

La publicidad y los contratos con el consumidor

Fernando Peña Bennett*

Introducción

En la actualidad el derecho de consumo es una categoría del ordenamiento que ha ganado importancia dentro de nuestro sistema jurídico, hasta el punto de cuestionar, por su interpretación y aplicación, algunas instituciones jurídicas del régimen general del derecho civil y comercial. La protección de un sujeto especial calificado de derechos¹ y la aplicación de disposiciones que tienen dentro de sus objetivos equilibrar las asimetrías que se presentan en las relaciones de mercado² han generado dudas en el alcance de las

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, máster en Derecho de la Empresa de la Universidad de Bologna (Italia). En la actualidad es abogado de la firma Lizarazu, Sossa & Peña Abogados, en las áreas de Derecho Empresarial. Profesor de Contratos y Derecho de Consumo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: fpenabennett@lizarazuasociados.com

¹ A pesar de que en la siguiente cita se hace alusión al anterior Estatuto de Protección del Consumidor, ella muestra el fin que se pretende dar a las disposiciones que regulan la materia: “Al respecto, lo primero es advertir que *el fin último* que persiguen todas y cada una de las disposiciones del Decreto 3466 de 1982, *es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, adecuándolo a lo que alude la Constitución Política* en el artículo 78 cuando dice: ‘Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad, y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios’ ” (énfasis agregado) (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 34440) .

² “La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores,

normas consagradas en la Ley 1480. En ese sentido, como ejercicio académico se pretende analizar si la protección contractual a los consumidores abarca aquellos escenarios en los que se configura un incumplimiento contractual, derivado de publicidad engañosa, y en tal caso, cuál sería el real alcance en la práctica de la acción de protección al consumidor en estos casos.

Para ello, se analizará (1) la publicidad como una práctica comercial válida en el mercado y como parte de un contrato, (2) si el incumplimiento de algunas condiciones objetivas y específicas de la publicidad puede entenderse como un incumplimiento contractual en estricto sentido y (3) cuáles serían las acciones y pretensiones pertinentes que deberían iniciar los consumidores afectados.

1.

1. La publicidad como práctica comercial de mercado Dentro del contexto de la sociedad de la información³, la presencia cotidiana de los contenidos publicitarios hace

dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas” (Corte Constitucional, 2000, sentencia C – 1141).

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “[P]or supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido” (Corte Suprema de Justicia, 2009, sentencia del 30 de abril, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

³ El concepto de “la sociedad de la información” es sinónimo de “nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NCTI)”. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/information_society_es.htm (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015, radicación 15-114022-2-0).

parte fundamental de la realidad del mercado que afrontan los consumidores. Por otro lado, los empresarios emplean los contenidos publicitarios como una herramienta válida de participación en el mercado, la cual tendrá, lógicamente, límites relacionados con el mercado mismo como bien jurídico protegido, con los derechos de sus empresarios competidores y con los derechos de los consumidores.

Sin entrar a discutir si dentro de un esquema de mercado como el que tenemos es conveniente o no contar con controles reguladores laxos o estrictos en materia de publicidad, lo cierto es que nuestro ordenamiento cuenta con disposiciones especiales y generales sobre el tema⁴, con base en las cuales los diferentes organismos de control pertinentes generan sanciones por la inobservancia de ellas⁵, que bien pueden ocasionar un efecto favorable e indirecto a los consumidores por el impacto derivado dentro de los empresarios.

En ese entorno, las sanciones administrativas impuestas por autoridades de control protegen el interés general y colectivo de los consumidores, pero no implican de suyo

También, “El término «sociedad de la información» describe una sociedad en la que un grado significativo de actividad se centra en la creación, distribución, utilización y reutilización de la información. Esta actividad se lleva a cabo mediante lo que se conocen como tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La utilización de las TIC, el crecimiento de internet y la liberalización de los mercados de las telecomunicaciones han revolucionado las vidas cotidianas”. Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html?locale=es.

⁴ Ley 1480 del 2011, título VI, capítulo único, artículos 29-33.

