

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El actual estatuto del consumidor (ley 1480/11) constituye, sin duda, un avance significativo en materia de protección del consumidor. Realidad que es innegable si tomamos como punto de referencia el decreto 3466 de 1982, que se instituía como una normativa obsoleta en un nuevo escenario de consumo, propiciado por la asamblea constituyente de 1991 que significó una reestructuración importante y mucho más nutrida de las relaciones entre consumidores e industriales, máxime, cuando se introdujo una disposición constitucional especial¹ que contiene la obligación de reglamentar todo lo concerniente a las relaciones de consumo.

De este nuevo panorama, en el que las relaciones de consumo tenían una raigambre constitucional, a diferencia de la constitución de 1886, se derivó la ley 1480 del año 2011, que como sostuvimos en líneas anteriores se erige como una normativa mucho más consciente de la nueva realidad en la que se ubican las relaciones de consumo. No obstante, hay que decir, que varios aspectos que atañen a las dinámicas propias de aquellas relaciones quedaron excluidos de dicha regulación, por ejemplo, en lo que concierne al presente proyecto de ley, nada se dijo con relación a la publicidad abusiva.

En el decreto 3466, la publicidad no había alcanzado la connotación que hoy ostenta en la ley 1480, incluso se había abordado como “propaganda comercial”², y no como “publicidad” propiamente dicha. Lo cierto es que aun cuando distintos sectores de la doctrina en materia de derecho al consumidor han realizado una distinción entre *publicidad* y *propaganda comercial*, el legislador colombiano ha sido reticente en realizar tal diferenciación, línea que ha seguido la Corte Constitucional³ y que permite un uso indistinto de dichos conceptos, aun cuando el actual estatuto del consumidor ya no contiene disposiciones que incluyan el término de “propaganda comercial”.

¹ Artículo 78. 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. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. Constitución Política de Colombia (1991)

² Art. 3, Decreto 3466 de 1982: “Propaganda comercial: Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad.”

³ Es preciso aclarar, que la Corte Constitucional no se ha encargado de realizar la distinción entre publicidad y propaganda comercial e incluso los aborda de manera indistinta en alguna de su jurisprudencia. No obstante, en algunos pronunciamientos se refiere a estos conceptos como realidades distintas, lo que genera una inquietud teoría con relación al contenido teórico de estos conceptos: “En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone, como se ha dicho, un mayor control..” C – 592 de 2012.

Dicho esto, la percepción de la publicidad en el antiguo estatuto del consumidor, orientada por el carente sustento constitucional en materia de relaciones de consumo, era demasiado escueta, junto con la mayor parte su contenido. La regulación existente en materia de publicidad en el decreto 3466, era únicamente lo contenido en el artículo 14, que sostenía:

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

La prohibición era clara, y si bien no se reconocía de manera expresa, aquella disposición constituía una restricción aparente a la publicidad engañosa. Sin embargo, la Superintendencia de industria y comercio a través de su circular única definió lo que habría de entenderse como publicidad engañosa, a pesar que la definió bajo el título de “*información engañosa*”:

Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico.

La falta de claridad en los conceptos era evidente, términos como: propaganda, publicidad e información, comportaban problemas elementales en su definición, que hay que decir, reportaban contratiempos de orden práctico y teórico. Por lo anterior, un nuevo estatuto del consumidor no iba a ser una empresa sencilla, la introducción de conceptos distintos, la regulación de realidades en materia de consumo diametralmente diferentes debido a la revolución de las tecnologías de la información y el nuevo panorama dispuesto en la constitución de 1991, constituía un reto enorme para el Congreso de la República. En efecto, los debates fueron álgidos pero tuvieron como resultado la introducción de figuras y definiciones renovadas en materia del derecho de consumo, mucho más consecuentes con las realidades contemporáneas sobre la materia.

