

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 16-155160- -00001-0000	Fecha: 2016-07-26 16:47:46
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
ELIANA OTALORA CARREÑO
eliana.otalora@urosario.edu.co

Asunto: Radicación: 16-155160- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señora:

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través de su comunicación de fecha 14 de junio de 2016 en el cual se señala:

“1. En diciembre de 2015 por medio de una página de Instagram adquirí unos tenis Adidas Superstar que se suponían eran originales por las descripciones de esta página, así mismo al preguntarle a la vendedora por whatsapp aseguró que eran originales.

2. Adquiridos los tenis se veían diferentes a los que mostraban en la página y consultando con vendedores del establecimiento comercial de Adidas, aseguraron que eran copias triple A.

3. Se hizo el reclamo a la persona que me vendió los tenis y señalo que no habían devoluciones de dinero, ni cambios ya que si eran 100% originales aunque le argumente las razones por las cuales no lo eran, debido a lo anterior, esta persona me bloqueo tanto de whatsapp como de Instagram.

PETICIÓN

1. ¿Cuáles son las normas aplicables a las redes sociales como Instagram o Facebook en donde comercializan diferentes productos en caso de falsa publicidad?

2. En caso de haber normas aplicables a este caso, ¿cuáles son las sanciones procedentes a este tipo de ventas?”.



Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

Ahora bien, una vez realizada la anterior precisión, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

En atención al tema de su consulta, le informamos que las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, tiene entre otras las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.
- Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.
- Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.
- Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

En virtud de dichas competencias, entre otras, las funciones que cumple esta Superintendencia se relacionan con los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como, la verificación de la responsabilidad por



el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente, publicidad engañosa e indicación pública de precios, y protección contractual (cláusulas abusivas). En este orden de ideas, se procederá en primer lugar al desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial que corresponda realizar en torno al objeto de su petición como eje central.

4. RELACIÓN DE CONSUMO

El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011-Estatuto del Consumidor-, establece el ámbito de aplicación de dicha norma, así:

"Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados". (Resaltado fuera del texto).

Este artículo establece como marco general de aplicación de la Ley 1480 de 2011 -Estatuto del Consumidor, las relaciones de consumo, las cuales se presentan respecto de quienes adquieren un bien o servicio de productores o proveedores, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 30 de abril de 2009, respecto a lo que constituye una relación de consumo, en los siguientes términos:

"La relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas 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 particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el equilibrio perdido."

Por su parte la doctrina ha manifestado:

“En ese orden de ideas, encontramos que con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de las relaciones de consumo para los ordenamientos jurídicos resulta importante definir el contenido y alcance de las expresiones “consumidor” y “productor” o “proveedor”. (Juan Carlos Villalba Cuellar en su libro “Introducción al Derecho del Consumo”)

Al efecto, la citada ley 1480 de 2011, establece en su artículo 5 las siguientes definiciones:

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

“9. Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.”

“11. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”

Se concluye entonces, que la relación de consumo se presenta respecto de quienes adquieren un bien o servicio de productores o proveedores, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica.

Por lo tanto, se requiere de la existencia de una relación de consumo, entendida como aquella establecida entre consumidores y productores y/o proveedores, para dar aplicación a las normas de protección al consumidor.

5. VENTAS QUE UTILIZAN MÉTODOS NO TRADICIONALES Y A DISTANCIA

La Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor y las normas que lo reglamentan, contemplan específicas disposiciones en relación con las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.

El Capítulo V de la mencionada ley, titulado “De las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia”, dispone en el artículo 46:

“Deberes especiales del productor y proveedor. El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá:

1. Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado.
2. Permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original.
3. Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del proveedor y del productor del bien.
4. Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.

Parágrafo. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno Nacional se encargará de reglamentar las ventas a distancia.”.

Mediante el Decreto 1499 del 12 de agosto de 2014, se reglamentaron las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.

