

# Información, publicidad y engaño

— Jorge Jaeckel Kovács\* y Claudia Montoya Naranjo\*\* —

---

## Resumen

Este artículo aborda la noción de engaño al consumidor. Así mismo, plantea las diferencias entre información y publicidad como formas de comunicación comercial, así como la diferencia entre estos conceptos y la libertad constitucional de expresarse y opinar, la cual no necesariamente implica comunicar con fines comerciales o para influir en las decisiones de consumo. Dado que la publicidad, la información y la opinión son categorías diferentes de comunicación, su cuestionamiento legal exige un ejercicio probatorio diferente. La publicidad permite afirmaciones objetivas y subjetivas, mientras que la información se restringe al uso de afirmaciones objetivas. En esta línea, se concluye que la publicidad no puede evaluarse con base en las normas y exigencias de la información y viceversa.

## Palabras clave

Publicidad, información, libertad de expresión, libertad de opinión, publicidad engañosa, consumidores

---

## Abstract

This article addresses the notion of consumer deception. It also discusses the differences between information and advertising as forms of commercial communication, as well as the difference between these concepts and the constitutional freedom of expression and opinion, which does not necessarily imply communicating for commercial purposes or to influence consumer decisions. Since advertising, information and opinion are different categories of communication, their legal challenge requires a different evidentiary exercise. Advertising allows objective and subjective statements, while information is restricted to the use of objective statements. In this line, it is concluded that advertising can not be evaluated based on the standards and requirements of information and vice versa.

## Keywords

Advertising, information, freedom of expression, freedom of opinion, misleading advertising, consumers

---

\* Socio del estudio Jaeckel / Montoya Abogados. Abogado de la Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Comercial. Es experto en temas de derecho de la competencia, consumidor y derecho publicitario.

\*\* Socia del estudio Jaeckel / Montoya Abogados. Abogada de la Universidad de Caldas, con estudios de maestría en Derecho (LLM) de American University - Washington College of Law (2010-2011) y de propiedad intelectual de la misma universidad. Se dedica a temas de derecho de la competencia, consumidor y derecho publicitario.

## 1. Introducción

En el mundo moderno, cada persona recibe a diario cientos de mensajes o piezas de comunicación con información de la más amplia variedad de productos y servicios a los que puede tener acceso. Los vehículos por medio de los cuales llega esta información ya no se limitan a los tradicionales que se conocían hace algunas décadas, sino que a estos se suman una gran cantidad de medios nuevos o no convencionales, tales como internet, blogs, correo electrónico, plataformas de video y *streaming*, mapas con georreferenciadores y redes sociales, para citar solo algunos.

De la misma manera, los mensajes comerciales adoptan diferentes formas, pues a los avisos, cuñas, vayas y *spots* tradicionales se agregan piezas de comunicación comercial menos evidentes, como son los mensajes de chat, el *native advertising* (publicidad nativa) y la actividad de los influenciadores.

Si bien la difusión de un mensaje comercial —incluso si es por una sola vez— puede afectar una cantidad importante de disposiciones jurídicas<sup>1</sup> y estatutos éticos<sup>2</sup>, el análisis del “engaño” que se presenta en este texto se enfoca principalmente en las normas colombianas sobre competencia desleal y protección al consumidor, sin perjuicio de que los principios que se expongan tengan unos fundamentos universales que aplican en forma similar en otros ámbitos regulatorios.

Lo anterior se explica en razón a que el engaño es el efecto que se genera en el receptor de una información, por lo cual el engaño será uno solo y lo que hacen las normas es prever consecuencias cuando este se presenta. De esta forma, la noción de engaño y su alcance es el mismo, sin que se requieran regulaciones especiales o modificaciones para evaluar —y eventualmente sancionar o condenar— mensajes que se transmitan utilizando medios nuevos o no tradicionales y de la forma que estos adopten.

Con base en las nociones que contiene el Estatuto del Consumidor colombiano<sup>3</sup> sobre información y publicidad, en la primera parte se analizarán estas figuras jurídicas para separarlas de otras formas de comunicación y, posteriormente, plantear semejanzas y diferencias entre ellas. Este primer punto

permitirá evidenciar que no cualquier información que se transmite acerca de un producto o servicio se encuentra bajo el dominio de las normas sobre protección al consumidor o de competencia desleal, con lo cual se delimita el campo de acción de estas normas.

En la segunda parte se expondrá la noción de engaño junto con los conceptos de veracidad, consumidor y consumidor racional, para determinar cuándo la comunicación es reprochable, cuándo es permitida y en qué casos es irrelevante para las normas citadas.

## 2. No toda comunicación es información ni publicidad

### 2.1 Opinión, información o publicidad

El artículo 5 del Estatuto del Consumidor define la *información* como

todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Por su parte, define a la *publicidad* como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.”

Como lo reflejan las definiciones transcritas, y por la misma naturaleza de la información y de la publicidad, estas son formas de comunicación comercial con las que un emisor transmite a uno o más receptores mensajes acerca de un producto o servicio.

Sin embargo, estas dos formas o especies de comunicación no son las únicas que existen, pues es frecuente que las personas —e incluso los consumidores— reciban contenidos en los que se les dan a conocer elementos objetivos de un producto, o en los que se les transmiten mensajes con el objeto de influir en sus decisiones de consumo, sin que los primeros sean calificables como información ni los segundos como publicidad. Ejemplo de lo anterior

1 Algunos regímenes son los de propiedad industrial, derechos de autor, imagen pública, intimidad, datos personales, protección de menores, normas sectoriales (salud, tabaco, higiene, financieras).

2 Por ejemplo, Códigos de Autorregulación Publicitaria.

3 Ley 1480 de 2011.



son los mensajes en redes sociales y las columnas de opinión en las que se realizan críticas de restaurantes o las publicaciones en las que se analizan productos y sus componentes para evaluarlos, criticarlos, compararlos, clasificarlos, recomendarlos o descalificarlos.

En este sentido, a pesar de que las palabras utilizadas en las definiciones del Estatuto del Consumidor son claras, su alcance y contenido no lo son, por lo que llevan a tesis y posiciones contraevidentes.