Algunas de ellas como: la regulación de operaciones de consumo a través de medios no convencionales; la estructuración de un esquema de responsabilidad que incluyera a varios participantes de las relaciones de consumo; regulación de cláusulas abusivas; la consagración del “derecho de retracto”; la distinción entre información y publicidad, establecían nuevos parámetros definitorios de las relaciones de consumo. Otro aspecto esencial era la regulación más estricta de la publicidad y la prohibición expresa de cualquier tipo de publicidad engañosa.

En definitiva, era evidente que las anteriores normativas carecían de lo esencial para estructurar un estatuto integral capaz de regular los nuevos escenarios de consumo. La introducción de una manifiesta cantidad de innovaciones nos hacía ver la debilidad que tenía nuestra legislación sobre una materia que exigía la mayor atención posible, pues se encuentra en todas y cada una de las facetas de nuestra cotidianidad. No queriendo significar, que el actual estatuto del consumidor comprende todas las realidades que demandan ser reguladas, puesto que aun cuando nunca se había hecho tanto por los derechos del consumidor, el camino es todavía muy largo en esta temática.

En lo atinente al tema publicitario, el actual estatuto del consumidor le dedica su título VI, abarcando por demás lo concerniente a la publicidad engañosa, la responsabilidad del anunciante, la publicidad en lo relacionado con promociones y ofertas y las obligaciones que surgen para el anunciante derivadas de las condiciones y especificaciones objetivas que contenga la propaganda. Junto con ello determina los procedimientos por medio de los cuales se harán efectivas las sanciones y reclamaciones a consecuencia del desconocimiento de estas regulaciones.

Antes que nada, en el artículo 5°, define que es *publicidad* y a su vez determina cuando esta será engañosa, definición que fijara el alcance de las demás disposiciones contenidas en el título VI sobre la materia. La definición de publicidad es la siguiente: “*Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.*”, y la de publicidad engañosa “*Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.*”. Estas definiciones advierten sobre el contenido de las disposiciones que se encuentran en el estatuto sobre el tema, evidenciando que va a ser el único fenómeno publicitario a regular en la ley 1480 de 2011 y que *contrario sensu*, las demás clases de publicidades como la subliminal, comparativa, ilícita, desleal y abusiva, no generaron tal inquietud, en aquel entonces, como para ser parte integrante del actual estatuto del consumidor.

En este sentido, la pretensión de este proyecto es la introducción de la publicidad abusiva a la actual ley 1480 de 2011, pues se hace necesario que además de regular la práctica fraudulenta o engañosa del ejercicio publicitario se incluya el despliegue abusivo del mismo. Se podría afirmar que América Latina es pionera en la materia, los estatutos del consumidor de varios países de la región ya disponen restricciones importantes a la publicidad abusiva. Por ejemplo, Brasil en su código de defensa del consumidor⁴, artículo 37.2, establece:

Art. 37. Se prohíbe cualquier tipo de publicidad engañosa o abusiva.

(...)

⁴ LEY No. 8078, de 11 de septiembre de 1990. República Federal del Brasil.

§ 2. Es abusiva, entre otros la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, que incita a la violencia, explota el miedo o la superstición, se aprovecha de la falta de juzgamiento y de la inexperiencia de los niños, vulnera valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de una manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Por su parte el estatuto del consumidor en Paraguay⁵, en relación a la publicidad abusiva, dispone en su artículo 37, lo siguiente:

Artículo 37o. - Queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquella de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que incite a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad

De igual manera, el estatuto del consumidor del Perú⁶, quizá uno de los más completos en América Latina, y mucho más recientes que los anteriormente citados, si bien no consagra de manera expresa la publicidad abusiva a lo largo de su articulado se pueden extraer los elementos definitorios del concepto. De este modo en su artículo 13°, dice lo siguiente:

Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación u otros de similar índole.

Y en su artículo 16, con relación a la publicidad dirigida a los menores de edad, sostiene:

La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.

Se puede observar que la publicidad abusiva no es una clase de publicidad aislada en Latinoamérica. Lo que no quiere decir tampoco que no existan dudas con relación a su definición, por ejemplo, en la ley federal de protección al consumidor de México, aun cuando es nombrada de manera expresa⁷, no es fácil deslindarla de lo que preceptúa la norma en materia de publicidad engañosa. Su artículo 32 dice lo siguiente:

⁵ LEY No. 1334 de 1998. República del Paraguay.

