

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.



Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Jaime Esteban Gómez Serna

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesor

Carlos Andrés Gómez García, Magíster (Mg) en Bioética y Bio-derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2024

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquier otra universidad.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Dedicatoria

A todo aquel que dibuje una guillotina con el lápiz del comercio, como acto político en contra de la monarquía. Espero le sea de utilidad para defenderse en el intrincado mundo de la competencia.

Jaime E. Gómez Serna

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Agradecimientos

A mis padres y a todos aquellos con los que he tenido momentos felices.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Tabla de contenido

Resumen6

Resumo.....7

Abstract8

Introducción9

La legislación publicitaria en Colombia.....10

Publicidad engañosa, publicidad encubierta y publicidad comparativa.....16

Otras conductas publicitarias.....22

Referencias40

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Resumen

En nuestro país contamos con una legislación que enmarca la publicidad engañosa, en ella tenemos normas autorregulatorias, legales, constitucionales y supranacionales que se encargan de controlar este fenómeno de alta incidencia en los mercados y por tal en los consumidores.

Generalmente se le suele dar un entendimiento restrictivo al concepto de publicidad engañosa, situación que en este trabajo estimamos innecesaria primando para nosotros la practicidad de realizar un enlistado conjunto de este fenómeno y de sus similares, por ello les traigo el presente.

Esto mediante la recopilación de información documental consignada en archivos doctrinales que nos permitan abarcar con amplitud fenómenos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Logrando con ello un listado capaz de aproximar al tema a quienes desconocen de esta legislación.

Palabras clave: Publicidad engañosa, Publicidad, Marca Registrada, Legislación cultural, Supranacionalidad.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Resumo

Hasta que el trabajo no este terminado no me encargaré de la traducción del texto.

No nosso país (Colombia) temos legislação que enquadra a publicidade enganosa, nela temos normas autorregulatórias, legais, constitucionais e supranacionais que são responsáveis por controlar este fenómeno de elevada incidência nos mercados e portanto nos consumidores. Em geral, dá-se um entendimento restritivo ao conceito de publicidade enganosa, situação que neste trabalho consideramos desnecessária, priorizando a praticidade de fazer uma lista conjunta deste fenómeno e seus similares, por isso trazemos a você o presente.

Isto é feito através da compilação de informações documentais registradas em documentos doutrinários que nos permitem abranger de forma ampla os fenómenos proibidos pelo ordenamento jurídico. Conseguindo assim uma lista capaz de aproximar o assunto para quem desconhece esta legislação.

Palavras-chave: Publicidade enganosa, Publicidade, Marca, Legislação cultural, Supranacionalidade.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Abstract

We have in our country (Colombia) legislation that frames misleading advertising, on it we have self-regulatory, legal, constitutional and supranational norms that are responsible for controlling this phenomenon of high incidence in the markets and therefore in consumers. In general, a restrictive understanding is given to the concept of misleading advertising, a situation that in this work we consider unnecessary, giving priority to the practicality of making a joint list of this phenomenon and its similar ones, which is why we bring you the present.

This is done through the compilation of documentary information recorded in doctrinal documents that allow us to broadly cover phenomena prohibited by the legal system. Thus achieving a list that brings the subject, closer to those who are unaware of this legislation.

Keywords: Misleading advertising, Advertising, Trademark, Cultural legislation, Supranationality.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

INTRODUCCIÓN

Ya que en el campo publicitario se encuentra una de las dependencias más importante de las empresas, la encargada de atraer a los nuevos clientes y de conservar a los viejos comunicando situaciones, hechos, logros, etcétera, es fundamental reflexionar alrededor de los fenómenos legales que en este campo se aplican. Las personas que tienen ese deber de convencer al público sobre la ejecución de las compras se encuentran en una situación de particular libertad de expresión y comunicación que bien manejada les puede permitir gran adaptabilidad, importante habilidad en nuestro tan cambiante entorno.

En un contexto en que existen países fábricas, que producen en masa toda clase de productos, es trascendental en los encargados de lograr el cierre de las ventas un buen manejo y profesionalismo pues para lograr sustentabilidad económica, no solo importa quien sabe hacer, si no trascendentalmente quien sabe vender.

Para que la libertad de expresión y comunicación sea óptimamente utilizada y con ella se logre un mayor bienestar social, es necesario afrontar las desigualdades educativas; que las personas no conozcan los límites degenera, en falta de prudencia por los unos y en exceso (irracional) de aquella por los otros. Ambas situaciones ineficientes son, la primera por que con ella causan un detrimento a otros actores del mercado y la segunda porque se deja de comerciar por miedo a no ser moralmente correcto.

Nos encontramos con que las profesiones que en Colombia están asociadas al diseño no tienen tarjeta profesional, por ello es un campo laboral muy fluido en el que es normal baches por falta de conocimiento, aquí generamos una nueva forma de recopilar, analizar y aplicar las

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

conductas publicitarias dañinas, facilitando su estudio, para suplir este aspecto durante el ejercicio de la profesión publicitaria.

Hay variedad de conductas publicitarias que generan falta de claridad y falta de identidad que podrían conllevar al engaño o confusión produciendo un desequilibrio económico al abrir la brecha para que personas inescrupulosas usen o se aprovechen de los usuarios o de los competidores. La publicidad engañosa no sólo proviene de las fuentes tradicionalmente indexadas, realmente sus manifestaciones pueden alcanzar otros campos del derecho publicitario y autoral. Lo anterior genera como consecuencia la necesidad de que se estudien como parámetros cercanos estos fenómenos que adjudican consecuencias análogas. Un panorama amplio permite actuar, al discernir cuándo efectivamente se está en un caso de publicidad restringida o no.

