

LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN LAS DIFERENTES FASES DE LA RELACIÓN DE CONSUMO^{♦ 1}

Por: Jeannette Namén Baquero²
Julio Bonilla Aldana³
Camilo Pabón Almanza
Iván David Uribe Jiménez

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. NOCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN A. LA DEFINICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN: 1. Fundamento del deber de información. 2. La obligación de información prevista en el Decreto 3466 de 1982. 3. La diferencia entre la información y la publicidad. **B. LAS PARTES DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN:** 1. ¿Quién debe ser informado? 2. ¿Quién debe informar? **II. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN A. EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL.** 1. La actuación de las partes conforme a la buena fe. **B. EN LA ETAPA CONTRACTUAL:** 1. Información sobre las características de los bienes y los servicios. 2. Información sobre los precios de los productos. 3. Información relativa a las marcas, leyendas, signos distintivos. **BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

El desequilibrio en las relaciones de consumo está regido por la desigualdad en la información, los profesionales conocen los bienes y servicios que lanzan al mercado, mientras que los consumidores, muchas veces, son incapaces de conocer lo que se está ofreciendo en el mercado.

El deber de información que tiene el productor de un bien, se ha concebido como una política de defensa de los consumidores que adquieren bienes y servicios en el mercado, es un factor de transparencia en el mismo. Mejor informados los consumidores, mejor podrán escoger los bienes que se ofrecen.

La Constitución Política Colombiana, en su artículo 78, dispone que “*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad*”. Así, el

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 24 de septiembre de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 12 de Junio de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente artículo es producto del proyecto de investigación denominado, *La Obligación de información del Productor o Distribuidor en las relaciones de Consumo*, de la Línea de Investigación Contratos y Derecho del Consumo. Departamento de Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia.

² Profesora de Derecho Civil Universidad Externado de Colombia e Investigadora de su Departamento de Derecho Comercial; especialista en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible de la misma Universidad; DSU en Derecho Civil y DEA en Derecho Privado, Universidad de París 2.

³ Estudiantes investigadores de Cuarto y Quinto año de Derecho.

Estado tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos de los consumidores.

El principal objetivo del artículo 78 de la Constitución fue el de proteger al consumidor, ubicándolo en el mismo nivel del productor o distribuidor de los productos, pues el consumidor estaba en un grado de desprotección y se veía como la parte débil en sus relaciones contractuales o de consumo.

El Derecho del consumo, como lo define la Corte Constitucional, es un derecho de carácter poliédrico, es un derecho autónomo con reglas especiales que hacen necesaria su regulación legislativa y su tratamiento jurisprudencial y doctrinario. Es un tema de gran actualidad que poco se ha estudiado en Colombia. Por esas razones el estudio que a continuación se pretende realizar constituye una herramienta importante para avanzar sobre el terreno del derecho del consumo, especialmente sobre el deber de información que pesa sobre el fabricante o productor de un bien o servicio.

En un primer momento se debe diferenciar entre la obligación previa de información, y la obligación contractual de información propiamente dicha. La obligación de información contractual, se concibe como una obligación de resultado que se impone al productor o fabricante de prevenir al consumidor sobre las características del bien o servicio que va a adquirir.

El presente artículo, como primer documento del proyecto de investigación denominado *La obligación de información del productor o distribuidor en las relaciones de consumo* de la Línea de Investigación de Contratos y Derecho del Consumo del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, pretende hacer una presentación general del deber que pesa a cargo de los profesionales de suministrar a los consumidores una información veraz y suficiente sobre los bienes y servicios que lanzan al mercado. Debe advertirse, que el estudio adelantado es un análisis descriptivo del estado actual de la reglamentación al respecto y permitirá, en ulterior momento, realizar estudios específicos sobre problemáticas determinadas sobre la materia.

Para el efecto, resulta indispensable analizar, en primer lugar, la noción del deber de información que pesa sobre los profesionales, estudiando la reglamentación actual en nuestro país, **(I)**, y en la segunda parte del presente escrito se desarrollará el contenido de dicha obligación en la fase precontractual y contractual **(II)**.

I. NOCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN.

A. La definición de obligación de información.

El consumo como lo define Guillermo Cabanellas en su diccionario enciclopédico de derecho usual, es el "último grado del proceso económico, en que los productos se utilizan ya para la satisfacción de las necesidades sociales y humanas, tanto mediatas como inmediatas".⁴

⁴ GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Teniendo en cuenta la anterior definición, es indispensable que previa adquisición de un bien por parte del consumidor, éste obtenga una información detallada sobre las características de los productos o servicios que se lanzan al mercado. Sin embargo, existe una gran dificultad en definir qué es información. En una primera aproximación puede definirse la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información)⁵, teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último; en lo referente a los aspectos tanto jurídicos como materiales del negocio.

Conforme a lo anterior podemos encontrar tres tipos de información:

1. **La obligación de informar stricto sensu**, cuya finalidad es la comunicación por un contratante al otro de las condiciones y el alcance de los compromisos que puede adquirir.
2. **El deber de consejo**, que tiende a orientar la decisión del cliente, e incluye el deber de información en estricto sentido.
3. La **mise en garde**, que hace referencia al deber de advertir los distintos peligros, materiales o jurídicos.

Frente a estos tipos de información, se ha afirmado que éstas no sólo difieren en su alcance sino que también lo hacen en su contenido, lo que ha llevado algunos a afirmar, que los dos primeros tipos de información surgen del contrato, mientras que la primera se encuentra tanto en la etapa pre-contractual, como en la contractual.

En la actualidad es claro el reconocimiento de deberes accesorios que carecen de fuente normativa y que se encuentran sustentados en la buena fe, precisamente uno de estos deberes es el de hablar claro y no incurrir en reticencias sobre aspectos que, de ser conocidos, llevarían a la no celebración del contrato o a su celebración en otras condiciones; deber que ha sido denominado por la doctrina como el deber de información.

Es posible que uno de los puntos más relevantes dentro del proceso contractual de consumo sea el de la información que debe suministrarse o que ha de suministrar el profesional al consumidor⁶, y su importancia radica en que a través de ésta se ha considerado factible ponerle fin a la asimetría existente entre las partes.

En esa medida tanto en la etapa precontractual, como contractual existe una red tupida de disposiciones relativas a la información; en ocasiones referente al deber de poner en conocimiento información necesaria para la utilización del producto y otras de carácter necesario para evitar tergiversaciones y engaños en los que pueda caer el posible adquirente.

El deber de información no viene a ser más que una expresión del deber de lealtad y corrección con que se debe actuar en toda etapa negocial, sin embargo en el caso del derecho de consumo, el deber de información adquiere una mayor entidad como consecuencia de la vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor, secuela de su

⁵ Vassili Christianos L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers, Bruselas, 1987.

⁶ Rapport Turc, II. 1.

clara y reconocida ignorancia, de la complejidad de los productos y la transacción a realizar. Por lo anterior se ha dispuesto en múltiples ordenamientos jurídicos normas que pretenden proteger al consumidor, y así ponerle fin a la desigualdad existente.

1. Fundamento del deber de información.

La doctrina es unánime en el sentido de expresar que el deber de información en la etapa precontractual, tiene su fundamento en la buena fe, esto en cuanto si se aduce que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, deben también, *a fortiori*, ser perfeccionados de buena fe.

Sin embargo no es necesario acudir a un argumento *a fortiori*, pues la buena fe objetiva implica per-se una conducta leal entre las partes, por lo que viola la buena fe la parte que ha retenido o deformado información, teniendo conocimiento que la contraparte no habría consentido de haberlas conocido, o lo habría hecho en otras condiciones⁷.

El deber de información en el derecho de consumo fuera de fundamentarse en la buena fe, que debe regir toda actividad comercial, encuentra una especial fundamentación en el tratamiento especial que se le da al consumidor y la presunción de ignorancia que se cierne sobre éste, lo que causa no solo la posibilidad de la existencia de un vicio del consentimiento, sino además genera una grave situación de desigualdad, a la cual se le puede dar solución a través de este deber.

Así las cosas, el deber de información es lo que permite el equilibrio en la relación contractual de consumo, y de no ser posible dicho equilibrio, si permite al menos colocar en una mejor situación al consumidor y hacer menos ostensible su ignorancia.

2. La obligación de información prevista en el Decreto 3466 de 1982.

Nuestro Estatuto de Protección al Consumidor, Decreto 3466 del 2 de diciembre de 1982, "Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones"; prevé en su artículo 10 "(...) *todo productor deberá informar al público de manera suficiente, respecto de la calidad e idoneidad registradas de los bienes o servicios que ofrece, mediante la mención del número y la fecha del registro, la entidad ante la cual se haya efectuado y, si es el caso, de la licencia que se haya otorgado o de la norma o normas técnicas oficializadas.*

Respecto de los bienes, la mención de que habla el inciso anterior se hará en su cuerpo mismo, o en sus etiquetas, envases o empaques, o en un anexo que se incluya dentro de éstos o se entregue al consumidor al momento de contratar la adquisición, la utilización o el disfrute del bien de que se trate. Si el contrato fuere escrito, la mención deberá obligatoriamente hacerse en él.

En cuanto a los servicios, la mención se hará mediante escrito que se entregará al momento de contratarlos; del mismo modo, la mención respectiva deberá obligatoriamente hacerse en los contratos respectivos cuando éstos consten por escrito".

⁷ Llobet I Aguado Josep, El deber de información en la formación de los contratos, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

De conformidad con el artículo citado, todo productor debe suministrar la información sobre la calidad e idoneidad del bien o servicio que ofrece al público. Dicha información debe constar en las etiquetas, empaques o en un anexo al producto, de igual forma, debe contener el modo de utilización del mismo así como el beneficio que pueda reportar.

