumidor, quien es el destinatario natural de los mensajes de la comunicación comercial, incluyendo las salvedades que mencionamos arriba.

Algunos tratadistas (por ejemplo JAECKEL KOVACS) hacen una similitud de esta noción con la del mercado objetivo, que el anunciante pretende conquistar, pues

²² El artículo 20 dice: “Se garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación”.

²³ JAECKEL KOVACS, Jorge. Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. En: Revista Foro del jurista, Derecho de los mercados, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Medellín, Vol. 24., 2003, p. 84.

aunque los mensajes pueden ser vistos por cualquier persona solamente pueden ser engañosos para el público al cual se dirigen; por ejemplo un comercial de juguetes puede ser ajustado a toda la legislación vigente e incluso no parecer engañoso para los adultos que los perciben, pero para los niños como mercado objetivo del mensaje este puede ser engañoso.

Es por esto que se ha señalado que “uno de los factores determinantes en el éxito o fracaso de un anuncio, consiste en el acierto que se tenga al establecer el destinatario del mismo. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos una pieza publicitaria puede llegar a ser vista por cualquier persona que tenga acceso al medio empleado, dicha audiencia o público no debe ser entendido como sinónimo de consumidor; en materia de comunicación comercial, se restringe a las personas que componen el mercado objetivo al cual se dirige el mensaje”²⁴.

A esta cita le es criticable el asumir como definición de consumidor el mercado objetivo, es decir, este autor entiende que consumidor es el grupo de personas que el anunciante señaló como destinatarios del anuncio, lo cual es de plano erróneo pues como vimos arriba, la definición de consumidor es un tanto más compleja y para nada depende de la idea que pueda llegar a tener el anunciante frente a su público, de la persona que finalmente sea el consumidor del bien.

Esta definición es muy usual entre los autores que tratan el tema de la publicidad engañosa pero mirándolo desde la perspectiva de la competencia desleal (donde se enfrentan dos empresas). Aquí el consumidor sí puede ser un mercado objetivo, sin embargo, cuando lo que se intenta proteger es el derecho del consumidor frente a esa publicidad que le es lesiva, la idea del mercado objetivo se tiene que cambiar, pues no nos será útil para definir quién es consumidor pero sí lo será para mostrar que existen diferentes mercados y tipos de consumidores y que dentro de estas diferencias habrán de ser mirados con especial atención, por ejemplo los niños y adolescentes, así como también los consumidores de productos adictivos como el caso del tabaco o del alcohol, etc.

Así vemos que el análisis sobre el engaño no se hace realmente sobre una noción de veracidad objetiva, sino que siempre tendrá que ponerse de presente el sujeto, la persona del consumidor frente a una pieza publicitaria que lo pueda poner en una situación que signifique abuso del productor frente al consumidor.

Otro elemento que se debe tener en cuenta a la hora de considerar un mensaje como engañoso es la diferencia que existe entre las afirmaciones que el anunciante hace de manera objetiva y las que realiza de manera subjetiva; frente a las primeras

²⁴ Ídem, p. 94.

puede comprobarse la veracidad y son las que en un momento dado determinan al consumidor para la compra pues le brindan la información suficiente para que este se pueda desenvolver en el mercado económico, mientras que las segundas no, ya que no pueden ser verificadas por ser un mero elogio que realiza el productor.

Las afirmaciones subjetivas son conocidas en la literatura publicitaria como *Puffery*²⁵ y corresponden a afirmaciones que no pueden ser comprobadas ya que son un mero elogio al producto pero no brindan información que resulte determinante para las intenciones contractuales del consumidor, como cuando la modelo del comercial de shampoo sostiene que ese es el mejor producto que ha utilizado en su vida, puede que esta afirmación sea errónea pero no puede ser comprobada pues no deja de ser un juicio de valor emitido por una persona determinada y por lo tanto carente de valor objetivo.

Usualmente esta clase de afirmaciones han sido aceptadas e inclusive jurídicamente toleradas como uno de los eventos del denominado dolo indiferente o tolerado (*dolus bonus*) como aquellas astucias o destrezas que son válidas dentro del comercio para la venta de un producto.