La clasificación restrictiva que se le suele dar al concepto de publicidad engañosa impide realizar un enlistado conjunto de ese fenómeno y sus similares, aquel que es trascendental para facilitar el estudio de la legislación publicitaria ya que al llevarla a la práctica los actores requieren fundamentalmente conocer qué tipo de conductas no pueden realizar.

Capítulo 1

LA LEGISLACIÓN PUBLICITARIA EN COLOMBIA

En Colombia contamos con un importante acervo legal alrededor de la actividad publicitaria, con éste se controla que dicha actividad se realice de buena manera mediante un

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

sistema organizado y eficiente. Para poderlo entender primero es necesario conocer que es la publicidad, la RAE la define:

“3. f. Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.” (Real Academia Española, 2018). En el ámbito jurídico hay varios tipos de publicidad, la que nos atañe en este trabajo no puede ser confundida con el “principio de publicidad” que es la posibilidad de conocer los actos procesales que tienen todas las personas (Enciclopedia jurídica, 2020).

Al consultar la legislación se encuentra que nos trae la definición de publicidad: “Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo” (Ley 1480, 2011) en su artículo 5 numeral 12, con esto se resalta de esta definición las “decisiones de consumo”, es la publicidad como comunicación, una forma de incitar a adquirir los productos o servicios, describirlos, ofertarlos, e incluso una propuesta para contratar.

Para poder comprender a profundidad que es la publicidad hay que volver a la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) siendo particularmente importante el numeral 3 del artículo 5: **“Consumidor o usuario:** Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.”. Es claro que una decisión de consumo es aquella tendiente a adquirir un bien o un servicio para satisfacer una necesidad final privada doméstica o empresarial siempre y cuando no tenga que ver con la actividad económica principal de la empresa en cuestión. Con esto queda enmarcado lo que es una publicidad en los términos legales en Colombia.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

El estatuto del consumidor entiende que el consumidor requiere una defensa especial como consecuencia de su indefensión en medio de la competencia que por él tienen, por eso le atribuye en el artículo 3 numeral 1.3 “Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.” Y en el 1.4. “Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.” (Ley 1480, 2011), con ello no sólo protege al consumidor si no también a otras partes débiles como pueden ser otros productores u oferentes de bienes.

“Así las cosas, resulta oportuno recordar que el Estatuto tiene como principios, entre otros: i) El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas y ii) La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.” (SIC Delegatura para la protección del consumidor , 2020)

Es el estatuto del consumidor quien está llamado en una primera instancia a prevalecer en la aplicación de la ley, dejando con limitaciones sustanciales en este campo al Código de Comercio y al Código Civil. Por ejemplo, el Código de Comercio en su artículo 847 dice: “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.” (Presidencia, 1971) . Texto que genera incongruencia con lo dicho por el estatuto del consumidor, que es el que prevalece, en el que la oferta realizada a

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

persona no determinada si obliga, a pesar de interpretaciones que desproveen irracionalmente de responsabilidad en medio de la realidad comercial de esta época. (Vargas, 2021).

La publicidad como comunicación interesada en influir en las decisiones de consumo, es parte relevante en el desarrollo de la actividad económica protegida, desde la constitución política en su Art 333: “ La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación” (Judicatura, 2015).

La publicidad tiene fuerza vinculante, tal cual se dice en el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, que indica: “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad” (Ley1480, 2011), por ello lo promocionado es obligatorio y se debe cumplir lo prometido so pena de sanción.

Es importante conocer que el consumidor es entendido como un sujeto débil y se debe tener un especial cuidado al realizar la publicidad para no realizar actos con los que se pueda perjudicar a estos. Muy especialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, asunto regulado en el Decreto 975 de 2014, el cual conserva el espíritu del estatuto del consumidor “lo

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

que respecta al deber de información, el decreto no presenta novedades, ni agregados adicionales, en relación a la forma como debe suministrarse la información a los anteriormente mencionados, lo que hace el legislador es una reproducción exacta de lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto del consumidor” (Fernández, 2015), claramente al interpretar acciones alrededor de menores se tiene una especial rigurosidad, sobre todo en aspectos como violencia, acoso o discriminación, por el menor alcance mental logrado por los menores.

El acervo legal que tiene Colombia alrededor de la actividad publicitaria logra su eficiencia regulando desde varios ámbitos, buscando la protección del equilibrio del mercado del que es actor fundamental, estos ámbitos son:

“las normas contra la competencia desleal, el régimen de prácticas restrictivas de la competencia, protección al consumidor, e incluso normas impuestas por el mismo sector publicitario, como son las normas de autorregulación publicitaria.” (...) “existen otros regímenes que tienen incidencia sobre la actividad publicitaria, tales como el derecho penal, la propiedad industrial y el derecho de autor” (Bustillo, 2010) y es imprescindible la costumbre mercantil.

Uno de los esquemas normativos que más suele llamar la atención por su genialidad de apariencia utópica es el campo de la autorregulación publicitaria, de lo cual se puede anotar:

Autorregulación publicitaria:

Las sociedades logran por estos sistemas mantener una publicidad clara, veraz y responsable. Así buscan definir estándares éticos altos que sean adoptados por el sector para proteger mas eficientemente al consumidor con su aplicación. Se fundamenta en que regular es

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

muy complejo, porque este conocimiento cambia muy rápido, es excesivamente complejo, o es muy técnico. (Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia, 2018)

Buscando la eficiencia el “24 de octubre de 1980 fue promulgado por primera vez en Colombia un Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. En 1998 fue sustituido por otro” (Ramírez, 2004). La tercera versión llegó en el año 2018 la cual no estuvo exenta de críticas por parte de la UCEP la cual le envía una carta a la ANDA con una crítica tajante:

“son en especial dos previsiones del sistema que ha conciliado ANDA y ANDI, las que no se encuentran acordes con esa transparencia en aras de la protección del consumidor:

- a. La exigencia de que el consumidor acceda al sistema únicamente a través de organizaciones de consumidores lo que le resta autonomía al individuo y fuerza a la nueva institución y,
- b. La no publicación de las decisiones de la instancia ética, salvo que se cumplan condiciones que hacen prácticamente nugatoria la publicación o extienden en demasía los términos para que el consumidor en general pueda conocer si un anunciante está siendo ético con su comunicación comercial.”