Es importante tener presente que los productos al salir al mercado deben contar con unas características mínimas que aseguren su calidad e idoneidad y, por ende, no sean objetos potenciales de daño para sus consumidores⁸.

El profesional, debe informar de forma veraz, todo lo que concierne al producto, bien o servicio, que lanza al mercado. De esta forma el artículo 14 del Estatuto de Protección al Consumidor, expresa que *“Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.*

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

De igual forma, el Estatuto de Protección al consumidor prevé en sus artículos 15 a 17, la responsabilidad que recae sobre los productores en el evento en que suministren al público una información incompleta o inexacta relativa a las marcas, leyendas y publicidad del producto.

En los casos en que los productos sean peligrosos para la salud, el productor debe indicar claramente en las etiquetas o empaques su nocividad y las condiciones necesarias para utilizar dicho producto, como también las contraindicaciones de su empleo.

Por otro lado, los artículos 18 a 21 del Estatuto prevén la información que debe ser suministrada en el caso del precio de los productos, es una información pública que debe ponerse en conocimiento de todos los consumidores. El mencionado precio debe constar en el empaque o etiqueta adherida al producto.

⁸ La calidad e idoneidad de los bienes o servicios, se encuentra definida en el artículo primero del **Decreto 3466 de 1982**; la idoneidad de un producto es *“Su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado”*. Por su parte, la calidad de un bien o servicio es *“El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”*.

En todo caso la responsabilidad de los productores por faltar a ese deber de información la consagra el artículo 31 y siguientes del Estatuto de Protección al Consumidor, y se concreta, siempre que dicha información no corresponda a la realidad o que la misma induzca en error a los consumidores.

De igual forma el artículo 32, del mismo Estatuto, habilita a la Superintendencia de Industria y Comercio a iniciar una investigación de oficio o a petición de parte, sobre las marcas, leyendas, y la publicidad de los bienes y servicios que no corresponden a la realidad e inducen a error a los consumidores. Si se llega a comprobar ese hecho la Superintendencia puede imponer multas a favor del tesoro público y ordenar al productor que corrija la marca, leyenda o publicidad del producto.

Ahora bien, el Decreto 3466 de 1982 consagra la posibilidad de una garantía mínima presunta, así como, la indemnización de perjuicios por daños causados por el producto, e impone unos deberes a los productores y proveedores al momento de establecer la calidad e idoneidad de sus productos. Según el artículo 3 del mencionado Decreto *"todo productor o importador podrá registrar ante la superintendencia de industria y comercio, las características que determinen con precisión la calidad e idoneidad de aquellos"* (Norma que en nuestra opinión, desde un punto de vista lingüístico, ese verbo PODRÁ en lugar de establecer una obligación, consagra una potestad discrecional del productor o importador de registrar o no las características de idoneidad y calidad del bien).

Sin embargo, es importante tener en cuenta la naturaleza multifacética del concepto de consumidor y a partir de allí preguntarse si la documentación que hace un productor o proveedor de la calidad e idoneidad del producto es suficiente para el consumidor.

La Superintendencia de Industria y Comercio como entidad encargada de velar por la protección y el oportuno cumplimiento del derecho de los consumidores, también juega un papel importante al momento de determinar qué información es relevante para el consumidor.

"2.1 Información al consumidor y propaganda comercial. De conformidad con lo señalado en el decreto 3466 de 1982, las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos."⁹

Como se puede ver la Superintendencia, establece de forma precisa los aspectos sobre los cuales los consumidores deben tener conocimiento, y de la misma manera califica la forma como ese conocimiento debe ser obtenido, debe ser cierto, comprobable y suficiente y lo más importante no debe inducir a error al momento de la adquisición o uso del producto.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio Circular Externa No. 11 del 09 de Mayo del 2002.

El derecho comparado centra su atención en la regulación al suministro de información como forma para la protección de las partes en el derecho de consumo. A manera de ejemplo la ley argentina, 13.133, busca la protección de los derechos de los consumidores tal y como se plasma en su artículo 1º: *“La presente Ley establece las bases legales para la defensa del consumidor y del usuario según los términos del artículo 38º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y tiene por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación en el ámbito provincial”*.

Es importante destacar de esta ley la potestad que entrega al Gobierno para que se encargue del flujo de información que llegue a los consumidores, en otras palabras, según esta ley, es obligación estatal educar y regular la información que se entregará a los consumidores¹⁰.

Según el articulado de la mencionada ley, el Gobierno, a través de los planes generales de educación para usuarios y consumidores implementados dentro de los planes de educación básica y polimodal, será el encargado de informar a los consumidores sobre sus derechos, además de capacitar a los mismos para la toma de decisiones al momento de escoger cual es el producto más idóneo para cubrir sus necesidades, advertir sobre los riesgos que puede acarrear el uso de determinado producto, y demás aspectos necesarios para que se pueda dar un equilibrio en el trueque de bienes y servicios (Artículo 13 Ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires).¹¹

De esta forma, la legislación argentina busca cubrir desde los estamentos del Gobierno, el aspecto informativo en la relación de consumo, procurando siempre que la parte débil de la relación sea consciente, no sólo de los derechos que tiene frente a los abusos de los cuales puede ser víctima sino que también intenta, con los programas de información, educar a los consumidores para que al momento de adquirir productos sepan que producto es idóneo para la satisfacción de sus necesidades.

De una manera similar se ha pronunciado la doctrina sobre la importancia del deber de información que tienen las partes como una forma de protección a los intereses de los

¹⁰ Según los artículos 2º y 3º de la Ley 13. 133 la obligación del gobierno se centrará en lo siguiente: **“ARTICULO 2º:** *El Gobierno Provincial deberá formular políticas enérgicas de protección de los consumidores y usuarios, dentro del marco constitucional de competencias, y establecer una infraestructura adecuada que permita aplicarlas. Las medidas de protección al consumidor se deberán aplicar en beneficio de todos los sectores de la población.* **ARTICULO 3º:** *La acción gubernamental de protección a los consumidores y usuarios tendrá, dentro del marco constitucional de competencias entre otros, los siguientes objetivos: c) Programas de educación e información al consumidor y promoción a las organizaciones de consumidores”*.

¹¹ **“ARTICULO 14:** *En los planes de enseñanza oficiales, dentro de las asignaturas ya existentes, se incorporarán entre otros, los siguientes elementos sobre educación para el consumo: a) Características del mercado. b) Vulnerabilidad del consumidor. c) Calidad de los productos y servicios. d) Artículos y servicios de primera necesidad. e) Salubridad de alimentos. f) Prevención de accidentes. g) Peligros de los productos y servicios. h) Información, rotulado y publicidad. i) Organismos de Defensa del Consumidor. j) Pesas y medidas. k) Precios de productos y servicios y empleo eficiente de recursos. l) Técnicas de comercialización. m) Consumo y sustentabilidad del medio ambiente”*.

consumidores, más aún, cuando las legislaciones carecen de concreción al momento de definir la noción de consumidor, al respecto Pascual Fernández, expresó:

*“Como consecuencia de la gran importancia que adquiere cada día la información del consumidor y la dificultad de unificación de las legislaciones, surge el concepto de **CONSUMIDOR NORMALMENTE INFORMADO**.*

Según la doctrina y la jurisprudencia del tribunal europeo la noción de consumidor normalmente informado comprende aquel al que si se le ha facilitado la información necesaria sobre los productos que desea conseguir, puede confiar en su propio discernimiento para proteger su salud y así evitar ser inducido a error”¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, la información para el consumidor no sólo constituye un deber a cargo del productor, sino que también es fundamental al momento de establecer la responsabilidad de las partes en la relación de consumo, pues de no darse de forma completa y suficiente podría inducir a error al consumidor o usuario, lo que constituiría una grave afrenta a sus derechos.

3. La diferencia entre la información y la publicidad.

Entre los años cincuenta y sesenta, la noción de *marketing* comenzó a tomar su lugar dentro de la economía de mercado, con una aspiración a lograr cobertura masiva, y así una cuota publicitaria donde la marca se mostraba como un indicador de ventas, pues mientras más gente oyera del producto más personas lo comprarían. Para los años setenta y ochenta, la revolución informativa hizo que el *marketing* tuviera nuevas herramientas y se enfocara sobre las bases de datos y los perfiles de clientes (*target groups*, etc.). Finalmente, para la última década del siglo XX se conoció la expansión mundial de *Internet*, que permitió a cada mensaje publicitario alcanzar magnitudes poblacionales jamás imaginadas y a la vez lograr establecer perfiles de clientes que permitiera ofrecer un servicio personalizado y atraer al consumidor a sus bienes y servicios¹³.

En este corto periodo de evolución del *marketing*, se comienza a notar el ámbito consumista de la sociedad, donde en sí el consumidor es el protagonista del mundo, pero a la vez lleva a abusos frente a estos en materia de publicidad, precios, calidad mínima, condiciones sanitarias, entre otros.

Así entonces, si por definición todas las personas somos consumidores en algún momento de nuestras vidas, era natural que la sociedad y consecuentemente el derecho interrumpieran estos abusos y delimitaran los ámbitos de protección del consumidor.

La doctrina, entre confusiones y diferencias, termina por distinguir la información de la publicidad, principalmente por su aspecto teleológico.

¹² FERNANDEZ Pascual Gimeno. "Derecho Privado de Consumo". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág 97.

¹³ KOURDI, Jeremi. Estrategia. Claves para tomar Decisiones en los Negocios. Lima. Ed. El Comercio 2008. Publicación por 'The Economist' y 'Diario Portafolio'.

