

La eficacia de los derechos del consumidor frente a la publicidad en el comercio electrónico

Camilo Alfonso Escobar Mora*

RDP

Este escrito presenta planteamientos de derecho preventivo para que el consumidor cuente con una publicidad válida en el comercio electrónico y a la vez goce de eficacia en sus derechos a la información suficiente, veraz y oportuna con relación a esta clase de mensajes. Se tiene como referencia a Colombia, pero es extensible a cualquier Estado de derecho democrático. Por lo que se inicia con la exposición de los aspectos normativos principales que se consagran en el estatuto del consumidor sobre este tema. En lo posterior, se precisan los criterios jurídicos para la validez de la publicidad. Finalmente, se afirma que la publicidad a la medida del consumidor aumenta el nivel de eficacia de sus derechos y genera un esquema de logro colectivo (donde gana la empresa al fidelizar más clientes, el consumidor al estar protegido y gozar de sus derechos y el Estado, en general, al cumplirse con el orden público que se encuentra establecido en esta materia); ambiente de armonía de derechos y deberes que se obtiene por medio del derecho preventivo —es decir, la generación de validez permanente, con el consecuente aumento de la eficacia jurídica—.

Los numerales 12 y 13 del artículo 5o. de la Ley 1480 de 2011 (estatuto del consumidor, Colombia) otorgan las siguientes definiciones, respectivamente: “publicidad: toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo; publicidad engañosa: aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o

* Profesor, conferencista y capacitador en derecho preventivo de TIC; fundador de JURÍDIA, www.juridia.co/gerencia@juridia.co

CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA

sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. A su vez, el artículo 29 consagra que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”. En complemento, en el artículo 30 se establece que “está prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa”.

Finalmente, en el artículo 61 se indican las sanciones (administrativas) que se pueden imponer por la violación de las normas de protección al consumidor, las cuales son:

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.
2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días.
3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado.
4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad.
5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.
6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía. Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción.

Con este panorama, las empresas tienen que desarrollar mecanismos eficaces para asegurar que su publicidad sea válida para los con-

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD...

sumidores. El concepto generalizado sobre dicha validez es que la publicidad no sea engañosa. Sin embargo, más que esto se debe generar una publicidad que cumpla —con adecuada capacidad comunicativa— los criterios informativos, de forma y fondo, que contemplen las normas generales y especiales que sean aplicables en cada caso (por ejemplo, si se trata de una publicidad de productos de salud se tiene que cumplir con las disposiciones del INVIMA y demás entidades de este sector, además de las pautas ordinarias establecidas en el estatuto del consumidor y en las premisas generales de diligencia empresarial consagradas en el Código de Comercio y el Código Civil).

En este punto se pone de relieve la complejidad que existe en la determinación de la validez jurídica de la publicidad. Wittgenstein señala en *Sobre la certeza*:

Con la verdad de mis enunciados se prueba que comprendo esos enunciados. Es decir: si hago cierta clase de enunciados falsos no está claro que los comprenda. Lo que ha de ser considerado como prueba suficiente de un enunciado pertenece a la lógica. Pertenece a la descripción del juego del lenguaje. La verdad de algunas proposiciones empíricas pertenece a nuestro sistema de referencia.**

Lo anterior sirve de fundamento para establecer el carácter de validez —más que de verdad—, y dentro de esto el nivel de engaño, que pueda poseer la publicidad; sin embargo, surgen las siguientes interrogantes: ¿Quién establece el sistema de referencia? ¿Para quién se establece? Dichos factores no cuentan con una respuesta explícita por parte de las normas escritas del derecho. No obstante, aunque desde el punto de vista del lenguaje existan múltiples sistemas de referencia —basados en diversas cosmovisiones realistas o convencionalistas—, a nivel normativo el derecho positivo, abordado de una manera integral y armónica, es el sistema de referencia para determinar la validez de los mensajes entre un emisor y un receptor (el problema es que en múltiples situaciones las connotaciones y denotaciones de su contenido pueden ser diversas —por vaguedad o por ambigüedad, principalmente—).

** Wittgenstein, *Sobre la certeza*, Gedisa, reimpresión del 2015, p. 12c.

CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA

Para el tema particular, el régimen de protección al consumidor supone deberes de información a cargo del empresario y en beneficio del sujeto privilegiado (el consumidor). Frente a la forma de atenderlos, la empresa es libre para determinar y emplear el sistema de referencia (comunicativo) que considere más acertado en cada caso. Dicha liberalidad tiene como límite de validez el respeto de las premisas de la discrecionalidad —tomar decisiones que no aumenten, sin justa causa, los niveles de riesgo permitido o que no generen o incrementen amenazas de daño que sean previsibles en un contexto específico— y la prohibición de incursión en arbitrariedad —desconocimiento de los derechos de los demás—; aspectos que se establecen con base en los criterios que rigen la diligencia que la empresa tiene a su cargo, dentro de los que se incluye el que se asegure el cumplimiento de tales deberes de información.