Tradicionalmente ha sido aceptado que las afirmaciones subjetivas que de alguna forma envuelven una exageración, son permitidas y no requieren ser comprobadas, toda vez que el consumidor no las percibe como engaño sino como un simple elogio normal en la publicidad, que no es determinante ni creíble por parte del consumidor²⁶.

Aunque el deslinde entre lo tolerable y lo engañoso suele ser conflictivo, sucede que lo que para unos puede ser una afirmación subjetiva, para otros podrá ser una afirmación comprobable y por lo tanto objetiva; tal es el caso de afirmaciones como “el jabón más rendidor del mercado” que para un amplio sector de los consumidores es subjetiva, pues se toma como un eslogan propio del anunciante tendiente a diferenciar su producto del de los demás; pero para otro sector de los consumidores esta afirmación es objetiva, pensando que se podrían realizar estudios en los cuales se compruebe cuál de las marcas de jabones que existen en el mercado es la más rendidora.

Es por esto que el análisis sobre la subjetividad o no de una afirmación se debe realizar posteriormente, siendo el juzgador o el funcionario administrativo correspondiente quien se encargue de comprobar la subjetividad o la objetividad de la afirmación. Será carga para el accionante desvirtuar la subjetividad de la afirmación y comprobar su objetividad o al menos, proporcionar elementos que indiquen que

²⁵ Para conocer mas sobre el *Puffery* ver en JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p. 86.

²⁶ JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p. 86.

a pesar de que la enunciación es subjetiva, los consumidores han sufrido o pueden sufrir engaño por efecto de dicha pauta.

Algunos de los criterios que se utilizan para diferenciar las afirmaciones subjetivas de las objetivas son los siguientes:

1. Las afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, son calificadas como objetivas, pues son factibles de ser comprobadas y pueden generar engaño en el consumidor.
2. Los slogans o juicios estimativos que se limitan a expresar la opinión del anunciante, son considerados afirmaciones subjetivas no comprobables, debido a que no se refieren a ningún hecho.
3. El contexto de todo el anuncio es relevante en la determinación de cuándo una afirmación es objetiva o cuando es subjetiva.
4. Finalmente, la percepción del consumidor es esencial en la calificación, pues si éste entiende que una afirmación es comprobable, y no simplemente la opinión del anunciante, la calificación resultante será que se trata de afirmaciones objetivas, sujetas de ser verificadas²⁷.

Por último, dentro de este examen para determinar si un mensaje es engañoso debe mirarse el mensaje en su totalidad, es decir, no se pueden juzgar piezas publicitarias por el contenido de extractos o frases sueltas; cada pieza, cada comercial o cada anuncio es una unidad temática que lleva implícito un mensaje concreto, el cual no se puede desmembrar.

Cabe entonces preguntarnos ¿cuándo un mensaje es engañoso? Como ya lo vimos, no todo mensaje falso puede considerarse engañoso para el consumidor, pues tendrá que estar dentro de la relación productor - consumidor, sus afirmaciones ser objetivas y capaces de determinar al consumidor en sus intenciones negociales y debe ser analizado en su totalidad como engañoso.

Pueden presentarse dos situaciones distintas, la primera de ellas consiste en que el mensaje emitido sea literalmente falso, esto es, que el mensaje sea falso en el contexto de su público objetivo y que sea comprobable su falta de veracidad, por ejemplo cuando un anunciante señala “pruebas técnicas muestran que el producto X es el de mejor desempeño que existe en el mercado” sin que esas pruebas técnicas existan, o existiendo no ponen a ese producto en esa condición.

²⁷ JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p.87.

La segunda situación se presenta cuando el mensaje es literalmente cierto pero engañoso, esto es, el mensaje enviado es cierto pero “trasmite un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, capaz de inducir a engaño al consumidor. En este evento el mensaje debe ser catalogado como engañoso, toda vez que lo que prima es el engaño que sufre el consumidor, sobre la veracidad o falsedad de una frase o imagen”²⁸.

