

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 16- 397176 -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados. Ley 1266 de 2008; Ley 1581 de 2012]

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través su comunicación de fecha 1° de noviembre de 2016 en el cual se señala:

“1. ¿Cuál es la normatividad y/o jurisprudencia (resoluciones, circulares y conceptos) de esta entidad, aplicable a los programas de fidelización de clientela?”

2. ¿Puede una empresa de consumo masivo excluir a sus empleados de los programas de fidelización que tiene disponibles para el público en general?

En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios se considerarían objetivos a efectos de que dicha diferenciación/segmentación entre consumidores sea legal?

En caso de respuesta negativa, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de dicho proceder? ¿Qué tipo de conducta reprochable se configuraría en razón de los regímenes de protección del consumidor y protección de la competencia?

¿Cuáles serían las sanciones aplicables?

3. Si los empleados, en su calidad de consumidores frente a la empresa empleadora, cumplen con los requisitos establecidos en los términos y condiciones del programa de fidelización de clientela, ¿limitarles el acceso a los



beneficios (premios), constituiría simplemente un trato diferenciado legal o, al contrario, un trato discriminatorio violatorio del derecho a la igualdad?”.

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

Ahora bien, una vez realizada la anterior precisión, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

En atención al tema de su consulta, le informamos que las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, tiene entre otras las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.
- Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.
- Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.
- Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

En virtud de dichas competencias, entre otras, las funciones que cumple esta Superintendencia se relacionan con los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como, la verificación de la

Cra. 13 #27 - 00 pisos 4, 5, 6, 7 y 10 - BX (37) 50 2000 - contacto@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente, publicidad engañosa e indicación pública de precios, y protección contractual (cláusulas abusivas).

En este orden de ideas, se procederá en primer lugar al desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial que corresponda realizar en torno al objeto de su petición como eje central.

4. INCENTIVOS – PROMOCIONES Y OFERTAS

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**”.*

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.

También debe considerarse como promoción, entre otros descritos por la norma, la utilización de planes de fidelización, mediante los cuales el productor y/o proveedor busca que los consumidores sean leales a sus productos o servicios, entre los cuales el más conocido es la acumulación de puntos.

Por su parte, el artículo 33 de 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.”



Por lo tanto, cualquier estrategia de mercadeo que el productor y/o proveedor utilice deberá cumplir con la normativa contenida en la Ley 1480 de 2011, así como con las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, contenidas en la Circular Única de la Entidad.

En este orden de ideas, debe manifestarse que es imprescindible que en las promociones y ofertas, se de aplicación a las normas sobre información contempladas en el Estatuto del Consumidor y demás normas concordantes; así como a las disposiciones sobre publicidad engañosa.

4.1. Elementos objetivos y subjetivos contenidos en la información y la publicidad

La Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor-, regula el tema de la publicidad engañosa en su Título VI, estableciendo lo que se considera como tal para efectos del Derecho del Consumo.

La finalidad de esta regulación, es proteger al consumidor de los posibles abusos de los comerciantes en el tema publicitario, de modo que no se vea afectado en sus decisiones económicas y al mismo tiempo busca sanear el mercado de actos desleales, los cuales pueden configurarse a través de actos de engaño o inducción a error.

La publicidad engañosa y la información, están íntimamente ligadas, aunque debe tenerse en cuenta que en los términos de la Ley 1480 de 2011, quedó plenamente identificada su diferencia, pues en la normatividad anterior, esto es, Decreto 3466 de 1982, se hacía un tratamiento de carácter general de la información y en ella se contemplaba la publicidad. Al respecto, el tratadista Juan Carlos Villalba Cuellar, en su libro de Introducción al Derecho del Consumo, Editorial Universidad Nueva Granada, 2012, páginas 148 y 149, ha manifestado:

“La Ley 1480 de 2011 al hacer la distinción entre información y publicidad corrige la imprecisión que el término “propaganda” generaba en el derecho del consumo colombiano, la información tiene como finalidad hacer conocer al consumidor aspectos objetivos, tales como: características del producto o servicio, naturaleza, origen, peso, componentes, usos, volumen, entre otros; mientras que la publicidad tiene como objeto según la misma norma influir en las decisiones de consumo, tal y como se señaló anteriormente.