Por lo tanto, lo relevante es que sus mensajes publicitarios cuenten con validez y brinden eficacia jurídica a los derechos del consumidor, aspecto que dependerá de la clase de publicidad, pues si es en abstracto (ejemplo, un mensaje donde un artista reconocido se encuentre consumiendo el producto que se busca promover con la publicidad) sólo deberá cumplir los deberes ordinarios y especiales de información que le sean aplicables mientras que si se trata de una publicidad presentada bajo la forma de una oferta comercial (un anuncio que establezca en detalle las condiciones de adquisición de un bien o servicio) deberá cumplir tanto estos deberes como los deberes particulares de la oferta de la que se trate.

Entonces, como se indicó previamente, más que de verdad se trata de validez en la publicidad, la cual se detecta en cada asunto individual —es decir, depende de la pragmática jurídica y de la capacidad de fundamentación integral, transversal y sistemática del derecho positivo—. Dicha validez se logra armonizando las fuentes de orden público así como las accesorias, las accidentales, si así se pactan y son favorables para el sujeto débil de la respectiva relación jurídica que sean aplicables en cada caso concreto. Si se logra lo anterior se obtiene validez, y, en consecuencia, eficacia jurídica. Ese es el concepto de derecho preventivo que se promueve en el presente escrito.

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD...

Es decir que lo determinante es que el modelo de fundamentación jurídica (detección, sistematización, conceptualización, interpretación, argumentación, instrumentalización y aplicación de las normas vinculantes) de la publicidad sea idóneo. Modelo que se materializa en el mensaje que se le emite al consumidor. Este aspecto que se mide según el nivel de armonía que el mensaje genere entre los derechos y deberes que sean aplicables en cada situación (por mandato de fuentes de orden público o por actos de las partes) a la empresa y a sus grupos de interés (consumidores, trabajadores, aliados, proveedores, comunidad de impacto, etcétera). Dicha armonía se verifica según la eficacia de todos los derechos y deberes presentes en el caso concreto.

En definitiva, la empresa cuenta con un margen amplio de libertad sobre el sistema de referencia comunicativa de su publicidad (que en los medios digitales se instrumentaliza en la denominada neutralidad tecnológica: la capacidad para optar por una u otra técnica, procedimiento, servicio, plataforma, infraestructura, tecnología, etcétera, ya que todas son reconocidas, no se encuentran restringidas —salvo casos especiales— y se encuentran sometidas al derecho), pero lo determinante es que tal sistema asegure, como mínimo, el cumplimiento de las reglas y principios que contemple el derecho positivo para la respectiva clase de publicidad que se vaya a efectuar. En caso último, se trata de fijar y armonizar el contenido y alcance de la libertad de empresa en materia de publicidad cuando se desarrolle al interior de relaciones de consumo (relaciones entre una empresa y un consumidor), ya que en estos casos se le debe generar eficacia jurídica a los derechos que tiene el consumidor frente a esta clase de mensajes.

Con esto se da paso a una visión de empatía en la publicidad, se trata de pensar para el consumidor, la empresa no puede argumentar que su publicidad es válida porque subjetivamente lo considere así —o porque se base en un concepto abstracto de consumidor promedio—. Todo dependerá de la capacidad comunicativa y el acuerdo del lenguaje objetivo que la publicidad establezca con el consumidor, permitiendo de este modo un grado mayor de seguridad jurídica en este campo. Por ello, es determinante establecer los múltiples subsistemas de perfiles de consumidores que recepcionarán el mensaje (desde lo más abstracto, como son las edades, los dispositivos que usan, el nivel de alfabeti-

CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA

zación digital, el idioma, las preferencias comerciales, la clase de género —hombre o mujer—, el lugar de ubicación, el presupuesto, etcétera, hasta lo más concreto, como es obtener la información de la necesidad específica que tiene un consumidor en particular). Claro está, el consumidor tiene el deber de colaborar con datos completos y veraces para que este perfilamiento sea idóneo. No obstante, es la empresa la que debe establecer qué tipos de datos recolecta y para qué tratamientos y finalidades lo hará, aquí se trata de una responsabilidad y diligencia directa de la compañía —si no recolecta datos para el perfilamiento de los receptores, los consumidores, previo a la emisión del mensaje deberá responder por un incremento injustificado del nivel de riesgo permitido sobre la publicidad, dado que aumentan las posibilidades de ambigüedad o vaguedad en la interpretación del mensaje, generando un mayor grado de responsabilidad para la empresa—.

En este punto cobra relevancia la publicidad a la medida en el comercio electrónico. Para generar un sistema comunicativo válido es necesario tener claridad sobre los aspectos que rigen la validez del mensaje que se le proyectará al consumidor, así como sobre el perfil específico de este sujeto. De ese modo, la empresa contará con mayores elementos de juicio y aumentará las premisas objetivas para la generación y comunicación de su publicidad. Ahora se puede considerar que el perfilamiento de un consumidor trae como consecuencia inmediata la vulneración de su derecho a la intimidad en el sentido en que se conocerá su información personal privada o semiprivada; porque los datos personales públicos no requieren de la autorización de su titular para poderse emplear, lo importante es determinar la finalidad por la cual es público, ya que sólo tienen ese carácter para dicho foco, en los demás usos sí se tendrá que contar con el aval de la persona.

