

**LAS DECLARACIONES PUBLICITARIAS Y LA INTEGRACIÓN DE LAS OBLIGACIONES QUE DE ELLAS EMANAN AL CONTENIDO DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR<sup>♦</sup>**

**Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales**

Juan Ignacio Granados Aristizábal<sup>1</sup>.

***Resumen***

El contrato con el consumidor contrastó con los paradigmas que sostuvieron el esquema del contrato común recogido en Código Civil y en el Código de Comercio colombiano, los cuales se basaron en el principio del individualismo. Este individualismo no resultó acorde a las nuevas dinámicas del mercado que, contrario a la igualdad que se predicó en los códigos decimonónicos, evidenciaron profundos desequilibrios que inobservados podrían en juego el ideal de la justicia contractual que se pretendía con el instrumento propio de la disposición de interés patrimoniales: el contrato. Por ello, el legislador se vio en la necesidad de hacer un nuevo tratamiento de las nuevas realidades del mercado, tratamiento que, desde la perspectiva del contrato con el consumidor, generó un importante número de remedios contractuales propios de este esquema contractual.

En este desarrollo los principios medulares de la contratación privada y, especialmente, el de la buena fe, han cumplido un papel trascendental en la protección de los intereses del consumidor, la cual se logra mediante el desarrollo y la aplicación de sus reglas, que se hacen presentes proveyendo tales remedios contractuales, mediante la función integradora del contenido del contrato, en pro del logro de una real y no meramente formal justicia contractual.

En el nuevo estatuto del Consumidor se hace expresa la regla de la integración del contrato, específicamente, en cuanto a lo que tiene que ver con la vinculación al contrato de las prestaciones contractuales que se pueden generar alrededor de la publicidad en el mercado, dado que la mismas influyen en la formación del consentimiento y en la integración del contenido del contrato.

---

<sup>♦</sup> Este artículo fue presentado a la revista el día 9 de abril de 2013 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 6 de junio de 2013, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Medellín. *Magister* en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente de Derecho Comercial de la Corporación Universitaria Lasallista. Colombia. [abogado.granados@gmail.com](mailto:abogado.granados@gmail.com).

Este es precisamente el análisis que se pretende realizar en este escrito desde una perspectiva sistemática que pretenda una comprensión cabal del fenómeno, a más de entender sus verdaderos soportes dogmáticos. Dicho análisis partirá desde una perspectiva eminentemente contractual. Sin embargo, no se debe dejar de lado el hecho que la protección del consumidor excede mucho más que un contrato para centrar su atención en la relación jurídica de consumo. Sin embargo, un adecuado tratamiento del contrato se convierte en un mecanismo más para salvaguardar los intereses de los consumidores.

**Palabras clave:** Contrato con el consumidor, asimetría de poderes, principio de la buena fe, confianza legítima, integración contractual.

### **Abstract**

The consumer contract has emerged with high relevance as an independent category of the contractual law. Its appearance changed the negotial equilibrium and the empire of the will of the contract parties' paradigms. These paradigms were the foundation of the contract general theory; theory that was compiled by the Colombians Civil Code in the 1800s. Later, this theory was ratified by our Commercial Code in the 1970s.

Indeed, the individualistic ideas weren't enough to react at the new and fast changes of the market dynamics. The market was far away from the equilibrium between the parties. In fact, it showed asymmetries that could put at risk the concept of the will of the contract parties and the economic and legal interests that were supposed to be protected by the private's law contract instrument. Therefore, a new agent appeared (the consumer) and he required a special regulatory regime.

Due to this reality, the legislator took care of several issues that were very important to preserve the contract justice and the market equity. Therefore the legislator developed several measures. For instance, one of the most important is the adoption of a catalogue of *remedies*. These remedies tend to balance the asymmetry of powers in the contracts celebrated with the consumers.

The good faith as one of the most important principle of the private law has a transcendental roll in order to protect the consumer interests. This protection is achieved with the development and application of this principle rules. These rules provide contractual remedies trough the integrative function of the content of the contract, in order to accomplish a material contractual justice.

From this point of view, the new consumers' law develops the integrative function of the content of the contract from a new perspective. This law has a new regulation of the publicity, not because it wasn't possible to apply before as a rule of the good faith principle, but cause it has a positive mandate. The legislator establishes a different treatment for the use of the publicity because it has significant effects in the formation of the consent and the integrative function of the content of the contract.

In this article we pretend to approach the analysis of the publicity in the consumer contract. We would try to contribute to the comprehension of this issue from a systemic point of

(Rev. e-mercatoria)

view. This point of view will allow seeing the real benefits of the use of the publicity as an instrument to protect consumers.

**Key words:** Consumer contract, asymmetry of powers, the principle of good faith, legitimate and contractual integration.

Sumario

Introducción.....	6
1. El contrato de derecho común está concebido sobre el paradigma de la simetría negocial.....	7
2. El contrato con el consumidor está concebido sobre el paradigma de la asimetría negocial.....	7
3. La asimetría contractual es la <i>causa</i> de un ámbito de protección especial de los derechos de los consumidores.....	9
4. Los principales factores de desequilibrio contractual en el contrato con el consumidor son la asimetría informativa y la disminución de la autonomía negocial.	11
4.1 El desequilibrio informativo.....	12
4.2 La disminución de la autonomía negocial.....	13
5. La obligación de información es una regla emanada de la buena fe que tiene por objeto restablecer el equilibrio en los contratos con consumidores.....	14
5.1 Claridad.....	16
5.2 Oportunidad.....	17
5.3 Transparencia.....	17
6. La publicidad en el mercado de bienes y servicios cumple funciones inherentes a la formación de la voluntad negocial que trascienden el mero carácter de incentivo de su consumo y el posicionamiento de los mismos.....	21
7. El límite entre <i>dolus bonus</i> y <i>dolus malus</i> determina la legitimidad de la publicidad en términos del respeto de los postulados del principio de buena fe.....	25
8. La publicidad y la integración del contrato con el consumidor.....	26
10. La noción tradicional de oferta del Código de Comercio es insuficiente en la determinación del contenido del contrato con el consumidor.....	35
10.1 La naturaleza del concepto de oferta.....	36
10.2 Los requisitos de la oferta.....	37
10.2.1 La oferta debe ser completa.....	37
10.2.2 La oferta debe ser formulada con la intención de obligarse.....	38
10.2.3 La oferta debe ser vinculante.....	39

<b>10.3</b>	<b>La función de la oferta dentro de la conformación del consentimiento.....</b>	<b>39</b>
<b>10.4</b>	<b>Tipos de oferta.....</b>	<b>40</b>
<b>10.5</b>	<b>Inexistencia de razones que justifiquen la ausencia de obligatoriedad de la oferta publicitaria en la regulación del Código de Comercio. ....</b>	<b>42</b>
<b>11.</b>	<b>Las <i>nuevas</i> reglas de ofertas publicitarias del Estatuto del Consumidor.....</b>	<b>44</b>
	<b>Conclusiones.....</b>	<b>47</b>

## Introducción

El contrato con el consumidor ha emergido como una categoría autónoma y relevante del derecho contractual. Su aparición dio al traste con los paradigmas de la igualdad negocial y el imperio del voluntarismo sobre los cuales se edificó la teoría general del contrato recogida en el Código Civil como producto de la era de la codificación de 1800 y luego reafirmada en nuestro Código de Comercio en la década de 1970. En efecto, los ideales individualistas resultaron insuficientes para reaccionar a las nuevas y aceleradas dinámicas del mercado, las cuales, lejos de mostrar simetría en las relaciones que se establecen entre sus participantes, evidenciaron grandes desigualdades; desigualdades que, inobservadas, pondrían en riesgo el propio concepto de autonomía contractual y, por ende, los intereses económicos y jurídicos cuya regulación pretendía realizarse a través del instrumento de la contratación privada, en el que este nuevo agente, el consumidor, requería un régimen regulatorio especial.

Esta nueva realidad ha hecho que el legislador se ocupe de varios asuntos de trascendental importancia en materia de protección al consumidor, en aras de preservar la justicia contractual y, con ello, la equidad del mercado. Dentro de las medidas adoptadas se destaca por su importancia la introducción de un catálogo de *remedios contractuales* que tiene por objeto zanjar la asimetría de poderes en los contratos con consumidores.

Los principios medulares de la contratación privada y, especialmente, el de la buena fe, han cumplido un papel trascendental en la protección de los intereses del consumidor, la cual se logra mediante el desarrollo y la aplicación de sus reglas, que se hacen presentes proveyendo tales remedios contractuales, mediante la función integradora del contenido del contrato, en pro del logro de una real y no meramente formal justicia contractual.

Bajo este entendido, el nuevo Estatuto del Consumidor pone en acto el referido fenómeno de la integración del contrato mediante un tratamiento de la publicidad que resulta novedoso, no porque con anterioridad no fuera posible, comoquiera que emana de la buena fe, sino porque ahora resulta un mandato expreso del legislador que impone un tratamiento de las formas publicitarias bajo la perspectiva de que estas poseen importantes implicaciones contractuales dado que las mismas influyen en la formación del consentimiento y en la integración del contenido del contrato.

En el presente escrito se pretende adelantar un análisis en torno a este tratamiento de la publicidad en los contratos con consumidores, con la intención de contribuir a la comprensión de la problemática planteada desde una perspectiva sistemática que permita establecer los reales beneficios que esta concepción de la publicidad conlleva frente a la protección del consumidor.

El análisis se conducirá haciendo referencia a uno de los fenómenos más importantes alrededor del derecho de consumo: el *contrato con el consumidor*. Sin embargo, en gracia

de rigor teórico, no puede dejarse de lado el hecho de que el tratamiento del contrato con el consumidor es solo uno de los varios mecanismos ideados para proteger al consumidor, ya que la protección del mismo no se origina por su participación en un *contrato de consumo* sino por hacer parte de una *relación de consumo*, que resulta un concepto más genérico y que abarca mucho más que una relación contractual.

### **1. El contrato de derecho común está concebido sobre el paradigma de la simetría negocial.**

El contrato cumple una importante función socio-jurídica: es un instrumento de autonomía privada con el cual los sujetos de derecho disciplinan sus intereses patrimoniales<sup>2</sup>. Dada su importancia, la regulación del contrato en general y de los diversos tipos contractuales en particular se dio mediante procesos codificadores que, en aquellos códigos civiles de tradición romano-germánica, se estructuraron sobre el paradigma de la *paridad negocial*. De ello da cuenta el hecho de que tales códigos no consagraran expresamente mecanismos que tuvieran por objeto restablecer el equilibrio de los contratantes, salvo algunas disposiciones aisladas en materia de interpretación del contrato a favor del deudor<sup>3</sup> o algunas garantías especiales como el beneficio de competencia<sup>4</sup>, tal como lo contemplan los artículos 1624 y 1684 del Código Civil colombiano.

### **2. El contrato con el consumidor está concebido sobre el paradigma de la asimetría negocial.**

El paradigma de la paridad negocial del contrato común<sup>5</sup> fue replanteado por la realidad del mercado que demostró la existencia de relaciones asimétricas entre sus agentes<sup>6</sup>. Estas

---

<sup>2</sup> ESBORRAZ, David Fabio. *Contrato y Sistema en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 73. En igual sentido ver BIANCA, Massimo. *Derecho Civil 3, El contrato*, 2º ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 23; CUETO RÚA Julio C. *Una concepción objetiva del contrato en el caso del Common Law*. En: AA VV. *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca, 2001, p. 31; GÓMEZ VÁSQUEZ, Carlos Fernando. *Teoría del Contrato*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010, p. 30.

<sup>3</sup> POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990, p. 37. En similar sentido ver a: SCHIPANI, Sandro. *Documento conclusivo del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, llevado a cabo el año 1985 en la Universidad Externado de Colombia; BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, vol 2. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004, p. 79.

<sup>4</sup> HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 688.

<sup>5</sup> Con el concepto “contrato de derecho común” se hace referencia a los contratos regulados en el Código Civil y el Código de Comercio. Para un análisis más amplio de la categoría, ver ROPPO, Vincenzo. *El contrato del dos mil*, trad. Santiago Perea Latorre, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 36 ss.

<sup>6</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 96. En similar sentido ver GETE-ALONSO, María del Carmen. *La formación del contrato*. En AA VV. *Manual de derecho civil II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 3º ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 579; GARCÍA VICENTE, José

relaciones fueron reguladas al margen de dichos códigos mediante leyes particulares<sup>7</sup> en las que comenzó a considerarse la condición de los agentes que participaban en el mercado y, particularmente, al consumidor<sup>8</sup>; ello con la intención de evitar el abuso del derecho en la dinámica del mercado, el rompimiento del equilibrio contractual y, en general, la transgresión de principios medulares de la contratación privada como el de buena fe.

Ahora bien, uno de los esquemas contractuales que floreció producto de esta regulación normativa fue el *contrato con el consumidor*, que se configura, entre quienes producen o comercializan profesionalmente bienes o servicios y aquellos que los adquieren en calidad de destinatarios finales para satisfacer necesidades personales, familiares o empresariales, en la medida en que no estén ligadas intrínsecamente a un proceso productivo<sup>9</sup>; es decir, es un contrato<sup>10</sup> que se celebra entre empresarios<sup>11</sup> y consumidores convirtiéndose en la principal<sup>12</sup> fuente de la *relación de consumo*<sup>13</sup> que, a su vez, se convierte en el *eje fundamental* del tratamiento normativo de la protección al consumidor<sup>14</sup>.

---

Ramón. La contratación con consumidores. En: AA VV. Tratado de contratos, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p.1450; SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado, t. II. 2 ed. Bogotá: Legis, 2003, p. 22.

<sup>7</sup> IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Barcelona: Bosch S.A Editores, 1992, p. 33; BUSNELLI, F.D. Il diritto civile tra codice e legislazione speciale. Napoli, p. 1983.

<sup>8</sup> La relación jurídica de consumo “corresponde a todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores”. Ver FARINA, Juan Manuel. Contratos comerciales modernos, 3º ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 450; RINESSI, Antonio Juan. Relación de consumo y derechos del consumidor. Buenos Aires: Astrea, 2006. P. 2

<sup>9</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 3561 de 2006.