Como lo ha expresado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, “la labor interpretativa de una norma de ninguna manera puede circunscribirse, exclusivamente, a las palabras en las que se expresa, sino que, su verdadero sentido conlleva un análisis integral del texto, su historia, la relación con otros preceptos, y la finalidad perseguida con ella”<sup>4</sup>. Frente a tales definiciones se debe seguir una interpretación sistemática que conduzca a entender su contenido dentro del contexto de la Constitución y el alcance natural de las normas de derecho del consumo.

Así, no deben confundirse la información y la publicidad con el derecho fundamental a opinar<sup>5</sup>, pues, aunque en este último el emisor podría transmitir datos objetivos de los productos y difundirlos con la intención de influir en las decisiones de consumo de quienes los reciben, no por ello se convierte en el tipo de información que regula el estatuto del Consumidor y mucho menos la publicidad.

Aunque lo anterior parecería obvio, no lo es. En un proceso judicial por competencia desleal adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), la parte demandante era una exreina de belleza y modelo (Patricia López Rubio); los demandados, una empresa de cosméticos (Yanbal de Colombia S.A.) y un medio de comunicación (Casa Editorial El Tiempo S.A.- CEET). En su acción, la primera demandó a los últimos por actos desleales de descrédito, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de normas y violación de la cláusula general.

En su defensa la CEET argumentó que “las publicaciones cuestionadas en este caso no correspondían [*sic*] a una actividad publicitaria de los productos de Yanbal, sino a notas editoriales que contienen la opinión de los realizadores de cada una de las revistas sobre determinados aspectos relacionados con el cuidado personal y la belleza, razón por la cual enmarcó el desarrollo de esa actividad dentro del derecho constitucionalmente protegido a informar.”<sup>6</sup>

Esta excepción fue rechazada por la SIC –quien actuaba como autoridad jurisdiccional de primera instancia– con el siguiente argumento:

En relación con este punto, resulta necesario precisar, con fundamento en lo que ha dejado establecido este Despacho, que la publicidad es entendida como “la comunicación impersonal, que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios, la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación”, de manera que se debe concluir que, al margen de la forma en que CEET denomine los mensajes que fundamentaron la demanda, los mismos tienen un carácter publicitario en la medida en que reúnen todas las condiciones establecidas en la transcrita definición.

En efecto, los mensajes en cuestión constituyen una forma de comunicación impersonal, pues no están dirigidos a una persona en particular sino al público –lectores– en general, fueron difundidos a través de la utilización de un medio de comunicación y, al margen de la finalidad pretendida por la parte demandada [.]. Está demostrado que el efecto de la publicación de los comentados mensajes fue, precisamente, informar a los consumidores de la existencia de los productos de belleza y motivar la adquisición de los mismos<sup>7</sup>.

Así, según la sentencia de la SIC, las opiniones que influyen en la decisión de compra de los consumidores son publicidad, independientemente de la

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 3627-2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 15 de septiembre de 2021.

5 Constitución Política de Colombia, artículo 20:

Se garantiza a toda persona 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. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

6 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

7 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

intención con que se transmitan, pues su publicación puede generar ese efecto.

Posteriormente, en el año 2020, la SIC publicó su “*Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores*”. En esta guía, después de definir quiénes son *influenciadores*<sup>8</sup>, la entidad señaló lo siguiente:

Cuando el influenciador sea quien espontáneamente emite un mensaje publicitario sin que medie una relación o vínculo comercial con algún anunciante, este asumirá dicho rol, pudiéndosele exigir las obligaciones propias del mismo.

(...)

En este orden de ideas, el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, en relación con la información y la publicidad, podría dar lugar a la declaratoria de responsabilidad de los anunciantes, por supuesto; pero también de los influenciadores, quienes dependiendo del rol que desempeñen en la difusión de los mensajes comerciales, podrían ser considerados como anunciantes (en el caso de la promoción de productos propios o en el evento de actuar de manera autónoma sin que medie vínculo comercial con la marca objeto de la acción publicitaria). (p. 14)

Discrepamos de las posiciones expresadas por la SIC, pues al convertir las opiniones en publicidad o en información tutelada por las normas de derecho del consumidor, sin considerar el sujeto y la intención con que las difunde, está desconociendo el derecho a la libertad de expresión y, por ende, el artículo 20 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha manifestado que la libertad de expresión *stricto sensu* “corresponde al derecho individual de cada persona, a expresarse y difundir libremente el pensamiento, información e ideas sin limitación, por el medio que considere apropiado.”<sup>9</sup> Por su parte, en cuanto a la libertad de opinión, la Corte ha señalado lo siguiente:

La libertad de opinión protege la transmisión de las valoraciones propias que una persona hace de diferentes acontecimientos o hechos, su forma de percibirlos, los sentimientos que le generan y sus propias apreciaciones, por lo cual existe una mayor subjetividad con respecto a la libertad de información, pues depende de las características propias de cada persona la forma en que aprecia las diversas situaciones a las que se ve sometida o de las que conoce. Es decir, un mismo hecho puede generar diversas opiniones entre las personas, sin que, por regla general, se pueda limitar la difusión de una u otra de estas<sup>10</sup>.

Así, considerar que cualquier manifestación que haga una persona acerca de un producto configura el tipo de información comercial que regula el estatuto del Consumidor y que, si dicha manifestación se emite con la intención de influir en las decisiones de consumo, es publicidad, desconoce el derecho a la libertad de expresión y opinión que defienden la Constitución y los tratados internacionales de derechos fundamentales.

Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución Política no es el único que se refiere a la información. Al regular los derechos colectivos, el artículo 78 del mismo texto normativo se ocupa de los derechos del consumidor y dispone que “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.” Consciente de esta situación, a partir de la sentencia C-010 de 2000, la Corte Constitucional diferenció el contenido de las comunicaciones difundidas en desarrollo de los artículos 20 y 78 de la Carta. Se concluyó que mientras las primeras responden al derecho de las personas a difundir su pensamiento (opinión), las segundas, que incluyen la publicidad, envuelven un ánimo mercantil de quien las emite en desarrollo de su libertad económica.<sup>11</sup>

De lo expuesto por la Corte en sus distintas providencias se concluye que el derecho a la libre

8 Superintendencia de Industria y Comercio (2020). *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de los influenciadores*.