Vale indicar que la validez de la publicidad a la medida depende de la validez en el tratamiento de los datos personales del consumidor. Por ello, desde su recolección hasta los demás tratamientos estratégicos que se realicen para emitirle al consumidor una publicidad lo más personalizada posible —entre más precisa mejor— se deben respetar las premisas (condiciones) *sine qua non* que se consagran en las normas de protección de datos personales —tales como obtener la autorización

previa, expresa e informada del titular de los datos para posteriormente estar facultado para realizar tratamientos sobre los mismos, la determinación proporcional del principio de necesidad para evitar recolectar datos que resulten excesivos e inoficiosos con la labor publicitaria directa, y el contar los adecuados niveles de seguridad de la información en los ambientes donde estén presentes o relacionados tales datos—, so pena de entrar en el campo de la ilegalidad.

Es importante señalar que la norma jurídica general de protección de datos personales en Colombia es la Ley 1581 de 2012, que se aplica salvo que exista una norma especial (como es el caso de la Ley 1266 de 2008 en lo relativo a reportes de información personal en centrales de riesgo, entre otros supuestos donde resulta vinculante); sin perjuicio que incluso en esos eventos puede llegar a ser procedente la legislación marco si llega a ser más favorable —siempre que no se lesiona un interés jurídico superior— en una situación específica, cuya validez depende de la conformidad jurídica con las reglas y principios (normas) del derecho positivo del país o países involucrados.

Por lo tanto, si se cumplen dichos criterios de forma integral y transversal el consumidor contará con un valor agregado con relación en la publicidad que le remiten las empresas con quienes ha establecido un vínculo directo, al paso que la empresa obrará válidamente desde el inicio. El comercio electrónico actual cuenta con múltiples posibilidades para lograr esto (un ejemplo es la inteligencia de negocios soportada en herramientas digitales que realizan una gestión robusta de datos para lograr servicios efectivos, es decir, eficientes y eficaces —como es el caso de una minería de datos contemporánea denominada popularmente *Big Data*—); la clave está en que se empiecen a implementar y se generen verdaderas experiencias de goce del derecho en las relaciones de consumo en el campo de la publicidad, que es uno de los primeros encuentros directos entre la empresa y el consumidor —así como en cualquier otro tema donde el cumplimiento de las normas jurídicas se logre de manera preventiva, idónea e innovadora mediante ecosistemas de inteligencia artificial, cuyo trasfondo es humano—.

Esto se puede hacer por medio de los sistemas expertos. Un sistema experto jurídico, de inteligencia artificial, es una herramienta digital

CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA

robusta que permite la autorregulación del derecho que sea aplicable a una relación humana. Se estructura con base en el modelo de fundamentación jurídica que se diseñe e incluya en sus algoritmos de funcionamiento; su estructura operativa se va retroalimentando con la experiencia, permitiendo que su base de hechos y de conocimientos aumente gradualmente y, en consecuencia, su capacidad para solucionar problemas (situaciones entre las partes) para que se eviten, gestionen o mitiguen los riesgos y amenazas de daños y así se cuente con un alto nivel de validez y eficacia jurídica, de una manera preventiva.

Es importante señalar que el trasfondo de dichos sistemas expertos es jurídico —formal y material—, su modelo de gestión es efectuado por seres humanos —dimensión análoga tangible y antropocéntrica—, que actúan tanto en la oficina trasera (aspecto no visible por el consumidor, ejemplo, las oficinas administrativas) como en la delantera (de cara al consumidor, ejemplo, el centro de contacto), y su esquema comunicativo frente al consumidor puede ser digital —contenidos digitales— o mixto —contenidos o funciones digitales y mensajes o actuaciones analógicas—, si se le proyectan o brindan elementos en átomos —es decir, insumos analógicos— (como puede ser que un vendedor se apoye de un sistema experto que le indique qué tipo de zapato le debe mostrar a un perfil individualizado de potencial comprador, y posteriormente le muestre dicho producto directamente al consumidor en concreto).

De esta manera, se puede aumentar la confianza, seguridad, armonía, efectividad —eficiencia más eficacia— y legitimidad jurídica de los destinatarios de un sistema —y ordenamiento— jurídico, así, superando algunos desencantos del modelo de autorregulación jurídica estatal (tridivisión de poderes y entes especiales) basado en el concepto de la función pública como estructura cardinal de custodia de la eficacia (muchos de sus mecanismos son ineficaces, por ejemplo, la función judicial no tiene procedimientos de corto plazo para proteger los derechos de un consumidor que ha sido lesionado por un agente internacional en el comercio electrónico). Todos somos el Estado y de todos depende el cumplimiento (oportuno) del derecho.

Incluso, es posible que la publicidad a la medida sea un valor agregado de las empresas si comunica más allá de lo que establezcan los

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD...

deberes básicos de información consagrados en las normas jurídicas que sean vinculantes (una publicidad que incluso permita simular la experiencia de uso del producto en el perfil específico del consumidor que se encuentre interactuando con el sistema digital), aumentando aún más el nivel de validez de la publicidad y el grado de eficacia jurídica de los derechos del consumidor.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 11, enero-junio 2016