Respecto a la responsabilidad en Colombia:

Es mucho lo que se puede decir al respecto, para mantenerlo simple el medio de comunicación puede responder si se comprueba que no tomó las medidas para evitar que se

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

generan ciertos daños, “El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave” (Ley1480, 2011). Con esto se genera una buena protección sobre el consumidor.

Capítulo 2

Listado tradicional sobre publicidad engañosa, encubierta y comparativa

Publicidad engañosa

La publicidad engañosa según el estatuto del consumidor es “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.” (Ley1480, 2011)

En esta sección se enlistarán desde la Publicidad engañosa los actos de engaño, explotación de reputación ajena, confusión, inducción a error y comparación.

La circular única de la Superintendencia de Industria y comercio trata muy especialmente la publicidad engañosa trayendo 6 criterios para identificar la publicidad engañosa que se enumeran continuación:

1. “Se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001). Generando falta de entendimiento en el usuario.
2. “Cuando la información indispensable para el adecuado manejo, mantenimiento, forma de

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

empleo, uso del bien y/o servicio, así como precauciones sobre posibles riesgos, no esté en idioma castellano.

Cuando un Reglamento Técnico establezca la obligación de dar información a los consumidores, ésta deberá venir en su integridad en idioma castellano.

Se considera que la información es suficiente cuando sea representada por símbolos reconocidos internacionalmente y/o con palabras que por costumbre son plenamente reconocidas por los consumidores en cuanto su significado o aplicación.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001) Impidiendo la comprensión del usuario.

3. “Se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo de manera que éste no pueda advertirlo fácilmente, como cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio, entre otros.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001) Generando con ello una disminución en términos reales del incentivo y es de difícil comprensión por el usuario.

4. “La información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001). Es una forma grave de falta de información, que cambia criterios esenciales del negocio, ello debe aparecer de forma expresa o en subsidio con remisión expresa a otro sitio,

5. “Se ofrecen productos o incentivos con deficiencias o imperfectos, usados, remanufacturados, remodelados o reconstruidos, próximos a vencerse y de colecciones o modelos

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

anteriores sin indicar tales circunstancias de manera clara y precisa en la propaganda comercial” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001) Situación fundamental para nuestra sociedad de consumo.

6. “Se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos cuando la entrega de los mismos está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001) Con lo que resulta que no terminan siendo completamente gratuitos.

Lo anterior desde la perspectiva de la ley, además en el ámbito doctrinal hay una clara clasificación que media empezamos por el acto más comúnmente enunciado al clasificar publicidad engañosa, que es el acto de engaño

Actos de engaño

Esta forma de publicidad se fundamenta en la incorrecta descripción de la realidad del producto o servicio mediante “actos que buscan atraer al consumidor valiéndose de información sobre las características del producto o servicio, que no corresponde con la realidad.” (Bustillo, 2010). Esto puede ser por la promoción de características que no se posee o por otras formas de tergiversación de la realidad, estas se suelen dar por medio de acciones específicas que suelen confundir con su aplicación a una persona o a una colectividad. Ello compartiendo información engañosa o directamente falsa, omitiendo información importante en la semiología o en el análisis contextual, muchas veces de la mano de lo anterior viene la exageración de beneficios aunque también puede ser una causa en si misma, de especial cuidado es la manipulación de

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

testigos por lo que en algunos casos coyunturales puede ser racional un trato especial y de por si otras formas de manipulación intencional tales como la omisión de las condiciones u otros actos de engaño.

Explotación de la reputación ajena

Es tratado de múltiples formas pudiendo caer en ambigüedad, he aquí una definición que no complejiza de más el asunto: “la explotación o aprovechamiento de la reputación ajena se puede dar por medio de actos de apropiación, por ostentación de méritos, o por medio de actos de denigración.” (Bustillo, 2010).

Actos de confusión

Los actos de engaño suelen generar inducción a error, esta su vez en algunos casos puede generar actos de confusión. Un acto de confusión pue de estar determinante por cualquier acción que como muy bien lo dice su nombre puede confundir al consumidor sobre cualquier característica del producto o servicio. Puede manifestarse de muchas formas quedando a discreción de quien lo analiza.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Publicidad comparativa

Antes de empezar es importante resaltar que en el presente texto lo relativo a la publicidad comparativa como medio de ejercicio de la publicidad engañosa, se encuentra dividido en dos capítulos apartados. Esto porque la gran amplitud del tema que lo lleva tener secciones sin consenso sobre si es en toda su amplitud objeto de esta naturaleza, siendo así encontrará usted en el artículo 3.9.4 el complemento a lo aquí comentado.

La publicidad comparativa, se puede realizar de muchas formas, en esencia constituye cualquier forma en la que se compara a los competidores, productos o servicios. En algunos casos está permitida por la ley, cuando no atenta contra las buenas costumbres, pero su degeneración a publicidad desleal es muy posible por la delgada línea que separa a ambos tipos. De ahí su particular importancia a conocerla a profundidad. La superintendencia de industria y comercio enuncia en su página web respecto a la publicidad comercial comparativa:

“Se entiende por propaganda comercial comparativa aquella en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor de forma que se realice una confrontación entre la actividad, las prestaciones mercantiles, servicios o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero.” (S.I.C., s.f.)