La publicidad ha sido definida como el mecanismo para lograr la notoriedad de empresas, artículos, entre otros, en el ámbito comercial e industrial y persuadir a los potenciales consumidores frente al bien o servicio ofrecido.

La información por su parte, tiene la finalidad de satisfacer el aspecto cognitivo del consumidor sin que haya una finalidad persuasiva sino meramente ilustrativa. El ordenamiento jurídico colombiano situó en el artículo 78 de la Constitución Política Nacional el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se ofrecen al público en su comercialización. Tiene esta materia una reserva legal, aun cuando numerosos proyectos de Estatutos del Consumidor han naufragado en el Congreso de la República, sin darle efectivo cumplimiento al mandamiento constitucional.

La doctrina ha intentado otorgarle el carácter de derecho fundamental a la información para el consumidor (por cuanto sin este derecho, no puede realizar una elección racional y tampoco verá protegidos otros derechos que parten de la información real que tenga el consumidor, como por ejemplo su integridad física y psicológica, el cuidado de su salud, entre otros)¹⁴.

Otro sector lo entiende como un interés difuso, en cuanto los miembros del grupo no son fácilmente individualizables y delimitables (sino que por el contrario, todos somos consumidores); así entonces se constituye el derecho a la información como un mero cometido constitucional en la medida en que es propio del catálogo de derechos con ingredientes económicos del Estado social de derecho¹⁵.

Otra parte de la doctrina, parece encuadrarlo como una garantía institucional, que hace intangible al legislador ordinario el derecho a la información (es decir, que no puede suprimirlo, aún cuando sí puede regularlo). En la medida en que para algunos autores no pueden darse dentro del Estado derechos fundamentales a una comunidad, natural u organizada, se estaría hablando erróneamente de derecho fundamental, cuando técnicamente es una garantía institucional. Es así como por ejemplo la familia no tiene derechos fundamentales en sentido auténtico, y menos su miembro como tal, sino que se está en presencia de una garantía institucional¹⁶. Sin embargo, parece que tampoco encaja completamente el derecho a la información dentro de esta explicación, por varias razones. Primero, en nuestro país se han reconocido derechos fundamentales a personas naturales, personas jurídicas de derecho privado, comunidades (como por ejemplo las indígenas), incluso al Estado mismo¹⁷. También, al pensar cuál es la institución que se protege, tendría decirse que es a toda la sociedad *per se*, pues es la llamada sociedad de consumo, lo cual no tendría tanto sentido en su protección como grupo o institución.

De otro lado, la Corte Constitucional ha fijado “la necesidad de distinguir entre el derecho fundamental y la garantía institucional que lo precede (...) Una Garantía Institucional refleja y refuerza la dimensión jurídico-objetiva de los derechos constitucionales. Su finalidad es brindar una protección especial a elementos mínimos y esenciales de

¹⁴ VIGURI PEREA, Agustín. La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo: las acciones en defensa de intereses colectivos. Granada. Ed. Comares. 1997

¹⁵ Robert Alexy así lo plantea en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

¹⁶ Todo esto en el pensamiento de Carl Schmitt al distinguir Derechos Fundamentales *stricto sensu* y Garantías Institucionales.

¹⁷ Postura que la Corte Constitucional colombiana ha asumido, y que ha sido fuertemente criticada por doctrinantes, como el Doctor Néstor Osuna Patiño

instituciones de derecho privado –v gr. la familia (art. 5 y 42), la prensa, libre y responsable (art. 20)- e instituciones de la organización estatal. (...) esencialmente están enderezadas a la realización del contenido material de los derechos constitucionales.”¹⁸ Si se observa bien, cuando la Corte Constitucional hace referencia al artículo 20 de la Constitución Política (situado dentro del Capítulo de los Derechos Fundamentales), que “garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial (...)”, al leerse en concordancia con el artículo 78 de la Constitución Política, se podría entender que la información sí es un derecho fundamental del consumidor, reforzado por garantías institucionales como la participación en los procesos (de todo tipo, desde judiciales y administrativos, hasta los procesos de producción mismos, como cuando hay maltrato animal, o prácticas contrarias a la moral de una comunidad)¹⁹ que puedan afectar sus intereses.

Así entonces, con el fin de que el consumidor tome una decisión racional, con conocimiento pleno del producto o servicio que adquiere y con total voluntad de hacerlo, se exige por el Constituyente que la información sea veraz. Por el legislador (lato sensu, es decir, incluyendo al Gobierno cuando tiene facultades extraordinarias otorgadas pro tempore por el Congreso para expedir normatividad) que sea clara y entendible (no-engañososa) para el “consumidor racional”²⁰. Por la Doctrina en general, que sea suficiente (e.g. identidad de suministradores o productores, modo de utilización debida, peso, medidas, calidad, componentes, fechas de fabricación y vencimiento, precauciones, efectos secundarios, etc.).

La publicidad será en cambio la “comunicación impersonal que pretende dar a conocer a sus destinatarios la marca, el producto o un servicio que ofrece el anunciante, con el fin de informar de su existencia, persuadir o influir en su compra, y/o generar aceptación o recordación”²¹. Será el mecanismo para establecer la diferenciación de productos en el mercado y persuadir por su preferencia.

Hay que decir que se debe entender a la propaganda comercial como equivalente a la información *per se* (con las características descritas anteriormente), y no tiene la finalidad ni elementos propios de la publicidad; i.e. propaganda comercial es distinto a publicidad.

A esos efectos, se entenderá que la propaganda comercial, o información, será clara, veraz, y a contrario, será engañosa cuando omita información necesaria para la comprensión por el consumidor, cuando induzca en error al mostrar elementos que no están representados en el producto ofrecido, cuando no hay claridad en el anuncio sobre el estado del producto (e.g. deficientes, imperfectos o usados) o sobre las condiciones a las que está sujeta una promoción, entre otras.

La publicidad se entenderá engañosa cuando el mensaje transmitido al consumidor es susceptible de inducirlo en error respecto del producto anunciado sobre sus elementos objetivos, no sobre los elementos subjetivos. Es decir, que tomando como referencia al consumidor racional, por regla general no induce a error las alabanzas que el propio comerciante hace sobre su producto (e.g. increíble, insuperable) partiendo de la base de

¹⁸ Sentencia T-383 del 15 de Septiembre de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁹ Verbi gratia, el caso de la Hisba en la comunidad islámica.

²⁰ Propio de una figura de ‘Hombre Medio’ que es medida de un consumidor común y corriente; i.e. no es experto en el tema, pero tampoco absolutamente ignorante.

²¹ Definición acogida por la Superintendencia de Industria y Comercio, partiendo del Decreto 3466 de 1982, la Circular Externa No. 11 de Mayo 9 de 2002 de la SIC, y demás normatividad aplicable.

que este sujeto no será imparcial ni neutral sobre el bien que desea vender o promocionar. Sin embargo, cuando la falta de precisión, el engaño, recae sobre los elementos objetivos del producto, sí se considera a la publicidad como engañosa en cuanto a que lo esencial del bien está siendo alterado en la promoción y no corresponde a la realidad (e.g. precio del producto, calidad, naturaleza, composición, etc.). Partiendo de la anterior explicación, se entiende por qué falsedad no es lo mismo que engañoso, pues si bien determinada publicidad puede ser falsa (respecto de las alabanzas hacia el objeto, es decir los elementos subjetivos) no necesariamente es engañosa (mientras no recaiga sobre los elementos objetivos del bien). Y, de tal manera, la protección del consumidor es técnicamente contra la publicidad engañosa, no contra la publicidad falsa.

Finalmente, si bien hay varias sub-clasificaciones de la propaganda (e.g. con o sin incentivos, con o sin imágenes, de productos nocivos para la salud, comparativa, etc.) que implica una reglamentación especial para cada una, la distinción básica a entender es la naturaleza de la información y su diferencia ontológica con la publicidad. Así, si la publicidad es la noticia que le da el mercado cada día al consumidor con una finalidad específica de persuasión, la información será el primer paso para lograr el objetivo, cual es un consumidor educado con pleno conocimiento de lo que requiera saber sobre los bienes y servicios que va a adquirir.

B. LAS PARTES DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN.

1. ¿Quién debe ser informado?

La noción de consumidor es un concepto que abarca un sinnúmero de significados, pues el consumidor será diferente dependiendo de la relación contractual bajo la cual se estén rigiendo las partes. No es lo mismo un consumidor mayorista de insumos que un consumidor del común acostumbrado a las compras domésticas y de uso diario. Por eso la regulación que se tiene de consumidor no debe ser un concepto general plasmado en el Código sino que por el contrario debe regularse de manera distinta dependiendo de las circunstancias en donde se desenvuelvan las partes. *“Al haberse optado por la regulación del consumidor en distintas leyes con distintos ámbitos (Código Penal, Código Civil, ley general, Estatutos, Leyes concretas y especiales, etc.) necesariamente cada ley recogerá la idea de consumidor adaptada a la necesidad de la misma y a la concreta protección que le va a dispensar”*²². Por lo anterior, es importante mirar el concepto de consumidor no solo desde el punto de vista de la legislación, sino también desde el punto de vista de la doctrina, y, la forma como ese concepto abarcará la obligación de información a la que tiene derecho el consumidor.