<sup>10</sup> La doctrina también ha dado su definición de la categoría contractual: para unos, es un contrato celebrado “entre un consumidor y un operador económico profesional, relativo a la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último”: ROPPO, ob. cit, p. 35. En similar sentido, ver ROPPO, Enzo. Il contratto. Bologna: Il Mulino, 1997. s.p. Para otros, “es el que se concluye entre un consumidor final –persona física o jurídica–, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social”: STIGLITZ, ob. cit. Para la doctrina nacional, este contrato enmarca un “sinnúmero de contratos cuyo común denominador y diferencia específica es la presencia de una empresa empresario que suministra determinados productos o servicios y la de un consumidor, vale decir, de un individuo que, a través del contrato, busca la satisfacción de necesidades propias y personales”: Suescún Melo, ob. cit, p. 22.

<sup>11</sup> Con la intención de unificar terminología, los conceptos de productor, proveedor o expendedor se tratarán genéricamente bajo el término “empresario”.

<sup>12</sup> El contrato con el consumidor es fuente mediata o inmediata de la relación de consumo. En cuanto al origen mediato, piénsese, por ejemplo, en el automóvil que el padre le compra a su hijo para regalárselo de cumpleaños y quien lo destinará para su transporte personal. Acá, el contrato de consumo es celebrado entre el padre y la empresa productora de vehículos. Sin embargo, entre el hijo y la empresa se crea una relación de consumo sin que entre ellos hubiese existido una relación contractual. Utilizando el mismo ejemplo, piénsese que el padre no compró el automóvil para regalárselo a su hijo sino para utilizarlo personalmente. En esta hipótesis, la relación de consumo habrá tenido su origen inmediato en un contrato de consumo. Utilizando palabras de Lasarte, en la primera hipótesis el hijo sería considerado un consumidor material, entendido como aquel que sin haber contratado un bien o un servicio es destinatario final del mismo. En la segunda hipótesis, el padre sería un consumidor jurídico ya que habrá participado en la relación de consumo como un auténtico contratante. Ver LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*.

### 3. La asimetría contractual es la *causa* de un ámbito de protección especial de los derechos de los consumidores.

El contrato con el consumidor pone de relieve dos hechos económicos: la producción y la comercialización masiva de productos destinados a la satisfacción de necesidades personales, familiares y, eventualmente, empresariales<sup>15</sup>. Sin embargo, la característica constante del contrato con el consumidor es la presencia de varias situaciones generadoras de *asimetría de poderes* entre los contratantes.

Hay asimetría en todo contrato en el que exista una parte con un poder predominante sobre la otra, sea por su nivel de conocimiento, sea por su capacidad de negociación, sea por las características de los bienes que produce o comercializa<sup>16</sup>. Tales circunstancias propician situaciones que afectan la libertad contractual, comportan abuso de derecho, generan desequilibrios, establecen condiciones generales sorpresivas o disimuladas, en suma, situaciones que vulneran los postulados de la buena fe en su esfera objetiva<sup>17</sup>.

Por lo anterior es que nuestro ordenamiento jurídico ha estructurado el tratamiento del contrato con el consumidor bajo el paradigma de la asimetría contractual entre empresarios

---

Madrid: Dykinson, 2003, p. 64. Incluso, reconocida doctrina en temas de derechos del consumidor sostiene que la relación de consumo solo tiene origen en el contrato con el consumidor. Para un desarrollo más amplio del tema, ver ALTERINI, Atilio A. Contratos Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 188.

<sup>13</sup> El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 es lo suficientemente amplio, pues abarca no solo la relación de consumo creada por el contrato, sino también la derivada de los hechos o actos jurídicos vinculados al acto de consumo, así como la conexidad contractual resultante de las implicaciones del sistema. Ver RINESSI, ob. cit, p. 8.

<sup>14</sup> Respecto del ámbito de aplicación de las disposiciones del Estatuto del Consumidor, ha sostenido la jurisprudencia nacional que es determinante para tales efectos la existencia de una relación de consumo. En efecto, al analizar un caso concreto sostuvo la Corte Suprema: “emerge que la demandante no describió dentro de su *causa petendi* ninguna circunstancia específica –verbigracia, la calidad de las partes, la destinación de los bienes o servicios, etc.– que apuntara a demostrar que, de una u otra manera, se había visto involucrada en una ‘relación de consumo’, que es la que determina la aplicación de las normas especiales”. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 03 de mayo de 2005. M.P.: Cesar Julio Valencia Copete. Ver STIGLITZ, Rubén. Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Ponencia presentada dentro del marco de la conferencia sobre “derechos del consumidor” en la Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>15</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, t. I, 5 ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 35.

<sup>16</sup> Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de los alimentos que integran la canasta familiar, de medicamentos, de servicios públicos esenciales, de vestuario, de servicios médicos. En la adquisición de estos bienes el consumidor se encuentra en un estado de necesidad de adquisición, es decir, la adquisición no obedece en muchas oportunidades a un acto deliberado. Para un desarrollo preciso del tema, ver HINESTROSA, Fernando. Estado de necesidad y estado de peligro, ¿vicio de debilidad? En: Revista de Derecho Privado n° 8. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

<sup>17</sup> RINESSI, ob. cit, p. 27.

y consumidores<sup>18</sup>. Prueba de ello es que el constituyente de 1991<sup>19</sup> consagró en el artículo 78 que los derechos de los consumidores han de ser considerados derechos colectivos<sup>20</sup>. La motivación de la inclusión de dicho artículo tuvo como razón determinante la condición asimétrica de las partes en los contratos con consumidores. En tales términos se pronunció la Asamblea Nacional Constituyente al afirmar:

Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación el artículo que recomendamos [78 de la Constitución] consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación<sup>21</sup>.

Similares reflexiones ha planteado la jurisprudencia constitucional. En la sentencia C-1141 de 2000 se sostuvo que “la Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelven las personas que acuden al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas”. La misma sentencia expone que, “en el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor y el usuario”. Igualmente, plantea que la razón de ser del esquema de responsabilidad en las relaciones de consumo “estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la

---

<sup>18</sup> Esta fue una de las motivaciones que sustentaron el nuevo Estatuto del Consumidor, tal como se expuso en los objetivos del informe de ponencia del proyecto de ley presentado a la Cámara de Representantes: “así las cosas, desde el punto de vista jurídico, el constituyente de 1991 partió del supuesto de que en la relación jurídica de consumo, el consumidor se encuentra en condiciones objetivas de inferioridad respecto del productor y proveedor y ese supuesto es fundamental para la elaboración y desarrollo de la presente norma”.

<sup>19</sup> A diferencia de la Constitución de 1886 que no reconocía tal situación asimétrica. Como lo dice Caycedo, “el artículo 32 de la Constitución Política de 1886 [...] no reconoció una especial condición de desigualdad o vulnerabilidad del consumidor y, por lo mismo, no incorporó un criterio constitucional valorativo particular que encauzara el sentido de la intervención del Estado en la ‘producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados’ con un propósito explícito de protección o especial tutela del consumidor”. Ver CAYCEDO ESPINEL, Carlos Germán. Notas sobre la Doctrina Constitucional referente al derecho de protección a consumidores y usuarios en Colombia, Manuscrito. s. l, s.e, p. 1.

<sup>20</sup> Esta misma consideración ha sido acogida por la jurisprudencia nacional. Al respecto ver Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2004. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>21</sup> Informe de ponencia sobre “derechos colectivos”, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 46.

producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales”. Ello por cuanto

... [la] relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido<sup>22</sup>.

En otra sentencia<sup>23</sup> la Corte reitera dichos postulados al sostener que “el legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor en el mismo texto superior. Ello comporta el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo, que constituyen la base de la protección constitucional, para producir normas que armonicen con el ánimo del Constituyente de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen”, así como para “asegurar el equilibrio entre productores y consumidores que se encuentran, por las características mismas del proceso productivo, en una relación efectivamente desigual, pero en la que la parte más débil no es el productor sino el consumidor”.

#### **4. Los principales factores de desequilibrio contractual en el contrato con el consumidor son la asimetría informativa y la disminución de la autonomía negocial.**

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales que, por lo demás, son coherentes con la mayoría de la doctrina especializada<sup>24</sup>, se concluye que los principales factores que

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002 M.P.: Álvaro Tafur Galvis. En similar sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. M.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>24</sup> Por citar alguna doctrina, ver LASARTE ÁLVAREZ, Manual sobre protección, cit., p. 70; NAMÉN BAQUERO, Jeannette. La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo. En: Revista E-mercatoria, vol 8, n°1. Bogotá: Universidad Externado de 2009; GARCÍA VICENTE, José Ramón. ob. cit. . 1451; MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. Defensa del consumidor. ob. cit. 97.

generan asimetría de poderes en el contrato con el consumidor son dos: el desequilibrio informativo o cognoscitivo y la disminución de la autonomía negocial.

#### 4.1 El desequilibrio informativo.

El numeral 7 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor define la información como “todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”.

Como podrá leerse, la información es un *bien* porque tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que representa para los contratantes<sup>25</sup>. Sin embargo, consumidores y empresarios no tienen durante los tratos previos<sup>26</sup> al contrato la misma calidad ni capacidad de análisis de la información referente al producto negociado. La realidad del empresario le permite tener un mayor conocimiento, sea porque su capacidad económica le facilita la adquisición de dicha información, sea porque es quien impulsa el desarrollo tecnológico para la fabricación de los productos o estructuración de sus servicios y, en todo caso, porque su condición de *profesional* le impone el deber de consultar y conocer toda la información relativa a los productos o servicios ofrecidos.

Similares reflexiones ha realizado la Corte Constitucional al plantear:

... es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> GONZÁLEZ BULLARD, Alfredo. La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo. Lima: Palestra, 2000, p. 292; MORALES ACOSTA, Alonso. Asimetría informativa. Lima: Asesorandina, 2008, p. 15.

<sup>26</sup> Si bien es cierto que el objeto de la investigación que dio origen a este escrito era la asimetría de información durante *in contrahendo* del contrato con el consumidor, esta asimetría puede presentarse a lo largo del *iter* contractual. Para un desarrollo más amplio del deber de información en el periodo de ejecución y terminación del contrato, ver NAMÉN BAQUERO, ob. cit.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

#### 4.2 La disminución de la autonomía negocial.

La otra circunstancia que genera asimetría en el contrato con el consumidor es la posibilidad que tiene el empresario para configurar unilateralmente el contenido del contrato. Si el empresario necesita comercializar ágilmente sus productos o servicios a bajos costos de transacción, diseña, mediante contratos de adhesión<sup>28</sup> o mediante condiciones generales de contratación<sup>29</sup>, un reglamento que pueda utilizar masivamente y que le ahorre, *ex ante*, el desgaste logístico y económico de la negociación individual. Lo anterior conduce a que un reglamento contractual configurado en los anteriores términos refleje, con mayor preferencia, los intereses del predisponente sobre los del adherente<sup>30</sup>.

En similar sentido se ha pronunciado la doctrina española al decir que “estas circunstancias acostumbran a propiciar una situación de desigualdad entre las partes que contratan, en la medida en que el que ostenta mayor poder ocupa una posición más preponderante que puede desembocar en un aprovechamiento de la parte débil, mediante la introducción de estipulaciones o pactos, en el contrato, que pueden ser abusivos”<sup>31</sup>.

Ahora bien, el fenómeno de las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión se han extendido de forma tal que difícilmente los consumidores pueden acceder a los bienes o servicios sin someterse a los reglamentos contractuales que las empresas disponen<sup>32</sup>. Sin embargo, contrario a lo que pareciese, el contrato de adhesión o bajo condiciones generales de contratación es un mecanismo necesario en el mercado<sup>33</sup> ya que agiliza el número de transacciones. Pese a lo anterior, la forma de estructurar su contenido, y la integración de los derechos y obligaciones que de él se derivan, deben sujetarse a

---

<sup>28</sup> El contrato de adhesión es definido por el numeral 4 del artículo 5 Estatuto del Consumidor: “es aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

<sup>29</sup> Una definición concreta de lo que se ha entendido por condiciones generales de contratación la plantea Bianca, quien entiende por tales las “cláusulas que un sujeto, llamado predisponente, utiliza para regular, de manera uniforme, sus relaciones contractuales; las condiciones están destinadas a regular una serie indefinida de relaciones, en contraposición a las cláusulas que específicamente elaboran las partes en las relaciones particulares”: *ob. cit.*, pp. 363-364. El Estatuto del Consumidor no define el concepto de condiciones generales de contratación, pero en algunas disposiciones les da un tratamiento específico. Ver artículos 34, 37, 39, 48, 50, 58, 59.

<sup>30</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 135.

<sup>31</sup> GETE-ALONSO, María del Carmen. *ob. cit.*, p. 579.

<sup>32</sup> BIANCA, Massimo. *ob. cit.*, p. 363.

<sup>33</sup> CARRANZA, César. “Sobre las cláusulas abusivas. Una mirada al ámbito civil y de protección al consumidor de Perú”. En: *Revista Holística Jurídica* n°7. Medellín: Universidad de San Buenaventura, 2007, p. 55. En igual sentido: DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho y masificación social. tecnología y derecho privado (dos esbozos)*, 2ªed. Madrid: Civitas, 1987, p. 43.

sustanciales revisiones *ex ante* y *ex post* con la intención de evitar el abuso del derecho en el mercado.

En suma, puede advertirse que las principales circunstancias que rodean la asimetría contractual en las relaciones de consumo, esto es, el desequilibrio informativo y la disminución en la autonomía negocial, pasan de ser simplemente ocasionales a convertirse en estructurales. Sin embargo, buscar que exista una absoluta simetría informativa entre consumidor y empresario es más que quimérico, al igual que lo sería buscar que todas y cada una de las negociaciones tendientes a la comercialización de bienes o servicios de consumo pasaran por una negociación personalizada. Debido a lo anterior, la celebración de estos contratos ha de someterse al estricto cumplimiento de formalidades<sup>34</sup>, reglas y controles anteriores y posteriores con la intención de proteger intensamente los intereses de los consumidores.

##### **5. La obligación de información es una regla emanada de la buena fe que tiene por objeto restablecer el equilibrio en los contratos con consumidores.**

El principio de la buena fe tiene en nuestro ordenamiento jurídico una expresa consagración constitucional. El artículo 83 superior dispone, en efecto, que las actuaciones de los particulares y del Estado “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Por lo tanto, dicho principio se convierte en un parámetro ético de toda la gestión estatal y particular.