⁶ LEY N° 29571 de 2010. Republica del Perú.

⁷ La ley federal de protección al consumidor, en su artículo primero, establece como principio de las relaciones de consumo: *“La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios”*.

(S)e entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

De lo anterior sobresalen elementos comunes, que conforman el eje transversal del concepto de publicidad abusiva. Aquellos son (i) La discriminación, (ii) la promoción de la violencia, (iii) la explotación del miedo, (iv) la afrenta contra los valores medio ambientales, (v) el aprovechamiento de situaciones de inmadurez en razón de la edad o cualquier otra circunstancia (vi) instigar conductas que atenten contra la integridad o salud del consumidor.

Es incuestionable que cada uno de los aspectos mencionados anteriormente, constituyen límites elementales al ejercicio de la actividad publicitaria, y hay que hacer énfasis en que el actual estatuto del consumidor no prevé regulación alguna que permita hacerle frente a este tipo de publicidad agresiva contra determinados valores elementales de nuestros constructos democráticos, como: la defensa de los derechos de los menores de edad, la obligación de conjurar cualquier comportamiento discriminatorio, la protección jurídica de los consumidores, entre otros. Es así, que la batalla contra este tipo de prácticas publicitarias es desproporcionada, en razón de que el Estado no cuenta con el sustento legal suficiente para frenarla o conjurarla, entendiendo que el principal afectado por esta omisión legislativa es directamente el consumidor.

A pesar que en el actual estatuto nada se dice expresamente con relación a la prohibición de la publicidad abusiva, el Estado colombiano es consciente de la necesidad de tomar medidas estructurales para promover la defensa de aquellos valores que se encuentran vulnerados por una práctica abusiva de la actividad publicitaria. De ahí, que en el código de infancia y adolescencia, con ocasión de la defensa de los derechos de los niños, se introdujera un artículo referente a la regulación de la información que recibían los menores, toda vez que la protección de la niñez se erige como una finalidad esencial del estado social de derecho.

En definitiva, el artículo 34° de aquel código de infancia que data del año 2006, dispuso lo siguiente:

Artículo 34. Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.

Si bien por aquel entonces no existía ni un leve atisbo conceptual en materia de publicidad abusiva, el rumbo estaba más que claro: era necesario imponer restricciones a la información para salvaguardar principios elementales de nuestra estructura democrática, en

ese entonces, con el objetivo de garantizar los derechos de los menores de edad. Aunque es preciso señalar, que desde la asamblea constituyente de 1991⁸, el rumbo ya estaba determinado, no dirigido expresamente en lo tocante a la publicidad abusiva, pero si en lo que se refiere a la protección del consumidor como un partícipe esencial en las dinámicas económicas del Estado.

Más tarde, con el advenimiento del nuevo estatuto del consumidor, las inquietudes relativas a la protección de los menores de edad continuaban. Por esta razón y con fundamento en aquella disposición del código de infancia y adolescencia, se introdujo una obligación en cabeza del Gobierno Nacional a través del artículo 28 de la ley 1480 de 2011, que dispone lo siguiente:

El Gobierno Nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006.

Aunque el término estipulado en dicho artículo no resulto en cosa distinta que un “saludo a la bandera”⁹, el decreto 975 de 2014 reglamentario de aquel artículo del Código de Infancia y Adolescencia y del precitado artículo de la ley 1480, es lo más cercano al concepto de publicidad abusiva en nuestro ordenamiento jurídico; claro está, que esta normativa tiene como objetivo esencial la defensa de los derechos de los niños y únicamente a ese sector poblacional es al cual se dirige.