⁵ La Superintendencia de Industria y Comercio ha sancionado a sociedades como Avesco y Kokomonroper mediante la Resolución 24039 del 2015, Genoma Lab Colombia Ltda. por medio de la Resolución 34440 del 2014, Panamericana Librería y Papelería S. A. en la Resolución 16873 del 2015.

una compensación directa para aquellos consumidores que hubiesen visto defraudados sus legítimos intereses frente a una publicidad considerada engañosa.

En tales casos, en la Ley 1480 del 2011 se consagra la acción jurisdiccional de protección al consumidor, con base en la cual el consumidor afectado por hechos derivados de la publicidad engañosa podrá elevar pretensiones encaminadas a lograr una “reparación-compensación” a su interés defraudado⁶.

Ahora bien: el impacto de la publicidad en el mercado también ha sido mencionado por la Corte Constitucional, la cual ha manifestado que debe entenderse como “un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). Precisamente por lo anterior, hoy en día este mecanismo se ha convertido en el medio comercial más recurrido por los oferentes para la efectiva promoción de sus productos, cautivando al consumidor mediante imágenes y mensajes elocuentes que claramente despiertan casi de manera inmediata el interés de este último.

Esta realidad que cobija nuestro entorno reitera que la publicidad es una práctica comercial repetida dentro del mercado, gracias al éxito y la acogida que ha tenido en los consumidores. En efecto, la información suministrada mediante la publicidad sirve para que el consumidor base su elección, ya que “los datos contenidos en ella [son] la única noticia que tienen los consumidores sobre el producto” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 60188), y crean legítimas expectativas en estos últimos.

⁶ De la redacción del artículo 56 de la Ley 1480 del 2011 no es claro el tipo de pretensiones que puede elevar el consumidor en estos casos.

En este sentido, resulta correcto afirmar que el éxito de ventas de un producto determinado es directamente proporcional a la información emitida al público mediante diferentes canales publicitarios. También encontramos que en la actualidad la adquisición de bienes y servicios a través de medios virtuales se está consolidando como un mercado que gana cada vez más participación; mercado en el que las partes de la relación de consumo se conocen a través de la información y publicidad insertada en los respectivos portales. En otras palabras, la publicidad constituye una práctica comercial ineludible para poder difundir de manera precisa y contundente los productos en el mercado. Inclusive, “la publicidad comercial [...] podría mostrarse como necesaria, en el marco de las transacciones económicas de los mercados contemporáneos” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). De modo que, “[E]n los tiempos actuales, en donde prima el intercambio comercial y el permanente flujo de información que incentiva la adquisición de bienes y servicios, el ejercicio de la publicidad interesa en grado sumo al orden jurídico” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830) (énfasis agregado).

1. Fuerza vinculante de la publicidad

Una de las novedades interesantes que se han resaltado del nuevo Estatuto del Consumidor es la precisión que hace la norma de los conceptos de *información* y *publicidad* y el carácter vinculante de ellos frente a los consumidores. En efecto, el antiguo Decreto 3466 de 1982, tanto en sus definiciones como en su parte sustantiva, no

precisaba estos conceptos y, por el contrario, parecería que estos se mezclaban bajo el término “información comercial”, del artículo 14⁷.

Así pues, en virtud del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011⁸, la información suministrada al público en la publicidad vincula al anunciante en dichos términos. Lo anterior adquiere suma importancia si se tiene en cuenta la incidencia que consigue la publicidad en la formación del consentimiento del consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio, situación que se analizará más adelante.

Claramente, lo ofrecido mediante anuncios publicitarios tiene que coincidir con la adquisición final del producto, dado que en caso contrario se estaría ante un mensaje potencialmente engañoso. Frente a lo anterior, los conceptos resoluciones y sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio se han encargado de distinguir mediante dos grupos los elementos que componen una publicidad, catalogándolos bajo los

⁷ “Artículo 14o. Marcas, leyendas y propagandas: Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

”Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. a 7o. del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso.”