Los patrones más claros para explicar esta situación se presentan cuando el anunciante presenta información técnica o estudios científicos descontextualizados sometiendo al consumidor a un potencial engaño. Por ejemplo “pruebas de laboratorio realizadas demuestran que el aditivo X reduce considerablemente el desgaste del motor”, si bien, puede esta información ser cierta (partiendo de la base que los estudios se hayan realizado) puede inducir a engaño, pues no dice cuánto aditivo hay que utilizar, ni por cuánto tiempo hay que utilizarlo, ni en cuánto tiempo está elevado el desgaste.

Así, aunque el mensaje literalmente es cierto (existe el estudio que demuestra la reducción en el desgaste del motor), crea en el consumidor una situación objetiva de desigualdad entre el productor y el consumidor, pues este mensaje establece una visión deformada del producto que se está publicitando en la mente del consumidor.

3.3 El uso de la subliminalidad

En 1957 el investigador de mercados norteamericano James Vicary expuso la hipótesis sobre la posibilidad de poder “proyectarse órdenes en la pantalla de televisión a una velocidad tal que, aunque el espectador no pudiera percibirlas conscientemente, serían captadas por su inconsciente y después obedecidas”²⁹.

Es decir, es publicidad subliminal aquella que “mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”³⁰.

En el libro titulado *The Hidden Persuaders*³¹, del norteamericano Vance Packard se relata largamente un estudio llevado a cabo en el cine *Fort Lee* (Nueva Jersey) en

²⁸ Ídem p86

²⁹ MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aura Esther. La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Editorial Tesys, Barcelona, 1999, p. 8.

³⁰ Ídem. p. 18.

³¹ PACKARD, Vance. *The Hidden Persuaders*, citado por MENDEZ TOMÁS, Rosa M. y otra. Op. Cit., p. 8.

el que aparentemente se habían implantado órdenes de beber Coca Cola y comer crispetas, con incrementos en las ventas durante los intervalos de entre un 18% y 57%, respectivamente.

Y aunque años más tarde el autor mismo del estudio, James Vicary desmintiera la veracidad del experimento, la mecha quedó encendida. En 1973, el libro de Wilson Bryan Key, *Subliminal Seduction* (Seducción Subliminal), proclamó que las técnicas subliminales estaban siendo utilizadas ampliamente en la publicidad. El texto, contribuyó al clímax general de temor junto a las novelas de Orwell, acerca de los mensajes subliminales. La preocupación popular llegó a un extremo tal de llevar a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) a declarar la publicidad subliminal, “contraria al interés público”, por su intención engañosa³².

Usualmente se cree que los mensajes subliminales son usados como medio de influencia masiva, lo que científicamente se ha demostrado al respecto sobre esto no deja de ser poco más que un mito.

Aunque en el cine y la pintura el uso de la subliminalidad es usual, especialmente la utilización de la desnudez³³, no existen pruebas de que se produzcan cambios perceptibles en el oyente o en el espectador capaces de hacer consumir a dichas personas un producto, o cambiar sus ideas; el consenso general entre los profesionales de la mercadotecnia indica que la publicidad subliminal (posición similar se ha tomado frente al denominado efecto Backmasking)³⁴ no es efectiva y puede ser incluso, contraproducente³⁵.

En conclusión se ha demostrado que realmente los mensajes subliminales existen, pero no se ha podido establecer que el receptor de estos mensajes cumpla la orden, o que en muchos casos siquiera la perciba; pero, con todo y eso, algunas legislaciones han optado por proteger a los consumidores de este tipo de situaciones objetivas de desigualdad, este es el caso de la legislación española, que en el artículo séptimo

³² http://es.wikipedia.org/wiki/Mensaje_subliminal/ (última visita, 21-05-07).