“Se puede entender como *influenciador* la persona, que a través de redes sociales y/o plataformas digitales interactivas, al compartir su cotidianidad, intereses y experiencias con una comunidad en línea, ha logrado construir credibilidad, confianza y una imagen reconocible que le permite influir, afectar o motivar el comportamiento del consumidor.”

9 Entre otras muchas sentencias que se refieren al tema, encontramos la siguiente: Corte Constitucional. Sentencia T-028/22, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera; 11 de mayo de 2021.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-361/20, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 31 de agosto de 2020.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-010/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 19 de enero de 2020.

28. Una lectura literal del artículo 13 de la Convención Interamericana, o del artículo 20 de la Carta, sugiere que la propaganda comercial se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión, pues ambas disposiciones señalan que las personas tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole. Por ende, una propaganda comercial debería



expresión y a la opinión es diferente a la difusión de información y publicidad que regula la Ley N.º 1480 de 2011. Mientras la libertad de expresión corresponde a un derecho fundamental de toda persona a difundir su pensamiento, las formas de comunicación previstas por el Estatuto del Consumidor revisten connotaciones económicas y de mercado que permiten regularlas.

En este sentido, contrario a lo señalado por la SIC en la Guía de Influenciadores y en la sentencia 1955 de 2012, tanto la persona en que se origina la difusión de la comunicación, como la intención con que la emite y si su difusión es o no espontánea, sí son determinantes para calificar el mensaje como opinión o como información o publicidad regulada por el estatuto. Estos factores serán los que determinen si tal expresión es libre o si está sometida a los requisitos y exigencias de la Ley 1480 de 2011.

Bajo esta perspectiva, los elementos característicos y diferenciadores de cada categoría son el sujeto responsable o en el que se origina la comunicación y la intención con que se difunde, siendo el efecto que generan un aspecto accidental y que no es determinante para encuadrar la comunicación en una u otra categoría.

En efecto, mientras la opinión puede ser expresada por cualquier persona, la información a la que se refiere el Estatuto del Consumidor siempre se origina en un productor, expendedor u oferente de bienes o servicios y la publicidad en un anunciante<sup>12</sup>. Sin embargo, no basta con el elemento subjetivo para establecer en qué categoría se enmarca una comunicación, pues –contrario a lo señalado por la SIC– la intención con que se difunde el mensaje

es determinante para su calificación. Así, cuando la intención del emisor es transmitir su pensamiento acerca de un producto o servicio, la comunicación corresponderá a una opinión; por su parte, si el objeto de la comunicación es informar acerca de características objetivas de un bien o servicio y quien la realiza es su oferente o responsable, la comunicación corresponderá a información regulada por el estatuto del Consumidor; y, finalmente, si lo que se difunde es un mensaje por parte de un anunciante o contratado por él, con el que se pretende influir en las decisiones de compra, la comunicación será una pieza publicitaria.

El efecto que tenga la comunicación en los receptores es indiferente para encuadrar la comunicación en las categorías citadas. La opinión no deja de serlo por el hecho de que sus receptores se vean influidos por ella y decidan comprar o no un producto; prueba de ello es que muchas columnas de opinión, artículos de prensa o manifestaciones públicas (chats, blogs, tuits, videos) se difunden con ese objetivo. Igual sucede con la publicidad, la cual, si bien se emite con la intención de influir en la decisión de compra, en algunas ocasiones no logra conseguir ese objetivo –por ejemplo, por ser deficiente o haber sido mal elegidos los medios para su difusión– y por ello no deja de ser publicidad.

En conclusión, no toda comunicación es el tipo de información y publicidad a la que se refiere el Estatuto del Consumidor. Desconocer lo anterior puede conllevar a infringir el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20 de la Constitución Política, incluso si las opiniones se refieren a bienes o servicios que se ofrecen en el mercado y quien las emite lo hace para influir en el comportamiento de los receptores.

---

recibir exactamente la misma protección constitucional que un mensaje político o una discusión científica y religiosa. Cualquier restricción legal a la publicidad debería entonces respetar las estrictas exigencias señaladas en el fundamento 7º de esta sentencia.

29. Una interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación.

La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole.

Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la “Constitución económica”.

12 La Ley 1480 de 2011 no define “anunciante” a pesar de que se refiere a él en sus artículos 29, 30 y 32. No obstante lo anterior, se ha entendido que el anunciante es la persona que adopta la decisión de emitir una pieza publicitaria o de comunicación y, por tanto, quien la aprueba y asume el valor de su producción y difusión.

La “Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores” define al anunciante como “toda persona natural o jurídica que, por cuenta propia o en cuyo nombre, se hace o divulga publicidad con el propósito de promover sus productos o influir en el comportamiento del consumidor.”

## 2.2 Información y publicidad

Probablemente una de las definiciones más pobres que trae la Ley 1480 de 2011, es la de publicidad. Según el artículo 5 numeral 12 del texto normativo mencionado, esta se define como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo<sup>13</sup>.”

Como lo señalan las reglas de la lógica, una definición debe abarcar todo lo definido y únicamente lo definido. Si esta regla se aplica a la noción de publicidad que trae el estatuto, fácilmente se observa que tal definición excede el alcance natural que tiene la publicidad, pues, como se dijo en la sección anterior, abarca hipótesis de comunicaciones que no son publicidad —como la opinión— e induce a los intérpretes en error —como le sucedió a la SIC en el 2012 y lo repitió en la Guía de Influenciadores de 2020—.

De acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.” Sin embargo,

puede ocurrir que las palabras de la ley sean claras, pero el sentido de la norma no, por carecer de armonía con el resto de la normativa relacionada, conducir a conclusiones contrarias a la razón o no alcanzarse a descubrir el motivo de la regulación.<sup>14</sup>

En estos casos, a pesar de la claridad de las palabras, la norma es oscura y debe interpretarse en forma sistemática y siempre acorde con la Constitución.

Así, aunque las palabras que trae la definición de publicidad del estatuto son claras, su sentido no lo es, pues su interpretación literal conduce a conclusiones contrarias a la razón, como incluir formas de comunicación que no buscan beneficiar a un anunciante.