El artículo 2.2.2.37.2. del Capítulo 37 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”, que compila el Decreto 1499 DE 2014, por ser norma reglamentaria del sector, señala el ámbito de aplicación:

“El presente decreto es aplicable a las relaciones de consumo que se efectúen a través de ventas a distancia o de aquellas que utilizan métodos no tradicionales.

Parágrafo. Las disposiciones contenidas en el presente decreto no son aplicables a las relaciones de consumo respecto de las cuales exista regulación especial en materia de ventas a distancia o ventas que utilizan métodos no tradicionales.”.

Así mismo, el artículo 2.2.2.37.3. del mencionado decreto 1074 de 2015, que como ya se mencionó, compila las disposiciones del Decreto 1499 de 2014, establece las modalidades de las ventas que utilizan métodos no tradicionales, indicando que son de tres tipos:

- “1. Las ventas realizadas en el lugar de residencia o de trabajo del consumidor.
2. Las ventas en las que el consumidor es abordado de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio.
3. Las ventas en las que el consumidor es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento.”.

Las ventas a distancia, son definidas en el artículo 2.2.2.37.6. en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo establecido en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, se consideran ventas a distancia las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, a través de correo, teléfono, catálogo, comercio

electrónico o con la utilización de cualquier otra técnica de comunicación a distancia.”

En relación con el tema, los autores Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, en su libro “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 127 y 128, expresan:

“Las ventas a distancia son las que se realizan sin que el consumidor se haya trasladado hasta el almacén o haya tenido contacto directo previo con el producto, como cuando se compra por internet, por teléfono o por catálogo. En estos casos a lo sumo ha podido ver una fotografía del producto, pero no tiene claridad sobre las características y condiciones del bien o servicio que va a adquirir, tal como las tendría si lo hubiera podido ver, tocar y probar directamente.

Este tipo de ventas, por sus características especiales, presenta un alto riesgo de insatisfacción del consumidor, especialmente al momento de la entrega, porque muchas veces el producto no le llega, o llega deteriorado o averiado. En otras ocasiones el consumidor se siente frustrado porque el producto que recibe no cumple con las expectativas que se había generado de él.” (Resaltado fuera de texto)

5.1. Comercio electrónico

El artículo 49 de la Ley 1480 de 2011 establece qué se debe entender por comercio electrónico para efectos del derecho del consumo:

“ARTÍCULO 49. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1o, inciso b) de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.”

En consideración a la norma transcrita, los autores Alejandro Giraldo López, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera, en su libro “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, Legis, Primera Edición, 2012, página 134 y 135, han conceptualizado:

“Según lo anterior, cualquier acto u operación de comercio, señalado en el artículo 20 del Código de Comercio (134), tales como la manufactura, intermediación y expendio de todo tipo de bienes, las transacciones de títulos valores, el transporte de personas y cosas, los contratos de edición, y los actos de las sociedades comerciales, para mencionar solamente algunos, se encuentran cubiertos por la Ley 1480.

Debe recordarse que, como sobre la materia de protección al consumidor mediante medios electrónicos (comercio electrónico), no existe norma especial diferente de la Ley 527 de 1999, la cual cubre temas de importancia para el comercio electrónico, como el



transporte de mercancías, (los cuales aplican a comerciantes y no- comerciantes, como los consumidores) (135), las normas de la Ley 1480 aplican a todas las actividades mercantiles.

Adicionalmente, debe señalarse que el artículo 49 de la Ley 1480, queriendo hacer referencia al literal b) del artículo 2° de la Ley 527 de 1999 (no obstante el texto oficial hace referencia al artículo 1° de la Ley 527) (136), precisó que las obligaciones contenidas en el título VI sobre protección al consumidor del comercio electrónico deben entenderse, sin perjuicio de la definición de comercio electrónico de la Ley 527 de 1999, y por ende, las normas del Estatuto del Consumidor, incluida su definición de comercio electrónico, son exclusivamente aplicables a la Ley 1480 (137)”.