³³ Para enterarse cómo supuestamente se ha utilizado la publicidad subliminal en las películas de Walt Disney ver en <http://mantequillaconazucar.wordpress.com/2006/08/25/mensajes-subliminales-disney/>

³⁴ El Backmasking, popularmente conocido como mensajes al revés, y cuya traducción literal sería enmascaramiento hacia atrás. Paréntesis fuera del texto original. Para ampliar este tema consultar en: <http://www.csicop.org/si/9204/subliminal-perception.htm>, <http://www.crispen.org/rants/secrets.html>

³⁵ “Otro dato en contra de la utilización masiva de estas técnicas lo da la constatación de que pasados los años, e incluso las décadas, en todo el mundo se sigan poniendo como ejemplos de estos supuestos mensajes los mismos ejemplos de hace 20, 30 o incluso 50 años. Lo cual apunta a que la existencia de este tipo de comunicación, de haber existido realmente alguna vez, es muy escasa y muchas veces ligada a la interpretación personal”: http://es.wikipedia.org/wiki/Mensaje_subliminal.

de la ley 34 de 1988 o Ley General de Publicidad, define la publicidad subliminal como:

A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

Aceptando en gracia de discusión, que un mensaje publicitario fuera a ser juzgado como subliminal, el problema probatorio sería mayúsculo pues el accionante no solamente tendría que probar la existencia del evento subliminal, con todas las limitaciones técnicas que para esto pueda imaginarse, sino que además tendría que probar que este evento produce cambios en la personalidad, o en los hábitos de consumo del público, es por esto que aunque existen países que prohíben de manera expresa este tipo de publicidad, no se tienen referencias de casos concretos en los que esta situación objetiva de peligro para los consumidores haya sido demandada.

Frente a esta situación de peligro para los consumidores, la discusión está por darse, y existen estudios que corroboran tanto la autenticidad de la publicidad subliminal como su falta de credibilidad, sin embargo, las opciones están tanto para creyentes como para que los escépticos intenten probar con casos reales si la publicidad subliminal puede llegar a crear efectos perjudiciales para los consumidores.

3.4 La violación de reglamentos

Dentro de la legislación colombiana existen algunas normas que de manera expresa o tácita hacen referencia a situaciones objetivas de peligro, en que se pone a los consumidores frente al obrar de los productores, anunciantes, y medios de comunicación.

Si bien es cierto, la gran mayoría de estas disposiciones hacen referencia a la veracidad de la información, tema ya tratado dentro de lo que denominamos situaciones de engaño, es necesario abordarlas de manera separada debido a que hacen referencia a situaciones puntuales y a casos específicos, en donde el legislador ha anticipado las situaciones objetivas de peligro o de desigualdad para los consumidores y ha pretendido darles un trato especial.

- 1) *Bebidas Alcohólicas Cigarrillos Y Tabaco* (Estatuto Nacional de Estupefacientes ley 30 de 1986). Esta regulación hace referencia a las sustancias nocivas para la salud que son de consumo permitido, pero al mismo tiempo establece una serie de limitaciones específicas para la publicidad de este tipo de elementos, para minimizar las situaciones objetivas de peligro.

Es por esto que se incorporan obligaciones como la de informar de manera expresa, tanto en etiquetas como en los mensajes publicitarios escritos, auditivos, visuales o audiovisuales, sobre la nocividad del producto. Es obligatorio incorporar las frases “el tabaco es nocivo para la salud” o “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” para que la pauta sea emitida en los medios y deben estar presentes de manera visible en las etiquetas, para que el producto pueda ser distribuido (artículos 19 a 18 de la ley 30 de 1986).

Igualmente prohíbe la publicidad en la población menor de edad, siendo especialmente prohibidos en los horarios y medios de comunicación que han sido diseñados exclusivamente para niños, y deben ser de circulación y emisión controlada en los espacios para toda la familia.

De igual forma le concede facultades al Consejo Nacional de Estupefacientes de efectuar restricciones de horarios en los cuales las estaciones de radio difusión sonora, las estaciones de televisión y cine, transmitan publicidad de bebidas alcohólicas cigarrillos y tabacos, e igualmente la intensidad de dichos mensajes por cada emisión de un programa.