En el ámbito contractual la buena fe tiene expresas funciones recogidas, principalmente, en el Código Civil y el Código de Comercio. El artículo 1603 C.C. ordena: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”; y el artículo 871 C.Co. consagra: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Es de destacar que la exigencia del respeto de los postulados de la buena fe se extiende no solo al desenvolvimiento del contrato, puesto que también está presente en la etapa previa a su celebración, esto es, en todos los tratos preliminares, lo que resulta de vital importancia en el caso en estudio, comoquiera que ello involucra todo el proceso publicitario que precede la celebración del contrato. En efecto, así lo dispone el artículo 863 *ibídem* según

---

<sup>34</sup> NEME VILLARREAL, Martha Lucía y otros. Formalismo negocial romano y neoformalismo ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? En: Revista de Derecho Privado n°9. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2005. P. 129.

el cual las partes deberán proceder conforme a la buena fe en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

En este orden de ideas, el principio de buena fe asume un papel preponderante mediante la *función integradora* del contenido del contrato, en razón de la cual se entienden incorporadas al mismo una serie de reglas orientadas a la preservación del equilibrio de los poderes contractuales y que conjuran los riesgos de abuso de los mismos, tales como la lealtad, la transparencia, *la información*, la coherencia, el consejo, la colaboración, la solidaridad, la diligencia y el equilibrio, entre otras. Todas estas reglas son desarrollo del principio de la buena fe en sentido objetivo, el cual orienta el comportamiento debido de las partes durante todo el *iter* contractual.

Ahora bien, la aplicación de la regla del deber de información “que deriva del principio de la buena fe asume especial relevancia en la regulación relativa a la protección del consumidor”<sup>35</sup> en términos de obligatoriedad de ciertas características. Lo anterior se sustenta en la pretensión que tiene el principio en el sentido de que el consumidor estructure una decisión negocial fundada y reflexiva que justifique su adhesión al programa contractual tanto en términos jurídicos como económicos. Más en concreto aún, el deber de información emanado del principio tiene por objeto el logro de una *justicia sustancial*<sup>36</sup> en sede del contrato con el consumidor.

Las características a las que se ha hecho referencia resultaron acogidas expresamente en el nuevo Estatuto del Consumidor, que además de definir el concepto de información, determina su calidad, contenido y alcance con la intención de exigir su estricto cumplimiento y sancionar las conductas que transgredan tal normativa.

---

<sup>35</sup> NEME VILLARREAL, Martha Lucia. El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. En: Revista de Derecho Privado n° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. P.84.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: “La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la *igualdad sustancial*, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual”.

Según la definición de información consagrada en el Estatuto del Consumidor (num. 7, art. 5), sistemáticamente analizada con los sujetos pasivos de la obligación de información, esto es, unas veces el productor y otras el proveedor<sup>37</sup>, se observa que la información despliega su eficacia en dos ámbitos diferenciados: por un lado, es vista como la forma de prevención de los clásicos vicios del consentimiento en cuanto tiene por objeto evitar el error en que puede incurrir un contratante inadecuadamente informado<sup>38</sup>. Por otro lado, la información supone una ampliación de la teoría general de los vicios porque se añade un nuevo reproche al consentimiento prestado como consecuencia de información defectuosa, con lo que se configura de manera más delineada la obligación de información, que en tal virtud ha de ser *completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea* respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos, a fin de que incida en la formación adecuada del consentimiento<sup>39</sup>.

Dentro de las características que debe cumplir la información, se destacan las siguientes.

### 5.1 Claridad.

El principio de la buena fe comporta un deber de claridad<sup>40</sup>, el cual se extiende durante todo el *iter* contractual<sup>41</sup>, en el sentido de que las partes deben evitar un lenguaje ambiguo que dificulte su comprensión<sup>42</sup>. Es decir, la claridad de la información exige el suministro inteligible<sup>43</sup>, evidente, manifiesto y sin dudas de todos los datos relevantes del negocio proyectado, de forma tal que el contenido del futuro contrato y el objeto sobre el cual

---

<sup>37</sup> Tal como se consagra en los numerales 1 y 2 del artículo 24 del Estatuto del Consumidor.

<sup>38</sup> PALACIO GONZÁLES, María Dolores. El deber de información en los contratos con consumidores. En: AA VV. Bases de un derecho contractual europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 89.

<sup>39</sup> PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio. *La información en la contratación privada en torno al deber de informar en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. España: Institución Nacional del Consumo, 1990, p. 76. Similares términos ha empleado otro sector de la doctrina al manifestar que la relación de consumo exige un *plus* de protección en cuanto a la provisión de información veraz y suficiente. Lo anterior se justifica tanto en la situación de desequilibrio contractual como en la complejidad, cada vez mayor, del tráfico jurídico y económico de productos y servicios. Ver PALACIO GONZÁLES, ob. cit. P. 89.

<sup>40</sup> Como lo ha dicho la doctrina, “es la buena fe la que impone el deber de diligencia con que deben comportarse las partes, a la vez que hace énfasis en el deber de claridad en los términos del contrato a fin de que se brinde certeza y la seguridad jurídica respecto del contenido y de las prestaciones acordadas, deber que incorpora el valor ético de la confianza mutua cuya relevancia se hace mayor en los contratos de adhesión”: NEME VILLARREAL, El principio de la buena fe, cit., p. 99.

<sup>41</sup> RINESSI, Antonio Juan. ob. cit, p. 143.

<sup>42</sup> BIANCA, Massimo. ob. cit, p. 186.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 411.

recae<sup>44</sup> sean evidenciados por el consumidor al punto que no tenga duda sobre su significado e interpretación<sup>45</sup>.

Para los anteriores efectos y considerando que el lenguaje es el transmisor de información por excelencia, se debe evitar el uso de vocablos que tengan una doble significación o una comprensión conceptual de difícil aprehensión. Igualmente, la parte deberá precaver que la contraparte no encuentre dentro del contrato disposiciones que le generen malentendidos<sup>46</sup>. En otros términos, la información que debe recibir el receptor no debe ser objeto de interpretaciones contradictorias. Con esto se pretende eludir la vaguedad o ambigüedad en el mensaje.

## 5.2 Oportunidad.

La información debe suministrarse en el momento en que sea necesaria para que redunde en beneficio del receptor, esto es, no solo durante los tratos preliminares sino también durante la ejecución del contrato e, inclusive, después de su terminación. Sin embargo, la oportunidad del suministro de la información se evidencia con especial importancia en la etapa precontractual, toda vez que en ese momento el consumidor está estructurando su decisión respecto de si contratar o no y en qué términos hacerlo. Por lo anterior y, por ser hoy la publicidad uno de los momentos más relevantes de los tratos preliminares, se exige que la información que aquella comunique sea pertinente a la vez que coherente con las prestaciones que posteriormente de derivarán del contrato.

## 5.3 Transparencia.

La información es transparente cuando le permite al consumidor conocer, por un lado, las características del bien o servicio que pretende adquirir y, por otro, las circunstancias y vicisitudes que eventualmente rodearán la relación contractual<sup>47</sup>. Lo anterior, redundará en que el consumidor pueda realizar una adquisición informada, a la vez que se favorecerá la economía de mercado y, por ende, se garantizará un adecuado orden concurrencial<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> WEINGARTEN, Celia. Derechos en expectativa del consumidor. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 10. En el mismo sentido, el artículo 20 de de la Resolución sobre la Protección de los Consumidores expedida por la ONU consagra: “Las practicas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio del trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos. Ello requiere el suministro de la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, así como la adopción de medidas para asegurar la exactitud de la información suministrada”.

<sup>45</sup> MERUZZI, Giovanni. La Trattativa maliziosa. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani-CEDAM, 2002, p. 171.

<sup>46</sup> CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. ob. cit, p. 30.

<sup>47</sup> Di GIOVANNI. La regola di trasparenza. En: AA VV. I contratti dei consumatori, t. I. Torino, 2005, p. 372.

<sup>48</sup> GÓMEZ CALLE, E. Los deberes precontractuales de información. Madrid: La ley, 1994, p. 19.

Como se ve, la obligación de transparencia es de suma importancia para los intereses del consumidor y del mercado; pero, ¿cómo se logra que la información sea transparente? La información es transparente cuando reúne varias características: las de ser completa, suficiente, veraz e idónea.

La información *completa*<sup>49</sup> debe contener las prestaciones principales y accesorias del negocio que se pretende celebrar<sup>50</sup>, es decir, el emisor no puede reservarse ningún dato que de alguna forma pueda incidir en la celebración del contrato o en la ejecución de sus prestaciones.

El nivel de *plenitud* de la información es objetivamente establecido por dos vías: en primer lugar es determinado por el empresario, quien es el conocedor del bien o servicio que ofrece. El empresario, como ningún otro, sabe los elementos que el consumidor necesita conocer para realizar una adquisición informada y reflexiva. Tal afirmación se deduce de lo consagrado en el artículo 24 del Estatuto relativo a la información mínima que deben suministrar los productores y proveedores. En segundo término, algunas disposiciones del Estatuto hacen referencia a contenidos concretos de información, por ejemplo, lo relativo a la información sobre productos que pueden ser nocivos para la salud. Dicha información debe hacer referencia a los peligros o riesgos del producto, a las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización y conservación, así como a las eventuales contraindicaciones, según el caso.

Similar reflexión ha realizado la Superintendencia de Industria y Comercio al analizar el tema de la fijación pública de precios. Al respecto ha dicho que el proveedor “siempre debe indicar el precio total del producto, el cual debe incluir todos los cargos adicionales que se causen, como sería, por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito”<sup>51</sup>. Otro ejemplo de la falta de plenitud de la información es el relacionado con el hecho de no informar en la publicidad el plazo de vencimiento de las promociones. Sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a una empresa de telefonía móvil que lanzó al mercado una promoción con la leyenda “*Corre por el tuyo antes que se agote*”, por implicar una fecha incierta, es decir, indeterminada, que se traducía en una incertidumbre para el consumidor<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Varias disposiciones del Estatuto del Consumidor hacen referencia a esta característica. Ver numeral 1.3 del artículo 3; numeral 2 del artículo 37, y literal d del artículo 50.

<sup>50</sup> OSSOLA, Federico y VALLESPINOS, Gustavo. ob. cit, p. 53.

<sup>51</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto SIC 06046227 de 2006.

<sup>52</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Magistrado ponente: Ayda Vides Paba expediente no.: 2003-1104-01. Demandante: Bellsouth Colombia s.a. Demandada: Superintendencia de Industria y Comercio.

La *suficiencia* de la información consiste en que esta contenga los elementos necesarios para que un consumidor promedio pueda llegar al convencimiento sobre la conveniencia o no de la contratación. A dicha conclusión podrá llegar el consumidor si la información contiene los elementos objetivos básicos del bien o servicio ofrecido y las circunstancias en las cuales quedará configurado el contrato<sup>53</sup>. Por ejemplo, se está información insuficiente si tratándose del costo financiero de un crédito se omite indicar la tasa efectiva. También pueden catalogarse como información deficiente aquellos mensajes publicitarios en los que se indica que aplican restricciones y condiciones pero en los que no se dice cuáles son, remitiendo al consumidor a las página web de la compañía vendedora.

Sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado varias veces que las piezas publicitarias deben contener la información necesaria para que el mensaje no sea engañoso o induzca en error a los consumidores. Si bien es válido informar en la página web de la empresa las condiciones de una publicidad, oferta, promoción o concurso, esta no puede ser la única fuente de información para los consumidores, y menos cuando dichas condiciones y restricciones modifican el mensaje enviado en la publicidad.

En cuanto a la *veracidad* de la información, valga decir que no cualquier clase de información le es útil al consumidor. Por ende, los productores y proveedores no deben suministrar cualquier clase información. Su obligación es suministrar información veraz, idónea y conducente.

La *veracidad e idoneidad* de la información hace referencia a que los datos comunicados tengan un significado acorde con la realidad objetiva del bien o servicio ofrecido<sup>54</sup>. En desarrollo de dicha obligación, se observa que el numeral 7 del artículo 5 del Estatuto, al definir el concepto de información, hace referencia a las condiciones objetivas del producto tales como el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, y los precios, entre otros.

Una obligación adicional que consagra el nuevo Estatuto es que, además de la información relativa a las condiciones objetivas del producto, se informe acerca de la identidad del productor o del proveedor, y los medios a través de los cuales estos pueden ser contactados.

---

<sup>53</sup> Varias disposiciones del Estatuto del Consumidor hacen referencia a esta característica. Ver numeral 13 del artículo 5; numeral 7 del artículo 11; artículo 23; numeral 1 del artículo 37; literal a y b del artículo 50; literal b del artículo 50.

<sup>54</sup> HINESTROSA, Fernando. El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo. En: Revista Ibero latinoamericana de seguro, n° 27. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 130.

Por ejemplo, el artículo 53 referente a los portales de contacto cuando se contrata electrónicamente, consagra:

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

Los conceptos de información *veraz* y *comprobable* están íntimamente relacionados, ya que un examen de comprobación está encaminado a verificar que la información sea veraz, es decir, que lo comunicado tenga un significado acorde con la realidad objetiva del bien o servicio ofrecido. Como lo ha dicho la doctrina, “la calificación de verdadero o falso que se haga del anuncio, requiere que se realice un enfrentamiento y una comprobación del mensaje con la realidad objetiva que el mismo transmite”<sup>55</sup>. Este enfrentamiento debe soportarse necesariamente en procesos técnicos o científicos dependiendo del caso concreto.

El criterio de información comprobable ha sido el argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer múltiples sanciones a empresarios que publicitan productos milagrosos ofreciendo ciertas características, cualidades o efectos que no han sido comprobados científica o técnicamente<sup>56</sup>.

Resumiendo hasta aquí, puede decirse que el principio de la buena fe es cardinal en las relaciones contractuales ya que busca el equilibrio, la justicia y la satisfacción de los verdaderos intereses de los contratantes. En tal búsqueda, ha creado un número importante de deberes y características que debe reunir la información que los empresarios lancen al mercado, a fin de que los consumidores realicen adquisiciones reflexivas que satisfagan verdaderamente sus intereses jurídicos y económicos.

---

<sup>55</sup> JAECKEL KOVAKS, Jorge. Publicidad engañosa y publicidad comparativa. En: Revista Foro del Jurista. Medellín: Cámara de Comercio, s.a. s.p.

<sup>56</sup> Ver Superintendencia de de Industria y Comercio. Resolución 5985 del 16 de febrero de 2012; 50512 del 26 de septiembre de 2011.