En la legislación colombiana la definición de consumidor se encuentra regulada por el artículo 1º literal c del Decreto 3466 de 1982 y establece que se entenderá por consumidor “toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”. Esta definición no puede ser entendida de forma literal pues el término peca por falta de delimitación. Y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil:

²² FERNANDEZ Pascual Gimeno. “Derecho Privado de Consumo”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág 96

“Aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir por simple imprecisión terminológica, a pesar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría – consumidores- y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio.”²³

Sin embargo, en la citada sentencia, se restringe la definición de consumidor, al expresar que dicha connotación solo la tendrán aquellas personas que sean destinatarios finales del bien o servicio dentro de una relación de intercambio de bienes o servicios. Según la Corte Suprema solo será consumidor aquel que *“aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial – en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”*.

Por lo tanto, solo tendrán la connotación de consumidor las personas que se encuentren en la relación antes reseñada, y tendrá lugar la aplicación de la norma especial – Estatuto de Protección al Consumidor, de lo contrario, serán aplicables las normas del derecho común.

Es por eso que la Corte Suprema de Justicia, ve la necesidad de darle una interpretación a la norma del Decreto 3466 de 1982 que establece la noción de consumidor con el objetivo de delimitar las funciones y finalidades que se le atribuyen mediante la regulación legal, en tanto que la vaguedad del concepto de consumidor puede generar perjuicios al momento de la protección de los derechos del consumidor y al mismo tiempo puede generar problemas al momento de establecer a quién se debe informar y de qué forma, qué información puede llegar ser relevante y quién es responsable de esa información.

Análogamente, sobre esta noción, la Superintendencia de Industria y Comercio expresó:

“Cabe resaltar la falta de precisión de la definición de consumidores en la disposición transcrita, la cual no se delimita nítidamente de otras definiciones, habida cuenta de la vaguedad de sus términos y por ello debe interpretarse armónicamente con las definiciones de productor y proveedor”²⁴

En este orden de ideas, la definición que tenemos de consumidor necesita mejorarse en el sentido que, la interpretación que se le debe dar debe ser acorde con la relación económica en concreto que tiene el individuo para la satisfacción de sus necesidades y que el concepto desarrollado por la legislación de derecho al consumidor es demasiado amplia pues puede abarcar a cualquier persona natural o jurídica sin tener en cuenta que

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

²⁴ Concepto 96027242 de 2 de septiembre de 1996. Superintendencia de Industria y Comercio. “Compendio de Doctrina sobre Protección del Consumidor 1992-1999”. Ministerio de Desarrollo Económico. Pág. 153.

tipo de relación de consumo tiene, situación que puede traer como consecuencia una desprotección en los intereses de los consumidores.

Como conclusión, el consumidor al ser una de las partes en la relación de consumo, tiene derecho a ser informado de manera completa y clara sobre aquellos temas pertinentes al momento de escoger que producto puede satisfacer de mejor manera sus necesidades.

2. ¿Quién debe informar?

El derecho del consumo busca equilibrar las relaciones entre profesionales y consumidores, imponiendo deberes a los primeros que se conciben como derechos de los segundos.

Como se mencionó al inicio del presente escrito, el profesional es la persona física o jurídica que se desenvuelve en una actividad habitual y organizada de producción o en la prestación de un servicio determinado.

El profesional puede ser una persona que explota una empresa y que tiene una especialidad determinada, es una persona que conoce las características que deben reunir los productos y servicios que lanza al mercado para su distribución y comercialización.

El Decreto 3466 de 1982 define en el artículo 1o, quienes son productores, proveedores o expendedores:

- a) *“Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.*
- b) *Proveedor o expendedor: Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, o cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese publico.”*

A su vez, el artículo 10 del mencionado Estatuto, expresa que todo productor debe suministrar la información sobre la calidad e idoneidad del bien o servicio que ofrece al público. Dicha información debe constar en las etiquetas, empaques o en anexo al producto, debe contener el modo de utilización del bien así como el beneficio de dicho bien y debe ser clara y veraz, es decir, que no induzca en error al consumidor o adquirente del bien o servicio.

II. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN.

A. En la etapa precontractual.

Es claro que el deber de información existe en la totalidad de las etapas contractuales, es así como en el tramo anterior al perfeccionamiento del contrato las partes se deben

lealtad y corrección (buena fe), lo que hace evidente la existencia del deber de información, que en esta etapa implica que el deudor de la información, debe otorgar toda información necesaria para una adecuada formación del contrato, evitando retener información que de haberse entregado habría generado la no celebración del contrato o su celebración en otras condiciones.

Si bien el deber de información se sitúa en la totalidad de las etapas contractuales, es precisamente en la etapa precontractual donde este posee una mayor entidad, esto si tenemos en cuenta que la masificación ha llevado a que el poder de negociación se encuentre concentrado en una sola de las partes de la relación negocial, lo que se ve reforzado con los distintos avances tecnológicos, que hacen que el conocimiento se encuentre únicamente en el fabricante o vendedor, lo que pone de manifiesto la situación de desigualdad existente en la que se halla la contraparte, por la falta de información y conocimiento²⁵.

Será precisamente aquí donde el deber de información tendrá mayor relevancia pues logrará restablecer el equilibrio desde el inicio mismo de las tratativas, por medio de la información que ha de ser otorgada por el deudor de la información.

1. La actuación de las partes conforme a la buena fe.

La buena fe impone a cada uno de los intervinientes en las tratativas, la necesidad de que informen con lealtad a la contraparte todo aquello relevante a los fines de la contratación.

En lo referente a las negociaciones, antes no se pensaba siquiera en un deber de información acerca de las calidades de la cosa o del servicio objeto del trato y mucho menos en lo referente a las condiciones contractuales. Hoy el deber de información es una manifestación del deber de solidaridad y más ampliamente del deber de obrar de buena fe.²⁶

Ahora bien, el objeto de este deber de información es precisamente aquello sobre lo cual debe versar la información, es decir son aquellos elementos que deben llegar a manos del acreedor de la información a través del deudor, sin embargo en este punto nos encontramos con dos aspectos que son fundamentales para el estudio del tema como son: la imposibilidad de establecer *a priori* el contenido y alcance del deber de información; ya que este dependerá de una pluralidad de factores, lo que hace que sea necesario acudir al caso en concreto para determinarlos; y, la importancia de la buena fe objetiva en el deber de información, pues como se vio este se deduce o surge precisamente de esta.

Sin embargo, podemos afirmar que la forma de fijar el contenido de la información que debe ser dado al acreedor, resultará de saber si éste habría contratado o no de haber sido informado, lo que equivale a establecer una relación de causalidad entre la obligación de información y el consentimiento otorgado a la hora de dar existencia al contrato.

Es del caso tener en cuenta que el deber precontractual de información está sometido a tres condiciones: 1) la información ha de ser decisiva o determinante; 2) el deudor de la

²⁵ Stiglitz S. Rubén y Stiglitz A. Gabriel, responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

²⁶ Hinestrosa Fernando, anónimo, año 2008

información ha de tenerla; sin embargo en el caso de relaciones entre profesional y consumidor de bienes o servicios, no es simplemente que se suponga que aquel dispone de ella sino que se le trata como si la tuviera y; 3) se debe tratar de una información de que carece la otra parte, y que no le es fácil adquirir²⁷.

Con base en lo anterior, autores como Josep Llobet han afirmado que el deber de información posee un doble contenido: uno de carácter negativo, que implica el abstenerse de otorgar información errónea, y otro de carácter positivo, que involucra la transferencia de toda la información exigible, es decir toda aquella requerida para que se conforme un adecuado consentimiento al momento de la celebración del contrato.

La información de carácter positivo, entendida como aquella información que debe proporcionarse para la adecuada formación del consentimiento, se puede dividir en dos categorías:

- a) La obligación de informar sobre el contenido y significado de las cláusulas del contrato, dedicando especial atención a las llamadas cláusulas insólitas o abusivas, lo que no implica que el deudor de la información se convierta en "maestro" de su acreedor, pues de cualquier manera existe de por medio una carga de diligencia que debe ser cumplida por el deudor.
- b) la obligación de dar información referente a la cosa objeto del contrato, sin dejar de lado la información relativa a la función y a la utilización de la cosa.

Esta última categoría viene a ser de especial relevancia en el caso de los productos peligrosos, en donde el deudor de la información, no solamente deberá otorgarle la información necesaria para la adecuada utilización de la cosa, sino que además deberá infórmale de los posibles riesgos y consecuencias por la utilización de la misma, así como también las previsiones que deberán tenerse en cuenta al momento de utilizarla.

Sin embargo, el deber de información no puede convertirse en una exigencia de carácter imposible, por lo que el deudor de la información únicamente se encuentra obligado a dar a conocer la información que corresponda a las previsiones normales del contrato, y frente a esto corresponde al acreedor de la información dar a conocer la necesidad de ser informado sobre algún aspecto específico que no se encuentre dentro de la información típica a otorgar en el contrato. Conforme a lo anterior, el deber de informar sobre la utilización de la cosa, solamente existe en aquellos casos en que el acreedor de dicha obligación se encuentra en la imposibilidad de darse cuenta por sí mismo, de los peligros de la cosa.

De lo anterior se colige que el contenido de la información deberá ser evaluado en función de un uso normal del producto.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el vendedor dispone de información que la contraparte desconoce o no está en condiciones de conocer, es entonces la falta de información por dolo o por culpa, un factor que subraya la desigualdad existente, perturba la declaración de voluntad, y así de perfeccionarse el contrato, la relación se hallara alterada desde su génesis.

²⁷Hinestrosa Fernando, *Ibídem*

En principio, el deber de información recae sobre quien posee la información, quien en consecuencia se verá en la imposibilidad de alegar el incumplimiento del deber, pues es precisamente éste quien poseía la información o quien debía conocer la misma, de lo anterior podemos concluir que si las partes que intervienen en la etapa de tratativas no tenían ningún conocimiento de la información, ninguno de estos se encontrará en la obligación de informar.