Al interpretar la definición citada dentro del sistema de protección al consumidor al que pertenece, se tiene que la publicidad es toda forma y contenido de comunicación que ordena realizar un anunciante, que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo; será engañosa y prohibida cuando su mensaje “no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión” (Ley 1480, artículo 5 numeral 13).

13 Ley 1480 de 2011.

14 Código Civil de Colombia, artículo 27.

Desafortunadamente la definición de información no es mejor que la anterior. Según el numeral 7 del artículo 5 del estatuto, la información es:

todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Ley 1480)

Esta definición tiene los mismos defectos que la de publicidad, pues también abarca formas de comunicación que, a pesar de que pueden reunir los elementos que refiere la norma, no son el tipo de información que interesa al derecho de consumo, sino manifestaciones del derecho a la libertad de expresión, opinión e incluso información que prevé el artículo 20 de la Carta.

Nuevamente, al interpretar la definición dentro del sistema jurídico al que pertenece, se concluirá que la información que regula el Estatuto del Consumidor es aquella que refiere a los elementos arriba transcritos cuando son transmitidos por un productor o expendedor del bien o servicio, pero no cuando la comunicación la emite una persona que no tiene relación ni responsabilidad frente a la oferta de estos.

Una dificultad adicional que no se limita al plano teórico o académico, sino que tiene efectos procesales, consiste en determinar si entre la información y la publicidad existe una relación de género especie o si se trata de figuras diferentes e independientes entre sí.

Lo primero que se debe mencionar es que tanto la información como la publicidad presentan elementos comunes que son característicos de la comunicación, pues en ambos casos hay un emisor, un receptor, un mensaje o contenido y un vehículo de difusión. Sin embargo, también presentan diferencias que las hacen distintas e independientes, por lo cual, si se pudiera hablar de una relación entre la información y la publicidad, habría que concluir que se trata de dos especies del género de la comunicación.



Algunas diferencias que evidencian su independencia conceptual y regulatoria, se aprecian en los siguientes apartados de la Ley 1480 de 2011.

#### a. En la enunciación de los derechos de los consumidores

El artículo 3 de la ley establece como derechos diferentes los que tienen los consumidores a (i) recibir información y (ii) ser protegidos frente a la publicidad engañosa.<sup>15</sup>

Si la ley determinó que de la información y la publicidad se derivan derechos diferentes es porque son distintos. La consecuencia de esto se refleja en que la ley dispuso una definición y una regulación para cada uno de ellos, estableciendo títulos, capítulos y artículos especiales e independientes en los que desarrolló cada uno de estos derechos.

#### b. En las definiciones

Si la publicidad y la información tienen definiciones distintas es porque son conceptos diferentes.

El concepto de publicidad que trae la ley no se estructura con base en la información, sino en la comunicación y el mensaje. Así, la norma reconoce que existen piezas publicitarias que no tienen por objeto dar a conocer los elementos objetivos de los productos a los que se refiere la información y que la publicidad emplea elementos subjetivos que la alejan de la objetividad que reviste la información.

Acorde con lo anterior, la noción de publicidad engañosa no exige que aquello que se comunique deba corresponder a información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, características que sí se exigen para la información<sup>16</sup>; sino que reprime aquella que resulta engañosa, en razón a que su mensaje es susceptible de inducir a error, engaño o confusión respecto de lo anunciado.

Prever requisitos diferentes para la información y la publicidad es lógico, pues, como lo han señala-

do las autoridades involucradas a nivel mundial en el tema, existe publicidad que cumpliendo con las exigencias que tiene la información puede resultar engañosa. De igual manera, existen mensajes que sin cumplir con estos elementos no engañan al consumidor, por ejemplo, al transmitir mensajes subjetivos.

#### c. La estructura de la Ley y su división

Al ser la información y la publicidad conceptos diferentes que generan distintos derechos, el resultado que se sigue es que cada uno tiene una regulación propia e independiente, tal como lo dispuso la Ley 1480 de 2011.

Así, el Estatuto del Consumidor dedicó un Título y un Capítulo especial y único para la información ("*Título V - De la Información - Capítulo Único - De la Información*") y un Título y un Capítulo especial y único para la publicidad ("*Título VI - De la Publicidad - Capítulo Único De la Publicidad*").

La independencia de títulos y capítulos no solo indica que los conceptos de información y publicidad son diferentes, sino que crea reglas especiales para cada una de esas figuras, sin que sea posible considerar que entre la información y la publicidad existiera una relación de género especie. Si así fuera, la publicidad estaría regulada dentro de las normas de la información o, cuando menos, sus normas habrían sido establecidas como un capítulo de la información, cosa que el legislador no hizo.

#### d. La obligación de difusión y su contenido mínimo

La Ley 1480 de 2011 establece como una obligación de los productores y proveedores difundir información acerca de los productos que ofrecen. En este sentido, el artículo 23 dispone que "los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan". De ello se sigue que transmitir información es

<sup>15</sup> Ley 1480 de 2011.

Artículo 3°. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

Derechos:

(...) 1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.

<sup>16</sup> Artículo 23: Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea [énfasis agregado] sobre los productos que ofrezcan (...).

una obligación que se encuentra en cabeza de los sujetos mencionados y que si faltan a ella pueden ser sancionados. Tan cierta es esta obligación, que el artículo 24 del estatuto fija el contenido mínimo que debe informarse, el cual debe reunir las condiciones antes citadas.

A diferencia de lo anterior, la Ley 1480 de 2011 no establece que la difusión de publicidad sea obligatoria o que constituya un deber del anunciante, pues, como es natural, nadie puede ser obligado a anunciar. Lo que prevé la ley en su artículo 3, numeral 14 es que aquella publicidad que se difunda no sea engañosa y, en ese sentido, fija el derecho del consumidor a recibir protección contra esta.

Siendo un deber de los productores y proveedores transmitir información mínima y no estando obligados los anunciantes a difundir publicidad, no cabe duda que la información y la publicidad son figuras diferentes y con reglas propias, pues si a la publicidad se aplicaran las reglas de la información, tendría que tener los contenidos mínimos a los que hace referencia el artículo 24 de la ley.

De lo anterior se concluye que el Estatuto del Consumidor contiene reglas propias y especiales para la información, y reglas propias y especiales para la publicidad, por lo que es jurídicamente desacertado evaluar la publicidad con base en las normas de la información y viceversa.