**6. La publicidad en el mercado de bienes y servicios cumple funciones inherentes a la formación de la voluntad negocial que trascienden el mero carácter de incentivo de su consumo y el posicionamiento de los mismos.**

La libertad de empresa y de competencia son derechos de contenido económico consagrados en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991<sup>57</sup>. Estas libertades les garantizan a los empresarios: la posibilidad de elegir el renglón de la economía en el que deseen producir bienes o servicios<sup>58</sup>, la concurrencia al mercado para su colocación y la facultad de utilizar las estrategias de *marketing*<sup>59</sup> necesarias para su comercialización<sup>60</sup>. Todas estas dinámicas –producción, concurrencia y comercialización– dan eficacia a la economía de mercado presente en nuestro sistema productivo; de ahí que la Corte Constitucional haya resaltado la importancia de la economía de mercado al señalar que la misma “es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo adecuado funcionamiento depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores”<sup>61</sup>.

Ahora bien, dentro de las técnicas de *marketing* más utilizadas actualmente se encuentra la publicidad<sup>62</sup>, cuyo concepto es definido en el numeral 12 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor, conforme al cual la publicidad es “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”<sup>63</sup>. Sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dicho que la publicidad es un medio idóneo para proporcionar información a compradores o clientes potenciales<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Para un completo desarrollo del concepto de “libertad de empresa”, ver CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa y Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 77.

<sup>58</sup> Salvo aquellas actividades consideradas monopolios legales o rentísticos del Estado.

<sup>59</sup> Concepto definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como “conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda”. Disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=marketing](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=marketing)

<sup>60</sup> REYES LÓPEZ, María José. El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En: *Estudios sobre consumo*, Vol. 12, # 43. España. 1997, p. 63.

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. MP. Carlos Gaviria Díaz. En similar sentido, ver Corte Constitucional. Sentencias C-524 de 1995 y T-425 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Pabón.

<sup>62</sup> BUITRAGO LÓPEZ, Elker. *Derecho de la publicidad*. Bogotá: Librería Ediciones del profesional, 2008, p. 6.

<sup>63</sup> Similares definiciones se han dado sobre el concepto; ver DE TORO, Juan Manuel. *Mejorar la eficacia de la publicidad en T.V.* España: Gestión, 2009; CASTELLBLANQUE, Mariano R. *Estructura de la actividad publicitaria*. España: Paidós, 2000; Corte Constitucional. Sentencia C-355 del 11 de agosto de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 04078286 del 21 de octubre de 2004. Comisión Nacional de Televisión. Acuerdo 002 de 2003.

<sup>64</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto SIC 04078286 de 2005, Concepto SIC 03091809 de 2003.

En esos términos, la publicidad se convierte en uno de los más importantes y visibles componentes del mercado actual<sup>65</sup>, ya que informa, orienta el consumo, estimula las necesidades del consumidor y promueve la absorción de la demanda, al igual que le permite al empresario conquistar los mercados y posicionar sus productos en el mismo<sup>66</sup>.

Como se ve, los actos publicitarios son de trascendental importancia para los empresarios, determinada esta por el impacto que tiene en materia de mercadeo; sin embargo, dichos actos no pueden ser desligados de las consecuencias jurídicas que los mismos comportan en la formación del contrato, y particularmente sobre la conformación de la voluntad del consumidor acerca de la conveniencia y condiciones en que habrá de ser adquirido o no determinado bien o servicio, ya que la *información comunicada* en la publicidad tiene la idoneidad de determinar las decisiones de consumo.

En el mercado existen dos formas de publicidad que se diferencian por el contenido transmitido<sup>67</sup>: la publicidad que contiene declaraciones sugestivas, laudatorias<sup>68</sup>, jactanciosa<sup>69</sup>, es decir, aquella que busca la persuasión del consumidor promedio<sup>70</sup> mediante afirmaciones evidentemente exageradas sobre los productos publicitados<sup>71</sup>. Por otro lado está la publicidad que contiene aseguraciones específicas u objetivas de las cualidades de los productos o alabanzas genéricas que pueden inducir a error al consumidor.

---

<sup>65</sup> BENJAMÍN, Antonio Hernán. Reflexiones sobre el principio de la vinculación contractual de la publicidad. En: AA VV. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 905.

<sup>66</sup> ALPA, Guido. Derecho del consumidor. Lima: Gaceta jurídica, 2004, p. 130. En similar sentido, STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. Responsabilidad precontractual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 183. .

<sup>67</sup> García Sirvent sostiene que la publicidad sugestiva es “una publicidad con evidentes exageraciones que un consumidor medio puede apreciar. Por otra parte está la auténtica publicidad informativa de las características del bien o producto anunciado”. GARCÍA SIRVENT, Jorge. La oferta en los contratos con consumidores, Colección Privado N° 93. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 25.

<sup>68</sup> GARCÍA VICENTE, José Ramón. La contratación con consumidores. En: AA VV. Tratado de contratos, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p.1485; NAMÉN BAQUERO, Jeannette. La obligación de información en las...ob. cit, p. 10; Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Externa N° 11 de Mayo 9 de 2002.

<sup>69</sup> BIANCA, ob. cit., p. 686.

<sup>70</sup> Se ha entendido por *consumidor promedio* aquel que tiene la capacidad de identificar, con mediana razón, cuándo un mensaje publicitario es evidentemente exagerado o falso.

<sup>71</sup> Algunos ejemplos de dicha publicidad podrían ser: “Red bull te da alas”, disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=Dgi90AHqKfk> “Milo te hace grande”, disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=isB0TJt2SmM&feature=related> “Nuevo Axe Excite. Hasta los ángeles caerán”, disponible en: [http://www.youtube.com/watch?v=YM3\\_-3bp2aM](http://www.youtube.com/watch?v=YM3_-3bp2aM) “Pony Malta. Bebida de campeones”, disponible en: [http://www.youtube.com/watch?v=5yBNeH\\_-u4E](http://www.youtube.com/watch?v=5yBNeH_-u4E)

Sobre este particular resultan de la mayor ilustración las enseñanzas del derecho antiguo que diferenciaron entre una afirmación específica de las cualidades de la cosa y la simple alabanza magnificada de la misma. En efecto, sostiene la doctrina<sup>72</sup>:

... en la determinación del ámbito de la garantía sobre cualidades o ausencia de vicios los juristas distinguen entre una aseguración específica de las cualidades o ausencia de defectos de la cosa vendida y la simple alabanza magnificada de la misma<sup>73</sup>, toda vez que solamente la aseguración específica posee el carácter de compromiso de un *praestare*. No obstante, una aseguración genérica reticente, un elogio exagerado de la cosa vendida resulta contrario a la buena fe en cuanto sea idóneo para generar en el comprador una expectativa ilusoria, que será en realidad defraudada.

Como se ve, para la doctrina antigua las simples alabanzas magnificadas de las cosas resultaban legítimas, al igual que lo será en nuestros días el contenido de la publicidad sugestiva o laudatoria de productos o servicios en la que las alabanzas resulten evidentemente exageradas y, por ende, no creíbles frente a la inteligencia del consumidor promedio. Por el contrario, si las mencionadas alabanzas sobre las cualidades o características de la cosa tienen la capacidad de convencer al consumidor de un hecho que

---

<sup>72</sup> NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 247.

<sup>73</sup> D. 21,1,19 pr. Ulpiano; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I.- Pero se ha de saber, que aunque hubiere dicho ciertas cosas, por ejemplo, las que se refieren a mero elogio del esclavo, como si hubiere dicho que era sobrio, probo, y bien mandado, no debe quedar él obligado; porque, como escribe Pedio, hay mucha diferencia entre que hubiere dicho algo para recomendar el esclavo, y que hubiere prometido que él responderá de lo que dijo; D. 21,1,18 pr. Gayo; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I.- Si el vendedor hubiere afirmado alguna cosa respecto a un esclavo, y el comprador se quejase de que este no era así, puede ejercitar o la acción redhibitoria, o la estimatoria, esto es, la *quanti minoris*; por ejemplo, si hubiere afirmado que era constante, o laborioso, o diligente, vigilante, o que con su frugalidad adquiría peculio, y él por el contrario hallara que era ligero, protervo, desidioso, dormilón, perezoso, pesado, y comilón; respecto de todo esto parece que corresponde, que lo que el vendedor hubiere afirmado no sea exigido por él rigurosamente, sino con cierta moderación, de suerte que si acaso hubiere afirmado que es constante, no se exija exacta gravedad y constancia, como de un filósofo, y si hubiere afirmado que era laborioso y vigilante, no se exija de él continua labor de día y de noche; sino que todo esto se reclame moderadamente según bondad y equidad. Lo mismo entenderemos también respecto de lo demás que el vendedor hubiere afirmado. § 1.- El vendedor que hubiere dicho que el cocinero era muy bueno, debe entregar uno muy bueno en este oficio; pero el que simplemente hubiere dicho que era cocinero, parece que cumple, aunque entregue un mediano cocinero. Lo mismo también respecto a los demás oficios. § 2.- Igualmente, si alguno hubiere dicho simplemente que el esclavo tenía peculio, basta con que lo tenga, aunque sea muy pequeño; D. 21,1,19,3.- Mas se han de admitir aquellos solos dichos o promesas, que se dicen para que se cumplan, no para jactarse; D. 21,1,19,4.- Se ha de saber, que si alguno hubiere prometido un artífice, o hubiere dicho que lo era, no debe entregar ciertamente el que sea perfecto, sino el que en cierto modo sea perito, de suerte que no entiendas el que es de ciencia consumada, ni a su vez el indocto en aquel arte; así, pues, basta que sea tal, como los que vulgarmente se dicen artífices.

no es real, tal publicidad comprometería la responsabilidad del anunciante a la luz de la buena fe.

Por otro lado está la publicidad que contiene aseguraciones específicas u objetivas de las cualidades de los productos o alabanzas genéricas que tienen la capacidad de inducir a error al consumidor y, en tal virtud, obligan a la parte que las realiza a responder por dichas aseguraciones en cuanto las mismas generan prestaciones contractuales por el hecho de describir elementos tales como: la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, el precio, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, y, en general, toda otra característica relevante respecto de los productos que se publiciten<sup>74</sup> o de las condiciones jurídicas o económicas del eventual contrato<sup>75</sup>. En efecto, esta especie de publicidad *transmite información* determinante y específica al consumidor, por lo que deberá cumplir estrictos parámetros de veracidad, suficiencia, claridad, plenitud, transparencia y oportunidad, y deberá ser comprobable.

Hechas estas precisiones, cabe señalar que parte de la doctrina se inclina por diferenciar entre publicidad de contenido *subjetivo* y de contenido *objetivo*, en donde la primera corresponde a todos aquellos contenidos publicitarios que presentan afirmaciones elogiosas de los productos no susceptibles de comprobación y la segunda a todos aquellos contenidos que describen elementos objetivos de los productos<sup>76</sup>, tales como precios, características y calidades, entre otros.

En nuestro criterio, esta diferenciación no resulta suficiente para dilucidar la legitimidad del uso de las alabanzas magnificadas, sino en la capacidad de engaño o inducción a error que las mismas posean frente al consumidor. Prueba de ello es que algún sector de la doctrina ha identificado una práctica publicitaria que ha denominado “subjetivización de elementos objetivos”, que consiste en el hecho de hacer aseveraciones subjetivas que giran en torno a los elementos objetivos de los productos. En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado que cuando una expresión subjetiva recae sobre uno de los aspectos objetivos, como por ejemplo el precio del bien o servicio que se ofrece, su peso o medida, la calidad del mismo, la cantidad, no puede decirse que por corresponder a opiniones o adulaciones del anunciante no tienen la capacidad de transformar el mensaje

---

<sup>74</sup> FRANCESCHELLI, Vincenzo. Pubblicità ingannevole e colpa in contrahendo. En: Rivista di Diritto Civile, N° XXIX. S.e: 1983, p. 270. Ver el numeral 7 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor.

<sup>75</sup> MORALES MORENO, Manuel Antonio. Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una propuesta de directiva). DC.1999, p. 265.

<sup>76</sup> GÓMEZ GARCÍA, Carlos Andrés y MUÑOZ CORTINA, Silvia Helena. Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. En: Revista estudios de derecho, Vol 145 Medellín: Universidad de Antioquia, 2008, p. 17.

que se quiere transmitir, induciendo a error al consumidor<sup>77</sup> y, por ende, ser ilegítima a la luz de la buena fe.

**7. El límite entre *dolus bonus* y *dolus malus* determina la legitimidad de la publicidad en términos del respeto de los postulados del principio de buena fe.**

Como quedó visto, existen dos formas de publicidad que se diferencian por el contenido transmitido. Por lo anterior, es necesario determinar si estos contenidos encuadran dentro de los conceptos *dolus bonus* o *dolus malus*, ya que uno y otro tienen consecuencias jurídicas diferentes.

El *dolus malus* está presente en cualquier forma de engaño que tenga la capacidad o idoneidad<sup>78</sup> de alterar la voluntad contractual de un sujeto al punto de inducirlo a celebrar un contrato que en otros términos no habría celebrado<sup>79</sup>. De ahí que tal inducción en error permitiría sostener que un contrato celebrado bajo estas circunstancias es susceptible de anulación<sup>80</sup>.

Por el contrario, nos encontraremos ante un *dolus bonus* en aquellos eventos en que se realicen declaraciones que alaben un bien o servicio con el objeto de animar a los consumidores para que se acerquen a determinado producto, pero sin que las mismas tengan la capacidad de inducir a error al consumidor<sup>81</sup>. Dichas declaraciones no alcanzan a configurar engaño por no ser racionalmente creíbles al entendimiento del consumidor promedio y, por ende, no son causas de anulabilidad del contrato celebrado bajo su influencia<sup>82</sup>. Es decir, el consumidor no fundamenta su decisión de compra con base en las alabanzas que el anunciante hace de los productos o en las exageraciones obvias que ilustran las piezas publicitarias<sup>83</sup>.

Ahora bien, ¿cuándo hay *dolus bonus* o *dolus malus* en el contenido de la publicidad? Habrá *dolus malus* y, por ende, será ilegítima a la luz de la buena fe, la publicidad que

---

<sup>77</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, disponible en: <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/informacion-enganosa1#propa>

<sup>78</sup> La capacidad o idoneidad del dolo para alterar la voluntad de un contratante hace referencia al “nexo de causalidad que debe existir entre la acción dolosa y la estipulación del contrato. Si el medio no es idóneo queda sin demostración que su voluntad contractual se haya visto viciada. Ver Bianca, ob. cit., p. 686.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 684.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 665.

<sup>81</sup> BIGLIAZZI-GERI, ob. cit., p. 858.

<sup>82</sup> LLOBET AGUADO, Josep. El deber de información en la formación de los contratos. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 131.