Ello es la presentación de factores análogos que ambos productos o servicios tienen para confrontar las prestaciones del uno con la del otro.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

La circular única especifica que “La comparación o confrontación no podrá referirse a extremos que no sean análogos, ni comprobables, ni utilizar indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omitir las verdaderas.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001) Esto porque la lógica de la comparación es que se evidencie con simpleza la realidad. La ley de competencia desleal redondea el tema en su artículo 13, especificando que no se puede omitir asuntos que sean importantes para la comparación. (Congreso C. , 1996)

Publicidad con inducción a error

La inducción a error como bien lo da a entender su nombre, es una causa que se suele mediar por los anteriormente enumerados, teniendo como consecuencia el engaño, así puede abarcar varios de los anteriormente enumerados pues con ellos se puede tener como causa esta inducción. Para no inducir a error en la publicidad comercial se debe evitar proporcionar menos información de la necesaria para el caso particular, en caso de publicidad con incentivos se debe prever el posible agotamiento productos, entre muchas otras conductas previsivas.

Existen varias formas de inducción a error, la circular única menciona dos específicas:

“Sin perjuicio de la facultad que existe para señalar libremente el precio de los productos y servicios no sometidos a régimen de control, se entenderá que se induce a error cuando:

- i. Simultáneamente con el ofrecimiento del incentivo y hasta seis meses después del retiro del ofrecimiento de éstos se aumenta el precio del bien o servicio, o ii. Se ofrecen

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

incentivos dentro del mes siguiente al aumento del precio del bien o servicio cuya adquisición se promociona.” (Superintendencia de industria y Comercio, 2001)

Cabe aclarar que estos son meramente enunciativos y lo relevante es tener clara la definición para analizar caso a caso.

Capítulo 3

Otras conductas publicitarias

3.1 Usurpación marcaría

La usurpación marcaría consiste, en un robo de un bien que vive en el mundo de las ideas, este bien es una representación hecha para identificarse de otros productos o servicios, diferenciación que le permite al público escoger. En estos casos se incumple una de las características esenciales de las marcas, la veracidad “debe ser clara en su expresión, a fin de no producir engaños de forma directa o indirectamente al consumidor. Esto quiere decir que la marca cumpla su función distintiva de forma efectiva, por cuanto llegará al conocimiento del público” (Romero, 2019). Usurpación que se configura mediante la ruptura en la exclusividad de uso con la finalidad de engañar.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

La problemática en la usurpación marcaria es amplia, por un lado, el consumidor se ve afectado cuando una marca resulta suplantada, el cree comprarle a un proveedor que le supe un bien con ciertas características mientras que consigue uno potencialmente diferente. Por el otro lado quien se esforzó para forjar buen nombre encuentra un descredito hacia su trabajo y por ello una disminución de sus ingresos. Siendo así ambos tienen derecho a que se les reconozcan los daños y perjuicios.

En el artículo 154 de la Decisión 486 la Comunidad Andina de Naciones limita el alcance de una marca así, “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente” (CAN, Decision 486 Régimen común sobre propiedad industrial, 2000), quedando desde esta arista la posibilidad de protección. El derecho al uso exclusivo significa que el titular de la marca está en la libertad de disponer de ella, tanto para promocionarla como para evitar que otros hagan divulgación haciéndose pasar por ella, de igual forma puede evitar que los demás realicen un lucro sobre su marca.

El objeto de la acción por infracción marcaria “es precautelar los derechos de propiedad industrial y, en consecuencia, obtener de la autoridad nacional competente un pronunciamiento en este sentido” (Romero, 2019), realizando con esto la defensa de las importantes facultades derivadas del derecho de uso exclusivo que se obtienen con el registro de una marca, tal como nos lo dice:

“En este sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Proceso 129-IP_2013 referente a Infracción de Derechos de Propiedad Industrial de la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A., contra Inversiones y Representaciones Jugos Cítricos Oasis Ltda.,

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

trae a colación jurisprudencia de ese mismo tribunal al referirse a las facultades que confiere el registro de la marca, y reza:

(...)

La doctrina señala tres facultades específicas de que dispone el titular de una marca, que se derivan del derecho exclusivo:

La facultad de aplicar la marca al producto, que puede ejercerla sobre el mismo producto, o sobre su envase o envoltorio; y además se le faculta para interponer acciones a fin de impedir que esas mismas acciones o hechos puedan realizarse o ejecutarse por terceros sobre productos similares que ostentan signos iguales o semejantes a los suyos.

Una segunda facultad, entraña la capacidad de comerciar esos productos o servicios con identificación de su marca. En la faceta negativa, esa facultad se traduce en la prohibición que puede lograr el titular para que terceros vendan productos o suministren servicios, bajo el amparo de un signo igual o similar.

La tercera facultad hace referencia al campo publicitario, en el que el titular puede utilizar la marca en avisos publicitarios, impidiendo que terceros lo realicen con esa misma marca” (Tribunal de Justicia de la comunidad andina, 2019)

Así queda claro que el propietario de la marca tiene amplias facultades sobre esta, de uso, distribución, exclusión entre otras. Es justo el derecho de exclusión el violentado en una usurpación marcaria para el cual es importante realizar acciones legales tendientes a la protección, configurando el registro en alguno de los países miembros de esta entidad supra territorial con esto se adquiere el derecho de actuar contra quienes se aprovechen ilegalmente de este objeto de protección.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Prohibir que terceros usen la marca con cualquier fin comercial, entre ellos muy especialmente la faceta publicitaria y oponerse al registro de signos que referencien la marca y/o generen confusión.