((134) Ver Código de Comercio, artículo 20. Ver también comentario al numeral 3 del artículo 5° de la ley 1480.

(135) Ver Ley 527 de 1999, artículos 26 y 27.

(136) Ver Ley 527 de 1999, artículo 2°, literal b)

(137) Ver Ley 527 de 1999, artículo 2°, literal b). El mencionado literal define: “b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes y servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera”.

Debe decirse entonces que, la Ley 1480 de 2011, contempla una regulación particular y específica en lo relacionado con el comercio electrónico, la cual, puede ser aplicada a todas las actividades mercantiles, por lo tanto, sus lineamientos, deberán ser seguidos por todos aquellos que pretendan comercializar productos y servicios a través de la utilización de medios electrónicos.

El artículo 50 impone a quienes comercializan productos o servicios a través de comercio electrónico una serie de obligaciones, que se orientan a que el consumidor tome decisiones de manera informada, especialmente en relación con el ejercicio de sus derechos y la seguridad de la información personal del consumidor.

En relación con esta normativa, el Dr. Juan Carlos Villalba Cuellar en su libro “Introducción al Derecho del Consumo”, señala:

“...El artículo 50 consagra unos deberes especiales a cargo de los productores y proveedores en el comercio electrónico entre los cuales merece destacarse: a) Acentuación del deber de información a cargo del productor y proveedor sobre las

mercancías o servicios en venta, cuando el ofrecimiento se acompañe de imágenes o no, encaminada a que el consumidor pueda hacerse una idea lo más aproximada a la realidad de los mismos. b) Información sobre todas las características del contrato, medio de pago, entrega, plazos, derecho de retracto, y en general toda información relevante. c) Obligación de publicar el contenido del contrato a condiciones generales. d) Obligación adicional de presentar un resumen del pedido con indicación de los bienes y precios para que consumidor pueda verificar que corresponde a lo querido y dar su aprobación. e) Obligación de presentar al consumidor a más tardar al día siguiente un acuse de recibo del pedido, f) Conservar los soportes y pruebas de la transacciones realizadas con los consumidores a fin de poder probar ante los organismos de control la conformidad de las mismas e) Adoptar mecanismos de seguridad para proteger la información del consumidor y la seguridad de la transacción, entre otras enunciadas en el texto extenso del artículo...”

Por su parte, en relación con el nuevo esquema de ventas por medio electrónicos, el Dr. Daniel Peña Valenzuela en su artículo “La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”, incluido en el libro “Perspectivas del Derecho del Consumo” dirigido por la Dra. Carmen Ligia Valderrama Rojas, editado por la Universidad Externado de Colombia, señala:

“La Ley 1480 de 2011 introduce una reforma significativa al régimen anterior de protección al consumidor, entre otros, incluyendo una regulación particular y específica en relación con las actividades por medios electrónicos.

La protección al consumidor en el comercio electrónico complementa y fortalece las nuevas reglas de protección con un carácter especial.

Las reglas de protección del consumidor en comercio electrónico son detalladas y minuciosas con el fin de garantizar que la información en línea sea más precisa, clara, veraz y que realmente sirva al consumidor para tomar una decisión libre.”

5.2. Portales de contacto

El artículo 53 de la Ley 1480 de 2011, establece:

“ARTÍCULO 53. PORTALES DE CONTACTO. Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite.”

El artículo transcrito, principalmente se refiere a la obligación que tiene quien pone a disposición del público plataformas electrónicas, de exigir a todos los oferentes en la misma, la información que permita su identificación, de modo que pueda ser consultada por quien adquiere productos o servicios a través de esta, con el fin de que puedan presentar una queja o reclamo, y así mismo, que dicha información pueda ser consultada



por la autoridad competente.

También contempla el referido artículo, una definición de lo que debe entenderse como portales de contacto, indicando que se trata de “una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo (...)”.