<sup>83</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución SIC 41 de 2004. Ver también el Concepto SIC 04078286 de 2005.

contenga aseguraciones específicas de las cualidades de los productos o alabanzas genéricas que tengan la virtud de inducir a error al consumidor por no observar parámetros de claridad, plenitud, veracidad, suficiencia, oportunidad y transparencia o por no corresponder con la realidad económica ni jurídica del contrato. Por el contrario, cuando la publicidad sea de contenido eminentemente laudatorio no será reprochada por el derecho por no tener la capacidad o idoneidad para producir un engaño, error o confusión en un consumidor promedio, dado que por ser evidentemente exagerada no posee la capacidad de inducir a error sobre la veracidad de las afirmaciones realizadas.

No obstante, aunque esta última clase de publicidad es legalmente tolerada, parte de la doctrina señala que se trata de una práctica comercialmente no apreciada<sup>84</sup>: “bien se aprecia la evolución del concepto de dolo en lo que hace al contrato de consumo. Aquella condescendencia con los elogios desmedidos, las evasivas, las reticencias, y los silencios de quien muestra un bien que quiere vender, encuadrada dentro de la figura del *dolus bonus*, puede decirse que pasó a la historia, para dar paso a un deber estricto de buena fe, lealtad y probidad”<sup>85</sup>.

La anterior afirmación habrá de ser valorada en términos que permitan un equilibrio de los intereses de las partes, de forma que sin impedir el desarrollo creativo de los publicistas se salvaguarde plenamente la lealtad que se deben las partes en las relaciones precontractuales.

En definitiva, el parámetro que determina si un contenido publicitario es meramente sugestivo o, por el contrario, transmite información relevante sobre las prestaciones contractuales, es el hecho de que dicho contenido sea idóneo para influir en el criterio del consumidor promedio al punto de determinar si contrata o no sobre determinado producto y en qué condiciones hacerlo. Este parámetro, según hemos visto, se inspira en el principio de la buena fe ya que con base en los límites entre el *dolus bonus* o el *dolus malus* legitima o no los contenidos publicitarios.

## 8. La publicidad y la integración del contrato con el consumidor.

---

<sup>84</sup> BIANCA, Massimo ob. cit, p. 685.

<sup>85</sup> HINESTROSA, Fernando. Responsabilidad por productos defectuosos. En AA.VV. Derecho económico, t. IV. Bogotá: Universidad Externado de 2003, p. 338. Similares reflexiones plantea: LLOBET AGUADO, Josep. ob. cit, p. 132. Igualmente, la jurisprudencia comparada ha manifestado su apego a lo anterior. El Tribunal de Comercio de Bruselas ha afirmado que “en nuestra época, en la que se multiplican los esfuerzos para conseguir una publicidad sana y objetiva, no resulta admisible una publicidad que tienda a convencer al cliente induciéndolo al error”. Comm. Bruselas. 7 de enero de 1954. Jt. 1954. 210. En el mismo sentido ver las sentencias: JP, Bruselas, 17 de marzo de 1977, RGAR, # 10.088 y JP, Bruselas, 3 de marzo de 1977, RGAR, # 10.065.

Gramaticalmente, la integración se define como la “acción y efecto de integrar o integrarse”<sup>86</sup>. En esos términos, sus sinónimos serían completar, vincular, componer, colmar o suplir<sup>87</sup>.

Desde una perspectiva contractualista la integración no es extraña a las anteriores acepciones<sup>88</sup>, ya que la función de la integración del contrato puede llevar a varias situaciones. La primera significará la *vinculación de reglas*<sup>89</sup> que, pese a no emanar de la voluntad de las partes o no constar expresamente en el contrato, se entienden incorporadas a los mismos en virtud de la naturaleza del contrato, de la ley imperativa, de la buena fe, de los usos honestos o la equidad<sup>90</sup>. En otras palabras, la integración del contrato supone un conjunto de heterodeterminaciones soportadas en fuentes objetivas diferentes a la declaración negocial que busca la construcción definitiva del reglamento contractual<sup>91</sup>.

Sobre este punto, reciente jurisprudencia ha dicho que “la integración es aquél momento [...] que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley

<sup>86</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua, disponible en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=integración](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=integración)

<sup>87</sup> DÍEZ GARCÍA, Helena et al. Interpretación e integración del contrato. En AA.VV. Tratado de contratos, t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 900.

<sup>88</sup> FRANCO VICTORIA, Diego. Integración de los contratos. En AA.VV. Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos, t. IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 92.

<sup>89</sup> La doctrina especializada en temas contractuales ha planteado una discusión sobre si la integración se aplica sobre el contenido del contrato o sobre sus efectos. Unos sostienen que la integración se produce sobre los efectos del contrato y, por lo tanto, no tiene sentido hablar del concurso de la ley en la construcción del mismo. Algunos defensores de esta postura son: CASELLA, M. Il contratto e l'interpretazione. En Rivista di scienze giuridiche. Milano, 1960, p. 62; BETTI, Emilio. ob. cit, p. 244; GARRIDO R. y ZACO, J. Contratos civiles y comerciales, Parte general. Buenos Aires: Universidad, 1985, p. 417; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 234. Otro sector de la doctrina sostiene que la integración del contrato a través de normas imperativas, la buena fe, la equidad y las cláusulas de uso es una integración del contenido del contrato. Algunos defensores de esta postura son: GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 79; ZICCARDI, F. L'integrazione del contratto. En Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffré, 1969, p. 135; TRABUCCHI, A. Istituzioni di diritto civile. Padova: Cedam, 1999, p. 669; BIGLIAZZI-GERI, ob. cit., p. 664; HINESTROSA, Fernando. Contenido y efectos...ob. cit, p.129; RODOTÀ, S. Le fonti di integrazione del contratto. Milano: Giuffré, 1970, p. 34. Nuestra posición es la de considerar que la integración es una regla que, en principio, tiene injerencia sobre el contenido del contrato y, a la postre, sobre sus efectos. Esta última posición es consecuencia de una postura preceptivista del contrato, habida consideración de que tanto el contenido del contrato como sus efectos se funden en un solo momento: la construcción del reglamento contractual. Para un preciso desarrollo del tema ver FRANCO VICTORIA, ob. cit, p. 100.

<sup>90</sup> LAZARTE ÁLVAREZ, Carlos. Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T.S de 27 de enero de 1077). En: RDP, t. I. s.e., 1980, p. 71

<sup>91</sup> RODOTÀ, ob. cit., p. 9; FRANCO VICTORIA, Diego. ob. cit., p. 91; ZICCARDI, F. ob. Cit., p. 108.

imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato [...] atendiendo su carácter de regla de conducta –lealtad, corrección o probidad”<sup>92</sup>.

La segunda situación que implicaría la función integrativa sería la *exclusión o remplazo de algunas reglas* contractuales que contrarían la ley imperativa, la naturaleza del contrato, la buena fe, los usos honestos y la equidad<sup>93</sup>.

Desde otra perspectiva, la integración del contrato puede ser *imperativa o supletiva* dependiendo del grado de coacción en la inclusión o exclusión de las reglas contractuales. Es *imperativa* cuando se determina coactivamente el contenido del contrato a pesar de la voluntad de las partes<sup>94</sup>. Esta integración se justifica en la protección de un interés general prevalente sobre el de las partes, o la de un interés particular de un contratante que está en clara asimetría negocial<sup>95</sup>.

Por el contrario, la integración es *supletiva* cuando la determinación del contenido del contrato se da ante la ausencia de una previsión contractual, es decir, ante una laguna contractual que no es posible colmar con parámetros interpretativos<sup>96</sup>. Tal laguna debe referirse, necesariamente, a los *naturalia negotia* del tipo contractual que se trate<sup>97</sup>. Como lo ha dicho Hinestrosa, esta integración “no tiene cabida más que cuando no se ha dispuesto nada distinto por los sujetos negociales o ellos han guardado silencio frente a los aspectos a que ella se refiere”<sup>98</sup>.

Sobre este punto, valga resaltar que la especie de integración que protege verdaderamente los intereses del consumidor es la imperativa, puesto que tiene la potestad de excluir del contenido del contrato todas aquellas estipulaciones que vayan en contra de la ley, la buena fe, la costumbre o los usos honestos, a la vez que permite integrar en el contrato todas aquellas prestaciones que, pese a no quedar expresamente plasmadas en el texto, hacen parte del acuerdo general por ser esenciales a la finalidad y utilidad del contrato.

---

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2011. M.P.: Arturo Salarte Rodríguez.

<sup>93</sup> HINESTROSA, Contenido y efectos, cit., p. 129; NEME VILLARREAL, El principio de la buena, cit., p. 88; LASARTÉ ÁLVAREZ, Carlos. La protección del consumidor como principio general del derecho. En AA.VV. Estudios sobre consumo, n° 73, Vol 18, 2005, p. 63

<sup>94</sup> FRANCO VICTORIA, ob. cit., p. 101.

<sup>95</sup> BIANCA, ob. cit., p. 444.

<sup>96</sup> Ibid. 434.

<sup>97</sup> FRANCO VICTORIA, Diego ob. cit, p.102.

<sup>98</sup> HINESTROSA, Fernando. Derecho civil....ob. cit, p. 287.

Pero, ¿qué relación existe entre la publicidad y la integración del contrato con el consumidor? La relación se concreta en varias situaciones. La primera es que por la vía de la integración se vinculan al contenido del contrato todas las prestaciones relacionadas con los productos o términos contractuales que mediante formas publicitarias se lanzaron al mercado, con independencia de que hubiesen sido expresamente incorporados en el texto contractual<sup>99</sup>. En otras palabras, los productores y proveedores y, eventualmente, los medios de comunicación<sup>100</sup>, deberán responder, en sede contractual, es decir, como auténticas obligaciones contractuales<sup>101</sup>, por las prestaciones, la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, el peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad y, en general, por toda otra característica, prestación o referencia a determinado producto a través de contenidos publicitarios.

Al respecto, resulta de suma importancia la sentencia de tutela del 10 de febrero de 2000 en la que la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a la vinculatoriedad contractual de la publicidad que una compañía aseguradora lanzó al mercado. En efecto, sostuvo la Corte:

... si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella –como acontece en este caso–, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquélla está obligada en los términos de la oferta, que si son desconocidos, modificando sus alcances, ya en ejercicio del contrato y causando daño o amenaza a derechos fundamentales, dan lugar a que ante los jueces de tutela la empresa deba responder, cobijando todo aquello que prometió a los eventuales tomadores del seguro. En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada

---

<sup>99</sup> LASARTÉ ÁLVAREZ, Carlos “La protección del consumidor...”ob. cit, p. 63

<sup>100</sup> Tal como lo consagra el artículo 30 del Estatuto del Consumidor. Sobre este punto es importante referenciar un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el cual se estudio la carga de diligencia que debe observar el medio de comunicación en cuanto a la veracidad de la información que anunciará: “Corresponderá entonces al anunciante, en todo caso, suministrarle al medio de comunicación o al interesado las pruebas que permitan comprobar la veracidad de los hechos o situaciones expresadas en el anuncio, razón por la cual es indispensable en criterio de la Sala, que los medios de comunicación realicen una tarea de investigación, averiguación y verificación acerca del contenido de los avisos de publicidad, en orden a evitar que lo que se divulgue pueda afectar en forma grave derechos fundamentales, normas jurídicas, la costumbre o la moral”: sentencia T-381 de 1994.

<sup>101</sup> REYES LÓPEZ, María José. El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En AA.VV. Estudios sobre consumo, Vol 12, n° 43. España, 1997, p. 67.

cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza.

La segunda situación es la de que la integración también podría llevar a que, si los términos de la publicidad resultaren más benéficos para el consumidor que los términos finales del contrato, los primeros prevalecerán sobre los segundos aunque no aparezcan expresamente en el contrato o documento e, inclusive, aunque le sean contrarios<sup>102</sup>. Esto supone, por ejemplo, que si el empresario no incluye en la publicidad información sobre las características determinantes y relevantes del objeto que publicita, estará obligado a entregarlo con dichas características a pesar de que en la publicidad no se especifique tal cosa<sup>103</sup>.

Ahora bien, la integración al contrato de las aseguraciones específicas de las cualidades de los productos o de aquellas genéricas idóneas para inducir a error al consumidor, constituye un típico caso de *integración imperativa*, es decir, aquella que tiene por objeto proteger intereses generales y/o particulares del contratante débil. En cuanto a la protección de intereses generales, el hecho de poder exigir contractualmente a los empresarios las prestaciones lanzadas mediante contenidos publicitarios propicia la transparencia, la lealtad, la credibilidad y confianza en el mercado<sup>104</sup>. En cuanto a la protección de intereses particulares, esta se manifiesta en la medida en que le otorga al consumidor la posibilidad de exigir en sede contractual las prestaciones derivadas de los contenidos publicitarios convirtiéndose en una herramienta que obliga a los empresarios a ser sinceros en su proceder comercial, situación que a la postre aliviará la asimetría informativa presente entre consumidores y empresarios.

## **9. La integración de la publicidad al contenido del contrato constituye una función del principio de buena fe.**

El fundamento dogmático de la integración contractual de las declaraciones publicitarias es el principio de la buena fe. En virtud de dicho principio no le es dable al productor o proveedor sustraerse, en la etapa de ejecución del contrato, de las prestaciones ofrecidas mediante contenidos publicitarios, ya que aquellos se integran al contenido del contrato

---

<sup>102</sup> REYES LÓPEZ, ob. cit., p. 66.

<sup>103</sup> GARCIA SIRVENT, Jorge. La oferta en los contratos...ob. cit, p. 23; REYES LÓPEZ, María José. El carácter vinculante...” ob. cit, p. 70; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. La defensa contractual del consumidor en la LCU. Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores. Madrid: s.e., 1987, p. 181.

<sup>104</sup> WEINGARTEN, Celia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. En AA.VV. Colección Derecho Económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 267.

generando auténticos efectos contractuales. En consecuencia, la función integradora le entrega un mecanismo esencialmente contractual al consumidor para atacar la defraudación de la confianza respecto de las prestaciones anunciadas en la publicidad con la pretensión de que sean satisfechas con los instrumentos propios de la responsabilidad contractual.

En buena hora, los artículos 29 y 30 del novísimo Estatuto del Consumidor colombiano recogieron expresamente lo que se viene analizando. El artículo 29 consagra que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”<sup>105</sup>. Igualmente, el artículo 30 consagra que “en los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”.