#### **e. Los sujetos a los que se les imponen cargas**

Los sujetos responsables por infringir las normas sobre información y publicidad son diferentes. Mientras los responsables por la información son el proveedor y el productor, los anunciantes lo son por la publicidad y, en algunas ocasiones, el medio de comunicación.

En conclusión, por ser la publicidad y la información especies diferentes del género de la comunicación, el estatuto crea frente a cada una derechos, definiciones, regulaciones, exigencias y obligaciones –incluso de difusión– distintas, de donde se sigue que no es jurídicamente viable evaluar la publicidad con base en las normas y exigencias de la información, ni viceversa.

### **3. La noción de engaño: cuándo se presenta y cuándo no**

Antes de abordar el tema del engaño es necesario y justo hacer una precisión previa: el engaño es la excepción y de ninguna forma constituye la regla general.

En los medios de comunicación, e incluso en las páginas web de las entidades públicas, es frecuente ver grandes comunicados o noticias en las que se informa que alguna empresa fue sancionada o condenada por publicidad engañosa. Si bien esto puede ser verdad y efectivamente pudo haber un caso de publicidad engañosa, lo cierto es que los medios y las entidades rara vez publican las decisiones en las que se archivan los procesos exonerando de responsabilidad a los anunciantes o declarando que no existió engaño. Si a esto se agrega, como se dijo en la introducción de este escrito, que cada persona está expuesta diariamente a cientos de mensajes informativos y publicitarios y que el 99% o más de ellos son verdaderos, la conclusión solo puede ser una: por regla general la publicidad no es engañosa y los anunciantes y empresarios respetan las reglas de protección al consumidor y son leales en el comercio.

#### **3.1 La veracidad frente a la comunicación: mito o realidad**

El Diccionario de la Lengua Española define en su cuarta acepción la palabra mito de la siguiente forma: “Persona o cosa a la que se le atribuyen cualidades o excelencias que no tiene”. Por su parte, la palabra realidad la define el mismo diccionario como “existencia real y efectiva de algo” o “verdad, lo que ocurre verdaderamente”.

En este punto toma importancia la diferenciación entre información y publicidad, pues dependiendo del tipo de comunicación de que se trate, la exigencia de veracidad será una realidad o simplemente un mito que varias veces ha estado a punto de convertirse en realidad, por atribuirle a la publicidad cualidades y exigencias que no tiene.

#### **3.2 Veracidad de la información – Las exigencias que fija la ley**

Como se ha señalado a lo largo de este escrito, la información, la publicidad y la opinión son formas diferentes de comunicación en las que cada una tiene sus propias características, tanto desde una perspectiva conceptual como jurídica.

Como se indica en su definición, la información es

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



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

Se observa entonces que la información a la que se refiere el Estatuto del Consumidor corresponde a los datos que se comunican acerca de los atributos de un producto o servicio. En todos los casos, dicha comunicación refiere únicamente elementos objetivos, los cuales tienen la particularidad de permitir que aquello que se informa pueda ser confrontado con la realidad para verificar su correspondencia.

De esta forma, siendo datos que se refieren a atributos o características objetivas, la ley exige que esta información sea veraz<sup>17</sup>, de manera que quien la reciba se forme un concepto que coincida con la realidad del producto o servicio que se ofrece.

Dado lo anterior y como consecuencia de la naturaleza objetiva de la información, es natural y lógico que el estatuto disponga que es un derecho de los consumidores “obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación” (Ley 1480 de 2011, artículo 3 numeral 1.3) y que el artículo 24 de la misma ley establezca que es un deber de los productores y proveedores “suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan”.

Independientemente del significado que tiene cada uno de los adjetivos que utiliza la ley, la cual parece más una repetición de sinónimos redundantes en los que un adjetivo se explica con la definición de otro que también figura en la lista<sup>18</sup>, lo cierto es que todas estas exigencias se resumen en dos: la información debe ser verdadera y suficiente.

Cuando la información es verdadera, el consumidor recibe datos que le permiten conocer las características del producto que se ofrece. Sin embargo, este elemento por sí solo no basta, pues podría suceder que se transmita información sobre un aspecto, pero se omita frente a otros que pueden ser relevantes. En tal sentido, además de verdadera, la información debe ser suficiente; es decir, la necesaria para que el consumidor se forme una idea de la oferta y los atributos de los bienes.

A los requisitos citados normalmente suele agregarse que la información sea verificable. Consideramos que este no es un requisito de la información, sino una consecuencia de la veracidad, pues probar que lo que se dice acerca de un bien coincide con los atributos que tiene es un hecho externo al producto y una labor técnica de confirmación.

Por último, si la información que se transmite es verdadera y suficiente, los demás requisitos que enuncia la ley se cumplen por sí solos, toda vez que los datos serán completos, veraces, transparentes, oportunos, verificables, comprensibles, precisos e idóneos.

17 Real Academia Española. (s.f.). Veraz. En Diccionario de la lengua española

Veraz: “Que dice, usa o profesa siempre la verdad”. <https://dle.rae.es/veraz?m=form> // Verdad: “Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente.” <https://dle.rae.es/verdad>

18 En innumerables resoluciones la SIC ha procurado definir el alcance de cada uno de los atributos que fija la Ley 1480 de 2011 para la información. A título de ejemplo se cita la Resolución 83923 de 2021:

Si bien, estas características no se encuentran definidas en el estatuto del Consumidor, las mismas pueden ser dilucidadas de la siguiente manera:

Información clara: Significa que la información debe ser inteligible, libre de obstáculos y fácil de comprender.

Información veraz: “este elemento se refiere a la realidad y certeza de la información, implica que debe estar ajustada a la realidad, además que debe ser cierta y comprobable. Así las cosas, debe existir correspondencia entre los atributos que se ofrecen respecto del bien y los que efectivamente se otorgan al consumidor”.

Información suficiente: La información que el productor o proveedor debe brindar al consumidor debe incluir todas las características relevantes que puedan incidir en la decisión de compra o adquisición del producto o servicio. Ello no significa que deba incluirse la mayor cantidad posible de información, sino la suficiente para que el consumidor pueda entender con claridad los aspectos que rodean su decisión de consumo.