En relación con sus cuestionamientos, podemos señalarle que esta Superintendencia, en Resolución 40924 de 2012, al resolver un recurso de reposición en relación con la posición de Mercadolibre dentro de una investigación administrativa, anotó:

“Ahora bien, el fundamento del juicio de responsabilidad administrativa endilgada por el operador jurídico ad quo al recurrente, consistió, en que la sociedad, al ser la propietaria de la página web en la cual se llevó a cabo el acuerdo que culminó con la compra del computador referido, también se vincula como anunciante de lo engañosamente informado, es decir es parte de la relación de consumo inicialmente surtida entre el oferente y el consumidor y, en consecuencia, debe responder solidariamente junto al vendedor por las faltas al deber de información que sobre éste último se verifique.

“La posición mencionada deberá ser revaluada por esta Dirección, puesto que de un análisis estricto de las piezas que obran en el expediente y, atendiendo a una interpretación más rigurosa de los artículos 14 y 31 del Decreto 3466 de 1982, considera, que el cumplimiento del deber de información en la forma como lo establece el Estatuto del Consumidor, debe observarse desde el servicio que ofrece la sociedad investigada al público, el cual es una operación comercial que consiste en proveer, a través de un sitio web, una plataforma en línea que presta un lugar de encuentro para los diferentes usuarios –anunciantes y compradores- que se registran con el objetivo de comprar y/o vender determinados productos o servicios, mediante una mecánica similar a los avisos clasificados en medios impresos.

“En términos de derecho privado, la actividad comercial de la investigada consiste en “poner en relación a dos personas” con el fin que celebren un negocio “sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración y dependencia, mandato o representación”.(1)

“Así pues, se encuentra que la información que le corresponde suministrar a Mercadolibre Colombia S.A, es aquella relacionada con el desarrollo propio de su actividad y a las condiciones y restricciones de uso, es decir aquellas afirmaciones que haga al público sobre las características y cualidades de su servicio.

“Entonces, se considera que el juicio de responsabilidad administrativa endilgado a la sociedad por quebrantos a las normas de información referidas del Estatuto del Consumidor, debe revocarse; por cuanto los requisitos de veracidad y suficiencia de la



información desplegada en el caso concreto, son exigibles únicamente al vendedor Mauricio Alfonso González, propietario del establecimiento de comercio P&C Tecnología, rompiéndose entonces el vínculo in solidum establecido en el artículo 1º del resuelve de la decisión censurada.”

‘(1) Artículo 1340 Código de Comercio.’”

Como puede verse, para el caso citado, esta Entidad no encuentra que Mercadolibre encaje dentro de las definiciones de productor o proveedor que trae la Ley 1480 de 2011, pues su función es la de poner en relación a dos personas, sin tener un vínculo directo con quien realiza la compra, por tanto, en interpretación de esta Oficina, no podría hablarse en estos casos de una relación de consumo.

6. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Como se mencionó anteriormente, la publicidad engañosa es definida en el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, de la siguiente manera:

“Artículo 5º. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

(...)\”

El artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 determina la fuerza vinculante de la publicidad:

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

Así mismo, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la publicidad engañosa y fija la responsabilidad por la misma:

“Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

En este sentido, los anunciantes están obligados ante los consumidores por las condiciones objetivas que anuncian en la publicidad y, en consecuencia, serán responsables por los perjuicios que cause la publicidad engañosa.

Por su parte los medios de comunicación tendrán una responsabilidad de carácter subjetivo, cuando medie culpa grave o dolo, lo cual debe ser demostrado en el respectivo proceso.

La doctrina ha establecido una serie de pasos a aplicar con el fin de evaluar si una publicidad resulta engañosa:

“Primer paso; determinar si el mensaje es objetivo.

Como se expresó anteriormente, el principio sobre el que se soporta la reglamentación de la publicidad engañosa, consiste en establecer que aquellas afirmaciones objetivas que contenga un anuncio, deben ser ciertas, verificables y suficientes. En tal sentido, para evaluar un mensaje comercial las afirmaciones o imágenes que en éste se hagan deben ser apreciadas dentro del contexto en que se desarrolla la campaña o el anuncio y no cada una individualmente.