El Informe de Ponencia del proyecto de Estatuto del Consumidor, hoy Ley 1480 de 2011, muestra la intención del legislador de dar un tratamiento específico a los contenidos publicitarios. Aquel expone que,

... dada la importancia de la información para los consumidores, resulta igualmente indispensable regular lo relacionado con la publicidad. Para ello, se prohíbe la publicidad engañosa, de acuerdo a las definiciones que se establecen en esta iniciativa legislativa. Adicionalmente, se indica que las condiciones anunciadas en la publicidad obligan, en los términos de dicha publicidad, al anunciante. De este

---

<sup>105</sup> Las normas de contenido similar en el derecho comparado son las que siguen. Artículo 8° de la Ley argentina 24.240 de Defensa del Consumidor: “*Efectos de la Publicidad*. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”. Artículo 61 TRLGDCU de España: “*Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato*. 1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”. Artículo 30 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: “Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación, con relación a productos o servicios ofrecidos o presentados, obliga al proveedor que la hizo transmitir o la utilice, e integra el contrato que resulte ser celebrado”. Artículo 46 del Código de Defensa al Consumidor de Perú: “El contenido de la oferta, promisión o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aunque no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”. Numeral 4 del artículo 1 de la Ley chilena 19.955, de protección al consumidor: “La comunicación que el proveedor dirige al público por medio idóneo al efecto, para informarlo o motivarlo a contratar un bien o un servicio, entiéndase incorporada al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”.

modo, se consagra la potestad para las autoridades de ordenar el cese de un mensaje publicitario que no se adecue a las exigencias del estatuto y de ordenar difusión correctiva a costa del anunciante.

En conclusión, la publicidad no puede reducirse a una simple *invitatio ad offerendum*<sup>106</sup> sin ninguna trascendencia en el contrato celebrado<sup>107</sup> bajo su influencia, tal como parece sostenerlo algún sector de la doctrina nacional<sup>108</sup>. Todo lo contrario, si ciertos contenidos publicitarios tienen la capacidad de crear confianza en los consumidores acerca de los términos del contrato que se celebrará, por referir prestaciones contractuales, la ley, en aplicación del principio de buena fe y particularmente de su función integradora<sup>109</sup>, impone integrar dichas prestaciones al contrato para que del mismo deriven verdaderos efectos negociales<sup>110</sup>. Como señala la doctrina, “en la nueva concepción, la publicidad deja la periferia del fenómeno jurídico y pasa a integrar el privilegiado grupo de instituciones capaces de poner en marcha la rueda de la responsabilidad, no solo civil, sino también administrativa”<sup>111</sup>.

Esta concepción del tratamiento de los contenidos publicitarios rompe con el esquema que tradicionalmente se ha hecho de la publicidad en el contexto del contrato con el consumidor, el cual ha girado alrededor de la publicidad engañosa. Desde la perspectiva tradicional, el incumplimiento de las prestaciones derivadas de los contenidos publicitarios se ha atacado principalmente desde una óptica administrativa<sup>112</sup>. Esta concepción del

---

<sup>106</sup> BENJAMÍN, Antonio Hernán. Reflexiones sobre el principio... Ob. cit, p. 910.

<sup>107</sup> GARCÍA CORRAL, Eduardo. La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público. En: AA VV. Bases de un derecho contractual europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 59; BENJAMÍN, Antonio Hernán. ob. cit, p. 905; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. La publicidad y los consumidores en el fin de siglo”. Congreso internacional “La persona y el derecho en el fin de siglo”. Libro de ponencias. Facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Nacional del Itoral. Santa fe, 1996, p. 470; MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. Defensa del consumidor, Ley 24.240. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 95.

<sup>108</sup> Para Ospina es evidente que quien distribuye circulares o catálogos de precios, o exhibe mercancías en una vitrina, o inserta en la prensa aviso de su intención de vender un objeto determinado, apenas si pretende comunicar su propósito de entrar en negociaciones concretas con la persona o personas interesadas en el anuncio o aviso. OSPINA FERNÁNDEZ, ob. cit, p. 157.

<sup>109</sup> Tal como se deriva expresamente del artículo 871 C.Co. colombiano.

<sup>110</sup> WEINGARTEN, Celia. Derechos en expectativa del consumidor. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 3; CORRAL GARCÍA, Eduardo. La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público. En AA.VV. Bases de un derecho contractual. Valencia Tirant lo Blanch, 2003, p. 62; FERRARA, Rosario Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicitici. Milano: Giuffré, 1983, p. 54; BENJAMÍN, ob. cit, p. 908.

<sup>111</sup> Ibid. 909.

<sup>112</sup> Como lo ha sostenido reciente doctrina, “el contenido de protección, desarrollado de este derecho, se concreta no solo en las facultades administrativas de control y sanción a quien realice publicidad engañosa [...] sino también por el carácter vinculante de lo expuesto en la publicidad [...] y en la reparación de los

tratamiento publicitario implicaría atacar la publicidad engañosa no solo en sede administrativa sino en sede contractual, es decir, se le entregarían más herramientas y posibilidades sustanciales y procesales a los consumidores tendientes a satisfacer los intereses que con la celebración del contrato ha pretendido<sup>113</sup>, como hoy se plasma en el Estatuto del Consumidor.

Igualmente, la función de la integración debe llevar a los jueces a entender, como lo dice Hinestrosa, que “el derecho privado debe abrirse a la evolución de la realidad social y las leyes especiales toman en consideración los aspectos y fenómenos sobresalientes de esa transformación”<sup>114</sup>, es decir que las nuevas formas del mercado exigen un análisis distinto de la formación y ejecución de los contratos con consumidores<sup>115</sup>, habida cuenta de que obedecen a un contexto económico, histórico y político distinto al de la configuración de los códigos decimonónicos, por lo que hoy en día resalta la exigencia de protección del consumidor.

Con base en lo anterior, es insostenible que hoy se tomen decisiones judiciales como la adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que posteriormente se ventiló en la sentencia de casación del 13 de diciembre de 2001, en donde la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de revisar un fallo en una demanda promovida por el Centro Comercial Bulevar Niza contra el Banco Central Hipotecario. Las pretensiones del demandante tenían por objeto que se declarase que el Banco demandado contrarió la buena fe en el período precontractual al construir un centro comercial con un número de parqueaderos sustancialmente inferior al ofrecido públicamente mediante portafolios publicitarios –*brochure*– y mediante periódicos de amplia circulación.

La decisión del Tribunal, que posteriormente no fue casada por la Corte debido a falencias en la técnica de casación, se centró en considerar que la publicidad que la demandada lanzó al mercado encuadraba dentro de los supuestos consagrados en la primer parte del artículo

---

perjuicios que se causen con la publicidad”: GIRALDO LÓPEZ, Alejandro et al. Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor. Bogotá: Legis, 2012, p. 15.

<sup>113</sup> Como lo dice Betti, “la fórmula, ya examinada por nosotros, [...] ha de entenderse en el sentido de que la prestación debe ser objetivamente idónea a satisfacer un interés típico del acreedor, en un particular tipo de relación obligatoria [...] que se identifica en el específico interés que es propio del tipo de relación constituida”: ob. cit., p. 61.

<sup>114</sup> HINESTROSA, Responsabilidad por productos defectuosos, cit., p. 331.

<sup>115</sup> WEINGARTEN, Celia Derechos en expectativa...ob. cit, p. 11; STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén. Derechos y defensa de los consumidores. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 1994, p.193; LÓPEZ CABANA, Roberto. Nuevos daños jurídicos. En AA VV. Temas de responsabilidad civil. Buenos Aires: universidad de Buenos Aires, 1995, p. 122.

847 C.Co.<sup>116</sup> y que, por tanto, no era obligatoria o vinculante para el oferente. En otras palabras, el fallo del Tribunal acogió el supuesto de hecho del citado artículo el cual le resta fuerza vinculante a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas realizadas por cualquier medio de propaganda escrita.

Concluyó diciendo el Tribunal que si bien es cierto el portafolio o *brochure* publicitario hacía referencia a un número de parqueaderos que finalmente no fueron construidos, tal situación no podía aparejarle responsabilidad prenegocial a la demandada por considerarla una oferta pública indeterminada no vinculante para el oferente, tal como lo consagra el artículo 847 C.Co.

Como se observa, la decisión del Tribunal desconoció íntegramente los postulados de la buena fe, la cual exige un comportamiento coherentemente y probó durante todo el *iter* contractual, ya que el proceder de la demandada en la etapa precontractual generó expectativas legítimas en los demandantes relacionadas con las prestaciones contractuales ofrecidas mediante la publicidad, las cuales fueron posteriormente defraudadas.

Una solución ajustada a la buena fe era exigible a la luz de nuestro sistema jurídico dado que el artículo 847 C.Co. debe interpretarse en consonancia con las exigencias que en materia de buena fe realiza el propio artículo 871 *ibídem*, y que la Constitución en el artículo 83 eleva a canon directriz del entero sistema contractual tanto en el ámbito público como en el privado.

Otro asunto similar se ventiló en sentencia de casación del 1º de noviembre de 2011<sup>117</sup>. Las pretensiones de la demanda se basaron, entre muchas otras, en el hecho de que las accionadas habrían causado un daño antijurídico derivado de la publicidad engañosa ya que ofrecieron y publicitaron un proyecto de construcción con unas características que finalmente no fueron entregadas.

El argumento acogido por el Tribunal para desestimar las pretensiones fue el de que, si en gracia de discusión se sostuviera que la información depositada en los medios publicitarios no era completa o veraz, todas las dudas que la misma pudiera generar quedaban saneadas con el hecho de que en los contratos celebrados con posterioridad a la publicidad, esto es,

---

<sup>116</sup> Artículo 847 C.Co. “Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna”.

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

los contratos de promesa de compraventa y el contrato de compraventa, se hizo claridad en relación con todas las características del proyecto urbanístico.

Sobre este punto, expuso el Tribunal en relación con las zonas verdes y los parqueaderos publicitados que “ni los escritos de promesa de contrato de compraventa [...] ni las escrituras públicas que recogieron dichas modalidades de contratación, ni las escrituras públicas de desenglobe”, aluden a la naturaleza privada de dicho espacio; respecto al “patio privado” sostuvo que cualquier duda que hubiere dejado la propaganda “la despejaron las partes, pues tanto en los escritos de promesa de venta [...] como en las escrituras públicas respectivas, se anunció [...] que esa zona era de la comunidad, pero destinada al uso exclusivo de los propietarios de las distintas unidades habitacionales”; y sobre los parqueaderos dijo que “lo atinente al área de estacionamiento fue disciplinado por las partes al suscribir las respectivas escrituras públicas de compraventa, en las que se individualizaron e identificaron esas áreas (inclusive con folios de matrícula propios), sin reparo, por parte de los compradores, quienes tampoco plasmaron ninguna reserva al firmar el acta de entrega”.

Desde nuestra perceptiva, craso error cometió el Tribunal al sostener que las dudas dejadas por una publicad inoportuna, turbia, incompleta e insuficiente, resultaban excusadas posteriormente con el otorgamientos de contratos en los que nada se dice al respecto. Sostener lo afirmado por el Tribunal sería desligar los contenidos publicitarios de las consecuencias jurídicas que los mismos comportan en la formación del contrato, y particularmente respecto de la conformación de la voluntad del consumidor acerca de la conveniencia y condiciones en que habrá de ser adquirido o no determinado bien o servicio; situación que a la luz del principio de la buena fe es absolutamente insostenible por controvertir su carácter, funciones y reglas. Igualmente, dicha postura es violatoria de la regla de la interpretación contra proferente y de la función integradora de los acuerdos precontractuales, que conforme al principio de la buena fe, hacen parte del contenido del contrato sirviendo de parámetro de integración e interpretación.

**10. La noción tradicional de oferta del Código de Comercio es insuficiente en la determinación del contenido del contrato con el consumidor.**

El tratamiento que el nuevo Estatuto del Consumidor hace del tema publicitario hace necesario plantear algunas reflexiones en torno a un tema de gran importancia en la teoría general del contrato como es la oferta contractual, con la intención de determinar si, tal como está contenido el tratamiento de la misma en el estatuto mercantil, posee cabal aplicación tratándose de contratos con consumidores.

### 10.1 La naturaleza del concepto de oferta.

La conformación del consentimiento ha sido analizada bajo la concurrencia de la oferta y la aceptación, es decir, el consentimiento se forma, como inveterada y suficientemente se ha dicho, mediante la aceptación de una oferta<sup>118</sup>. Debido a la trascendental función negocial de la oferta, son varias las posiciones doctrinarias que han tratado de identificar su naturaleza jurídica<sup>119</sup>.

Algunos sostienen que la oferta es un acto jurídico de carácter prenegocial. Dicha afirmación la sustentan en el hecho de que los efectos de la oferta son señalados directamente por el ordenamiento jurídico<sup>120</sup>. Esta concepción pone su acento en que la oferta no es un negocio jurídico sino un acto jurídico que lo precede y predispone<sup>121</sup>. Otros, dentro de los que se destaca cierta doctrina nacional, conciben la oferta como un negocio jurídico unipersonal en tanto que produce efectos jurídicos aun antes de la celebración del contrato<sup>122</sup>.

Una postura diferente plantea Bianca. Este, después de hacer varias objeciones a los anteriores planteamientos<sup>123</sup>, busca la naturaleza de la oferta desde un punto de vista funcional. Es así como sostiene que si la función de la oferta en la formación del acuerdo es

---

<sup>118</sup> Tal es el sentido del artículo 845 C.Co. cuando consagra: “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la oferta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”. La jurisprudencia nacional ha desarrollado dicho precepto al afirmar que “el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Intégrase por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 25 de 1951, M.P.: Manuel José Vargas. En el mismo sentido, MARTÍNEZ GALLEGO afirma que “desde un punto de vista cronológico, la formación del contrato se inicia con el ofrecimiento que una de las partes hace a la otra para celebrar un contrato y se concluye cuando se produce la aceptación por el otro contratante”: MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María Martínez Gallego. La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación. Madrid: Universidad de Salamanca. Marcial Pons, 2000, p. 24.

<sup>119</sup> MORENO QUESADA, Bernardo. La oferta de contrato. Barcelona: Nereo, 1963. P. 67.

<sup>120</sup> MIRABELLI, Giuseppe. Dei contratti in generale. En: Commentario Utet: Torino. S.E, 1980, p. 45.

<sup>121</sup> SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. 9° ed.. Italia: Jovene, 1997, p.209.