En la infracción marcaria no es raro que el daño se empiece a materializar de forma inmediata, por lo cual es necesario una rápida reacción siendo así en el proceso se pueden decretar medidas cautelares, de ello podrá encontrar más información en la Decisión 486 de 2000 en el artículo 246.

3.2 Usurpación de nombre comercial

El derecho no puede ir en contravía del contexto, por entiende la importancia de los nombres comerciales dando que “la realidad sugiere que los nombres comerciales y las enseñas pueden adquirir la misma entidad de las marcas, si se verifica su uso y vinculación; así las cosas, los problemas en la verificación del registro marcario se dan de la misma manera entre los exámenes de marcas, enseñas y nombres comerciales.” (Suárez, 2010), conforme a ello se han expresado multiples autores, incluso alrededor de ese aspecto la legislacion de la Comunidad Andina de Naciones en en sus decision 486 del 2000 genera proteccion:

“Artículo 191.- El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa.

Artículo 192.- El titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios. En el caso de nombres comerciales notoriamente conocidos, cuando asimismo pudiera causarle un daño económico o comercial injusto, o implicara un aprovechamiento injusto del prestigio del nombre o de la empresa del titular. Será aplicable al nombre comercial lo dispuesto en los artículos 155, 156, 157 y 158 en cuanto corresponda.

Artículo 193.- Conforme a la legislación interna de cada País Miembro, el titular de un nombre comercial podrá registrarlo o depositarlo ante la oficina nacional competente. El registro o depósito tendrá carácter declarativo. El derecho a su uso exclusivo solamente se adquirirá en los términos previstos en el artículo 191.” (CAN, Decision 486 Régimen común sobre propiedad industrial, 2000)

Dando con esto lugar a cierta equivalencia de protección entre marca y nombre comercial, saltando la barrera del registro que impone la protección marcaría.

3.3 Algunas formas de coexistencia de registros marcarios similares

La Comunidad Andina de Naciones cuenta con un sistema de control de marcas que permite la exclusividad en el control de las marcas y la diferenciación entre las existentes, actualmente se “ha suscitado un especial interés la posibilidad de que, mediante acuerdos o declaraciones de coexistencia, sean los particulares los que aseguren que sus signos cumplen las condiciones para obtener registros simultáneos” (López-Castro, 2011) situación que aunque puede ser positiva se puede salir de control con facilidad, pues se dispone información de particular relevancia para los consumidores.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Ello lo logran “mediante un acuerdo de coexistencia, los empresarios que usan marcas similares o iguales entre sí controlan el riesgo de utilización de sus respectivos signos en el mercado, estableciendo restricciones mutuas para su uso y explotación” (López-Castro, 2011). En Colombia aún no hay uniformidad legislativa en las decisiones sobre estos acuerdos, tales que algunas veces son aceptados y otras rechazados. Lo que si es claro es que en ellos se debe incorporar mecanismos para evitar la confusión en el consumidor, estos medios de diferenciación suelen nacer desde los diferentes campos de productos o servicios que comercializan los involucrados, listas de productos vedados, limitación a clientes especializados, entre otras formas de evitar esas confusiones.

Al evitar realizar registros marcarios cuando hay un alto grado de confundibilidad bien se busca proteger el derecho de exclusividad del titular de la marca anteriormente registrada y también “se pretende también dejar a salvo el mercado y el derecho de libre escogencia para el consumidor, que sin duda en este caso se vería afectado, al ser expuesto a confusión o error respecto de los productos que adquiere” (SIC D. p., 2004), logrando esos objetivos se evita que con esa práctica se genere publicidad engañosa logrando un buen uso de la autonomía privada en el ejercicio del registro lográndose una buena coexistencia.

3.4 Derecho de imagen

Cuando un científico o un famoso, consiente promocionar un producto da una sensación de seguridad al cliente. Pero al publicitar poniendo una foto de una persona específica de la cual no se tiene autorización, hace que el cliente falsamente crea que aquel puso su nombre en juego,

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

considerando factores como la calidad y la seguridad, sopesando las consecuencias sobre su imagen pública y que tras recibir algún tipo de remuneración acepto ese acto. Ese engaño debe ser indemnizado no solo sobre el cliente si no tambien el ilustrado.

“Se dijo al definir el derecho a la imagen que éste comprende un aspecto positivo y otro negativo. El primero, se entiende como la facultad del titular del derecho a la imagen de obtener, reproducir y publicar la propia imagen, y el segundo, como la facultad de excluir la obtención, reproducción y publicación de la imagen por parte de un tercero que no cuenta con el consentimiento del titular, lo cual en el sentido contrario sería la posibilidad de permitir que terceros obtengan un provecho económico mediante la explotación de la imagen de un sujeto distinto” (Tobar, 2010)

El documento de autorización de uso de imagen con sus correspondientes motivaciones es garantía para evitar este tipo de publicidad engañosa. “La autorización de uso de imagen, es un documento que debe constar por escrito y en el cual se conceden de forma expresa, a título oneroso o gratuito, las facultades que el titular del derecho a la imagen desea transferir a terceros.” (Tobar, 2010)

Es importante tener en cuenta que el derecho de imagen no es transmisible, pero en caso de muerte los herederos pueden velar por los intereses de quien faltase.