En este punto resulta de suma importancia tener en cuenta que el principio de veracidad aplica solamente para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (calidad, cantidad, precio) o a aspectos medibles del mensaje (ej. Estadísticas de consumo - más del 70% de los consumidores prefieren...) y no a elementos puramente subjetivos como son juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto. Lo anterior en razón que la veracidad, sólo se puede predicar de aquello que es apreciable objetivamente y no de las opiniones, que por ser subjetivas, son personales e improbables.

Bajo estos parámetros, lo primero que se debe realizar para determinar si una pieza publicitaria es o no engañosa, es establecer cuáles son los elementos objetivos del mensaje que se transmite al consumidor. Aun cuando no se puede fijar una regla absoluta en este punto, normalmente los elementos objetivos del mensaje se traducen en la promesa que se transmite al consumidor y especialmente en los argumentos o reasonwhy con los que ésta se soporta. (...)

Segundo paso; determinar las características del bien o servicio anunciado, para enfrentarlas con el mensaje transmitido.

Según el Diccionario de la Lengua Española, veraz significa “que dice, usa o profesa siempre la verdad”. A su turno el término verdad, significa “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. - conformidad de lo que se dice, con lo que se dice, con lo que se siente o piensa. - juicio o proporción que no se puede negar racionalmente.”

Uniando las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas sobre publicidad engañosa, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, debe estar conforme con la realidad que de éstos se busca transmitir.

En tal sentido, resulta indispensable conocer a fondo la realidad del producto al que se refiere la publicidad, para así poder determinar si las promesas y el reasonwhy en el que éstas se soportan, son ciertos y comprobables. Si al enfrentar el mensaje con la realidad objetiva se concluye que éstas no concuerdan, se tendrá que el mensaje es literalmente falso y por regla general engañoso.

Tercer paso; determinar si la información transmitida es suficiente para el consumidor.

Uno de los requisitos que suelen contener las normas para evitar el error del consumidor, consiste en establecer que la información que se transmita al consumidor sea suficiente.

Según el Diccionario de la Lengua Española, suficiente significa "\Bastante para lo que se necesita.- Apto o idóneo.\". A su turno bastante quiere decir "\Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta.\".

Uniendo las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, deber ser aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma.

Nótese que las normas no establecen que en la información que se transmita al consumidor, se deban indicar absolutamente todos los aspectos relacionados con el producto o el servicio ofrecido, sino que dispone que la información relacionada con los componentes o las propiedades de los bienes y servicios anunciados sea suficiente, es decir, que sea bastante o la necesaria para el fin que se emplea.

Esta diferencia es de suma importancia, pues el principio de suficiencia obliga a que en cada caso particular, se deba analizar si la información transmitida es o no la información ordinaria que el consumidor necesita para conocer las características objetivas de la oferta, del producto o del servicio que se anuncia.

Es así, como para determinar si una información es suficiente, se debe tener en cuenta cuál es la experiencia o el nivel de conocimiento que los consumidores tienen frente al producto o servicio anunciado, para de esta forma determinar el nivel o la cantidad de información que debe transmitirse. (...)

Cuarto paso; establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada.

Cuando un anunciante realiza publicidad, busca que la información que transmite llegue a un número amplio de personas, para incentivarlos a que motivados por la misma y decidan aceptar la oferta que se les plantea. En tal sentido es posible que alguna o algunas de las personas que reciben la información, interpreten el contenido de su mensaje en una forma equivocada, irracional o absurda, pero no por ello se puede responsabilizar de dichas interpretaciones al oferente, pues forzarlo a prever todas las interpretaciones, inclusive las más irracionales y absurdas, es obligarlo a lo imposible, lo cual es lógico y jurídicamente incorrecto.

(...)