⁸ “Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.”

supuestos de objetivo y subjetivo. En cuanto al primer elemento, ha dicho la entidad que estos “deben cumplir con los parámetros constitutivos de una información, clara, veraz, suficiente, y ante todo verificable, ya que su inobservancia la ubicaría en la esfera de publicidad engañosa” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923). Mientras que el elemento subjetivo no requiere ser verificable, puesto que únicamente “refleja [...] la opinión del anunciante respecto del producto o servicio que se ofrece al público” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012, Resolución 43142). Por lo mismo, ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio que “para determinar si la información es engañosa o no, únicamente se deben tener en cuenta los primeros, es decir, los elementos objetivos” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, 40923).

Ahora bien: la fuerza vinculante de la publicidad, además de obligar al anunciante en los términos antes mencionados, también ha de entenderse como un vehículo de información precontractual (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009), dado que las precisiones que hace el oferente, en este caso el expendedor o proveedor del servicio o producto, a través de esta práctica comercial, resultan vinculantes para el anunciante, en esencia, “por el grado de confianza que [estas] generan” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). En otras palabras, dichas condiciones objetivas y verificables enunciadas por la parte en superioridad contractual⁹ deben coincidir con la realidad, precisamente

⁹ “La regulación de la publicidad comercial constituye uno de los mecanismos mediante los cuales el ordenamiento jurídico colombiano se ocupa de enfrentar los problemas de asimetría de información presentes, usualmente, en las relaciones de consumo. En efecto, tal tipo de vínculos

porque obligan bajo los propios términos al que las promueve. Lo anterior se encuentra íntimamente ligado a la formación del consentimiento del consumidor, toda vez que dicha información precontractual se presenta como el primer acercamiento que tiene el futuro comprador con el producto o servicio ofrecido y, por lo mismo, incide enormemente en una posible aceptación, valiéndose de dichas promesas objetivas bajo las cuales se debe comprometer el oferente, ya que en caso contrario se estaría violando la confianza del consumidor junto con la buena fe que prima dentro de estas relaciones de consumo.

2. Los procesos de formación contractual y la publicidad

En los procesos de formación contractual en las relaciones de consumo hay casos en los cuales la información mediante la publicidad previa que se le brinda al consumidor no es necesariamente determinante para formar el consentimiento de este último al celebrar la relación contractual. Lo anterior, dado que el producto o servicio que ofrece el mercado por sí mismo le garantiza al consumidor parámetros de calidad e idoneidad y a la vez cumple con las expectativas de este.

No obstante, también hay contratos que, ante la ausencia de solemnidades específicas, se pueden perfeccionar con el simple acuerdo de las partes (consumidor y expendedor). En los cuales, con la presencia masiva anterior en la etapa precontractual de publicidad o de

se encuentra caracterizado, en general, por el hecho consistente en que uno de los sujetos cuenta con especiales conocimientos acerca de las prestaciones objeto de contratación al paso que su contraparte, en una medida importante, carece de ellos” (Corte Constitucional de Colombia, 2012, sentencia C-592).

información o sin ella, el consumidor acepta explícitamente unas condiciones impuestas por el productor o por el proveedor, y así decide celebrar la relación de consumo.

Por otro lado, hay un tercer escenario, en el cual ante la ausencia de solemnidades específicas en el proceso de formación del contrato¹⁰, el consumidor celebra su relación de consumo con base en la información contenida en el producto, en el servicio o en la información que el productor le ha dado a través de la publicidad, y es precisamente en esas circunstancias como mucha o gran parte de esa información que el productor le da al consumidor directamente o a través del proveedor no queda incluida dentro de las cláusulas contractuales, caso en el cual se celebra un contrato cuyo contenido no tiene la totalidad de la información recibida.

En el mercado encontramos casos concretos tales como: (1) los contratos de los cursos de idiomas, (2) ventas de material didáctico, (3) los contratos de tiempo compartido y las expectativas que se generan alrededor de ellos y (4) los contratos de adquisición de vivienda del orden de casas o apartamentos, o proyectos inmobiliarios, cuando las constructoras ofrecen una cantidad de servicios y bienes adicionales al inmueble, o en general, todas aquellas relaciones de consumo donde el anunciante involucra información diversa a la del objeto del contrato mismo.