Información oportuna: Implica que la información se dé en el momento adecuado, “cuando el consumidor la necesite, de tal forma que una información extemporánea puede alterar la capacidad de decisión del consumidor(...)”

Información verificable: El carácter “verificable” de la información indica la posibilidad de que esta pueda ser contrastada para corroborar su veracidad.

Información comprensible: Esto significa que la información debe ser presentada de tal manera, que los consumidores puedan entender sin mayores elucubraciones, las características del producto o servicio que se les ofrece.

Información precisa: La información debe ser concreta, exacta y corresponder directamente con el producto o servicio al cual hace referencia.

Información idónea: El concepto de idoneidad tiene que ver con la calidad y la relevancia de la información con relación a la naturaleza, la finalidad y la destinación del producto o servicio.”

En consecuencia, frente a la información que regula el Estatuto del Consumidor la veracidad es realidad.

### 3.3 Engaño, veracidad y publicidad

En materia de análisis publicitario, el concepto relevante es el de engaño, no el de veracidad y, por ende, tampoco el de comprobabilidad. En este punto, tanto las normas de Consumidor, como las de competencia desleal (Ley 256 de 1996 y Decisión 486/2000 de la CAN) coinciden con que lo que se reprime es el engaño, no la falta de veracidad en sí misma considerada.

En efecto, de acuerdo con el numeral 13 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, la publicidad engañosa es “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.”

Por su parte, el artículo 8 de la Ley N.º 256 de 1996 considera desleal “toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos”. De la misma forma, presume que tal deslealtad se produce por:

la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos. (art. 11)

A lo anterior debe agregarse que, por mandato expreso del legislador, la norma de engaño está en concordancia con el Convenio de París sobre Propiedad Industrial (Ley N.º 178 de 1994), el cual establece -con idéntico texto a la Decisión 486 de la CAN- que “constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial (...) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.” (art. 259-c.)

#### 3.3.1 Veracidad vs. engaño

Como se observa, las normas de consumidor no exigen que aquello que se diga en una pieza publicitaria sea verdadero, sino que, cuando mucho, lo que permite es presumir la deslealtad, pues el eje sobre el que giran las normas es el error o engaño al que se pueda inducir al receptor de la comunicación. De lo anterior se desprende que, frente a la publicidad, la exigencia de veracidad es un mito.

Respecto de la no exigencia de veracidad, el Tribunal Superior de Bogotá señaló:

Por su importancia para la definición de este litigio, dado que se alegó la configuración de actos de engaño y de descrédito (Ley 256 de 1996, arts. 11 y 12), es necesario resaltar, acorde con el respeto a las mencionadas libertades, que si bien lo deseable -y esperable- es que las personas que concurren a un mercado obren con apego al postulado de veracidad y, conforme con él, hagan indicaciones exactas, completas, verdaderas y pertinentes sobre las prestaciones mercantiles, la actividad, el establecimiento, el modo de fabricación, las características y la aptitud de los productos de sus competidores, entre otras variables, en consideración a la trascendencia que tiene esa forma de proceder en la economía de mercado y en los derechos de los consumidores, no es posible censurar y tildar como desleal la sola difusión de indicaciones incorrectas o falsas, o la omisión de las verdaderas, pues, por extraño que parezca y por más perplejidad que provoque, las simples afirmaciones o negaciones imprecisas, e incluso las que distorsionen total o parcialmente una específica realidad, no constituyen -por regla-comportamiento artero.

(...)

Y también se ha decantado, por esa misma vía, que la descrita no es una conducta de resultado, en la medida en que “no se exige ... un engaño efectivo, un resultado, sino una aptitud para incidir en la conducta de quienes son los destinatarios de la información emitida ... no se exigirá para la estimación de la deslealtad, la prueba de que uno o varios destinatarios han percibido falsariamente [sic] la realidad del bien, del servicio, la naturaleza, modo de adquisición etc., sino que deberá probarse cuantas circunstancias permitan realmente significar que el acto da lugar o pudiera dar lugar, si produce plenos efectos, a los resultados influyentes en la conducta de quienes lo perciben.”<sup>19</sup>

19 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, 24 de abril de 2018. Verbal de Caracol Televisión S.A. contra Telmex Colombia S.A.



Así las cosas, la falsedad de una afirmación —o la ausencia de veracidad— no son sinónimos de engaño, como tampoco la veracidad de una aseveración es sinónimo de que la pieza publicitaria esté correcta. Así pues, un anuncio comercial podrá ser permitido aun cuando lo que se diga no sea verdadero y, en sentido opuesto, podrá ser descalificado incluso cuando lo que se diga sea literalmente cierto.

Como consecuencia de lo anterior, habrá *engaño* “cuando el mensaje que difunde un anunciante (...) contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad”. (Jaeckel, 2004, como se citó en el Tribunal Superior de Bogotá, 2021).

Esta noción de engaño abarca los diferentes elementos que se involucran en la comunicación: (i) comprende al emisor (anunciante), que es el responsable de la pieza publicitaria, quien la ordena y a quien beneficia; (ii) al receptor, que es a quien se dirige el mensaje y no simplemente el consumidor o cliente, pues debe recordarse que los objetivos de la publicidad no se limitan a vender un producto, sino que su principal finalidad es crear recordación y valor de marca; y (iii) un mensaje, es decir, aquello que se comunica.

Ahora bien, el análisis de piezas publicitarias involucra un ejercicio complejo, el cual no se limita a confrontar frases o imágenes con productos o servicios, sino que debe considerar aspectos propios de la comunicación y de la percepción del consumidor.

### 3.3.2 El mensaje debe interpretarse en su integridad y contexto, en la forma en que lo interpreta el consumidor racional, medio o común

Debe recordarse que la publicidad es comunicación —no necesariamente información— y en ella se presenta una mezcla de denotaciones y connotaciones, donde lo importante no es lo que se dice o calla, sino lo que se transmite. Así, lo que se analiza es el mensaje que se comunica con la publicidad dentro de su contexto e integridad y no por sus palabras o imágenes aisladas, toda vez que el consumidor no decodifica frases sueltas o imágenes, sino mensajes y contextos (Jaeckel, 1999).