En todo caso no debe perderse de vista que cuando la publicidad contiene afirmaciones objetivas informa, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta como precontractualidad, la publicidad tiene claramente una intención negocial, su fin primordial es promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes y servicios. La publicidad reemplaza a la oferta del Código de Comercio, pues en los contratos de consumo mayoritariamente, el “consentimiento” se forma por el encuentro entre la publicidad y la aceptación del consumidor (asentimiento). Por lo tanto las afirmaciones que se hacen en la publicidad al tenor de la ley 1480 de 2011 son obligatorias, se insertan al contrato y tienen alcances precontractuales y contractuales constituyéndose entonces como fuente de

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



responsabilidad del productor, contractual o extracontractual, en el ámbito del derecho del consumo. (...)

El artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 señala la definición de estos conceptos:

"Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:
(...)

7. **Información:** 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.

(...)

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

La información que debe proporcionarse al consumidor, tiene como finalidad que el consumidor conozca las características del producto o servicio, tales como su peso, componentes, usos, mantenimiento e incluso los posibles riesgos que de ellos puedan derivarse, y de este modo, tome decisiones de mercado de manera informada.

En relación con la publicidad, es válido el análisis anterior, sin embargo, y sin perjuicio de que deba proporcionarse la información objetiva de los bienes y servicios que se publicitan, de conformidad con las exigencias de la información; debe tenerse en cuenta, que la publicidad tiene como objeto influir en las decisiones de consumo, intenta inducir al consumidor a contratar, por lo tanto su intención es comercial, está orientada a incitar la compra de bienes y servicios, y en este sentido, contiene elementos subjetivos, los cuales no pueden ser calificados de verdaderos o falsos, pues solo son apreciaciones del anunciante respecto al producto que publicita.

El tratadista Juan Carlos Villalba Cuéllar, en la obra *Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales*, editorial Ibañez, Bogotá, 2013, en el capítulo denominado "La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Exámen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de Protección al Consumidor colombiano", página 154, al citar al autor Jorge Jaeckel Kovacs, manifiesta que para este, debe entenderse por elementos o mensajes objetivos y subjetivos en la publicidad lo siguiente:

*"Constituye **mensaje objetivo** aquella información que se refiere a características propias del producto o servicio (calidad, cantidad, precio) o aspectos medibles del mensaje (ej, estadísticas). (...)*

*"(...) los **mensajes subjetivos** son aquellos juicios o elogios que el mismo anunciante hace de sus productos y servicios. Se trata de afirmaciones que a pesar de no ser comprobadas y no ser ciertas tampoco constituyen engaño, ej: el mejor jabón del mundo."*



Por su parte, para el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia Y Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), los mensajes objetivos y subjetivos, respectivamente, se definen así:

*“Son aquellas afirmaciones contenidas en un anuncio que el consumidor razonable percibe, mediante una interpretación integral y superficial como objetivamente comprobables, es decir, mensurables mediante un sistema de medición comúnmente aceptado.
(...)”.*

“son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, que por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consume el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado”

Así mismo afirma la doctrina citada, que: *“Igualmente quedaría cobijada dentro de estos mensajes subjetivos el caso del uso de la hipérbole en la publicidad (publicidad hipérbole), que es de común usanza en el medio publicitario, entendida como el uso de la exageración para resaltar las calidades de un producto o un servicio.”.*

5. INFORMACIÓN QUE DEBE PROPORCIONARSE A LOS CONSUMIDORES

El artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, de manera general, establece la obligación de suministrar información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan a los consumidores.

En similar sentido, el Capítulo II del Título II de la Circular Única de esta Entidad, establece:

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

Por su parte el artículo 24 indica la información mínima que debe proporcionarse.

“Artículo 24. Contenido de la información. La información mínima comprenderá:
1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información:
1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio;
1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional



de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley;

1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.

1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.

2. Información que debe suministrar el proveedor:

2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;

2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley.

En el caso de los subnumerales 1.1., 1.2. y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado.

PARÁGRAFO. El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.”

Si la información que se brinda a los consumidores no cumple con los requisitos exigidos por la ley, habrá lugar a responsabilidad por parte de productor o proveedor a favor del consumidor, tal y como lo ha analizado la doctrina:

“En consecuencia, si la información que se suministra a los consumidores y usuarios resulta engañosa o insuficiente, por no ser cierta, completa, no ser comprobable, clara (esto es, por no ser legible a simple vista, por ejemplo), comprensible, precisa o idónea, el productor y el proveedor serán responsables de los daños que causen a sus consumidores y usuarios. Inclusive, la información falsa o insuficiente, podrá hacerlos responsables por los daños al medio ambiente, cuando estos se deriven de la inadecuada disposición de sus productos por parte de consumidores o usuarios por falta de información adecuada. Debe recordarse que al tener que ser verificable corresponde al productor o expendedor la carga de prueba de la certeza de información.”

(Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Granada, 2012, páginas 200 y 201))

6. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

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

"Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

12. **Publicidad:** Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad **influir** en las decisiones de consumo.

(...)"

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



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

“Artículo 29. Fuerza vinculante. 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:

“Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. 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.

La doctrina ha establecido una serie de pasos a aplicar con el fin de evaluar si una publicidad resulta engañosa:

“Primer paso; determinar si el mensaje es objetivo.

Como se expresó anteriormente, el principio sobre el que se soporta la reglamentación de la publicidad engañosa, consiste en establecer que aquellas afirmaciones objetivas que contenga un anuncio, deben ser ciertas, verificables y suficientes. En tal sentido, para evaluar un mensaje comercial las afirmaciones o imágenes que en éste se hagan deben ser apreciadas dentro del contexto en que se desarrolla la campaña o el anuncio y no cada una individualmente.

En este punto resulta de suma importancia tener en cuenta que el principio de veracidad aplica solamente para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (calidad, cantidad, precio) o a aspectos medibles del mensaje (ej. Estadísticas de consumo - más del 70% de los consumidores prefieren ...) y no a elementos



*puramente subjetivos como son juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto. **Lo anterior en razón que la veracidad, sólo se puede predicar de aquello que es apreciable objetivamente y no de las opiniones, que por ser subjetivas, son personales e improbables.***

*Bajo estos parámetros, lo primero que se debe realizar para determinar si una pieza publicitaria es o no engañosa, es establecer cuáles son los elementos objetivos del mensaje que se transmite al consumidor. Aun cuando no se puede fijar una regla absoluta en este punto, normalmente los elementos objetivos del mensaje se traducen en la promesa que se transmite al consumidor y especialmente en los argumentos o *reasonwhy* con los que ésta se soporta. (...)*

Segundo paso; *determinar las características del bien o servicio anunciado, para enfrentarlas con el mensaje transmitido.*

Según el Diccionario de la Lengua Española, veraz significa "que dice, usa o profesa siempre la verdad". A su turno el término verdad, significa "conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. - conformidad de lo que se dice, con lo que se dice, con lo que se siente o piensa. - juicio o proporción que no se puede negar racionalmente."

*Uniendo las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas sobre publicidad engañosa, se concluye que **la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, debe estar conforme con la realidad que de éstos se busca transmitir.***

*En tal sentido, resulta indispensable conocer a fondo la realidad del producto al que se refiere la publicidad, para así poder determinar si las promesas y el *reasonwhy* en el que éstas se soportan, son ciertos y comprobables. Si al enfrentar el mensaje con la realidad objetiva se concluye que éstas no concuerdan, se tendrá que el mensaje es literalmente falso y por regla general engañoso.*

Tercer paso; *determinar si la información transmitida es suficiente para el consumidor.*

Uno de los requisitos que suelen contener las normas para evitar el error del consumidor, consiste en establecer que la información que se transmita al consumidor sea suficiente.

Según el Diccionario de la Lengua Española, suficiente significa "Bastante para lo que se necesita.- Apto o idóneo." A su turno bastante quiere decir "Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta."

Uniendo las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se



ofrezcan, deber ser aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma.

Nótese que las normas no establecen que en la información que se transmita al consumidor, se deban indicar absolutamente todos los aspectos relacionados con el producto o el servicio ofrecido, sino que dispone que la información relacionada con los componentes o las propiedades de los bienes y servicios anunciados sea suficiente, es decir, que sea bastante o la necesaria para el fin que se emplea.

Esta diferencia es de suma importancia, pues el principio de suficiencia obliga a que en cada caso particular, se deba analizar si la información transmitida es o no la información ordinaria que el consumidor necesita para conocer las características objetivas de la oferta, del producto o del servicio que se anuncia.

Es así, como para determinar si una información es suficiente, se debe tener en cuenta cuál es la experiencia o el nivel de conocimiento que los consumidores tienen frente al producto o servicio anunciado, para de esta forma determinar el nivel o la cantidad de información que debe transmitirse. (...)

Cuarto paso; establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada.