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. Lo anterior se explica en razón a que si el error es generalizado,

el origen del mismo se encuentra en la información; pero por el contrario, si el error es aislado, la falla en el entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados que interpretaron equivocadamente la información, por lo cual el error puede ser atribuible a ellos y no a la comunicación ni al anunciante. (...)

Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo 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. (...)

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 éstas 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." 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. (...)

Con base en lo anterior, se concluye que para saber si una pieza publicitaria es o no engañosa, se debe partir por establecer si los elementos objetivos del mensaje concuerdan con la realidad del producto y si dicha información es suficiente para que un consumidor racional se forme una idea correcta del bien o servicio que se anuncia. (...)" (Jaekel Kovacs Jorge, Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005, tomado de: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf, páginas 59 a 61.)

En relación con los criterios a tener en cuenta para evaluar si una publicidad es engañosa el autor Juan Carlos Villalba Cuellar, en su libro ya mencionado (ver páginas 200 y 201.), ha considerado:

- "No se necesita que el consumidor haya contratado o se le haya producido un daño, se incurre en la conducta por el solo hecho de haber publicado el mensaje y en este caso la sanción de tipo administrativo se debe imponer.
- El análisis del mensaje publicitario se hace desde el punto de vista del consumidor, es decir, se mira el contenido del mensaje que recibió el público consumidor, independientemente de las consideraciones que haga el comerciante o anunciante sobre el anuncio las cuales no tienen relevancia, tales como "eso no fue lo que quisimos decir" o "no debe entenderse de esa forma."
- Se debe tener en cuenta siempre la noción de consumidor racional, es decir, en la

publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta. Por esta razón la publicidad hipérbole y los mensajes de tipo subjetivo no se tienen como engañosos.

- El análisis del mensaje no debe ser exclusivamente gramatical, dice García Sais que “el anuncio induce a error si la mayoría de los consumidores lo entienden en un sentido diferente al gramatical”
- El análisis que se hace de un anuncio es de carácter integral, no parcializado, se debe examinar la totalidad del anuncio, mensajes sonoros, escritos, gráficos, tal y como lo percibe el consumidor.
- El análisis que se hace del anuncio es de carácter superficial, debe tenerse en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, por lo tanto no se puede recurrir a interpretaciones forzadas o complejas. (...)
- El deber de información será directamente proporcional con el nivel de peligro potencial del producto que se está ofreciendo.”

En relación con la responsabilidad por la publicidad engañosa la doctrina ha considerado:

“(…) la responsabilidad por publicidad engañosa opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor. De igual forma, puede demostrarse que la publicidad ha sido diseñada, preparada o presentada de tal forma, o que ha omitido cierta información importante, que es capaz de producir engaño al consumidor para la adquisición de un producto en unas condiciones determinadas que no son reales. Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante. (...)”

(Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñan Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 93 y 94.)

7. ACCIONES PROCEDENTES

7.1 . Actuación administrativa

El artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor- otorga facultades administrativas en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio.

El inicio de la actuación administrativa puede darse de oficio (cuando es la misma Entidad quien inicia el trámite sin que medie petición al respecto) o mediante una

denuncia o queja.

La denuncia debe contener al menos la siguiente información:

- Nombre completo e identificación del denunciante y de la persona contra la cual se dirige la denuncia.
- Dirección y teléfono, con indicación de la ciudad, tanto del denunciante como del denunciado.
- Relato completo y legible de los hechos denunciados.
- Copia de los documentos que respaldan la denuncia
- Expresar claramente lo que solicita.
- Indicar si se pretende una investigación de carácter administrativo para la imposición de multas.

La queja se puede presentar por escrito, llenando un formulario de queja y radicándolo en el Centro de Documentación e Información de la Entidad, ubicada en la carrera 13 27-00, piso 1 del Edificio Bochica, Bogotá, D.C, el formulario está disponible en esa dirección o en la página web de la Entidad (<http://www.sic.gov.co/es/web/guest/protecco>).