Pues bien, en este tipo de situaciones consideramos que la defensa del consumidor estaría sustentada por tres recursos diferentes: el primero, mediante la acción de protección al consumidor consagrada en la Ley 1480 del 2011, bajo la óptica de una

¹⁰ También teniendo en cuenta que por la complejidad de la relación de consumo es necesario que los contratos sean por lo menos escritos, es decir, cumplir con alguna de las solemnidades establecidas para ello.

publicidad engañosa, en el sentido de que las condiciones objetivas y específicas de la publicidad obligan al productor y al anunciante; el segundo se presenta en el campo de un posible incumplimiento contractual del productor o proveedor frente al consumidor, el cual tendría cabida en un proceso declarativo; y el tercero se despliega acudiendo a la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional en ejercicio de la acción de protección al consumidor, pero solicitando una reparación derivada de los daños ocasionados por un incumplimiento contractual, ante la inobservancia de las condiciones publicitarias que, si bien ofrecidas, no hacen parte del contrato celebrado por el consumidor. En este caso, de ser admitida la demanda, el juez de conocimiento, y en aras de proteger la parte débil de la relación de consumo, deberá integrar al cuerpo contractual todas las condiciones objetivas y verificables que formaban parte de la publicidad o de la información previa que se otorgó al consumidor antes de celebrar el contrato.

2.1. Tres tópicos de acción

Dicho esto, a la luz de la primera perspectiva, tendríamos que analizar si dentro de las pretensiones de una eventual demanda al productor o al anunciante se pudiera incluir el cumplimiento de esas condiciones externas objetivas anunciadas, y para ello tendríamos que revisar si las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional de protección al consumidor le darían la posibilidad de cubrir esas expectativas, porque este primer escenario nos lleva a pensar que esas condiciones no quedaron incluidas dentro del contrato.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo escenario, ese incumplimiento contractual, en primera medida, estaría regido única y exclusivamente por el análisis del contenido de las cláusulas del contrato, y en ese punto encontraríamos que en estas no se encuentran incluidas las condiciones anunciadas al consumidor a manera de publicidad. En este escenario, no sería posible hacer exigible al productor o proveedor unas condiciones contractuales que no quedaron plenamente pactadas en la convención. Por lo tanto, al igual que en el punto inmediatamente anterior, tendríamos que revisar si las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en sede de una acción de protección al consumidor pudieran ordenar el cumplimiento de unas condiciones externas al contenido mismo del contrato, por medio de una decisión jurisdiccional.

Por último, y retomando lo expuesto en líneas pasadas, resulta imperioso cuestionarse, entonces, si es posible que la Superintendencia en sede jurisdiccional pueda integrar el contrato. En otras palabras, incluir dentro del cuerpo contractual aquellas condiciones que hacían parte de la información y de la publicidad, y que no quedaron incluidas dentro del texto de éste, pero que dieron lugar a que se formara el consentimiento del consumidor para celebrar la relación contractual, o a la causa que motivó la relación de consumo. De ser así, y de encontrar antecedentes en el punto específico, la Superintendencia de Industria y Comercio tendría la posibilidad de abarcar situaciones de mercado en favor del consumidor protegiendo este tipo de circunstancias.

Sobre este tema, citamos a la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando señaló:

sentencia

De otro lado[,] se hace necesario puntualizar que la “responsabilidad” proveniente de la “publicidad engañosa”, sobre los bienes o servicios cuya

comercialización se pretenda, *debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad negocial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo.*

En la etapa de los “tratos preliminares” la controversia se ubica en el ámbito de la “responsabilidad civil precontractual” o “extracontractual” dado que para ese instante no existe, o falta la celebración del “convenio o acuerdo” entre los sujetos con interés o a favor de quien se hace la “propaganda” y quienes como “consumidores” resultan incentivados con la misma para la adquisición de lo ofrecido [...] si se ha celebrado el negocio jurídico genera “acción contractual” y además los efectos de la pluricitada “conducta ilegal”, *podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por “error o dolo”[...] lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al “consumidor”, la impugnación de la validez del “contrato”* (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1.º de noviembre) [énfasis agregado].

Ahora bien: una vez consideradas las anteriores opciones de defensa, si se llegase a concluir mediante fallo judicial que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene facultades para ordenar el cumplimiento de circunstancias o condiciones puntualizadas que no hacen parte objetiva del contrato firmado o convenido por el consumidor, la protección frente a estas situaciones específicas de mercado carecería de amparo, y se configuraría un vacío legal que la Ley 1480 del 2011 no contiene dentro de sus mandatos.