<sup>122</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. ob. cit. P. 49. De la misma postura son: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. t. I, 10° ed.. Bogotá: Diké, 2003, p. 77; BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. ob. cit, p. 274; OVIEDO ALVBÁN, Jorge. La formación del contrato. Bogotá: Universidad de la Sabana-Temis, 2008, p. 36.

<sup>123</sup> Por ejemplo, frente a la primer postura, es decir, la oferta como “acto prenegocial”, se cae de su propio peso que el “contrato, acto de autonomía negocial por excelencia, pueda constituirse por actos no negociales”. Frente a la segunda postura, esto es, la oferta como “negocio jurídico unipersonal”, se critica el hecho de que sería inexplicable que “el contrato, único negocio bilateral, pueda ser el resultado de negocios jurídicos de naturaleza y estructura diferentes”: BIANCA, ob. cit., p. 241.

contribuir a su celebración, debe entenderse que la oferta, al igual que la aceptación, es manifestación de consenso constitutiva del contrato ya que con ella las partes declaran su adhesión al programa contractual. En suma, la oferta y la aceptación son auténticas declaraciones contractuales.

A nuestro juicio, la naturaleza jurídica de la oferta no puede determinarse mediante su valoración aislada sino por la función que cumple en la conformación del acuerdo contractual. Es por eso que la oferta es una declaración contractual en cuanto está llamada a convertirse en el contenido sustancial del contrato. En otras palabras, pensar en la naturaleza jurídica de la oferta implica pensar en su subsiguiente aceptación<sup>124</sup> ya que es en esta dinámica en la que encuentra razón de ser.

## 10.2 Los requisitos de la oferta

Bajo el presupuesto del carácter de declaración contractual de la oferta, a continuación se expondrán los requisitos para que tal declaración de voluntad tenga efectos vinculantes y se convierta, una vez aceptada, en el contenido del contrato.

### 10.2.1 La oferta debe ser completa.

Como se sostuvo arriba, la oferta es una declaración que tiene por vocación integrar un futuro contrato. Tal declaración, según nuestro ordenamiento jurídico, debe alcanzar un alto grado de concreción, al punto que su aceptación inobjutada sea suficiente para conformar el consentimiento.

Ahora bien, ¿qué determina el grado de concreción de la oferta? Tal como se desprende del artículo 845 C.Co., lo hace el hecho de que contenga los *essentialia negotii* del contrato propuesto, o en su defecto, que indique la forma de determinarlos<sup>125</sup>. Como lo dice Ferri, “la oferta debe contener la completa determinación del contenido del contrato que se quiere celebrar, por lo menos en sus elementos esenciales, de manera que la celebración pueda lograrse con la simple aceptación del destinatario de la oferta”<sup>126</sup>. Similares reflexiones ha planteado la jurisprudencia nacional al manifestar que la oferta debe ser precisa en sus

---

<sup>124</sup> MORENO QUESADA, ob. cit., p. 70.

<sup>125</sup> Al respecto, DÍEZ-PICAZO expresa: “Naturalmente, la existencia en la oferta de criterios de determinabilidad hace que la oferta sea suficientemente definida”: DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho Civil Patrimonial I. introducción. Teoría del Contrato. 6º ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 286.

<sup>126</sup> LUIGI, Ferri. Lecciones sobre el contrato. Lima: Grijley, 2004, p. 44.

términos, vale decir, que sea completa, esto es, que no deje incertidumbre respecto de los elementos estructurales del negocio propuesto<sup>127</sup>.

Una vez el oferente integra adecuadamente la oferta, debe ser comunicada a su destinatario, es decir, puesta en su conocimiento por cualquier medio idóneo pues de otro modo no serviría a su fin<sup>128</sup>. En otros términos, al ser la oferta una declaración recepticia, necesita, para que sea eficaz, que su destinatario tenga real conocimiento de su contenido. Como lo dice Bianca, “un acto se dice recepticio cuando, para que sea eficaz, es necesario que ese acto llegue a conocimiento del destinatario”<sup>129</sup>.

Sobre este punto el artículo 845 C.Co. consagra una presunción legal de comunicación. En efecto, dice el precepto que “se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”<sup>130</sup>.

De lo anterior se deduce que la normativa colombiana rechaza las teorías de la emisión y de la recepción de la oferta y adopta la teoría de la comunicación, por lo que el “efecto inmediato de la comunicación es el de presumir el conocimiento de la oferta por el destinatario si se ha hecho uso de un medio de transporte que normalmente haga llegar la propuesta al domicilio de aquél”<sup>131</sup>.

### **10.2.2 La oferta debe ser formulada con la intención de obligarse.**

La oferta debe ser una declaración seria del oferente en el sentido de querer vincularse contractualmente, es decir, debe ser propuesta “sin el menor atisbo de duda en relación con su seria intención de contratar”<sup>132</sup>. Dicho sentido no debe ser manifestado expresamente ya que se desprende del hecho de su comunicación. En otras palabras, el simple hecho objetivo de comunicar una oferta completa revela, inequívocamente, la firme intención del oferente de celebrar el contrato<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de octubre de 1980. Mp. Ricardo Uribe Holguín.

<sup>128</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991. P. 126.

<sup>129</sup> BIANCA, Massimo. ob. cit, p. 236.

<sup>130</sup> Presunción legal que puede ser desvirtuada por el destinatario si acredita que el hecho que se presume no ha ocurrido, es decir, que pese a que la oferta haya sido remitida, el destinatario no ha tenido conocimiento de la misma. Ver BOHÓRQUEZ ORDUZ, ob. cit, p. 281.

<sup>131</sup> ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Contratos civiles y comerciales, vol. 2, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1994, pp. 442 y 443.

<sup>132</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. La oferta contractual. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 38

<sup>133</sup> OVIEDO ALBÁN, Jorge. ob. cit, p. 50.

### 10.2.3 La oferta debe ser vinculante.

El último requisito de la oferta es que sea vinculante, o lo que es lo mismo, la vinculatoriedad de la oferta se analiza cuando los anteriores requisitos han sido adecuadamente cubiertos, tal como lo ha dicho la jurisprudencia al afirmar que “el contrato queda perfeccionado desde el momento mismo [...] en que la oferta reciba acogimiento por aquel a quien va dirigida”<sup>134</sup>.

La vinculatoriedad de la oferta, como lo dice Von Thur, hace referencia a que, una vez ha llegado a conocimiento del destinatario, surge una vinculación pasiva para el oferente en la medida que queda a disposición del destinatario celebrar o no el contrato siempre y cuando la acepte oportuna e inobjetadamente. En otros términos, una vez la oferta llega a manos del destinatario se hace irrevocable<sup>135</sup> para el oferente, quien estará en la obligación de respetar su contenido<sup>136</sup>.

### 10.3 La función de la oferta dentro de la conformación del consentimiento.

Tal como ha quedado visto, la oferta cumple una función instrumental en la conformación del consentimiento: es la declaración de voluntad del oferente que una vez aceptada oportunamente y sin objeciones crea el consentimiento<sup>137</sup>. En otros términos, podría decirse que “desde la perspectiva del consentimiento contractual, constituye uno de los elementos que integran este componente esencial de todo contrato”<sup>138</sup>.

Aunque es cierto que la oferta cumple una función instrumental en la conformación del consentimiento, esa no es su única función. Intrínsecamente ligada a lo anterior, la oferta tiene una función subjetiva de invitar<sup>139</sup> y persuadir al destinatario respecto de la conveniencia del negocio jurídico ofrecido. Más aún, algunos doctrinantes sostienen que no en pocas oportunidades la oferta tiene por objeto crear necesidades en el destinatario<sup>140</sup>.

---

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de octubre de 1980. Mp. Ricardo Uribe Holguín.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995. M.P. Pedro Lafont Pianetta, en “*Jurisprudencia y Doctrina*”, t. XXIV, N° 281, Legis, Mayo de 1995. 493.

<sup>136</sup> VON THUR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Madrid: Espasa, 1934, p. 137.

<sup>137</sup> La jurisprudencia de la Corte “concibe el contrato como un ‘típico’ proceso integrado por varias etapas”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>138</sup> MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. La oferta contractual. Pamplona: Arazandi, 1998, p. 23.

<sup>139</sup> OVIEDO ALVBÁN, Jorge. ob. cit, p. 36.

<sup>140</sup> LUIS LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1969, p. 301.

Dicha persuasión se logra a través de la información depositada en la oferta. Tal información puede ser comunicada de varias formas tales como: la conversación personal, la conversación telefónica, un chat, una teleconferencia, el telegrama, el correo ordinario, el correo electrónico, el fax, y mediante todas las formas de publicidad –escrita, visual, auditiva–.

#### 10.4 Tipos de oferta.

El Código de Comercio colombiano consagra dos tipos de oferta: la privada y la pública. La privada es el proyecto de contrato dirigido a uno o varios sujetos individualizados. Dentro de esta es posible identificar dos formas. Por un lado está la oferta privada de comunicación inmediata, que se tiene cuando el oferente la comunica utilizando medios de comunicación simultáneos tales como la conversación personal, la conversación telefónica, un chat, una teleconferencia<sup>141</sup>.

Por otro lado está la oferta privada de comunicación mediata, ante la cual se está cuando el oferente utiliza medios de comunicación no simultáneos, tales como el telegrama, el correo ordinario, el correo electrónico, el fax<sup>142</sup>.

Por su lado, la oferta pública es la dirigida al público *in genere* mediante cualquier medio de comunicación en masa. Dentro de esta oferta es posible identificar varias especies: la oferta pública dirigida a persona indeterminada consagrada en el artículo 847 C.Co., la exhibición y anuncio público de mercaderías consagrada en el artículo 848 *ibidem*, el concurso o promesa de premio consagrada en el artículo 856 *ibidem*, finalmente, las licitaciones públicas o privadas consagradas en el artículo 860 *ibidem*.

Ahora bien, dentro de estas especies de ofertas públicas interesa para los efectos de este escrito la oferta pública dirigida a persona indeterminada consagrada en el artículo 847

---

<sup>141</sup> Artículo 850 C.Co.: “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”.

<sup>142</sup> Artículo 851 C.Co.: “Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”. Artículo 6 de la Ley 527 de 1999: “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”. Artículo 14 de la Ley 527 de 1999: “En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”.

C.Co. Su interés está dado porque, a diferencia de todas las otras<sup>143</sup>, aquella no tiene efectos vinculantes para el oferente, no obstante haber sido comunicada por un medio idóneo como la publicidad. En efecto, la primera parte del artículo 847 C.Co. consagra que “las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, *no serán obligatorias* para el que las haga” (resaltado fuera de texto).

Alguna doctrina sostiene que la no vinculatoriedad de esta oferta estriba en el hecho de que ni los bienes objeto del contrato ofrecido ni los sujetos están determinados. Además de que de los medios de comunicación empleados, esto es, circulares, prospectos o propaganda escritas, no se puede inferir que el emisor esté proponiendo la celebración de un contrato específico, sino tan solo promocionando su actividad económica<sup>144</sup>.

Al respecto, nos parece que la redacción del artículo citado y las reflexiones doctrinarias que se han dado a su alrededor no son las más afortunadas. ¿Por qué negarle fuerza vinculante a las ofertas públicas realizadas mediante publicidad escrita? *Hoy*, más que nunca, la realidad del mercado exige que cualquier propuesta completa, es decir, que contenga los elementos esenciales del negocio propuesto, debe ser vinculante para quien la realice, con independencia del medio de comunicación empleado. Esta reflexión tiene soporte en el nuevo Estatuto del Consumidor que ha dotado de relevancia contractual a toda la información que se lance al mercado mediante formas publicitarias y, de alguna forma, ha obligado a reinterpretar la regla consagrada en la primera parte del artículo 847 C.Co.

---

<sup>143</sup> Por ejemplo, la vinculatoriedad de las ofertas hechas en las vitrinas de los establecimientos estará determinada por el tiempo que las mercancías permanezcan exhibidas (art. 848 C.Co.). La vigencia del anuncio público de mercaderías consagrado en la parte final del artículo 848 C.Co. que comprende toda clase de anuncios radiales, televisivos y, en general, cualquier clase de anuncio publicitario de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto por un precio fijo, será hasta el día siguiente del anuncio en la medida en que el oferente cuente con *stock* de mercancías. Si las mercancías se agotan antes del vencimiento de la oferta, la misma se tendrá por terminada desde el agotamiento de dichas mercancías, tal como lo consagra el artículo 849 *ibidem* al consagrar que “cuando en el momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa”. En materia de concurso o promesa de premio consagrada en el artículo 856 C.Co., se prevé que será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones previstas. Por otro lado están las licitaciones públicas o privadas consagradas en el artículo 860 C.Co. Dicha norma dice que cada uno de los pliegos de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato, que en todo caso estará condicionado a que no hubiere una postura mejor. Al respecto, nuestro ordenamiento no establece el término de vigencia de la subasta. Por ello se ha dicho que cuando la licitación se lleve a cabo mediante subasta presencial, las posturas deben hacerse en el mismo momento. Por el contrario, en caso de subastas no presenciales, es decir, por correo ordinario, sobre cerrado o por medios electrónicos, lo recomendable es que el oferente señale su término de vigencia, y en su defecto se atenderá al término de vigencia del concurso público, tal como lo consagra el inciso segundo del artículo 856 C.Co.

<sup>144</sup> OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, p. 64.

Esta reflexión encuentra sustento en la definición de publicidad que trae el numeral 12 del artículo 5 del Estatuto, que la entiende como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”. Igualmente, el artículo 29 consagra la fuerza vinculante de la publicidad al preceptuar: “Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”. Finalmente, el primer inciso del artículo 33 *ibídem* plantea: “Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley”.

### **10.5 Inexistencia de razones que justifiquen la ausencia de obligatoriedad de la oferta publicitaria en la regulación del Código de Comercio.**

En el anterior escenario, cabe entonces hacer una pregunta final: ¿cuál es la razón de la ausencia de vinculatoriedad de la oferta publicitaria consagrada en la primera parte del artículo 847 C.Co.? Esta pregunta es importante ya que, como se ha visto, es evidente la diferencia en el tratamiento de las ofertas publicitarias en el estatuto mercantil y en el nuevo Estatuto del Consumidor. Para aproximar una respuesta a este interrogante plantearemos dos consideraciones.

En primer término, hay que recordar que la redacción de nuestro actual Código de Comercio estuvo profundamente influenciada por el derecho italiano, especialmente, por el *codice civile* de 1942. De ello da cuenta el hecho de que en las actas de exposición de motivos y en las actas de la Comisión para la Revisión del Código se acogieran varias disposiciones del *codice civile*<sup>145</sup>.