El trámite se rige por lo previsto en los artículos 60 y subsiguientes de la Ley 1480 de 2011 y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011-, y las posibles sanciones que deban imponerse, están contempladas en el artículo 61 de la referida normatividad.

7.2. Acción jurisdiccional

Por disposición del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene funciones de tipo jurisdiccional, en relación con las materias de protección al consumidor. Dispone el artículo:

“Las autoridades administrativas a las que se refiere este artículo, ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:
 - a). Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.
 - b). Violación a las normas relativas a la competencia desleal (...).”

En consecuencia, cuando un consumidor considera que ha sufrido un daño de carácter particular como consecuencia de una infracción a las normas sobre protección al consumidor, podrá adelantar cualquiera de las acciones mencionadas en el artículo 56 de la Ley 1480:

“Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

(...)

3. Numeral corregido por el artículo 5 del Decreto 2184 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor”.

A efectos de esta competencia la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, conoce de las demandas, en única o primera instancia, según corresponda de acuerdo con la cuantía, relacionados con los temas mencionados en el numeral 3 del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Si el consumidor decide promover una acción jurisdiccional de protección al consumidor, debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Antes de presentar la demanda, debe agotar el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 5 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual consiste en reclamar directamente al productor o proveedor, para lo cual estos expedirán una constancia por escrito, la cual se debe anexar a la demanda. Como alternativa al cumplimiento de este requisito, el consumidor puede citar a una audiencia de conciliación al productor o proveedor, caso en el cual anexará a la demanda la constancia o el acta de la audiencia.
- La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el 58 de la Ley 1480 de 2011 en armonía con el artículo 82 del Código General del Proceso.
- El proceso, que es de tipo verbal sumario, se rige por las reglas especiales consagradas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.
- La competencia para conocer de la acción de protección al consumidor es a prevención, por lo cual el consumidor podrá elegir si presenta la demanda ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el artículo 24 del Código General del Proceso.



- En caso de que la demanda sea de mínima cuantía, esto es, que las pretensiones no excedan de 40 salarios mínimos no se requiere de abogado. En caso de que las pretensiones sean superiores a ese valor, se requerirá de abogado. (Artículo 25 del Código General del Proceso).

- Se debe presentar dentro del año siguiente al vencimiento de la garantía cuando se trate de la efectividad de la misma, o dentro del año siguiente a la terminación del contrato cuando se refiera a controversias contractuales, o en los demás casos, dentro del año siguiente a la fecha en que el consumidor conoció de los hechos que dan lugar a la reclamación. (Numeral 3 artículo 58 Ley 1480 de 2011)

8. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

“1. ¿Cuáles son las normas aplicables a las redes sociales como Instagram o Facebook en donde comercializan diferentes productos en caso de falsa publicidad?”

El análisis de la publicidad engañosa debe hacerse bajo las reglas contenidas en el Estatuto del Consumidor, por lo tanto, en primer lugar debe considerarse que la responsabilidad por la publicidad engañosa, es estrictamente del anunciante, puesto que para que al medio de comunicación se le atribuya responsabilidad será necesario probar el dolo o la culpa grave dentro del respectivo proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011.

Además debe tenerse en cuenta que la reglamentación de la publicidad engañosa va dirigida a productores y/o proveedores, los cuales en la actividad publicitaria, son denominados anunciantes.

El Estatuto del Consumidor no contempla la definición de anunciante, como tampoco la de medio de comunicación, por lo tanto nos parece pertinente traer a colación las disposiciones del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, expedido por la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria-CONARP-

Cabe advertir que el sistema de autorregulación es de carácter ético, está dirigido a moralizar la profesión del publicista, y no a la protección del consumidor, por lo tanto, sus disposiciones no son obligatorias, sin embargo, constituyen un referente a efectos del tema de su consulta. Dispone su artículo 6:

“ARTÍCULO 6. DEFINICIONES. Para efectos de la aplicación del Código se adoptan las siguientes definiciones:

