

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-178260- -00001-0000	Fecha: 2015-08-06 16:07:08
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señor
ALEJANDRO CARDONA CASTRILLON
alejo.25cardona@hotmail.com

Asunto: Radicación: 15-178260- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señor:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Entidad con el número que se indica en el asunto.

De conformidad con lo anterior, advertimos que la Oficina Jurídica profiere conceptos de carácter general y abstracto, sin que le sea posible resolver a través de estos, situaciones particulares o pronunciarse sobre la legalidad de una conducta, pues estaríamos vulnerando el principio y garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

En su comunicación manifiesta que solicitó pronunciamiento a Coljuegos, en relación con un sorteo realizado por una cadena de radio, del cual, el resultó ganador, sin embargo hasta el momento no ha recibido el premio, como tampoco la respuesta de la mencionada Entidad, razón por la cual, solicita información que esta Superintendencia le pueda proporcionar para dar solución a su caso.

A continuación, y de conformidad con las competencias otorgadas por el Decreto 4886 de 2011, proporcionamos información relacionada con el asunto planteado en su consulta, con el fin de ilustrarlo sobre algunos temas que consideramos pertinentes, esperando le sea de ayuda en la toma de una decisión.

Reiteramos que no puede esta Oficina resolver a través de un concepto, situaciones de carácter particular.

1. Relación de consumo

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

"Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los

productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

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

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

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

Es decir, que la aplicación de las normas de protección al consumidor depende de la existencia de una relación de consumo.

En este sentido, el Dr. Juan Carlos Villalba Cuellar en su libro "Introducción al Derecho del Consumo", señala:

"En ese orden de ideas, encontramos que con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de las relaciones de consumo para los ordenamientos jurídicos resulta importante definir el contenido y alcance de las expresiones "consumidor" y "productor" o "proveedor".

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

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

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

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

En consecuencia, de no existir una relación de consumo, y en esa medida sea fácilmente identificable el consumidor o usuario, y el productor y/o proveedor, el Estatuto del Consumidor no será aplicable a un caso concreto.

2. Propaganda comercial con incentivos

Frente al tema de los incentivos, tenemos que, en el artículo 5, de “definiciones”, la Ley 1480 de 2011, se refiere a las promociones y ofertas en los siguientes términos:

“10. Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos”.
(Resaltado fuera de texto).

Las promociones son estrategias de mercadeo que emplean los anunciantes encaminados a motivar a los consumidores en su compra, y contemplan las posibilidades de ofrecer contenidos adicionales o precios menores a los habituales para un producto determinado.

Por su parte, el artículo 33 la ley en mención señala, respecto de los términos de las promociones, lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. PROMOCIONES Y OFERTAS. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.

Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

(Resaltado fuera de texto).

3. La publicidad engañosa.

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

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

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

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

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

“Está prohibida la publicidad engañosa.

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

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

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

- “No se necesita que el consumidor haya contratado o se le haya producido un daño, se incurre en la conducta por el solo hecho de haber publicado el mensaje y en este caso la sanción de tipo administrativo se debe imponer.
 - El análisis del mensaje publicitario se hace desde el punto de vista del consumidor, es decir, se mira el contenido del mensaje que recibió el público consumidor, independientemente de las consideraciones que haga el comerciante o anunciante sobre el anuncio las cuales no tienen relevancia, tales como “eso no fue lo que quisimos decir” o “no debe entenderse de esa forma.”
 - Se debe tener en cuenta siempre la noción de consumidor racional, es decir, en la publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta. Por esta razón la publicidad hipóbole y los mensajes de tipo subjetivo no se tienen como engañosos.
 - El análisis del mensaje no debe ser exclusivamente gramatical, dice García Sais que “el anuncio induce a error si la mayoría de los consumidores lo entienden en un sentido diferente al gramatical”
 - El análisis que se hace de un anuncio es de carácter integral, no parcializado, se debe examinar la totalidad del anuncio, mensajes sonoros, escritos, gráficos, tal y como lo percibe el consumidor.
 - El análisis que se hace del anuncio es de carácter superficial, debe tenerse en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, por lo tanto no se puede recurrir a interpretaciones forzadas o complejas.
- (...)
- El deber de información será directamente proporcional con el nivel de peligro potencial

del producto que se está ofreciendo.”

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

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

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

4. Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor.

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

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

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

a). Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

b). Violación a las normas relativas a la competencia desleal

(…).”

En relación con la acción jurisdiccional, establece el numeral 3° del artículo 56:

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

(…)

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

contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor”.

En consecuencia, el consumidor puede iniciar la acción de protección al consumidor con el fin de que se protejan sus derechos y obtener la reparación de los daños causados por información o publicidad engañosa.

5. Acción jurisdiccional

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

- Antes de presentar la demanda debe agotar el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 5 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual consiste en reclamar directamente al productor o proveedor, para lo cual estos expedirán una constancia por escrito, la cual se debe anexar a la demanda. Como alternativa al cumplimiento de este requisito, el consumidor puede citar a una audiencia de conciliación al productor o proveedor, caso en el cual anexará a la demanda la constancia o el acta de la audiencia.
- La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el 58 de la Ley 1480 de 2011 en armonía con el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.
- El proceso, que es de tipo verbal sumario, se rige por las reglas especiales consagradas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.
- La competencia para conocer de la acción de protección al consumidor es a prevención, por lo cual el consumidor podrá elegir si presenta la demanda ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Industria y Comercio. (Numeral 1 artículo 58 Ley 1480 de 2011).
- En caso de que la demanda sea de mínima cuantía, esto es, que las pretensiones no excedan de 40 smmlv (\$25.774.000 pesos para el año 2015) no se requiere de abogado. En caso de que las pretensiones sean superiores a ese valor se requerirá de abogado. (Artículo 25 del Código General del Proceso)
- Se debe presentar dentro del año siguiente al vencimiento de la garantía cuando se trate de la efectividad de la garantía, o dentro del año siguiente a la terminación del contrato cuando se refiera a controversias contractuales, o en los demás casos, dentro del año siguiente a la fecha en que el consumidor conoció de los hechos que dan lugar a la reclamación. (Numeral 3 artículo 58 Ley 1480 de 2011)

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Adonia Aroca
Revisó: William Burgos
Aprobó: William Burgos