Ante este panorama, no puede dejarse de lado que el *codice civile* expedido el 16 de marzo de 1942 no logró desprenderse totalmente de la influencia del régimen fascista<sup>146</sup>. Lo anterior tuvo como consecuencia que algunos temas relacionados con el negocio jurídico se debatieran entre la fuerza de la autonomía de la voluntad y la restricción que dan los

---

<sup>145</sup> En dichas actas se leen los siguientes apartes: “La cuarta tesis, adoptada por el Código Civil italiano, sostiene que el contrato se perfecciona en el momento en que el proponente tiene conocimiento de la aceptación. Creemos preferible la anterior, ya que una vez que el proponente recibe la aceptación está en capacidad de informarse del contenido de la respuesta y si no lo hace no debe sujetarse el perfeccionamiento del contrato a una demora respecto de la cual es totalmente ajeno el destinatario” (folio 88 de la Exposición de Motivos). “Siguiendo las huellas de las legislaciones más modernas, entre las cuales debe destacarse el Código italiano de 1942, la comisión ha considerado conveniente establecer reglas sobre la cesión del contrato” (folio 88 de la Exposición de Motivos). Al discutir el tema de las teorías de emisión o recepción de la oferta se sostuvo: “Ninguno de los sistemas facilita la prueba que tiene que presentarse por quien alegue una determinada circunstancia que lo favorece. Trae a cuento el artículo 1326 del Código Civil italiano que acoge la tesis del conocimiento” (folio 2, acta N° 37 del Comité para la Revisión del Código de Comercio).

<sup>146</sup> *La cultura jurídica durante el fascismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2840/6.pdf>

principios, especialmente, el de la buena fe contractual. Sin embargo, en estos temas la puja fue ganada por una tendencia voluntarista; como lo sostuvo Scognamiglio: “más allá de las de las contradictorias ideologías de fondo, tanto el codificador de 1942, cuanto la Constitución de 1948, reconocen sustancialmente el papel central de la autonomía”<sup>147</sup>.

Ahora bien, algunas de estas posturas voluntaristas tuvieron acogida dentro de nuestra legislación mercantil. De lo anterior da fe el hecho de que la autonomía de la voluntad se convirtiera, por un lado, en la segunda fuente del derecho mercantil colombiano según lo consagra el artículo 4 C.Co., y, por otro, que sea la espina dorsal de esa rama del derecho, tal como se sostuvo en las comisiones de estudio para la adopción del Código cuando se afirmó que “el principio general de la autonomía de la voluntad [...] es patrimonio y espina dorsal de todo Código de Comercio”<sup>148</sup>.

Ahora bien, ¿qué relación existe entre la regla consagrada en la primera parte del artículo 847 C.Co. y las posturas voluntaristas que influenciaron la adopción del Código? La relación está dada por el hecho de que la regla contenida en el citado artículo está profundamente influenciada por una postura voluntarista en virtud de la cual el oferente puede sustraerse de las prestaciones anunciadas públicamente, en tanto que no son vinculantes. Sin embargo, ello resulta abiertamente inconsistente con la estructura de nuestro sistema jurídico y con las exigencias de transparencia y lealtad que demanda el principio de la buena fe que, aunque otrora relativizado, hoy advierte su verdadera extensión en el entero eje de la contratación privada, en particular, en aquellas relaciones jurídicas merecedoras de especial protección.

Una segunda consideración que refuerza el planteamiento hecho anteriormente es la de que la regla consagrada en el artículo 847 C.Co. se concibió respecto de la dinámica de un mercado sustancialmente diferente del actual, en el que la publicidad, la contratación por adhesión o bajo condiciones negociales generales, los métodos de venta no tradicionales y la contratación a distancia (venta por correo, catálogos o vía correo electrónico) eran prácticamente impensables.

El anterior aserto se sustenta en que la lectura de la exposición de motivos del actual estatuto mercantil enseña que el texto del citado artículo es una transcripción casi idéntica de la disposición que existía antes de 1971, esto es, la recogida en los códigos de Comercio Terrestre y Marítimo adoptados en la Ley 57 de 1887. En efecto, la comisión sostuvo:

---

<sup>147</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. El negocio jurídico: aspectos generales. En: AA VV Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Lima: Ara Ediciones, 2001. 147.

<sup>148</sup> Folio 3 del acta 39 del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio.

El artículo 256<sup>149</sup> varía el artículo 192 del Código vigente. Si bien conserva el principio según el cual las ofertas de mercaderías con indicación del precio, dirigidas a personas indeterminadas, contenidas en circulares, prospectos, o cualquier otra especie de propaganda escrita impresa, no serán obligatorias para el que las haga, sí varía la redacción del citado artículo del Código de Comercio, ya que allí en forma defectuosa se habla de ofertas indeterminadas, siendo así que lo determinado nunca puede ser la oferta sino la persona a quien se dirige<sup>150</sup>.

Entonces, el artículo 847 C.Co. contiene una regla que data del siglo XIX que resulta claramente insostenible en atención a las nuevas dinámicas del mercado y a la necesidad de proteger intensamente los intereses de los consumidores –que, como se planteó, han visto seriamente disminuida su autonomía negocial–; además de que esta protección ha resultado desde siempre una exigencia propia del principio de buena fe que impone en todo caso la preservación de la lealtad que se deben las partes, lo que implica la necesidad de una reinterpretación de dicho artículo a la luz del principio de la buena fe, concretamente, en aplicación de su regla del deber de información y de su función de integración contractual, en el sentido de que también en el derecho comercial en general, y no solo en el ámbito del consumo, resultan vinculantes las declaraciones publicitarias, tal como ha quedado presentado en este escrito.

## 11. Las nuevas reglas de ofertas publicitarias del Estatuto del Consumidor.

El Estatuto del Consumidor utiliza como sinónimos los conceptos de promoción y oferta, esta última en su acepción de “puesta a la venta de un producto rebajado de precio”<sup>151</sup>. En efecto, en el numeral 10 del artículo 5 se definen las promociones y ofertas como el “ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor”. Igualmente, el artículo 33 consagra que “los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley”.

Resulta evidente que en los mencionados textos legales el legislador no está definiendo el concepto de oferta en su acepción más amplia, esto es, como “propuesta para contratar”<sup>152</sup>,

---

<sup>149</sup> Si bien es cierto que en las actas de exposición de motivos al artículo de la oferta de mercaderías se le asignó el número 256, finalmente quedó numerado con el 847 del Código de Comercio actual.

<sup>150</sup> Folio 84 de la exposición de motivos del actual Código de Comercio.

<sup>151</sup> Esta definición hace referencia a la cuarta acepción del término “oferta” contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, cit.

<sup>152</sup> Esta definición hace referencia a la tercera acepción del término “oferta” contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, cit.

sino que se limita a definir aquellos ofrecimientos favorables, gratuitos o con incentivos para el consumidor, es decir, “ofertas promocionales”<sup>153</sup>.

En materia de ofertas promocionales la norma dispone varias reglas. En primer término, dice que las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informados al consumidor en la publicidad. En el evento de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. Ahora bien, la omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios y con la misma intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.

Como se ve, el alcance de la obligatoriedad de las ofertas publicitarias solo es contemplado por el Estatuto en materia de “ofertas promocionales”. Sin embargo, consideramos que tales condiciones constituyen un parámetro de aplicación *analógica* respecto de las ofertas no promocionales, convirtiéndose, a nuestro juicio, en reglas igualmente aplicables para la oferta no promocional.

Lo anterior se refuerza con los siguientes preceptos legales de los que se desprende que, al ser la publicidad una *forma idónea* para comunicar públicamente una oferta, debe resultar vinculante para el oferente:

- El numeral 12 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor que define la publicidad como toda “forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”.
- El artículo 29 *ibídem* que dispone que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”.
- El artículo 30 *ibídem* relativo a la responsabilidad por publicidad engañosa, que dispone que “en los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”.

---

<sup>153</sup> Al respecto, ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio que “la promoción es toda actividad encaminada a dar a conocer un producto e incentivar su adquisición; los términos de oferta, rebaja y gratis son expresiones promocionales, referidas las dos últimas de manera exclusiva al ofrecimiento de los productos por un precio inferior al habitual, siendo este una de las modalidades de la oferta, pero no la única”: Concepto SIC 05016911 de 2005. En este mismo sentido es definida la propaganda comercial con incentivos en el título II, capítulo segundo, numeral 2.1.2.1 de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- El artículo 33 *ibídem* que reitera el concepto general de obligatoriedad respecto de las ofertas promocionales: “Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley”.

Bajo este panorama, cabe resaltar que la obligatoriedad de las ofertas publicitarias en el ámbito del derecho del consumidor constituye una medida de protección al consumidor en cuanto mecanismo de protección a la confianza depositada por estos en el mercado, la cual no puede ser defraudada so pretexto de la no vinculatoriedad de las ofertas realizadas a “personas indeterminadas”. En otras palabras, restar relevancia obligacional a las ofertas públicas indeterminadas sería coadyuvar a que la asimetría informativa entre profesionales y consumidores fuere mayor, a la vez que se haría perder confianza de los agentes económicos en el mercado<sup>154</sup>.

Pese a que las anteriores reflexiones han girado en torno a la integración de la publicidad en el contrato con consumidores y a las ofertas publicitarias dirigidas a consumidores, se pretende dejar abonado el terreno para que finalmente se comprenda que la regla de vinculación de la publicidad al contenido del contrato y la vinculatoriedad de las ofertas públicas dirigidas a personas indeterminadas deben ser aplicadas igualmente, como siempre lo ha exigido la buena fe, a todo tipo de relaciones negociales, dado que las razones que las sustentan son predicables de la totalidad de las relaciones comerciales, especialmente las *asimétricas*, y no solo de aquellas que se surten en el marco del contrato con el consumidor.

Esta última afirmación es acorde con las más modernas tendencias normativas en materia de regulación de contratos asimétricos, en donde alguno de los remedios contractuales que tradicionalmente han tenido como destinatario exclusivo al contrato con el consumidor se han extendido a todos aquellos contratos que se hayan celebrado en condiciones asimétricas, con independencia de que se trate de un contrato con consumidores. En otras palabras, los ordenamientos jurídicos más atentos a las nuevas realidades “se concentran cada vez más en los contratos asimétricos en lugar de hacerlo en los contratos con el consumidor”<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Muchas legislaciones reconocen fuerza vinculante a las ofertas publicitarias: ver artículo 8° de la Ley argentina 24.240 de Defensa del Consumidor; artículo 61 TRLGDCU; artículo 30 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil; artículo 46 del Código de Defensa al Consumidor de Perú; numeral 4 del artículo 1° de la Ley chilena 19.955 de protección al consumidor.

<sup>155</sup> BIGLIAZZI-GERI, Lina. *Commentario al capo xiv bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, art. 1469 bis-1496 *sexies*, Padova: Cedam, p. 81.

### **Conclusiones.**

El tratamiento normativo del contrato con el consumidor ha generado la necesidad de revisar la regulación del contrato común recogida en los códigos civiles de tradición romano germánica, a fin de determinar si los remedios que se plantean a nivel general permiten compensar adecuadamente las asimetrías propias del contrato con el consumidor.

En estos remedios el principio de la buena fe ha jugado un papel determinante ya que mediante sus funciones y reglas establece deberes en pos de la justicia contractual. En cuanto a las reglas, la buena fe establece estrictos deberes de información en cabeza de los empresarios con la intención de que el consumidor conozca la información determinante para tomar una decisión reflexiva, informada y efectiva en torno a la conveniencia del contrato, y para que de esta manera se logre compensar la asimetría informativa presente en la relación. En cuanto a las funciones, la *integración del contenido del contrato* resulta de especial trascendencia en la normativa del consumo, en especial por la estrecha relación que se crea entre la función integrativa y el tratamiento de la publicidad.

Así, la relación está dada por el hecho de que, vía integración del contrato, se vinculan al mismo todas aquellas aseguraciones específicas de las cualidades de los productos o alabanzas genéricas que pueden inducir a error al consumidor, realizadas por el empresario mediante formas publicitarias, pese a que no hubiesen quedado acordadas expresamente en el clausulado del contrato, e incluso cuando le sean contrarias, siempre y cuando redunden en un mayor beneficio del consumidor. Esto hace que se otorguen verdaderos efectos contractuales a la información transmitida mediante actos publicitarios, más allá de la concepción de acto de mercadeo que la misma ha tenido tradicionalmente.

De otra parte, la regulación que el Estatuto del Consumir hace de las formas publicitarias ha conducido a replantear el tema de las ofertas públicas realizadas a personas indeterminadas mediante publicidad escrita consagradas en el Código de Comercio, especialmente aquella estipulada en el artículo 847, en la medida en que pone de relieve su contrariedad con el principio de buena fe, puesto que para el Código la referenciada oferta no tiene efectos vinculantes para el oferente pese a haber sido comunicada mediante formas publicitarias. En efecto, esta regla de no vinculatoriedad es insostenible en la dinámica actual del mercado ya que deja en estado de indefensión los intereses del mismo mercado y, a la postre, del consumidor como su más importante agente.

De manera que el Estatuto del Consumidor, que desarrolla una función propia del principio de la buen fe, modifica el alcance de la regla de no vinculatoriedad de la oferta pública dirigida a personas indeterminadas, en el sentido de que obliga a que dichas ofertas se sometan a un estricto cumplimiento de deberes de información, habida cuenta de que serán

(Rev. e-mercatoria)

plenamente vinculantes para el empresario oferente; con ello alerta al intérprete del estatuto mercantil respecto de que la coherencia del sistema jurídico no admitiría una interpretación del Código de Comercio que, desafiando los deberes de lealtad que impone la buena fe, permita que las declaraciones publicitarias, emitidas o no dentro del ámbito del consumo, puedan realizarse sin sujeción a las consecuencias de la responsabilidad por su contenido; en efecto, no se observa razón alguna por la que la lealtad no deba ser preservada en todas las relaciones negociales y, por el contrario, aparece evidente que la transgresión al principio de buena fe no puede tolerarse so pretexto de que no se está frente a un contrato con el consumidor, cuando justamente la obligación de integrar el contenido de las obligaciones contractuales con las declaraciones publicitarias es apenas una aplicación de la regla general del deber de lealtad que de manera general se extiende a todo tipo de relaciones dentro de nuestro ordenamiento.