- **ANUNCIANTE:** Hace referencia a las personas naturales o jurídicas, en cuyo nombre se publican o difunden mensajes comerciales o se realizan actividades publicitarias
- **MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** Es el instrumento o vehículo a través del cual se difunden o se hacen llegar al consumidor los mensajes comerciales, tales como prensa, televisión, radio, fax, teléfono, publicidad exterior, películas, medios digitales interactivos, correo directo, correo electrónico, etc.
- **MEDIOS DIGITALES INTERACTIVOS:** Se refiere a cualquier plataforma, servicio o función que permita la comunicación electrónica vía internet o redes de comunicación electrónica. Incluye los servicios electrónicos a través de teléfonos celulares, los blogs, las revistas virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión artística, emisoras de radio virtuales, entre otros, asistencia digital personal y consolas de juegos interactivos que permiten a la parte receptora interactuar con la plataforma, servicio o función.”

Ahora bien, las redes sociales a las que hace referencia su consulta son plataformas utilizadas para contactar personas, su finalidad no es publicar contenido comercial, su interés no es negocial, no pretenden influir sobre el consumidor para que tome decisiones de consumo, por consiguiente su actividad no encaja dentro de las definiciones de productor o proveedor que trae la Ley 1480 de 2011, que tal como se mencionó en líneas anteriores, corresponde en la actividad publicitaria, a la de anunciante.

Por lo tanto, será necesario que dichas plataformas actúen como anunciantes para que le sean aplicables las normas que regulan la publicidad engañosa.

Cuestión diferente es que los usuarios de dichas plataformas puedan utilizarlas para comercializar sus productos; caso en el cual, serán estos los responsables por la publicidad que allí anuncien, lo cual, se insiste, no genera un vínculo directo a efectos de la protección al consumidor, entre la red social y el consumidor, que haga responsable a esta por la actividad de sus usuarios.

En este sentido, indica el artículo 49 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria:

“ARTÍCULO 49. RESPETO A LOS GRUPOS PÚBLICOS Y SITIOS DE CONSULTA

Cuando los anunciantes publiquen sus mensajes comerciales en medios digitales interactivos que permitan la publicación de contenido generado por usuarios, tales como noticieros, foros, blogs o tableros de boletines y servidores generales para la edición de contenidos de páginas web (“wiki sites”), deberán respetarse los términos y condiciones del medio digital interactivo específico y los estándares aceptables de conducta comercial. Los mensajes comerciales en esos sitios son apropiados únicamente cuando el medio digital interactivo ha expresado, implícita o explícitamente, su aceptación para recibir tales comunicaciones.

En todo caso, los anunciantes deben asegurarse de que en los sitios, minisitios y perfiles de redes sociales bajo su control o influencia y que tengan finalidad comercial, se indique claramente la naturaleza comercial del contenido y se respeten las reglas de una conducta comercial aceptable.

En respuesta a su pregunta, las normas aplicables a la publicidad engañosa, son las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, y en su aplicación a las redes sociales deberá tenerse en cuenta lo manifestado en este escrito.

“2. En caso de haber normas aplicables a este caso, ¿cuáles son las sanciones procedentes a este tipo de ventas?”.

Tal como fue explicado en la respuesta anterior, consideramos que las disposiciones sobre publicidad engañosa le son aplicables a las redes sociales cuando actúan como anunciantes. Eventualmente pueden aplicarse a los usuarios de estas que actúen como proveedores y/o productores de bienes y servicios y anuncien sus productos en ellas.

En relación con las sanciones aplicables por publicidad engañosa, le informamos que el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor- otorga facultades administrativas en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de lo cual, la Entidad puede imponer las siguientes sanciones:

“Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:

“1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

“2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;

“3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado;

“4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad;

“5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.

“6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes,

por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía.
"Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción. (...)".

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/drupal/Doctrina-1>

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Adonia Aroca
Revisó: Jazmín Rocio Soacha
Aprobó: Jazmín Rocio Soacha