Cuando un anunciante realiza publicidad, busca que la información que transmite llegue a un número amplio de personas, para incentivarlos a que motivados por la misma y decidan aceptar la oferta que se les plantea. En tal sentido es posible que alguna o algunas de las personas que reciben la información, interpreten el contenido de su mensaje en una forma equivocada, irracional o absurda, pero no por ello se puede responsabilizar de dichas interpretaciones al oferente, pues forzarlo a prever todas las interpretaciones, inclusive las más irracionales y absurdas, es obligarlo a lo imposible, lo cual es lógica y jurídicamente incorrecto.

(...)

Para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Lo anterior se explica en razón a que si el error es generalizado, el origen del mismo se encuentra en la información; pero por el contrario, si el error es aislado, la falla en el entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados que interpretaron equivocadamente la información, por lo cual el error puede ser atribuible a ellos y no a la comunicación ni al anunciante. (...)



Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado. (...)

Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor." Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (...)

Con base en lo anterior, se concluye que para saber si una pieza publicitaria es o no engañosa, se debe partir por establecer si los elementos objetivos del mensaje concuerdan con la realidad del producto y si dicha información es suficiente para que un consumidor racional se forme una idea correcta del bien o servicio que se anuncia. (...)"

(Jaeckel Kovacs Jorge, Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005, tomado de: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf, páginas 59 a 61.)

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 hipérbole 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 Madriñan Rivera Ramón Eduardo, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 93 y 94.)

7. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

“1. ¿Cuál es la normatividad y/o jurisprudencia (resoluciones, circulares y conceptos) de esta entidad, aplicable a los programas de fidelización de clientela?”

La normatividad vigente aplicable a los programas de fidelización para los fines de protección al consumidor, son la Ley 1480 de 2011 y las instrucciones que al efecto haya impartido esta Entidad a través de su Circular Única, según lo explicado en

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



precedencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/drupal/Doctrina-1>

“2. ¿Puede una empresa de consumo masivo excluir a sus empleados de los programas de fidelización que tiene disponibles para el público en general?”

El artículo 333 de la Constitución Política consagra la **libertad económica** como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley. En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional¹ ha definido esta libertad como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”*

Como todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, dicha libertad no es absoluta sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general, por lo tanto, la actividad económica que emprenda cualquier persona, deberá respetar dichos límites.

De modo que es posible para el empresario ofrecer los bienes y servicios y realizar estrategias de mercadeo de estos de la forma en que considere más adecuada a su finalidad de adquirir utilidades, siempre y cuando respete los límites que imponen la ley y los principios generales de derecho.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que por disposición del artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor-, *“[l]as condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.”*

Es decir, estando permitido para el empresario (productor y/o proveedor) realizar estrategias de mercadeo tales como los programas de fidelización, de la forma que considere más adecuada a sus intereses, es posible que este pueda restringir el acceso a sus empleados (consumidores) a dicho incentivo, informando de forma clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea los requisitos para acceder a la promoción, pues el incumplimiento de este precepto, hará responsables a proveedores y/o productores por la vulneración de las normas de protección al consumidor.

“En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios se considerarían objetivos a efectos de que dicha diferenciación/segmentación entre consumidores sea legal?”



Nos remitimos a la respuesta anterior.

“En caso de respuesta negativa, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de dicho proceder?”

Nos remitimos a la respuesta anterior.

“¿Qué tipo de conducta reprochable se configuraría en razón de los regímenes de protección del consumidor y protección de la competencia?”

Sin perjuicio de que se reitera que mediante un concepto no puede resolverse un caso particular, es pertinente mencionar que la violación de las normas de protección al consumidor no solo se considerada como una infracción a dicho régimen, sino que también se considerada como una práctica restrictiva de la libre competencia (Artículo 48 Decreto 2153 de 1992).

“¿Cuáles serían las sanciones aplicables?”

En materia de protección al consumidor las sanciones aplicables se encuentran consagradas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, en tanto que a efectos del régimen de protección de la competencia debe darse aplicación a los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 que modifican el artículo 4° de la Ley 256 de 1996.

“3. Si los empleados, en su calidad de consumidores frente a la empresa empleadora, cumplen con los requisitos establecidos en los términos y condiciones del programa de fidelización de clientela, ¿limitarles el acceso a los beneficios (premios), constituiría simplemente un trato diferenciado legal o, al contrario, un trato discriminatorio violatorio del derecho a la igualdad?”

Nos remitimos a la respuesta dada a la primera pregunta.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Adonia Aroca

Revisó: Jazmín Rocio Soacha

Aprobó: Jazmín Rocio Soacha

Cra. 13 #27 - 00 piso 2 - 570000 - Bogotá D.C., Colombia
5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165