No puede sin embargo dejarse de lado, el hecho de que hoy en día la noción del deber de información, es una noción de carácter dinámica, por lo que no solo se debe informar sobre lo que se conoce, sino que el deudor de la información también deberá obtener todo el conocimiento posible sobre la cosa, para de esta forma proporcionar la información adecuadamente.

Este deber de informarse se manifiesta de la misma forma, en cuanto el contratante deberá solicitarle a su contraparte que haga las precisiones necesarias sobre la obligación que va asumir, de omitir esta carga su actuar será negligente y por lo tanto las posibles consecuencias del no cumplimiento de dicha carga no se le podrán atribuir a la contraparte.

La buena fe en este caso impone límites sobre la obligación de informar, pues sería contraria a ésta que la carga de la información únicamente estuviera en cabeza de un individuo, es así como la cooperación que debe presidir las relaciones entre las partes, tanto en la formación como en la ejecución del contrato, impone que cada uno se informe e informe lealmente a la otra parte sobre el contenido del contrato.

Es claro que el acreedor de la información no debe quedarse inactivo a la espera de recibir toda la información, mas sin embargo al encontrarse las actuaciones de las partes regidas por la buena fe, éste sí puede legítimamente confiar en que toda la información dada por el deudor de la misma, sea una información veraz y completa.

De la misma forma no cabra ningún tipo de reproche por parte del acreedor de la información al deudor de ésta, cuando éste conocía la información o cuando la información debía ser conocida por éste, como tampoco lo habrá en aquel caso en el cual el acreedor de la información es especialista o desarrolla una actividad afín que le otorga conocimientos que hagan que la información que se deba otorgar sea mucho menor o inexistente, precisamente esta es la razón por la cual ha sido imposible determinar el alcance y el contenido del deber de información, pues factores como el anterior lo modifican de forma sustancial.

Lo anterior se ve verdaderamente reflejado, en aquéllos contratos en los que el elemento confianza es fundamental, en los cuales si es válido a diferencia de lo que sucede en otros, la excusa del acreedor consistente en la imposibilidad de informarse, basada en su confianza de que la información le sería suministrada por la contraparte.

El deber de información deberá reducirse a límites razonables, de esta forma si los interlocutores exhiben una igualdad técnica, deja de existir el deber de información, como consecuencia de la inexistencia de su principal fundamento como es la desigualdad existente en la relación negocial.

Es necesario también tener en cuenta, que la obligación de información no existe en lo que concierne a los elementos que el acreedor de ésta ya conocía o debía conocer, como

en aquellos casos en los que la información es básica o en aquellos en los que se está frente a un experto en el tema.

B. En la etapa contractual.

El contrato constituye la principal fuente de las relaciones de consumo, a tal punto que el derecho de consumo, supone la previa adquisición y obtención del uso y disfrute de bienes o prestación de servicios a través de canales obviamente contractuales, lo que se ve precisamente reflejado en que las disposiciones califican al consumidor como el que contrata bienes o servicios para fines personales²⁸.

Por lo anterior, la protección al consumidor ha de encontrar sus fundamentos en las instituciones del derecho contractual, en donde se hará especial uso de aquellas normas jurídicas que busquen reconocer el equilibrio y justicia contractual, las que serán herramientas idóneas para garantizar el acceso al consumo de forma digna.

Parece, con base en lo anterior, incuestionable que uno de los pilares básicos para garantizar el acceso a dichos bienes y servicios, es el deber de información, es decir el imperativo de recibir desde el periodo previo a la celebración del contrato, información completa sobre las características del bien, su adecuada utilización, riesgos, posibles fallas, etc; el que especialmente desde 1985 se ha hecho conciencia de su importancia y se le ha dado el lugar que le corresponde como piedra angular de las relaciones de consumo, lo que se produciría en parte como consecuencia de las directrices de las naciones unidas sobre protección al consumidor de 1985 y ampliadas en el 99.

Ahora bien como en todo vínculo obligacional, la relación de consumo genera efectos bipolares; así en el derecho de consumo frente al derecho a la información del consumidor encontramos el deber o la obligación del productor, fabricante, de otorgar toda la información sobre los bienes y servicios, ofrecidos.

El deber de información es una carga que pesa sobre todo contratante, como un deber accesorio de conducta, presente, como lo manifestamos anteriormente, desde las tratativas o negociaciones y durante la totalidad del tiempo de ejecución del contrato, esto con la finalidad en el primer momento de lograr en la otra parte una realidad relevante para la valoración del contrato, y en la segunda para facilitar la ejecución del contrato, el cumplimiento de su función económico social y la adecuada utilización de los bienes y servicios ofrecidos.

Es por lo anterior, que el deber de información adquiere una especial relevancia en el derecho de consumo, ya que este no es sólo decisivo en la elección de bienes y servicios para buscar la satisfacción de las necesidades del consumidor, sino también, para que una vez celebrado el contrato el consumidor pueda dar un adecuado uso a los bienes que ha obtenido.

El deber de información que desde el aspecto pre-contractual implica una información orientada en aspectos económicos, técnicos y financieros, deberá volcarse también sobre aspectos jurídicos del contrato. En este caso la buena fe impone deberes de sinceridad, claridad y veracidad en la búsqueda de un común entendimiento de las

²⁸ Stiglitz S. Rubén y Stiglitz A. Gabriel, *ibídem*

clausulas y pactos que se van proponiendo, lo que *per se* implica una prohibición a cualquier tipo de intensión de aprovecharse de las debilidades de la contraparte.

El deber de información ha sido de igual forma considerado útil a la hora de la interpretación de los contratos, como un posible elemento integrador de los mismos, se ha dicho al respecto, que los vacíos y lagunas de la relación contractual deberán ser llenados en consideración de la información proporcionada o aquella que se debía proporcionar. Sin embargo, parece ineludible tener en cuenta que el deber de información como elemento integrador del contrato, es un criterio totalmente objetivo, es decir, se debe buscar aquella información que debió haber sido entregada y no lo fue.

1. información sobre las características de los bienes y servicios.

La Superintendencia de Industria y Comercio, siendo consecuente con el Decreto 3466 de 1982, obliga a que al momento de anunciar al público un bien o servicio para promover o inducir a su adquisición, utilización o disfrute, debe hacerse con indicación de las calidades del producto, modo idóneo de uso, entre otras. Del mismo modo, al aclarar qué se entiende por calidades lo define como *“El conjunto total de propiedades, ingredientes, o componentes que los constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir, su aptitud para satisfacer la necesidad para la cual el bien ha sido producido y las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la normal y adecuada satisfacción de necesidades a las cuales está destinada”²⁹*.

La doctrina, como casi siempre ocurre, tiende a ser más prolija, exhaustiva o detallada frente a la indicación de las características que deben informarse sobre los productos. Así por ejemplo, se menciona la necesidad de identificar los productores y/o suministradores, el uso ordinario y forma de utilización segura y debida, peso, medidas³⁰, calidad, componentes, fechas de fabricación y vencimiento, precauciones, efectos colaterales, nivel de toxicidad, origen (animal, vegetal), entre otras³¹.

En razón a la obvia e inescindible relación entre producción y consumo, la información tampoco puede ser absoluta. Es decir, que tal como lo esgrime el Libro Verde de la Unión Europea, debe haber protección al consumidor sin frenar u obstruir la capacidad innovadora y condiciones de desarrollo de la industria en general. Ello significa, a efectos de la información debida al consumidor, que tampoco puede llegarse al extremo de revelar los procesos de producción, o elementos propios del secreto industrial, etc.

Asimismo, el contenido del deber de información sobre las características de los bienes se amplía por la SIC al describir qué se considera información engañosa.³² De ese modo hace referencia a la situación en la que se pueda inducir a error al consumidor por falta de veracidad, imprecisiones u omisiones que recaigan en *“las indicaciones sobre las*

²⁹ Guía del Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁰ Sobre este punto, la SIC en la Circular Única, Título VI, Capítulo II, indica que los productos que estén envasados o empacados deben llevar expresamente el contenido neto, no el contenido aproximado, en razón a que podría implicar una permisividad para que se diera menos de lo anunciado al consumidor.

³¹ ABELLÁN TOLOSA, Luis. Derecho Privado de Consumo. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2006

³² Circular Única artículo 2.1.1 y ss.

*características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios. El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios. La naturaleza, características y derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones*³³.

La Corte Constitucional consideró el derecho del consumidor como una complejidad que tiene diferentes manifestaciones; así pues, dijo: *“El derecho del consumidor no se agota en la legítima pretensión de obtener en el mercado bienes y servicios con mínimos de calidad y aptitud para satisfacer necesidades –idoneidad-; el derecho del consumo tiene carácter poliédrico. Su objeto incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial, de orden procesal y de orden participativo.*^{34”}

Al considerar esto, la Corte explica los marcos en los que se mueve la información al consumidor y el papel que juega. De orden sustancial, en la medida en que la información suministrada debe corresponder a la idoneidad del bien para satisfacer las necesidades para las cuales fue producido, con la calidad y funcionalidad ordinaria. De orden procesal, porque con base en esta información podrá haber exigibilidad judicial (además de medidas administrativas) para hacer corresponder la realidad con lo que se ofreció, y perseguir indemnización por perjuicios causados si es el caso. Y de orden participativo, porque tanto la sociedad civil organizada en grupos, como el consumidor tomado como individuo, e incluso la administración pública misma y diferentes órganos de control, requieren la información sobre los productos para establecer una vigilancia y protección frente a la enorme cantidad de productos en el mercado.