Ademas existe derecho de retracto en el derecho a la imagen, con el pago de indemnizaciones y perjuicios tasados según el caso particular de por medio se puede rescindir la transferencia de derechos:

“Artículo 87.- Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 83 de esta Ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios” (Congreso d. l., 1982)

3.5 Publicidad aparentemente no paga

Un contrato de publicidad que se presenta al público como no pago siéndolo, da un mensaje falso sobre su motivación. Por ello la ley busca proteger al consumidor obligando a los influencers a realizar la aclaración sobre la naturaleza de cada una de sus recomendaciones, no basta una simple insinuación, tiene que ser una aclaración clara y directa, incluso si la contraprestación recibida por el medio no es económica. Con esto se evitan confusiones entre las recomendaciones personales y aquellas en las que no media interés económico.

Así lo dice la SIC:

“El anunciante deberá asegurarse de que los anuncios transmitidos por el influenciador sean claramente distinguibles como publicidad; del mismo modo, abstenerse de solicitar al influenciador que oculte la naturaleza publicitaria del mensaje, su identidad como anunciante o que haga lucir como una recomendación espontánea aquellos mensajes cuyo contenido es comercial” (SIC Delegatura para la protección del consumidor , 2020)

Al realizar publicidad con influenciadores es posible que se engañe confundiendo las recomendaciones personales de aquellas pagas, cuestión que distorsiona la percepción del consumidor sobre el móvil de la comunicación, por ello es obligatorio realizar una manifestación

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

expresa del fin publicitario de una pauta, siendo esto así deben incluir expresiones suficientemente dicentes, del estilo:

“publicidad”

“aviso promocionado”

“contenido promocionado”

“contenido publicitario”

“patrocinado”

Para después adicionar el nombre de la marca del anunciante.

“patrocinado por (...)”

“promocionado por (...)”

(SIC Delegatura para la protección del consumidor , 2020)

Este listado nos ejemplifica muy bien la forma como se debe manifestar esta realidad comercial, cabe aclarar que se pueden usar términos similares, pero siempre conservando la claridad, además la manifestación de que es una publicidad se debe realizar en un lugar privilegiado (visible, etc.) que no permita lugar a confusiones:

“Dado que la publicidad y el marketing deben ser claramente identificables como tales, los consumidores deben poder reconocer que están frente a una comunicación comercial en el mismo momento en que ven la publicación, sin que sea necesario tener que interactuar con esta, entrar en algún vínculo o desplazarse hacia abajo en una publicación para descubrir que es publicidad.”

(ANDACOL, Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia, 2020).

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

3.6 Publicidad de productos no publicitables que los hace parecer otro producto

En Colombia no es posible realizar publicidad para todo tipo de productos, hay elementos como el tabaco cuyas restricciones son ampliamente conocidas, pero esto también aplica algunos tipos de medicamentos. Solo se pueden publicitar los de venta libre, tal como nos lo relata la Resolución 1893 de 2023, en el párrafo 1 del artículo 7: “No estarán permitidas promociones encaminadas a incentivar la adquisición de medicamentos cuya condición de venta es bajo fórmula facultativa.” (Ministerio de salud, 2023), siendo así cualquier publicidad sobre medicamentos formulados dirigida al público general es ilegal. Además de que da a entender que el promocionado es de venta libre considerando la gran cantidad de medicamentos existentes y que para las personas del común es complejo identificar los de venta libre de los que no lo son. Por lo que su principal criterio puede ser con facilidad, cual es o no publicitado generando potencial confusión en la compra del medicamento sobre su seguridad y naturaleza.

Además, el estándar de protección es más alto por todo lo que conlleva estar dentro de los productos cuya publicidad se encuentra prohibida y la incidencia que estos factores puede tener dentro de un análisis contextual por parte de un juez.

3.7 Desviación de bases de datos para publicidad

Estas bases de datos no se pueden usar para otros fines distintos al expresamente autorizado por cada usuario. Por ejemplo, si a una persona se le recopila su número de teléfono

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

para una encuesta de satisfacción se espera que solo se dé para ello, usarlo para otros fines, tal como realizar llamadas para publicidad, sería publicidad por medios engañosos.

La Circular Externa 006 de 2022 de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto al tratamiento de datos personales para fines de publicidad, marketing o prospección comercial instruye sobre la necesidad de “Verificar que los datos personales fueron obtenidos lícitamente y que pueden ser usados para fines de publicidad, marketing, prospección comercial o cualquier otra finalidad para la cual desea usarlos” (SIC S. d., 2022). Es clara la relevancia de la autorización previa para cada uso específico y por ello se enfatiza ese aspecto, cabe resaltar que esta autorización es de naturaleza revocable.

3.8 Competencia desleal

Algunos actos de competencia desleal son constitutivos de publicidad engañosa ello considerando que la una puede encuadrar en la otra con suma facilidad, la Ley 256 de 1996 dice:

“se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”

(Congreso C. , 1996)

En el tipo de marca tradicionalmente llamada “Notoria” (goza de una protección más amplia que otras) podemos encontrarnos con realidades en ese sentido que generarían publicidad

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

engañosa por medio de una suplantación de marca así “lesionaría los intereses del propietario de la marca y del público, que se vería inducido en error por el uso de la marca conflictiva para los mismos productos u otros idénticos a aquellos para los cuales está registrada.” (Romero, 2019)

Respecto a acto de confusión la normativa dice que “se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento <sic> ajenos.” (Congreso C. , 1996)

3.8.1 Actos de confusión

Entre los actos de competencia desleal que nos trae la jurisdicción supranacional de la comunidad andina encontramos “cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor” (CAN, Decision 486 Régimen común sobre propiedad industrial, 2000). Con estos se suele hacer creer que los productos o servicios que se ofrecen son los mismos que le ofrece un competidor, estos actos rompen con el principio de veracidad al no haber claridad en la información.