En este sentido, lo primero que se debe determinar es el mensaje que transmite la publicidad, para posteriormente determinar si este es capaz o suscepti-

ble de generar en el receptor una representación distorsionada de la realidad.

Aquí entra a jugar un papel preponderante el destinatario del mensaje. Si bien la publicidad es percibida por múltiples personas, debemos tener en cuenta que no está dirigida a todas ellas, sino a un consumidor objetivo que utiliza los productos o servicios ofrecidos. Por ejemplo, un producto de higiene femenina no está destinado a ser consumido por hombres, por lo cual, si alguno o algunos se vieran engañados por su mensaje, tal resultado sería jurídicamente indiferente.

Por otra parte, no basta con determinar cuál es el consumidor objetivo —o target— al que se dirige la pieza publicitaria, sino que se debe analizar la actitud que esta toma frente a la publicidad.

En tal sentido, para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Si el error es generalizado, podría asumirse que este se origina en el mensaje y que el anunciante es responsable de él; por el contrario, si el error se presenta en unas cosas personas, posiblemente este sea atribuible a ellas, por lo cual el anunciante no será responsable. Frente a este punto, la “Federal Trade Commission” de los Estados Unidos dijo lo siguiente:

Un anunciante no puede ser acusado de ser responsable por cualquier concepción errada imaginable, o aún más por una concepción descabellada, donde las interpretaciones están sujetas a la ridiculidad o a la debilidad mental. Algunas personas, por su ignorancia o por su incomprensión, pueden caer en error hasta por una afirmación escrupulosamente honesta. Así, si unos pocos transeúntes despistados creen, por ejemplo, que todos los “Pastelitos Daneses” son hechos en Dinamarca, ¿es por ello sancionable como engaño anunciar “Pastelitos Daneses” cuando ellos son hechos en este país? Por supuesto que no. Una interpretación no se convierte en falsa o engañosa solamente por el hecho de que sea malentendida irracionalmente por un segmento insignificante y no representativo de las personas a las cuales el mensaje está dirigido. (Federal Trade Commission [FTC], 1983, p.3)

Así las cosas, como lo hemos expuesto en múltiples escritos y ponencias y ha sido acogido por las diferentes autoridades en la materia, el patrón de consumidor que se debe considerar es el del consumidor racional.

Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma como los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado.

La superficialidad en el análisis que hace el consumidor “no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.” (Indecopi. Resolución 052-096 TRI -SDC)

Si se llegara a sancionar a un anunciante por cualquier interpretación absurda que hiciera una persona que observa un aviso, no se estaría protegiendo al consumidor, sino castigando al anunciante por las interpretaciones irracionales y descabelladas de unas cuantas personas que no representan el entendimiento general que los consumidores le dan a los anuncios.

Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (Jaeckel, 2005, p. 62)

En conclusión, y como lo indicó la SIC en la Resolución 83923 de 2021, “para el análisis sobre la publicidad engañosa se valoran de manera conjunta todos los elementos que la integran. Así, a manera de ejemplo, y sin pretender que los que se anuncian abarquen la totalidad, deben tenerse en cuenta los textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, cualquier otra información contenida en ellas y, en especial, el mensaje transmitido que se construye a partir de los anteriores elementos enunciados. De

igual manera, el estudio debe efectuarse a partir del contenido y significado común y usual que se le atribuiría a las palabras, frases y oraciones comprendidas en el anuncio”, entendiendo el mensaje en la forma como lo hace un consumidor racional, común o medio -agregamos-.

### 3.3.3 Las normas que regulan la publicidad reprimen el engaño al consumidor y no la simple falta de veracidad

De acuerdo con el Estatuto del Consumidor, “está prohibida la publicidad engañosa” (art. 30), es decir, “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión” (art. 5 numeral 13).

De estas normas debe resaltarse que la Ley 1480 de 2011 no prohíbe la publicidad cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente. La restricción recae únicamente sobre aquella publicidad que, además de reunir esas condiciones, por la forma en que es difundida y expuesta, induce o puede llegar a inducir a error, engaño o confusión al consumidor racional al que se dirige.

Así, el estatuto reconoce que puede haber afirmaciones que no sean verdaderas o que no transmitan datos completos de los productos, pero de ello no se sigue forzosamente que engañen al consumidor.

Igual sucede frente a las normas de competencia desleal, pues el artículo 11 de la Ley N.º 256 de 1996 reprime la inducción al público a error y solo *presume* desleales la “utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error” a las personas a las que se dirige.

Así, al ser una presunción legal, el anunciante podrá probar que, a pesar de que las afirmaciones que contiene un mensaje publicitario no son verdaderas, las mismas no son capaces de inducir a error a sus destinatarios. De ello se sigue que, al igual que el estatuto del Consumidor, la Ley de Competencia Desleal no condena las afirmaciones que no sean ciertas, sino aquellas que pueden resultar engañosas.

La no exigencia de veracidad en las afirmaciones es ratificada por el artículo 259 de la Decisión 486 y el punto 3 numeral 3 del artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley N.º 178 de 1994 (norma dispuesta por el legislador en concordancia



con el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal). En estas disposiciones se establece que constituye un acto de competencia desleal la difusión de “indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

### 3.3.4 Afirmaciones objetivas y subjetivas (*puffery*)

Un aspecto que no debe desconocerse es que la publicidad puede contener tanto mensajes objetivos como subjetivos.

Los aspectos objetivos refieren a atributos, características, elementos de los productos o servicios que, por tener una entidad física o ser cuantificables, pueden ser comprobados. Como ejemplo de ello encontramos a los componentes, el volumen, el rendimiento, el precio, los usos y las preferencias de los productos.

A su vez, las afirmaciones subjetivas son aquellas en las que el anunciante expresa su opinión acerca de su producto o servicio. Este tipo de afirmaciones no son comprobables, pues al ser opiniones no son falsas ni verdaderas y, por tanto, no son susceptibles y la ley no exige que sean comprobables. Ejemplos de afirmaciones subjetivas son “la mejor del mundo”, “la única”, “perfecta” y, en general, aquellas en las que el anunciante elogia su producto.