En ese orden de ideas, tal vez la alternativa residual de defensa en favor de los derechos de los consumidores en las circunstancias descritas en este texto tendría que analizarse a la luz de la jurisdicción ordinaria. Así pues, el consumidor que logre demostrar en materia jurisdiccional que gracias a una información o una publicidad objetiva optó por celebrar un contrato determinado podría a través de esta jurisdicción, mediante un proceso declarativo (más específicamente): (1) alegar un incumplimiento contractual o (2) solicitar la responsabilidad precontractual del productor. Así, el juez tendría que analizar si dichas condiciones objetivas integran el contrato, y en tal medida debería declarar un incumplimiento contractual al consumidor y ordenar una indemnización o un resarcimiento por los daños o perjuicios ocasionados en virtud de dicha culpa. Sin embargo, es claro que la defensa del consumidor a través de un proceso ordinario resulta ser un proceso mucho más engorroso y desgastante en términos de tiempo, a diferencia de lo que sería ante la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional.

2.2. La publicidad y la oferta en el proceso de formación del contrato con los consumidores

Ahora bien: tal y como lo ha soportado la jurisprudencia nacional en múltiples providencias, a la luz de la teoría general de los contratos “la formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). En este sentido, para que la oferta tenga una eficacia vinculante, inicialmente “debe estar dirigida a una persona determinada y [debe] contener los

elementos esenciales del negocio” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

Precisamente por lo anterior, tendríamos que la publicidad, al constituirse como una propuesta dirigida a un público indeterminado, es decir, sin mediar nombre propio o referencia personal, no podría ser considerada oferta. Sin embargo, “a raíz de la importancia que ha tomado el deber de información en la actualidad, la tendencia es que ese dilema entre oferta de contrato y la invitación a ofrecer se desvanezca, todo con el fin de dotar de eficacia contractual tanto a la oferta de contrato al público como a la publicidad informativa” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

Lo anterior adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la información ofrecida al público mediante mensajes publicitarios se considera un “elemento crítico para el juicio de adecuación de las opciones de consumo” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). Este acto jurídico unilateral, mediante el cual se proyecta un posible negocio jurídico asimétrico¹¹ a favor de dos contratantes (expendedor y consumidor), debe cumplir con los requisitos propios de la información reglamentados por la Ley 1480 del 2011 en su artículo 23, en tanto que, al ser considerada deber precontractual, incide “en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009), tales como los que disciplinan las relaciones de consumo. De hecho, la Constitución Política de 1991 se

¹¹ Asimétrico en el sentido de que las relaciones de consumo normalmente se encuentran desequilibradas por la presencia de un poder contractual superior frente al otro, en este caso el del expendedor-proveedor frente al consumidor.

encargó de proteger y velar por el efectivo cumplimiento de este deber precontractual, aduciendo lo siguiente: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como *la información que debe suministrarse al público en su comercialización*” (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 78) (énfasis agregado).

En efecto, la información contenida dentro de una publicidad ofrecida al público, en razón de la relación asimétrica que media las relaciones de consumo, constituye un deber trascendental y por lo mismo el oferente debe “informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009) del consumidor.

Sobre este punto ha habido aproximaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto al rol que desempeña la publicidad en la formación del negocio jurídico. Ejemplo de esto se encuentra en la Resolución 40923 del 2014, donde tuvo la oportunidad de señalar que

[...] *el negocio como tal inicia con una oferta del eventual vendedor de un bien futuro a través de un medio publicitario, y una manifestación del interés del eventual comprador de dicho bien. A medida que el proyecto se va concretando o materializando, así mismo lo va haciendo la relación entre el comprador y vendedor [...]* (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923) [énfasis agregado].

Y, por consiguiente,

[...] Debe haber correspondencia y proporcionalidad con lo anunciado publicitariamente [...], y lo efectivamente contratado y entregado [...], es decir, presentar hechos que desdibujen lo anunciado con la realidad, ya de ser así induciría a error o engaño a los consumidores sobre los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible precisa e idónea y que la publicidad que de estos se haga, al incluir condiciones objetivas, *está en capacidad de cumplir la promesa que motivo la decisión de compra*. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923) [énfasis agregado].