Desde la expedición de la resolución 024476 del 26 de junio de 1996 del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) obliga a los productores, publicistas y medios de comunicación, a solicitar autorización para la aprobación del guión de la publicidad de acuerdo con el contenido alcohométrico, la franja (horario) en el que el comercial puede ser emitido o el medio en el cual puede circular.

2) *Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico* (decreto 677 de 1995 emitido por el Ministerio de Salud que desarrolla el Decreto-ley 1290 de 1994). Las situaciones objetivas de peligro o desigualdad en esta materia giran en torno a prevenir la automedicación, reducir los daños por los defectos del producto así como sobre su uso irresponsable; entendiendo que estos productos son potencialmente peligrosos para los consumidores, bien porque deban venderse bajo fórmula médica, o bien, porque su contenido representa un gran peligro tóxico.

Es por esto que exige gran especificidad en los contenidos de la publicidad y las etiquetas, haciendo especial énfasis en las advertencias, por ejemplo el artículo 72 del decreto 677 de 1995 regula muy específicamente el contenido de la etiqueta pues esta requiere autorización de INVIMA y debe contener como mínimo:

- Nombre del producto o marca registrada,
- Su denominación genérica,

- Municipio de ubicación del laboratorio o la empresa fabricante,
- Contenido del producto por unidad posológica que debe coincidir con lo aprobado en el registro sanitario,
- La fecha de vencimiento, expiración o caducidad,
- El código o número de lote,
- La fecha de fabricación,
- Las gotas contenidas en un mililitro cuando su empleo así lo requieran ,
- La cantidad contenida en el envase,
- Las condiciones de almacenamiento especificando los intervalos de temperatura,
- Las demás especificaciones que los libros de farmacéutica así lo exijan,
- El número de registro sanitario,
- La frase “venta bajo fórmula medica” u “odontológica” o “venta libre” según el caso,
- El precio máximo de venta al público³⁶ .

³⁶

Otras disposiciones especiales hacen referencia a:

- Si es medicamento esencial una franja verde que debe decir “medicamento esencial”.
- Si es biológico debe incluirse la constitución físico-química, así como las indicaciones de material biológico, igualmente, el estado en el que se encuentra el microorganismo seguido de la leyenda “manténgase fuera del alcance de los niños”.
- Cuando el medicamento sea de control especial, debe llevar una franja violeta y además la leyenda “medicamento de control especial, úsese bajo estricta vigilancia médica” y según el caso “medicamento susceptible de causar dependencia”.
- Si el medicamento es importado requiere el nombre de la importadora y si es del caso la traducción de la etiqueta al idioma español.
- Cuando el medicamento es de venta bajo fórmula la etiqueta no puede contener ilustraciones acerca de la terapéutica, excepcionando el logotipo de la compañía, las explicaciones gráficas sobre el estricto uso del medicamento.
- Los nombres de los medicamentos deben ajustarse a los términos de moderación científica. Son igualmente prohibidos los nombres de medicamentos que utilicen cualquier identificación o relación con santorales o religiones. O que se identifiquen con deidades de orden mitológico, quedan igualmente prohibidos los nombres con títulos de dignidad o nombres de personas naturales a menos que estos, estén reconocidos por la comunidad científica.
- La publicidad debe realizarse de acuerdo con el contenido en el registro sanitario y solo pueden anunciarse en publicaciones de carácter científico o técnico dirigidas al cuerpo médico u odontológico. Y queda prohibida la publicidad en medios masivos salvo que sean bajo venta libre.

- 3) *Ley de Televisión* (Ley 182 de 1995 y ley 335 de 1996). La primera ley regula el servicio de televisión y formula políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueve la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.

Dentro de las funciones de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) está la de clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios.

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen al servicio público de televisión como son: proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial, los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral, y fomentar la producción colombiana.

En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.

Esta ley además regula en su artículo 51 la protección al usuario y al consumidor. Los espacios de televisión asignados actualmente en los canales nacionales y regionales a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por la ley, se mantendrán de manera permanente, a fin de que dichas organizaciones presenten programas institucionales de información a la ciudadanía, relacionados con sus derechos y mecanismos de protección.