El mencionado decreto, dispone en su artículo 3° lo siguiente:

La información dirigida a los niños, niñas y adolescentes deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea. Toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en las decisiones de consumo de los niños, niñas y adolescentes no podrá inducir a error, engaño o confusión. Los anuncios publicitarios dirigidos a niños, niñas y adolescentes no contendrán ninguna forma de violencia, discriminación, acoso y en general, cualquier conducta que pueda afectar la vida o integridad física de una persona

En el mismo sentido, en el artículo siguiente impone la obligación a los anunciantes de respetar las condiciones intelectuales y de desarrollo cognitivo propios de esa etapa del desarrollo humano. En su artículo 4°, el cual me permito transcribir en su totalidad, dispone lo siguiente:

⁸ Esto, a través de la contitucionalización de las relaciones de consumo, por medio del artículo 78 de la Carta Política.

⁹ Por cuanto solo hasta el año 2014 el Gobierno Nacional a través de su Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, emitió el decreto reglamentario correspondiente, conforme lo demandada el artículo 28 de la ley 1480. Aquel decreto es el 975 de 2014.

Toda información y publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión propia de personas de su edad. Por lo tanto, frente a dicha publicidad e información, el anunciante deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características.
2. En toda información o publicidad en la que se exponga el funcionamiento o uso de un producto, se encuentra prohibido: a. Indicar o representar una edad diferente de la requerida para que el niño, niña y/o adolescente ensamble las piezas u opere el producto; b. Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto; c. No informar que las baterías o accesorios que se muestran en el anuncio no están incluidos en el empaque del producto o que se venden por separado; d. No informar que para el funcionamiento de un producto se requiere de baterías o algún elemento complementario.
3. En todos los eventos en los que se informe o anuncie un bien o servicio para cuya adquisición se deban realizar llamadas o enviar mensajes de texto o multimedia que supongan un costo para el consumidor, deberá informarse expresamente su valor y advertir al niño, niña y/o adolescente, que previo a realizar la llamada o enviar el mensaje, debe solicitar autorización de sus padres.
4. No deberá contener imágenes o información de contenido sexual, violento, discriminatorio o que promueva conductas contrarias a la moral y a las buenas costumbres.
5. No deberá contener imágenes o información relacionadas con el consumo de estupefacientes y/o bebidas alcohólicas, salvo que se trate de campañas de prevención.
6. No deberá usar imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que sugieran al niño, niña y/o adolescente, que no adquirir o usar un producto, puede generar efectos tales como rechazo social o falta de aceptación por parte de un grupo.
7. No deberá afirmar ni insinuar que el consumo de un alimento o bebida sustituye alguna de las tres comidas principales del día (desayuno, almuerzo y cena).
8. No podrá utilizar expresiones cualitativas, diminutivos o adjetivos respecto del precio del producto.

Parágrafo. En los términos del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, el medio de comunicación será responsable solidariamente de los perjuicios que cause la publicidad engañosa, solo si se comprueba dolo o culpa grave.

Como vemos, en la transcripción del artículo se evidencian algunos elementos estructurales del concepto de publicidad abusiva y es quizá lo más cercano a esta noción que existe en nuestro ordenamiento, y aun cuando sea una normativa específicamente ideada para regular lo concerniente a los derechos de los menores en lo relativo a la información que se les suministra por los anunciantes, constituye un paso importante en el reconcomiendo de realidades complejas al interior de las relaciones de consumo, que también exigen ser reguladas. Pues no existe argumento constitucional alguno, para impedir que a través de este proyecto de ley otros sectores poblacionales e incluso aquellos que son de especial protección por parte del Estado como: las personas con discapacidad, las personas de la tercera edad, entre otros, cuenten con elementos normativos que les permita denunciar los abusos por parte de los anunciantes.

La intención primera del presente proyecto a través de la introducción de la publicidad abusiva en el estatuto del consumidor, es dotar de herramientas jurídicas a aquellos consumidores que hoy por hoy, carecen de ellas. Pues si bien el decreto mencionado anteriormente constituye un paso importante para una regulación concienzuda de la publicidad abusiva, este va dirigido exclusivamente a aquella propaganda orientada hacia menores de edad. Por tanto, es necesario que todos los consumidores colombianos en especial aquellos que se encuentran en especiales circunstancias, como la discapacidad física o cognitiva, la inmadurez mental, etc., que pudieran ser aprovechados por anunciantes inescrupulosos en un ejercicio abusivo de la actividad publicitaria, cuenten con los mecanismos jurídicos necesarios para que sean garantizados sus derechos.