Respecto del control y vigilancia, peca por defecto el actual Estatuto del Consumidor (que como se puede observar se expidió antes de que existiera la Constitución de 1991), pues en su artículo 3° y siguientes define lo que es el registro público de calidad e idoneidad de los bienes y servicios³⁵. Al observar los verbos utilizados, “podrá”, se entiende que es

³³ Idem.

³⁴ Sentencia C-1141 de 2000, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente: 2830, agosto 30 de 2000.

³⁵ *“Sin perjuicio del régimen de “licencia de fabricación” establecido en el Decreto 2416 de 1971 y de cualquier otro régimen de registro o licencia de bienes o servicios legalmente establecido, todo productor o importador podrá registrar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las características que determinen con precisión la calidad e idoneidad de aquellos. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá determinar, mediante resolución, las condiciones que debe reunir el registro de Calidad e Idoneidad de bienes y servicios, según la naturaleza y clase de éstos. En ausencia de esta determinación, el productor o importador podrá efectuar el registro sin limitación o condicionamiento, pero con sujeción a las nociones de calidad e idoneidad definidas en el artículo 1o. Todo productor de bienes o servicios podrá modificar en cualquier tiempo las condiciones del registro que haya efectuado, siendo entendido que las nuevas condiciones sólo regirán para los bienes o servicios que se produzcan con posterioridad a la modificación. Son aplicables a la modificación del registro las disposiciones contenidas en los artículos 5o. y 6o. de este Decreto. El registro de calidad e idoneidad constituye el documento auténtico proveniente del productor de un bien o servicio, con base en el cual se podrá establecer la responsabilidad por la calidad e idoneidad del bien o servicio, por la garantía mínima presunta del productor y por las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de los bienes y servicios. El*

facultativo hacer el registro, salvo cuando la ley exija lo contrario. La crítica en este punto se entiende en el sentido en que si la protección al consumidor es de tal magnitud como pretende darlo a entender la normatividad vigente³⁶, debería ser la regla general el Registro (y no la excepción, como lo es bajo la permisividad legal de hacerlo facultativo al productor) para permitir el control al cual hace referencia la Corte Constitucional en el marco participativo y asimismo poder establecer fácilmente la eventual responsabilidad en beneficio del consumidor, cuando el producto como tal o la información suministrada en estos no corresponda a lo que se expresó en el registro público. Esta exigencia es propia del marco Constitucional de 1991 y de Principios trascendentales como el Principio de Transparencia³⁷.

Finalmente, hay que decir que bajo el cumplimiento de la obligación a cargo del productor/expendedor de suministrar la suficiente y necesaria información al consumidor, podría eventualmente el productor estar incurso en una de las causales de exoneración de responsabilidad que trae el Decreto 3466/82 en su artículo 26, como lo es el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado. Claramente se ve que opera la exoneración de responsabilidad sólo bajo el supuesto de que se haya entregado la información completa y haya uso indebido por el consumidor.

2. información sobre los precios de los productos.

Uno de los elementos esenciales dentro de la relación de consumo es el precio. El consumidor debe conocer de antemano cuál es el costo del bien o servicio al cual quiere acceder, y de manera consecuente, ese consumidor medio que por naturaleza es un hombre racional (maximizador, que analiza el costo/beneficio de la relación, etc.), considerará si quiere o no obligarse frente al vendedor a pagar el precio.

Sin embargo, recordando que estamos frente a un marco jurídico protector, deben analizarse las diversas situaciones en las que podría haber un abuso o eventual provecho ilegítimo por parte del vendedor sobre el consumidor.

Uno de los deberes del consumidor, es informarse de manera seria y responsable sobre las características, especificaciones y precios de los bienes y servicios ofrecidos³⁸. ¿Pero qué ocurre si al cumplir ese deber, el consumidor se encuentra con dos o más precios? ¿Con precios que en realidad no son el costo final que se le cobrará?

Estado no asume responsabilidad alguna por la calidad e idoneidad registradas por los productores.”

³⁶ Incluso la Corte Constitucional habla en la sentencia C-1141/00, con base en los artículos 13 y 78 de la Constitución Política, del ‘Principio de Protección al Consumidor’. Al elevarlo a tal categoría (por ser un sujeto de especial protección, como lo expresan los artículos mencionados) exige una adecuación del Estatuto del Consumidor a la Constitución Política (que es posterior al primero) y en razón a la ‘especial protección’ exige modificaciones en la responsabilidad en beneficio del consumidor. Estas últimas han sido reformas propuestas en los pasados (y fallidos) proyectos de Ley para la expedición por el Congreso de un nuevo Estatuto del Consumidor.

³⁷ Que ha tenido, en los asuntos en los que se ha aplicado, significativas manifestaciones. Por ejemplo, en la Contratación Estatal con su consagración en la Ley 80 de 1993 (que sí es posterior a la Constitución de 1991, no como el Estatuto del Consumidor).

³⁸ Guía del Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio

Si el Constituyente está exigiendo al Legislador una protección especial, no sólo respecto de la salud y seguridad del consumidor, sino también de sus intereses económicos, pues la información sobre los precios debe ser tan clara, suficiente y veraz como lo debe ser la información sobre las características esenciales de los bienes y servicios.

Hay que distinguir entre las distintas formas que existen usualmente para hacer públicos los precios así como los diversos modos de intervención que tiene el Estado para intervenir en su fijación.

Tenemos que el Estado, en su papel de intervención en la economía y especial protección a sujetos como el consumidor, utiliza los sistemas de libertad total, libertad vigilada, libertad regulada y control directo.

La primera de las modalidades, la libertad total, hace referencia a aquellos productos cuyo precio se ve determinado por las condiciones mismas del mercado. La oferta y la demanda serán quienes determinen el costo del bien o servicio.

La libertad vigilada comprende una fijación de precios por el mercado mismo, pero, a diferencia del primer sistema enunciado, el Estado vigila y supervisa que no se llegue a extremos de abusos, propios de especuladores, acaparadores y otros, que puedan afectar de manera seria la calidad de vida del consumidor. Es decir, que si bien el Estado no tiene control sobre los precios, sí puede excepcionalmente intervenir cuando se presente un abuso del derecho por parte del comerciante. Es propio de esa característica teleológica que se le asigna a todo el espectro del Derecho de Consumo³⁹. Esta vigilancia implica una carga en el productor de informar periódicamente a las autoridades respectivas sobre las modificaciones en sus precios.

El tercer sistema, es la libertad regulada, implica una libertad de fijación de los precios, pero en un marco o rango establecido por la autoridad competente. Este sistema es propio de utilizarse cuando se está frente a un monopolio. Ese rango se establece mediante precios techo *price cap*, precios piso, o precios mínimos, los dos, y otras formas que se explicarán más adelante.

El último sistema que por lo general conoce la doctrina para la fijación de precios es el control directo. Se está frente a un escenario en el cual las empresas no tienen la libertad de fijar los precios de sus productos, tampoco de modificar los existentes, pues esa labor está exclusivamente en cabeza de la autoridad competente, que los fijará mediante acto administrativo. Si bien es útil frente a los monopolios, eventualmente puede utilizarse en mercados en competencia, por ejemplo cuando hay una emergencia económica. Aquí podemos encontrar entonces la intervención de Ministerios y Comisiones de Regulación, para controlar, por ejemplo, los precios de la gasolina fuera de zonas urbanas y en zonas fronterizas, algunos medicamentos, los servicios públicos domiciliarios, entre otros⁴⁰.

³⁹ “Se trata, por tanto, de un concepto demarcado en lo sustancial por el interés general, es decir, fundamentalmente teleológico, [...] conforme a lo anterior, el contexto jurídico constitucional del concepto de usuario o consumidor se caracteriza por su naturaleza finalística, luego cualquier aproximación hermenéutica al mismo debe hacerse en función de estos parámetros constitucionales.” SANTOFIMIO, Jaime O. El Concepto de Usuario en el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. Pg. 11

⁴⁰ Por ejemplo, el DECRETO 863 DE MAYO 5 DE 1988, del Ministerio de Desarrollo Económico, “Por el cual se reglamenta el Decreto Ley No. 3466 de 1982, en cuanto a la fijación de precios, y se dictan otras disposiciones”.

Toda esta intervención del Estado, en distintos niveles, implica el uso de variadas técnicas para poder lograr el objetivo deseado con el control de precios. Dentro de estas técnicas, seis son las más reconocidas por la doctrina: regulación de precios techo; regulación de precios mínimos; regulación por tasas de retorno; regulación por métodos combinados; regulación por eficiencia comparativa; regulación por costos incrementales a largo plazo.

Sobra aclarar que estas técnicas se utilizan sólo sobre los sistemas de libertad regulada y control directo, pues en principio, en los otros dos sistemas el Estado no interviene de manera directa en la fijación de precios.

La regulación de precios techo o *price cap* indica, como su nombre lo muestra, la fijación de precios máximos sobre un producto por el regulador. Si se analiza económicamente este fenómeno, se entiende como un incentivo al productor para que reduzca sus costos, que bajo el supuesto en el que mantenga la calidad y características del bien implicaría buscar una mayor eficiencia en el proceso de producción del objeto, para así poder tener las utilidades deseadas, ya que no puede incrementar el precio más allá del tope establecido por la Administración; a su vez, lo que finalmente se busca es que esta reducción de costos se pueda trasladar a los consumidores, en un escenario donde si bien se mantiene un margen de utilidad, el costo para el consumidor sea menor⁴¹.