En ningún caso se permitirá realizar proselitismo político, ni destacar la gestión de determinadas personas en dichos espacios. La violación a la presente prohibición dará lugar a la revocación de la autorización para utilizar el espacio.

En casos de pluralidad de solicitudes para la emisión de programas institucionales, la Comisión Nacional de Televisión determinará el reparto de espacios entre ellas, teniendo en cuenta el volumen de afiliados que agrupe cada organización, de suerte que la representación se otorgará a la organización de consumidores que reúna el mayor número de afiliados.

- 4) *Estatuto de Radiodifusión* (decreto 284 de 1992 derogado por el decreto ley 1447 de 1995). Si bien, no hace referencia expresa a la protección del consumidor frente a la publicidad, dentro de sus principios hace mención a la obligación que tienen la emisoras para incrementar la cultura y la información de la población, procurando preservar la salud mental y física de la población, enalteciendo las tradiciones nacionales, la cohesión social, la paz nacional y la cooperación internacional (Artículo 4 del decreto 284 de 1992).
- 5) *Régimen de Publicidad Exterior Visual* (ley 140 de 1994). Regula la ubicación de vallas y elementos publicitarios en sitios públicos, corresponde a unas pautas generales que da el gobierno nacional, pero no se opone a que las alcaldías y los concejos municipales de acuerdo a su ordenamiento territorial y leyes ambientales creen disposiciones especiales³⁷.

La situación objetiva de peligro que esta ley protege tiene que ver, por un lado, con la calidad de vida de los habitantes, al permitir el disfrute del paisaje y la no contaminación visual de los sitios públicos; y de otro lado, mejorar la visibilidad que en algunos eventos puede llegar a representar un peligro. Es por esto que en su artículo 3° prohíbe la ubicación de vallas y elementos publicitarios en:

- a) En las áreas que constituyen espacio público de conformidad con las normas municipales, distritales y de las entidades territoriales indígenas que se expidan con fundamento en la Ley 9a. de 1989 o de las normas que la modifiquen o sustituyan. Sin embargo, podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en los recintos destinados a la presentación de espectáculos públicos, en los paraderos de los vehículos de transporte público y demás elementos de amoblamiento urbano, en las condiciones que determinen las autoridades que ejerzan el control y la vigilancia de estas actividades;
- b) Dentro de los 200 metros de distancia de los bienes declarados monumentos nacionales;

³⁷

La Corte Constitucional ha conceptuado que “se trata de una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, conforme a lo señalado por los artículos 313 y 330 de la Carta”. Sentencia C-535-96 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- c) Donde lo prohíban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7o. y 9o. del artículo 313 de la Constitución Nacional;
- d) En la propiedad privada sin el consentimiento del propietario o poseedor;
- e) Sobre la infraestructura, tales como postes de apoyo a las redes eléctricas y telefónicas, puentes, torres eléctricas y cualquier otra estructura de propiedad del Estado³⁸.

El decreto 002444 de 2003 emitido por el Ministerio de Tránsito, protege exactamente las mismas situaciones objetivas de peligro pero haciendo especial énfasis en las carreteras.

- 6) *Publicidad del Sector Financiero y Asegurador* (circular N° 049 del 2 de agosto de 1991). Las situaciones objetivas de desigualdad o peligro en estos eventos son de una importancia mayúscula, toda vez que son los eventos en que más se evidencia la desigualdad tanto técnica como financiera, entre el oferente y el usuario que son desbordadas, pues de un lado se tiene una entidad financiera o aseguradora que tiene toda la experiencia en su oficio, toda la asesoría técnica y científica y todo el capital para realizar sus metas, mientras que de otro lado, tenemos un consumidor que se comporta como un hombre diligente, pero que no tiene los medios para estar en igualdad de condiciones frente a su contraparte.

Es por esto que se le debe exigir a estas entidades en sus pautas no solamente veracidad en lo que afirman sino además, excesiva claridad (ubérrima veracidad), por ejemplo, exclusiones contractuales, deducciones o intereses.