Es preciso aclarar en este punto, el amplio margen de configuración legislativa con el que cuenta el Congreso de la República en estas materias. Libertad de configuración sobre la cual se ha referido la Corte en varios de sus pronunciamientos, en este sentido:

Se ha señalado que la publicidad es, ante todo, un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio. Esto implica que el mensaje publicitario, por definición, carezca de condiciones de imparcialidad o plena transparencia en la presentación de los datos sobre las propiedades del producto o servicio, puesto que toda actividad en este sentido estará enfocada en destacar las virtudes del bien ofrecido. **Ante esta realidad de la práctica económica y habida consideración de los profundos cambios que involucra el paso de una concepción jurídica liberal del mercado, de reducida intervención estatal, al grado de injerencia propia del modelo de economía social de mercado, la Constitución prevé en su artículo 78 la potestad legal de regular tanto la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, como la información que debe suministrarse al público.** (Negrilla fuera del texto) (Sentencia C-830 de 2010).

Ahora, aclarado este punto, es necesario hacer énfasis en otro aspecto esencial que tiende a confundir a la ciudadanía y que fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional

en un pronunciamiento que referiremos más adelante. Este otro aspecto está relacionado con la libertad de expresión y la propaganda comercial. Partiendo de una amplia libertad de configuración legislativa en lo concerniente a las relaciones de consumo, particularmente en lo relativo a la publicidad o propaganda comercial, pudiera concluirse que la imposición de algunas restricciones se tradujera en una vulneración al derecho a la libertad de expresión, pues al fin y al cabo, la publicidad, constituye una forma de proyectar determinados postulados íntimamente relacionados con el ejercicio de ciertos derechos, como la libertad de empresa y la propiedad privada.

No obstante, el análisis tiene que ser mucho más profundo, ya que lo anterior no es óbice para pretender que la propaganda comercial tenga el mismo grado de protección constitucional que la libertad de expresión¹⁰, pues esta última comporta límites sustanciales y mucho más precisos a la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República. Puesto que de manera opuesta a los contenidos de la propaganda comercial o publicidad, la libertad de expresión no implica la proyección de intereses netamente económicos, sino más bien de carácter personal como la libertad de pensamiento, la libertad religiosa, entre otras. En este orden de ideas, no hay lugar a debate alguno con relación a la vulneración de un derecho como la libertad de expresión, por la voluntad de regular aspectos esenciales del ejercicio publicitario. Y para zanjar cualquier discusión en este sentido, traemos a colación la sentencia, *in extenso*, C-592/12, que se ocupa de este debate:

Entre la libertad de expresión, considerada como garantía constitucional, y la publicidad comercial existe una diferencia ontológica en virtud de la cual esta última no goza del mismo grado de protección jurídica y respecto de ella el Estado puede ejercer un control más intenso.

4.1. Según el artículo 78 superior, la ley regula la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios; así, la Constitución permite y ordena una regulación en esta materia atendiendo a su naturaleza mercantil y al ánimo de lucro que le es inherente, sin que el constituyente dedique textos similares en cuanto a la difusión de ideas políticas, religiosas o de índole similar. Es decir, desde la Carta Política hay una marcada diferencia entre la libertad de expresión como postulado que identificó al Estado liberal y la difusión de mensajes comerciales o publicitarios, respecto de los cuales el control es ontológicamente diferente y, por ende, más estricto.

La regulación de la propaganda comercial hace parte de la “Constitución económica”, entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos

¹⁰ Ver sobre contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, sentencia C-091-17.

comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la “Constitución económica”, lo que supone, como se ha dicho, un mayor control.