Es importante aclarar que este pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual se relaciona la publicidad como elemento sustancial en la formación del consentimiento contractual con los consumidores, se da dentro de la órbita de una investigación administrativa por publicidad engañosa, y no dentro de una decisión en virtud de acción jurisdiccional de protección al consumidor.

3. La publicidad como parte del contrato con los consumidores por el efecto integrador de estos

Ya en este punto, es preciso revisar que si bien la Ley 1480 del 2011 no crea para nuestro ordenamiento la categoría especial e independiente de contratos con el consumidor, como sí ocurre en otras legislaciones, los preceptos normativos introducidos reflejan la intención del legislador de generar una protección especial, en

virtud de la asimetría contractual, para aquellas relaciones contractuales en las cuales uno de los extremos tenga la calidad de consumidor en los términos del artículo 5.º de la misma ley.

Siguiendo con la tesis expuesta en numerales anteriores, resulta evidente la importancia que adquiere la publicidad dentro del contrato de consumo. Recordamos, entonces, que “la formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). Así pues, ya ha quedado demostrado que la información contenida en la publicidad incide de manera cierta e irrefutable en la formación del consentimiento del consumidor, lo cual lo lleva a su consecuente aceptación. En esta medida, es totalmente lógico afirmar que la publicidad constituye una parte esencial del contrato, ya que la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales así lo han avalado de manera directa o sujeta a interpretación favorable.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “De otro lado[,] se hace necesario puntualizar que la “responsabilidad” proveniente de la “publicidad engañosa”, sobre los bienes o servicios cuya comercialización se pretenda, *debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad comercial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo*” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1.º de noviembre) [énfasis agregado].

En sentido similar, el Tribunal Superior de Distrito Judicial señaló:

[...] Si bien en el sentido clásico del contrato como acuerdo de voluntades concurrentes, no puede predicarse su existencia entre la agencia mayorista y el

usuario, también lo es que no se discute la presencia de relación previa entre estos generadora de obligaciones recíprocas [...] y deberes complementarios derivada de la función que aquella cumplió relacionada con la elaboración, *publicidad* y ejecución del “paquete turístico” [...] *Precedente que, además de establecer vínculo entre aquellos que permite ubicarla en el campo de la denominada contractual* (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo) [énfasis agregado].

Así pues, es “responsabilidad que deviene contractual por razón del vínculo preexistente surgido entre aquellos con ocasión del servicio turístico [...] con la organización y promoción del paquete” (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo). Precisamente por la fuerza vinculante de la publicidad, “las ofertas, propaganda y promoción [...] en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía [empresa] que los ofreció” (Corte Constitucional de Colombia, 200, sentencia T- 118). En el mismo sentido, “toda información comercial que se [haya dado] al consumidor previamente a [*sic*] la adquisición de un producto o servicio”, independiente del medio por la cual haya llegado a este, se debe tutelar la “buena fe y la confianza legítima del consumidor” (Ordoqui, 2011). Es decir, “[L]o prometido en folletos, afiches o en la publicidad estática o televisiva debe considerarse parte de la oferta aceptada, aunque luego se haya excluido del texto contractual” (Ordoqui, 2011).

Ahora bien: dentro del derecho comparado encontramos que la legislación uruguaya ha decretado expresamente que la publicidad debe integrarse al contrato, bajo los términos del artículo 14 de la Ley 17.250, “Defensa del Consumidor”, donde se dispuso que

Toda la información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice e integra el contrato que se celebra con el consumidor (Ley 17.250, artículo 14).

El anterior artículo se basa más que todo en el proceder de buena fe y la confianza entre las partes, como elementos determinantes que deben ser protegidos a toda costa. Para tal efecto se ha dicho que “[E]l efecto integrativo de la publicidad se funda en la protección de la confianza y esta se debe proteger en mérito a que se debe actuar de buena fe” (Ordoqui, 2011). Por esto la publicidad tiene la capacidad de crear expectativas legítimas en el consumidor, y estas necesitan protección “frente a posibles abusos que con ella se pudieren cometer” (Ordoqui, 2011). Es más: al integrar la publicidad en el contrato se disminuiría enormemente los casos de publicidad engañosa, ya que los oferentes seguramente actuarían con más cuidado al divulgar información, “pues después se [podría] exigir” (Ordoqui, 2011) lo escrito o publicado.