Sobre este tema se ha conceptualizado que “la imagen institucional o las características jurídicas o financieras de los productos o servicios que se emitan deben ser ciertos, comprobables, y no pueden estar en desacuerdo con la realidad financiera jurídica y técnica de la entidad, por tal motivo están prohibidas prácticas como la inducción al error al público sobre la extensión o cobertura de los servicios, es decir, cuando se proyecta una imagen sobrevalorada, por ejemplo del número de cajeros automáticos, o el número de oficinas; está prohibido igualmente ponderar un producto de manera tal que sus bondades o características carezcan de sustento en la realidad, por ejemplo, decir que se cuenta con cajeros automáticos en línea sin ser cierto”³⁹.

³⁸ Ley 140 de 1994 artículo 3,

³⁹ BOTERO, L Op. Cit., p. 164.

También está prohibido utilizar enunciaciones que permitan deducir como definitivas, situaciones que responden a fenómenos coyunturales, transitorios o variables en relación con el mercado financiero, igual, utilizar ponderaciones abstractas a la propia naturaleza de su contenido, que no reflejen la situación exacta; esto sucedería con expresiones tales como “somos los primeros”, sin decir en relación con qué o con quién.

Cuando se emplean cifras de comparación, tasas de interés, tasas de cambio, entre otras, estas deben corresponder a la verdad.

Igualmente las frases no pueden inducir a error o ser falsas por la omisión de límites, por ejemplo expresiones como “cupo de crédito ilimitado” o “póliza sin exclusiones”.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BOTERO R. Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores e Instituto de artes, Medellín, 2004.

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aura Esther. La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Editorial Tesys, Barcelona, 1999.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. ¿Quo Vadis Derecho del Consumidor? Diké, Medellín, 1997.

REVISTAS

JAECKEL KOVACS, Jorge. Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. En: Revista Foro del jurista, Derecho de los mercados, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Medellín, Vol. 24, 2003, p. 1-38.

SANTAMARÍA, Cristina. La Publicidad como Voluntad de Representación, Política y Sociedad. Editorial Cimop, Madrid, Vol. 39, No. 1, enero-abril 2002, p. 83-96.

LEYES

BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y TABACO, Estatuto nacional de estupefacientes, ley 30 de 1986.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Legis, Medellín, 2005.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, decreto 3466 de 1982.

ESTATUTO DE RADIODIFUSIÓN, decreto 284 de 1992.

LEY GENERAL DE TELEVISIÓN, leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

MEDICAMENTOS, COSMÉTICOS Y SIMILARES, decreto 677 de 1995.

PUBLICIDAD DEL SECTOR FINANCIERO Y ASEGURADOR. Superintendencia financiera, circular externa No. 049 del 2 de agosto de 1991.

RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EXTERIOR, ley 140 de 1984 y resolución 002444 de 2003.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional Colombiana

Sentencia T-381 DE 1994, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Suprema de Justicia (Colombia)

Sentencia Exp. 04421 del 3 de mayo del 2005. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENIA COPETE.

Tribunal Superior de Medellín (Sala Civil)

Sentencia radicado N° 0500-31-03-010-2006-00274-01. Magistrado Ponente: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.

Tribunal Constitucional Español

JDO. I.I. Ibiza 03.03.1992 (RAC 185/1992).

CIBERGRAFÍA

DELGADO PEREIRA, Carlos. La Libertad de Expresión Comercial. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis14.pdf (Última visita mayo 15 de 2007).

GARCÍA, Sais Fernando. Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores. En: Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, No. 9-10, México, septiembre de 2004 - abril de 2005, p. 38, 39, 40, 41. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr2.pdf> (Consultada en diciembre 4 de 2006).

JAECKEL KOVACS, Jorge: La regulación de la publicidad y del engaño. Abril, 2004. <http://www.sic.gov.co/Alcaldes/Jorge%20Jaeckel.pdf>. (Consultada en diciembre 4 de 2006).