La regulación de precios mínimos se refiere al evento en el cual el regulador establece unos precios piso sobre un bien o servicio. Claro ejemplo de ello está en el mercado laboral (smmlv) y en el mercado agrícola sobre algunos bienes en los cuales se busca evidentemente proteger al sector agro y las condiciones mínimas para sus productores.

La regulación por tasas de retorno, fija unos parámetros con base en el ingreso que tenga el productor. Ello permite fijar los precios de tal forma que el prestador del servicio o productor del bien no funcione a pérdida, y consecuentemente se protege al consumidor de que se extinga esa empresa que insertaba en el mercado esos productos a los cuales él accedía.

La regulación de métodos combinados, también conocida como *sliding scale* implica una metodología ecléctica, en la cual se fijan unas tarifas para repartir las diferencias entre consumidor y productor. Es decir, que busca que las utilidades permitan una continua prestación del servicio o producción del bien, y a su vez reducir los costos para el consumidor.

La regulación por eficiencia comparativa, llamada también *yardstick competition*, indica una comparación entre las distintas empresas de un sector bajo el objetivo de obtener una comparación de eficiencia de los productores y consecuentemente buscar un beneficio para el consumidor en el momento en el que se le puedan trasladar estas eficiencias de la producción. La comparación puede hacerse con una empresa modelo-ideal (i.e. simulada, que es la comparación llamada *benchmarking*), y/o con empresas reales que funcionen dentro del mismo sector llamada *yardstick*⁴².

⁴¹ Por ejemplo, como lo establece el artículo 92 de la Ley 142 de 1994.

⁴² Así lo denota por ejemplo el artículo 45 de la Ley 143 de 1994.

Finalmente, la regulación de costos incrementales a largo plazo se aplica a un mercado no potencial en competencia. Por ejemplo, la telefonía pública básica conmutada, o anteriormente la energía eléctrica. Es decir, que lo que se busca no es simplemente que no funcione a pérdida, sino que además se pueda recuperar la inversión hecha en un primer momento y con base en esta proyectar y fijar las tarifas o precios que se cobrarán al consumidor.

Todos estos mecanismos de intervención tienen clara fundamentación en la Constitución Política, en la medida en que el derecho a la libre competencia no es un derecho absoluto, pues está limitado, entre otros, por los derechos del consumidor⁴³. ¿Cómo aparecen estas medidas de protección al consumidor, no sólo en materia tarifaria sino de la información real que debe llegar al sujeto que accede al producto?

La obligación que recae sobre el productor/expendedor del objeto de la relación de consumo es de fijar, de manera clara, visible y entendible el precio máximo de venta al público de los bienes y servicios ofrecidos. Este precio, como resulta evidente, debe concordar con el que efectivamente se cobre al consumidor. Al fijar el valor del bien, el productor puede elegir el sistema que desee salvo disposición en contrario. Es decir, puede escoger entre la fijación del precio en los bienes mismos, o la fijación en lista que comprende la fijación en góndolas, anaqueles, estantes, etc.

Si bien el avance tecnológico ha permitido implementar de manera generalizada el uso del código de barras, la función de este es principalmente para el vendedor (que implica una agilización en el proceso de compraventa, etc. –sin desconocer que esa agilidad también obra en beneficio del consumidor-); así entonces, es apenas obvio que el uso del código de barras no exime al vendedor de la obligación de indicar de manera clara, legible y entendible el precio por cualquiera de los sistemas ya mencionados.

Si el vendedor opta por usar más de un sistema de fijación de precios, al referirse al mismo objeto deberán necesariamente ser idénticos los valores que aparezcan en los distintos anaqueles, listas, o sobre el bien mismo. Consecuentemente, si no coincidieran los precios indicados, la culpa será del vendedor y el consumidor sólo estará obligado a pagar el precio más bajo de todos los que eventualmente aparezcan referenciándolo. De esa manera, si por ejemplo el código de barras indica un precio superior al anunciado en el bien o en una lista, se cobrará el inferior.

Esa claridad en la indicación del precio, implica que el consumidor debe conocer cuánto es el total del costo que asumirá al acceder al producto. Es decir, que se obliga al productor/expendedor a incluir el valor de impuestos (e.g. IVA) y cualquier otro cargo adicional al costo del bien en sí mismo. De otro modo, el consumidor podría caer en un error al pensar de manera razonable que el costo es el que aparece, cuando en verdad no se ha incluido los costos adicionales que incrementen el precio final del producto.

Eventualmente, en los bienes puede mostrarse el precio con base en el 'P.U.M.' (Precio por Unidad de Medida). Esto representa un beneficio al consumidor en cuanto a que este método de fijación de precios permite una clara comparación entre los distintos objetos. Es decir, que cualquiera que sea la medida utilizada (kilogramo para masa, litro para volumen, metro para longitud, etc.) el precio indicará cuánto vale cada unidad de ese bien; i.e. al dividir el precio total del bien por la cantidad neta del objeto, se obtiene como

⁴³ Sentencia C-398 de 1995

resultado el precio de cada litro, metro o gramo. Obviamente ello permite identificar el bien más económico, sin entrar en otras consideraciones como su tamaño de presentación, etc.⁴⁴

La Superintendencia de Industria y Comercio indica, que si bien todos los bienes son susceptibles de tener indicado este P.U.M., *“están exceptuados de esa obligación los cosméticos para el área de los ojos, para la piel, labios, capilares y uñas, polvos, lociones tónicas y astringentes, productos para antes y después de la afeitada, productos antisolares, productos para adelgazamiento, mascarillas faciales, productos exfoliantes, productos de perfumería, pasabocas, productos contenidos en un solo paquete cuando es necesario preparar la mezcla y anchetas. También están excluidos los productos ofrecidos en las cafeterías de los grandes almacenes.”*

Finalmente, respecto de la propaganda comercial al momento de incluir los precios como punto comparativo, la SIC ha establecido que *“Cuando se afirme que el precio del producto o servicio es el más barato, el de menor precio o el más económico o se compare con el precio del mercado de otros establecimientos o empresas, dicha información deberá tener los soportes documentales pertinentes. Cuando se anuncie que los bienes son vendidos al costo o a precio de fábrica el precio deberá corresponder al costo de venta, de acuerdo con la descripción definida en la clase 6 “Costo de Ventas” del plan Único de Cuentas para los Comerciantes establecido en el decreto 2650 de 1993, más los impuestos a que haya lugar. Cuando en la propaganda comercial se ofrezca la venta de productos o servicios a plazo a través de sistemas de financiación y se incluya información sobre el costo de la misma, será necesario indicar la tasa de interés efectiva anual que se aplica. Si la financiación no es otorgada por el oferente debe indicarse esta circunstancia y el nombre de la persona que la otorga. Se considera que se induce a error al consumidor cuando se compara el nuevo precio con el antiguo y éste último es mayor y ha sido incrementado durante el mes anterior a la fecha en la que se efectúe el anuncio”*⁴⁵.

3. información relativa a las marcas, leyendas, signos distintivos.

El hecho de que se proteja, se impulse y se auspicie la libertad de empresa, la libre concurrencia en el mercado, la protección frente a abusos de posiciones dominantes, etc., no implica que se proteja sólo los intereses de la industria y el comercio. De hecho, cada medida de protección a los comerciantes dentro del mercado va de la mano con la protección debida al sujeto destinatario de los bienes y servicios dentro de éste, i.e. el consumidor. Con el objetivo de reconocer la absoluta importancia de la Propiedad

⁴⁴ Explica la SIC en su ‘Guía del Consumidor’: *“Se debe comparar lo comparable. La comparación del precio por unidad de medida de una caja de jugo de naranja, una botella de jugo de naranja y de un frasco de jugo de naranja, indica cuál de estos productos es el más barato, porque todos son productos líquidos y listos para tomar. Pero si se comparan los precios por unidad de medida de jugos líquidos, congelados y en polvo, habrá una apreciación inexacta, porque el estado en que se encuentran no es comparable. De la misma manera, el precio de unidad de medida no ayuda al consumidor a comparar el valor nutritivo o las calidades particulares de los productos. El precio por unidad de medida, PUM, es un criterio que tiene que ver exclusivamente con el precio de los bienes; su virtud radica en ayudar a identificar el producto más económico con respecto a bienes de naturaleza o género semejante”*.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única Artículo 2.1.2.2

Industrial para el público consumidor, es necesario ubicarla para poder especificar frente a qué eventos se debe proteger a este destinatario de los productos.

Según la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) la clasificación de las creaciones del ingenio humano son: derechos de autor y conexos; propiedad industrial. Este último comprende los signos distintivos (medios identificadores para la actuación del empresario en el tráfico jurídico y comercial) y las nuevas creaciones (invenciones de aplicación industrial)⁴⁶. Como corresponde al derecho de propiedad, quien es titular de éste lo es del *ius utendi, fruendi y abutendi* (obviamente con las debidas limitaciones).

La importancia está en que cada marca, cada leyenda, cada nombre comercial, las denominaciones de origen, entre otras, envían un mensaje directo al público consumidor cuya información sirve para identificar los elementos característicos del producto así como para distinguir el bien o servicio dentro de todo el mercado. De esa manera, propio de la información que debe llegar al consumidor, “debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, bienes, servicios y establecimientos”⁴⁷.