En este orden de ideas, es preciso mencionar que incluso la jurisprudencia nacional ha mostrado simpatía con este pensamiento¹², al insistir en que “el deber precontractual de

¹² “ Pero, además, si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella - como acontece en este caso-, *ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar*

información se deriva del principio de la buena fe y de la lealtad comercial y que en los tratos preliminares existe un particular contacto social, o mejor, una relación de hecho basada en la recíproca confianza” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

En este sentido, se ha mencionado que

[...] independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. [...] además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el título XXIII del código de procedimiento civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede

la póliza, aquélla está obligada en los términos de la oferta, que si son desconocidos, modificando sus alcances, ya en ejercicio del contrato y causando daño o amenaza a derechos fundamentales, dan lugar a que ante los jueces de tutela la empresa deba responder, cobijando todo aquello que prometió a los eventuales tomadores del seguro. En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza.” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, expediente 6775) (énfasis agregado).

válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, reiterase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, expediente 6775).

4. Eventual incumplimiento contractual con el consumidor, derivado de la modificación de las condiciones publicitarias y sus consecuencias jurídicas

Ahora bien: en sede de un incumplimiento contractual en una relación de consumo, inmediatamente nos localizamos dentro del campo de la jurisdicción ordinaria, en tanto que la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional no sería la competente para fallar respecto de estos inconvenientes, porque esta, al no estar expresamente facultada para ello, solamente acudiría al análisis de las cláusulas del contrato, dentro de las cuales no encontraría las condiciones objetivas presentes en la publicidad.

Por consiguiente, el consumidor podría acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una acción de protección al consumidor, donde se exigiría una reparación pecuniaria, en virtud de una posible publicidad o información engañosa, caso en el cual posiblemente solo se reconocería un daño emergente relacionado con algún incentivo no entregado o la restitución del dinero pagado por la adquisición de un bien o servicio ofrecido, dejando de lado el lucro cesante.

En otras palabras, las pretensiones del demandante dentro de una acción de protección al consumidor por incumplimiento de las condiciones objetivas de la publicidad no abarcarían la posibilidad de solicitar una real indemnización de perjuicios, salvo que en virtud de las facultades *ultra y extra petita* que cobijan a los jueces de estas causas se pudiesen ordenar tales reconocimientos.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, no ha sentado ningún precedente donde se pueda apreciar la integración de la publicidad al contrato, situación que, como antes se expuso, sí ha sido prevista y avalada tanto por la jurisdicción ordinaria como por la constitucional.

En consideración de la influencia que tienen los anuncios publicitarios en la formación del consentimiento de los consumidores, una vez realizado el contrato se deben respetar las condiciones implícitamente pactadas en la fase precontractual, y así, en caso de que al integrarse al contrato resulten ser inconsistentes con el objeto de este último, el consumidor tendría derecho a la indemnización de perjuicios, por un presunto incumplimiento contractual derivado de una responsabilidad civil contractual. En la misma línea, la jurisprudencia nacional ha sostenido el anterior argumento al aducir que “en razón de la fuerza vinculante de la publicidad, en caso de discrepancia entre la publicidad y el contrato puede surgir el fenómeno de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual” (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). Inclusive se ha sostenido que

[...] en el evento en que la publicidad sea engañosa, se puede generar un vicio del consentimiento con la consiguiente invalidez del negocio basada en el error,

incluso, un reclamo de reparación del perjuicio en razón de la invalidez referida, de conformidad con la hipótesis de responsabilidad *in contrahendo* prevista por Ihering ya hace más de un siglo. [Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009.]