La ley de competencia desleal en su artículo 10 trata este tema así:

“ACTOS DE CONFUSIÓN. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.” (Congreso C. , 1996)

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Se debe ser claro para evita que la publicidad confunda, esto en respeto de la constitución política y su principio de veracidad y claridad de la información.

“Mediante este tipo de actuaciones, un competidor quiere aparentar que sus establecimientos, productos y/o servicios son los mismos que posee un competidor que tiene mayor crédito frente a los clientes.” (GHISAYS, 2012) Puede haber riesgo de asociación con otra marca o directamente confusión directa cuando el consumidor piensa que está adquiriendo otro producto.

3.8.2 Actos de imitación

El artículo 14 de la Ley 256 de 1996 nos trae los principios fundamentales para entender los actos de imitación:

“La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley. No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.” (Congreso C. , 1996)

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Estos se caracterizan de varias formas, por un lado, una sistemática imitación la cual por su minuciosidad lleva a generar confusión, por otro lado, de una forma más contextual el análisis de la afirmación del competidor y su posterior objetivo de obstaculizar su desarrollo discursivo más allá de lo normal en el estándar del sector comercial y publicitario en el que se desarrollan los actos. Relevante es que no solo se da al tener una réplica exacta si no al tener una intención demostrada por la reincidencia y frecuencia del acto.

Es fundamental recalcar un apartado de este artículo 14 “la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.” (Congreso C. , 1996) con esto se alude a los típicos casos de falsificación y los también llamados “chiviados”.

3.8.3 Desviación de la clientela

Esta es una forma corrupta de lucha en el mercado publicitario en el cual una información falsa tiene capacidad generar error, aunque este no se materialice “Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial” (Congreso C. , 1996) siendo particularmente relevante la protección de las buenas costumbres y sana aplicación de la

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

competencia como un medio para la conjunta evolución de la sociedad siendo así la mera “desviación de la clientela no es castigada, de hecho, ella hace parte del juego de la sana competencia. Lo que se castiga es el medio utilizado para la misma, es decir, que se trate de medios fraudulentos, engañosos, insidiosos” (Botero, 2012). Mediante diversas formas de publicidad se puede caer en este tipo de competencia desleal lo que obliga a ser especialmente cuidadoso. La publicidad engañosa por desviación de la clientela abarca todas las formas de competencia desleal pues es en ese objetivo que se puede encontrar el fin último perseguido al **intentar** tan deleznable acción.

3.8.4 Actos de comparación

Más allá de lo relatado en el capítulo 2 los actos de comparación, con base a su gran amplitud, exceden lo que tradicionalmente se demarca como publicidad engañosa. Por lo que buena parte de su desarrollo se da desde la competencia desleal donde ha sido objeto de basta discusión.

Tal como describe respecto a la comparación el artículo 13 de la ley de competencia desleal:

“se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables.” (Congreso C. , 1996)

Así sabemos que es importante en la legalidad de este asunto tener comparación comprobable y comparable, características objetivas deben ser enfrentadas y la claridad en este

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

punto es la principal llamada a analizar para evitar un alto grado de litigiosidad. Para ello la realidad de contextual es fundamental en aras de lo correcto para el momento histórico comercial.

“En la comparación no se deben omitir las verdaderas características de los productos anunciados. En este punto se debe prestar especial cuidado, toda vez que una interpretación que no consulte la realidad del comercio podría llegar a enmarcar como desleal cualquier referencia que se haga de la competencia, cuando se mencionen solo algunas de las cualidades de los servicios, actividades o productos del competidor o del anunciante. No se está exigiendo que se enumeren todas las características de los bienes, sino aquellas a las cuales se refiere la comparación, se expongan en forma completa, de tal forma que el consumidor o potencial cliente cuente en forma íntegra con la información necesaria para adoptar una decisión.” (GHISAYS, 2012)

3.9 Productos importados

Hay que tener sumo cuidado en el momento de introducir bienes en el mercado nacional, pues el importador se reputa como productor del bien siendo así difícilmente podría exonerarse de responsabilidad aludiendo al desconocimiento de las características del producto. Hay que tener sumo cuidado.

“a) Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.” (republica, Presidencia de la, 1982)

“En cuanto a eximentes de la responsabilidad el EPC señala que el productor “(...) sólo podrá ser exonerado de responsabilidad cuando demuestre que la marca, la leyenda o la propaganda comercial fue adulterada o suplantada sin que hubiese podido evitar la adulteración o suplantación” 80. La carga probatoria respecto de los eximentes de responsabilidad corresponde al productor, importador o distribuidor del bien o servicio.” (Bustillo, 2010)

3.10 Derechos morales

Hay muchos elementos protegidos por derechos de autor los cuales no se pueden usar sin más, por ejemplo, las obras fotográficas con mérito artístico. El artículo 89 de la ley 23 de 1982 dice: “Toda copia o reproducción de la fotografía llevará impresos de modo visible el nombre de su autor, y el año de su realización” (Congreso d. l., 1982). No cumplir con esto trae consecuencias interpretativas erradas sobre la autoría de la obra, pudiendo incluso generar una falsa paternidad en la persona que lo publica. Lo mismo para los demás elementos del derecho de autor, en el caso de un texto no cumplir con las pautas de citación implica de la misma forma una violación a los derechos morales de autor y da a creer engañosamente que alguno es creador cuando no.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

3.11 Modelos con cuerpos ficticios como consecuencia de edición (modificación de imagen sin aclarar la realización del procedimiento)

Algunas veces fenómenos que parecen encuadrar en la regla general nos sorprenden desde el punto de vista práctico pues resulta que en la opinión de los legisladores no se encuentran dentro del paradigma, por lo que es fundamental centrarnos en última instancia en lo que rige hasta el momento (principalmente por casos análogos) para poder prever de qué forma se va a decidir en un asunto que puede ser bajo nuestro concepto más o menos claro.