Un elemento importante de las afirmaciones subjetivas es que normalmente no guían la decisión de compra de los consumidores. Lo anterior en razón a que el comprador las percibe como alabanzas, e incluso exageraciones, que el anunciante hace de su producto, por lo que el consumidor las espera y, por regla general, no las toma en serio. Debe recordarse que el consumidor recibe cientos de mensajes comerciales a diario, por lo cual está habituado a recibir publicidad y a diferenciar aquello que es objetivo y comprobable de aquello que simplemente busca generar simpatía, afecto, empatía o recordación.

La ley no es ajena a la existencia de afirmaciones objetivas y subjetivas y, en forma acertada, dispo-

ne exigencias frente a las primeras, al tiempo que es indiferente frente a las segundas. Lo anterior se debe a que, mientras la información se limita a transmitir datos objetivos que guían su decisión de compra, la publicidad es esencialmente persuasiva y siempre contiene algún elemento subjetivo.

En efecto, el artículo 5 numeral 7 de la Ley N.º 1480 de 2011 establece que la información es “todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación” y el artículo 23 exige que esos datos que se informan deben ser claros, veraces, suficientes, oportunos, verificables, comprensibles, precisos e idóneos.

Como se observa, todos los elementos que se refieren a la información corresponden a elementos objetivos, sin que ninguno de ellos tenga una connotación subjetiva.

En cuanto a la publicidad, en las normas no hay ninguna exigencia de que lo que se comunique sea objetivo, sino simplemente se indica que, si se hace alguna referencia a un elemento de ese tipo, el anunciante se obliga a cumplirlas.<sup>20</sup>

En resumen, como señala el Tribunal Superior de Bogotá:

La normatividad contiene dos figuras distintas pero conexas: i) la publicidad que puede incluir aspectos objetivos, como también valoraciones subjetivas, debiendo ser los primeros ciertos y suficientes, es decir, despojados de cualquier elemento que pueda llevar al engaño, provocar error o confusión, porque la misma tiene como límite la sinceridad, corrección y buena fe y, de otro lado, ii) el deber de información que porta, de manera exclusiva, elementos objetivos que describen estrictamente la realidad de lo ofertado. En uno y otro caso, deberá ser acreditado en el proceso el aspecto omitido, falseado, tergiversado, artificioso, etc., de la información o publicidad, su influencia en la formación del consentimiento de quien invoca la protección frente al negocio y el perjuicio que se alegue fue derivado de esos defectos.<sup>21</sup>

20 Ley 1480 de 2011. Artículo 29:

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

21 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Luis Roberto Suárez González, 17 de febrero de 2021.

De lo expuesto se concluye que, al ser la información la difusión de datos objetivos, esta debe ser verdadera y suficiente, con lo que se consigue que el consumidor conozca la realidad del producto y, con base en esta, adopte una decisión de compra. Cuando la información no es verdadera y suficiente, tampoco será clara, comprensible, completa ni comprobable, por lo que las autoridades podrán sancionar al productor o expendedor que la difunda, pues será contraria a las exigencias que para ella fija el estatuto del Consumidor.

Por su parte, la publicidad no debe ser engañosa; es decir, no debe ser capaz de inducir a error al consumidor o a las personas a las que se dirige. Dado que la publicidad contiene afirmaciones objetivas y subjetivas, solo las primeras guían la decisión de compra, pues las segundas son percibidas como la opinión del anunciante respecto de su producto. En tal sentido, la posibilidad de comprobar un mensaje está referida a sus elementos objetivos y solo será sancionable cuando sea capaz de generar en el consumidor racional una representación distorsionada de la realidad.

#### 4. Conclusiones

El engaño es un estado que se genera en el receptor de una información. El estado de engaño es el mismo frente a cualquiera de las normas que prevén consecuencias por tal provocación. De esta forma, la noción de engaño y su alcance es el mismo, sin que se requieran regulaciones especiales o modificaciones para evaluar –y eventualmente sancionar o condenar– mensajes que se transmitan utilizando medios nuevos o no tradicionales.

Tanto la información como la publicidad presentan elementos comunes que son característicos de la comunicación, pues en ambos casos hay un emisor, un receptor, un mensaje o contenido y un vehículo de difusión. Sin embargo, también presentan diferencias por lo cual, si se pudiera hablar de una relación entre la información y la publicidad, habría que concluir que se trata de dos especies del género de la comunicación.

En el Estatuto del Consumidor colombiano la información y la publicidad están definidas; sin embargo, no es claro el alcance y contenido de cada categoría lo que ha llevado a posiciones y tesis contraeventos.

Las opiniones no son por su naturaleza de publicidad ni de información, sino que son formas de comunicación amparadas por el derecho constitu-

cional a la libertad de expresión. Esto indica que no toda manifestación que haga una persona sobre un producto tiene propósito comercial o de influir en las decisiones de consumo. Algunas opiniones pueden influir en el receptor y lo lleven a adquirir un producto y, a pesar de ello, no pueden catalogarse como anuncios.

La publicidad puede contener tanto mensajes objetivos como subjetivos. En esta línea, mientras la información se limita a transmitir datos objetivos que guían su decisión de compra, la publicidad es esencialmente persuasiva y siempre contiene algún elemento subjetivo.

#### Referencias bibliográficas

- Código Civil [CC]. Ley 57 de 1877. 20 de abril de 1887 (Colombia).
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión N.º 486. 14 de septiembre de 2000.
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia T-010/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 19 de enero de 2020.
- Corte Constitucional. Sentencia T-361/20, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 31 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional. Sentencia T-028/22, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera; 11 de mayo de 2021.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 3627-2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 15 de septiembre de 2021.
- Federal Trade Commission (1983). Policy Statement of Deception,
- Jaeckel Kovács J. (1999). Publicidad engañosa y publicidad comparativa. *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados* 24, N.º 198.
- Jaeckel Kovács J. (2005). Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N.º. 20.
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. D.O. No.48.220.



Ley 178 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979. 28 de diciembre de 1994. D.O. No. 41.656.

Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. 14 de enero de 1996- D.O. No. 42.692.

Resolución 83923 de 2021 [Superintendencia de Industria y Comercio]. 31 de diciembre de 2021.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1955 de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio (2020). *Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de los influenciadores.*

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, 24 de abril de 2018.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Luis Roberto Suárez González, 17 de febrero de 2021.