Lo anterior resulta totalmente acertado si se tiene en cuenta la línea de argumentación expuesta, ya que, al estar inmerso el consumidor en una relación contractual asimétrica, el legislador y la justicia nacional deben hacer todo lo posible para velar por el cabal y efectivo cumplimiento de los derechos de aquel, teniendo en cuenta principios constitucionales superiores que deben y deberían vincular sus decisiones en sede jurisdiccional.

En este orden de ideas, gracias a aquel carácter vinculante de la publicidad, los consumidores que hayan formado su consentimiento con ocasión de la presencia de esta deben estar en todo su derecho de exigir una reparación por concepto de incumplimiento contractual, o en su defecto por vicio del consentimiento.

Ahora bien: en caso de probarse una presunta responsabilidad civil contractual, el perjudicado por aquel incumplimiento estaría en todo su derecho de solicitar ante el juez de conocimiento la reparación e indemnización de perjuicios ocasionados en virtud de lo anterior. Así, en sede de la jurisdicción ordinaria, el afectado tendría que probar la existencia de daños morales y materiales derivados única y exclusivamente del incumplimiento presentado.

En este sentido, respecto de los daños morales, ha dicho la jurisdicción ordinaria civil que

[...] hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso. [Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009.]

Por otro lado, acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, los perjuicios materiales surgen bajo dos modalidades: daño emergente y lucro cesante. En cuanto al primero se refiere, este simboliza “el menoscabo o lesión que afecta los bienes de la víctima o de los perjudicados con los hechos imputados a la administración y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación de uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 2004, sentencia del 18 de marzo). Mientras que el lucro cesante ha sido entendido como “la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 2004, sentencia del 18 de marzo).

Conclusiones

Las condiciones objetivas que se encuentran inmersas en los anuncios publicitarios sin lugar a dudas inciden en su gran mayoría en la formación del consentimiento del

consumidor para celebrar el contrato de consumo. Y cómo no incidir si en nuestros tiempos la publicidad se ha constituido como una práctica comercial recurrente, necesaria e indispensable para poder difundir de manera precisa y contundente los productos y servicios ofrecidos en el mercado. Precisamente por esto, se ha tendido a desvanecer esa brecha entre la oferta y la publicidad oferente, postulando ambos actos como vinculantes, en virtud del principio de buena fe y la confianza depositada en el anunciante.

Sin embargo, en materia de los derechos consagrados en el Estatuto del Consumidor, lamentablemente el consumidor no cuenta con la protección legal necesaria para poder reclamar una posible indemnización, en virtud de un potencial incumplimiento contractual o vicio del consentimiento, derivados de la inobservancia del anunciante, al no cumplir con las condiciones objetivas ofrecidas en los anuncios publicitarios. Si bien es cierto que el consumidor puede solicitar una reparación material mediante la acción de protección de consumidor ante la Superintendencia de Industria y Consumidor, por razón de una posible publicidad o información engañosa, dicha indemnización no alcanzaría a cubrir todos los perjuicios que se podrían ocasionar.

Por lo mismo, sería necesario acudir ante la jurisdicción ordinaria, para que sea el mismo juez el que se encargue de tasar los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, una vez integrada la publicidad al contrato. Tal situación lo lleva a una vía que en términos de tiempo y procesales puede ser mucho más larga y desgastante para los intereses del consumidor.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia, 1991.

Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830.

Corte Constitucional de Colombia, 1994, sentencia C-355.

Corte Constitucional de Colombia, 2000, sentencia T-118.

Corte Constitucional de Colombia, 2012, sentencia C-592.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, sentencia exp. 6775.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009, sentencia del 30 de abril, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1 de noviembre.

Consejo de Estado de Colombia, 2004, sentencia del 18 de marzo.

Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D. C., 2011, sentencia de primera instancia con fecha del 14 de septiembre, proceso ordinario n.º 0560-2009.

Ley 1480 2011, Estatuto del consumidor, Cong. (12 de octubre del 2011).

Ley 17.250 2000, Ley de Relaciones de Consumo- Defensa del Consumidor.

Ordoqui Castilla, Gustavo, 2011, Buena fe en los contratos, España: Temis.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 60188.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2012, Resolución 43142.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2015, radicación n.º 15-114022-2-0.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo.

Eur-lex, Glosario de la síntesis, Recuperado de: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html?locale=es

1.