En Colombia es la SIC la encargada de aplicar el estatuto del consumidor, su ejecución depende de un sinnúmero de factores subjetivos.

Uno de esos fenómenos es la publicidad engañosa por modificación de imagen sin aclarar la realización del procedimiento, esa práctica es común en el fenómeno de adelgazamiento de la imagen de modelos, ello genera modificación en la percepción del usuario generando un engaño demostrable. En el caso de los productos alimenticios que prometen una rebaja de peso lo esperado sería encontrar sentencia prohibiendo adelgazamiento digital de modelos, cosa que no se ha encontrado hasta el momento a pesar de ser un medio ampliamente usado.

Cabe resaltar que si bien los anteriores constituyen en mi opinión publicidad engañosa ello no implica que en todos los casos demandas alrededor de los mencionados estén llamadas a prosperar.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Materiales y métodos

Constó en la recopilación de dogmática a través de buscadores académicos y recomendaciones de expertos. Dogmática que fue leída con el objetivo de recopilar la información con base en su novedad, posteriormente se clasificó pensando especialmente en facilitar la comprensión del público novato.

Referencias

- ANDACOL, Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia. (25 de 3 de 2020). Guía para una comunicación comercial responsable a través de influenciadores.
- Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia. (2018). *ANDACOL*. Obtenido de <https://andacol.com/index.php/noticias-anda-col/noticias-anda-col-3/4079-autorregulacion-la-vision-de-la-anda-para-el-futuro>: <https://andacol.com/index.php/noticias-anda-col/noticias-anda-col-3/4079-autorregulacion-la-vision-de-la-anda-para-el-futuro>
- Bustillo, P. C. (2010). La publicidad engañosa en Colombia. Bogotá.
- CAN. (2000). Decisión 486 del año 2000 .
- CAN. (2000). Decision 486 Régimen común sobre propiedad industrial. Perú.
- Competencia Desleal y regulación publicitaria . (s.f.).
- Congreso, C. (1996). Ley por la cual se dictan normas sobre competencia desleal 256 DE 1996.
- Congreso, d. C. (1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal Ley 256 de 1996. *artículo 7*.
- Congreso, d. l. (1982). Ley Sobre derechos de autor 23 DE 1982.
- Enciclopedia jurídica. (2020). <http://www.encyclopedia-juridica.com/>. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/principio-de-publicidad/principio-de-publicidad.htm>

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

Fernández, A. F. (2015). Niñas, niños y adolescentes: Protección especial bajo el nuevo estatuto del consumidor. En *Avances y desafíos del derecho. Abordaje desde la investigación jurídica y socio jurídica*. (pág. 663). Cartagena .

GHISAYS, M. B. (2012). Cuándo se puede incurrir en competencia desleal con la publicidad. Medellín.

Judicatura, C. S. (2015). Constitución Política de Colombia. 91.

Ley1480. (12 de 10 de 2011). *Secretaria Senado*. Obtenido de http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

LOBO, O. I. (2015). La publicidad engañosa, una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano.

López-Castro, Y. (2011). La autonomía contractual como sustento para la coexistencia de registros marcarios en Colombia. Bogotá : ISSN 0124-0579 ISSNe 2145-4531.

Ministerio de salud, y. l. (2023). Resolución 1893 de 2023.

Presidencia. (1971). Código de comercio decreto 410 DE 1971.

Ramírez, L. G. (2004). Qué se puede y qué no en la publicidad. Guía legal para publicistas . En L. G. Ramírez, *Qué se puede y qué no en la publicidad. Guía legal para publicistas* (pág. 217). Medellín : Hombre nuevo .

Real Academia Española. (2018). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/publicidad>

republica, C. d. (2011). Estatuto del consumidor .

republica, Presidencia de la. (1982). Decreto Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y 3466 DE 1982.

Romero, Y. T. (2019). La infracción marcario como acto de competencia desleal en contra de la marca protegida y la no protegida - SUS. Bogotá.

S.I.C. (s.f.). *sic.gov*. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/informacion-enganosa>

SIC Delegatura para la protección del consumidor . (2020). Guía de buenas prácticas en la publicidad a través de influenciadores .

SIC, D. p. (30 de Julio de 2004). Resolución 18176.

Publicidad engañosa en Colombia desde un margen amplio: Listado para el acercamiento a una igualdad de armas y herramientas publicitarias en pro de la ética comercial capitalista.

SIC, S. d. (2022). Circular Externa ratamiento de datos personales en el marco de las actividades de publicidad, marketing y prospección comercial 006 de 2022.

Suárez, H. N. (2010). *Propiedad industrial en Colombia: Los retos en la sociedad del conocimiento*. Universidad Católica de Colombia.

Superintendencia de industria y Comercio. (2001). Circular Unica.

Tobar, A. C. (2010). El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho de imagen del material publicitario en la contratación con agencias de publicidad.

Tribunal de Justicia de la comunidad andina, 2. c. (2019). La infracción marcaria como acto de competencia desleal en contra de la marca protegida y la no protegida .

Cantillo Vargas, J. (2021). Aplicabilidad y limitaciones del concepto de publicidad consignado en el artículo 847 del código de comercio en las relaciones jurídicas de consumo mediadas por tecnologías en el régimen jurídico colombiano.

Botero Ghisays, M., & Arboleda Toro, L. (2012). *Cuándo se puede incurrir en competencia desleal con la publicidad* (Bachelor's thesis, Universidad EAFIT).