Como debe encontrarse un punto de equilibrio entre la limitación a la industria y la protección al consumidor, es siempre necesario especificar el ámbito en el cual podría verse afectado el receptor del mensaje por algunas prácticas comerciales. “Para determinar el Mercado Relevante, se necesita determinar el ‘Mercado Producto’ y el ‘Mercado Geográfico’: ‘El Mercado Producto hace referencia a la similitud de los productos ofrecidos por los productores y que puedan ser aceptados por los consumidores de forma satisfactoria (punto de vista desde oferta y demanda). El Mercado Geográfico hace referencia al área de competencia efectiva donde operan los oferentes y donde los consumidores pueden adquirir esos productos o servicios.”⁴⁸

Ello nos da como punto de protección un ámbito territorial (mercado geográfico), así como un ámbito de funcionalidad, características, etc., (mercado producto), que nos delimita en concreto el rango de protección al consumidor, i.e. el ámbito en el cual se considera que podría verse afectado por los mensajes enviados por el comercio.

Sin querer entrar en el tema de propiedad intelectual, sino sólo dar una mera explicación sobre la importancia de ésta para el tráfico jurídico y comercial, hay que decir finalmente que (de nuevo, como todo tipo de propiedad) es *función social*. Ello implica que “no tutela sólo los intereses de industriales y comerciantes, sino los del público consumidor, que tiene derecho a que no se lo engañe (sic) con productos de apariencia análoga o similar”⁴⁹.

De hecho es tan inescindible en algunos puntos la protección al consumidor del análisis marcario, que ha sido el mismo Consejo de Estado, Sección Primera, la que ha tenido que comenzar a configurar la noción de consumidor medio por vía jurisprudencial (para

⁴⁶ PABÓN A. Camilo. PIRATERÍA. Análisis Económico del Derecho de Autor. Bogotá 2006 Pg. 5

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única. Artículo 2.1

⁴⁸ PABÓN A. Camilo. Op. Cit. Citando a: URIBE P. Carlos Andrés. La Piratería en el Derecho de la Competencia. Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 7. Bogotá. Enero-Mayo 2006 pg

76

⁴⁹ DI GUGLIEMO, Pascual. Tratado de Derecho Industrial. Tomo II Buenos Aires. 1951 Pg. 14

identificar, por ejemplo, cuándo hay riesgo de confusión por identidad conceptual, visual, gráfica, fonética, auditiva, ideológica, entre otras)⁵⁰.

Si la marca es entonces, “un signo exterior, elegido por el comerciante, cuya función es distinguir el producto para garantizar al consumidor que aquel proviene de determinada fábrica o mercado, para distinguirlo de otros productos concurrentes y poder identificar el bien o servicio dentro de todo el resto (...) con un efecto que es la penetración en el público, iniciando un proceso de formación de clientela, llamado a atraer y conservar esos consumidores evitando que sean engañados”⁵¹, la consecuencia lógica debe ser no proteger (y de variadas maneras sancionar) a quien utilice marcas engañosas. Así lo menciona la doctrina: “La prohibición por razón de ser engañosos (sobre la naturaleza, procedencia, calidad, etc.) corresponde tanto al deseo del legislador de evitar el engaño al comprador mediante marcas, como también evitar actos de competencia desleal, es decir, de evitar la protección de signos que por sí mismo serían un instrumento de competencia ilícita”⁵².

Ahora bien, al referirse a leyenda, se entiende como “la palabra o frase utilizada como complemento de una marca”⁵³. Es susceptible de ser registrada, como complemento de la marca, siempre que la leyenda (o lema comercial, como lo denomina la Decisión 486) “no contenga alusión a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas”⁵⁴.

Los rótulos, enseñas, denominación de origen, entre otras, tienen las mismas limitaciones frente al público consumidor⁵⁵.

Con una idea general de los conceptos frente a los que se dice debe protegerse al consumidor, es necesario recordar la definición de información engañosa, que termina siendo parte constitutiva de las marcas, leyendas y demás elementos de la propiedad industrial que afectarían al público consumidor⁵⁶. Ello implica, que cuando la información

⁵⁰ “La Sala agrega que igualmente cabe tener en cuenta la clase de consumidor y su grado de atención al momento de diferenciar, identificar y seleccionar el producto, debiéndose considerar que el consumidor al que debe tenerse en cuenta para establecer el posible riesgo de confusión entre marcas, es el llamado 'consumidor medio' o sea el consumidor común y corriente de determinada clase de productos, en quien debe suponerse un conocimiento y una capacidad de percepción corrientes...”. Sentencia 26 de noviembre del 2004, expediente núm.: 11001 0324 000 2001 00110 01, (caso marcas CHOKY MALTA LEONA VS. CHOKIS). Consejero ponente Dr. Rafael Enrique Ostau de Lafontt Pianeta.

⁵¹ DI GUGLIEMO, Pascual. Op. Cit. Pg. 11 y ss.

⁵² METKE M., Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial. Medellín 2001 Pg 76

⁵³ Decisión 486 de 2000. Comunidad Andina de Naciones. Artículo 15 y ss.

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ Ibid. Artículo 192: El titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o riesgo de asociación [...] Artículo 194 y 202: podrán registrarse cuando sean contrarios a la moral u orden público, cuando su uso sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o el público en general [...] Cuando pueda inducir a error al público sobre la procedencia geográfica, naturaleza, modo de fabricación, calidad, reputación u otras características de los respectivos productos.”

⁵⁶ “Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error a los consumidores y que debido a su carácter engañoso pueda afectar su comportamiento económico. [...] De conformidad con lo señalado en el decreto 3466 de 1982, las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en

no corresponda con la realidad o induzca a error, según el Decreto 3466 de 1982, se hace responsable al productor por sus marcas, leyendas y la propaganda comercial de sus productos.

Finalmente, hay que decir que la protección en este punto es tan fuerte, que no sólo existen medidas administrativas o acciones por competencia desleal, sino también acciones penales. En ese punto hay que aclarar, que dada la ubicación de los delitos en los tipos penales 297 y siguientes del Código Penal Colombiano, se nota que el bien jurídico protegido es el ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL. Si sólo se quisiera proteger a los comerciantes, seguramente estarían ubicados bajo el bien jurídico de patrimonio económico. Lo que buscó en específico el legislador fue proteger un “equilibrio o armonía en las relaciones jurídico-económicas de explotación, producción, conservación, distribución, almacenamiento y consumo de bienes y servicios, por cuanto su aprovechamiento, uso o consumo es derecho de todos los coasociados, tanto a título individual como colectivo”⁵⁷. De esa forma, el legislador consagró conductas como la “alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida” (art. 299), “ofrecimiento engañoso de productos y servicios” (art. 300), “usurpación de marcas y patentes” (art. 306), “uso ilegítimo de patentes” (art. 307), entre otros, para proteger no sólo al industrial o comerciante sino también, y de manera prevalente, (según se desprende de la explicación dada sobre la ubicación de las conductas punibles en el Código Penal) a la información que se inserta al mercado y que tiene como destinatario al consumidor.

general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos.” SIC. Circular Única.

⁵⁷ PABÓN P., Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Bogotá 2005 Pg 1009

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN TOLOSA, Luis. *“Derecho Privado de Consumo”*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2006

AZAGRA MALO, Albert. *“Protección al consumidor y responsabilidad por productos defectuosos”*. Indret, 3 (2004) (www.indret.com).

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, *“los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Décima Edición, ediciones Librería del Profesional Bogotá, 1992.

CABANELLAS, Guillermo, *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. Editorial Heliasta, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1996.

CALAIS-AULOU, Jean, STEINMETZ, Frank, *Droit de la Consommation*, Précis Dalloz, 6^e edition, Paris, France, 2003.

DI GUGLIEMO, Pascual. *“Tratado de Derecho Industrial”*. Tomo II Buenos Aires. 1951.

EWALD FRANCOIS, *L´ Etat Providence*, 1986, Editions Grasset et Fasquelle. Achevé d´imprimer en mars 1994 Paris France.

FERNANDEZ Pascual Gimeno. *“Derecho Privado de Consumo”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

HINESTROSA, FERNANDO. *Responsabilidad por productos defectuosos”*. Derecho económico, tomo IV, Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003, Colección Enrique Low Mutra, Universidad Externado de Colombia, 2003.

JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT Y ERIC SAVAUX, *« Droit Civil, Les obligations, 2 le fait juridique »*, 9^o Edición, Editorial Armand Colin, 2001, Paris, Francia.

LARROUMET, Christian, *“La Protección de los consumidores y la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos en el derecho de la Unión Europea”*, Política y Derecho del Consumo, Bogotá, El Navegante Editores, 1998.

LLOBET I Aguado Josep, *“El deber de información en la formación de los contratos”*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

METKE M., Ricardo. *“Lecciones de Propiedad Industrial”*. Medellín, 2001.

PABÓN A. Camilo. PIRATERÍA. *“Análisis Económico del Derecho de Autor”*. Bogotá, 2006.

PABÓN P., Pedro Alfonso. *“Manual de Derecho Penal”*. Bogotá, 2005.

PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÉS, PIERRE-YVES GAUTIER, *Cours de droit civil, Contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 14^o Edición, 2001/2002, Editorial Cujas, Paris, Francia.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, “*Compendio de doctrina sobre protección del consumidor*”, 1992-1999. Primera edición, agosto de 2000. “*compendio de normas sobre protección al consumidor, acreditación y normas técnicas, y metrología*”. Editorial Temis, abril de 2000.

STIGLITZ S. Rubén y Stiglitz A. Gabriel, “*Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información*”, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

URIBE P. Carlos Andrés. “*La Piratería en el Derecho de la Competencia*”. Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 7. Bogotá. Enero-Mayo 2006.

VASSILI Christianos, «*L’obligation d’informer dans la vente des produits mobiliers* », Bruselas, 1987.

VIGURI PEREA, Agustín. “*La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo: las acciones en defensa de intereses colectivos*”, Granada. Ed. Comares. 1997.