4.2. La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro.

Para la Sala, la publicidad y la propaganda comercial no gozan del mismo grado de protección constitucional que la libertad de expresión y los contenidos que a ésta le son propios, toda vez que la libertad de expresión cuenta con un lugar prevalente en nuestro sistema democrático, siendo una garantía para la vigencia de una opinión pública libre y adecuadamente informada; la opinión pública libre es presupuesto estructural del Estado de derecho, de la democracia participativa y del pluralismo; la libertad de expresión en su esencia es mecanismo para controlar el ejercicio del poder y hacer posible la deliberación ciudadana sobre asuntos de interés general.

4.3. De su parte, la publicidad comercial está orientada a estimular ciertas transacciones económicas, sin que esté inescindiblemente vinculada con la transmisión de ideas políticas, ni con el control al ejercicio del poder, como tampoco con la formación de una opinión pública libre consustancial a la democracia. Por esta razón, la ley puede regular y controlar de manera más intensa tanto el contenido como el alcance de los actos relacionados con la divulgación de la propaganda comercial.

Con todo, la regulación sobre la publicidad y la propaganda comercial son conformes con la Constitución si constituyen un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo; es decir, la norma que regule la difusión de propaganda comercial será inexecutable sólo si vulnera derechos fundamentales, recurre a categorías discriminatorias, viola mandatos constitucionales o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas.

En conclusión, el Congreso de la República cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en lo relativo a las relaciones de consumo y por ende en lo atinente al tema de publicidad o propaganda comercial. Por esta razón someto a consideración del honorable Congreso esta iniciativa que pretende introducir la publicidad abusiva en el actual estatuto del consumidor, con el objetivo de otorgar mayor protección los consumidores y salvaguardar, a través de la prohibición de la práctica abusiva de la actividad publicitaria,

valores esenciales de nuestra democracia. Recociendo que hay mucho camino por recorrer y mucho por hacer en materia del derecho del consumidor, pero que de igual manera nunca se había hecho tanto por construir una legislación integral en esta materia.

PROYECTO DE LEY N° ____ DE 2017

“POR MEDIO DEL CUAL SE INTRODUCE LA PUBLICIDAD ABUSIVA AL
ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y SE MODIFICAN ALGUNAS DISPOSICIONES
DE LA LEY 1480 DE 2011”

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el numeral 1.4, del artículo 3, de la ley 1480 de 2011, el cual quedara así:

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa y abusiva.

Artículo 2. Adiciónese el numeral 13-A, al artículo 5, de la ley 1480 de 2011, el cual quedara así:

13.a. Publicidad abusiva: Aquella que contenga mensajes discriminatorios de cualquier naturaleza, que incite a la violencia, altere la paz o el orden público, que explote el miedo o superstición, se aproveche de la falta de experiencia e inmadurez en el razonamiento debido a cualquier circunstancia, infrinja valores ambientales, o pueda inducir al consumidor a comportarse de manera perjudicial o peligrosa para su seguridad personal y su salud o la salud pública.

Artículo 3. Modifíquese el artículo 30 de la ley 1480 de 2011, el cual quedara así:

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

El anunciante será responsable de los perjuicios que causen la publicidad engañosa y la publicidad abusiva. 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. De igual manera, responderá por los perjuicios que pudieran derivarse de un ejercicio abusivo de la actividad publicitaria en los términos de la presente ley.

Artículo 4. Modifíquese el numeral 3, del artículo 56, de la ley 1480 de 2011, el cual quedara así:

3. 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, publicidad engañosa o abusiva, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Artículo 5. Modifíquese el literal a), del numeral 5, del artículo 58, de la ley 1480 de 2011, el cual quedara así:

a). Cuando la pretensión principal sea que se cumpla con la garantía, se repare el bien o servicio, se cambie por uno nuevo de similares características, se devuelva el dinero pagado o en los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, cuando el bien sufra deterioro o pérdida, la reposición del mismo por uno de similares características o su equivalente en dinero, se deberá identificar el producto, la fecha de adquisición o prestación del servicio y las pruebas del defecto. Cuando la reclamación sea por protección contractual o por información, publicidad engañosa o abusiva, deberá anexarse la prueba documental e indicarse las razones de inconformidad.

Artículo 6. Vigencia. La presente ley regirá seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los Honorables Congresistas,
