



El derecho a la información en la esfera de protección del consumidor

Silvia Helena Muñoz Cortina

Abogada y docente, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: silviamuz@gmail.com

Resumen

Con este artículo pretendo mostrar las diferentes facetas que toma el derecho a la información en la relación de consumo, así como algunos de los diferentes fundamentos que ha expresando la doctrina latinoamericana para sustentar la tutela de la información que se le brinda al consumidor. La información es la herramienta que las partes en el contrato usan y por lo tanto deben saber cómo hacerlo, es por esto, que describo las situaciones que se presentan y han presentado entre productores y consumidores, con el fin de que se identifique alternativas transparentes en el mercado.

Palabras clave: buena fe; obligación de informar; asimetría informativa; propaganda comercial; engaño publicitario, oferta.

El Derecho a la información en la esfera de protección del Consumidor

Introducción

En nuestra moderna sociedad en donde los principales actores (productores y consumidores) entran al juego del mercado, los primeros (productores) bajo la consigna de hacerse ver en el mercado por medio de sus grandes producciones usando diversas herramientas, y qué mejor herramienta que la comunicación, definida según la Real Academia de la Lengua Española como “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor.”¹ De tal manera que el receptor en este caso, vendría siendo el consumidor, quien recibe las señales y dependiendo de ellas decide y toma partido.

Es por esto, que la comunicación tiende a ser una de las funciones esenciales del mundo moderno, porque en la antigüedad los hombres dependían estrechamente de su ambiente: el campesino del suelo que cultivaba, el artesano del oficio que ejercía, el productor o el comerciante del mercado estrictamente local que servía. Cada uno de ellos conocía lo que lo rodeaba, sin necesitar más información que la experiencia cotidiana.

Pero hoy en día, las condiciones de la producción son tales, que dependen de los mercados, no ya locales, sino mundiales; el ciudadano de este mundo inmensamente ampliado no puede ya formarse por el simple contacto con su medio inmediato, su formación implica una información sistemáticamente concebida y eficazmente puesta a su disposición.

Actualmente encontramos información por montones, producida de múltiples maneras, por medio de diferentes canales, lo que hace que la productividad humana sea la más alta que ha habido en toda la historia; y es desde esta productividad humana, cuyo principal actor es el individuo al que llamaremos consumidor, donde se desarrolla la necesidad latente de entregar información adecuada, veraz, suficiente y objetiva.

Hoy por hoy al consumidor le asiste el derecho a estar informado y ojala bien informado, y es desde la misma Constitución Política que encontramos esta protección, en los artículos 20 y 78 dándole rango constitucional al derecho a recibir información veraz y de controlar la información recibida en la comercialización de los bienes y servicios.

En nuestra sociedad existe la conciencia de que las maniobras comerciales, empresariales y publicitarias no requieren límites; que, entre más astuto y agresivo sea el vendedor en sus tácticas, tanto mejor será su éxito financiero y por ende su contribución a la sociedad.

¹ Real Academia de la Lengua Española, 2001.

Sin embargo, estas maniobras se constituyen en un verdadero fraude al derecho, pues son lesivas para los intereses de los consumidores y en nada contribuyen con la sociedad, pues agrandan las diferencias entre los productores y consumidores convirtiéndose en una verdadera asimetría de la información y por ende en una falla en el sistema jurídico y económico.

Desde el punto de vista jurídico este trabajo contribuye en el entendimiento de los fundamentos constitucionales que asisten al consumidor, así como las cinco aristas que contiene el derecho a la información que servirán de herramienta para que las partes sepan cómo comportarse en la etapa negocial.

En este trabajo se presentará un estudio del derecho a la información en la esfera de las relaciones de consumo, por esto, se encuentra dividido en tres partes; en primer lugar, se presentará la relación que hay entre el consumidor y la información; en segundo lugar se mostrarán algunos de los fundamentos que la doctrina le ha dado a la necesidad de brindar tutela al consumidor frente a la información; por último, se mostrarán cinco aristas en las cuales se entreteje este derecho.

I. El Consumidor y la Información

La avalancha tecnológica y el proceso de globalización que actualmente la sociedad experimenta paulatinamente, suponen cambios en los productos y servicios, haciéndose éstos cada vez más especializados, lo que puede acrecentar los conflictos entre productores y consumidores, debido, entre otras causas, a la abundancia de nuevos productos cada vez más especializado y los cada vez mas cambiantes y refinados mecanismos de comercialización y venta, en los cuales se estudia de manera profunda el comportamiento del consumidor como en el caso del *neuromarketing* y las demás técnicas derivadas de la investigación de mercados.

Lo anterior va construyendo toda una acumulación de conocimientos en manos del productor que a la postre se convierten en fuente de poder,² pues cada vez las personas del común desconocen aspectos técnicos de los productos o servicios que consumen a diario, además de estar cada vez mas acorralados por la cultura del consumismo masivo que les “impone” necesidades con más frecuencia.

Sobre esta avalancha informativa sostiene³ “es habitual el espectáculo publicitario no informativo que llega al consumidor mediante los distintos canales de comunicación, cuyo propósito es inducir a contratar y no informar” en otras palabras el consumidor no recibe la información que necesitaría y la que recibe es de muy poca calidad.

² Lorenzetti (2003). pág. 170. “Aludimos a la información vinculada a la profesionalidad, es decir, la que se obtiene por investigaciones que realiza el propio profesional proveedor, o bien que hacen otros pero él la adquiere. Ella integra la relación jurídica: la cobra si es un contrato o bien se tiene en cuenta cuando no lo hay. Por ello hay causa para exigir. No ocurre lo mismo en cambio con la información casual, sobre la que no alcanza el manto debitorio que definimos”.

No se alude a los datos secretos cuya divulgación puede perjudicar a quien los posee. Este tema se enlaza con la problemática del consumidor y no con la de la competencia, por ende, en las relaciones entre iguales no hay efectivo deber de realizar algo que beneficie al competidor”.

³ Lorenzetti (2003). pág. 169.

De esta manera, se crea una brecha informativa entre quien provee profesionalmente productos y servicios y quien los consume. Esto, acarrea un desequilibrio lo que hace que la información sea escasa, pues la complejidad del producto y la técnica del mercadeo hacen que el productor proporcione poca o en algunos casos ninguna información sobre el producto, pues considera que esta es un activo más de su compañía ya que tuvo que pagar por ella, como en el caso de la investigación y el desarrollo de un nuevo producto o, incluso en todo lo referente a marcas y patentes.

Esto, ha generado que el Estado se abrogue la obligación de proteger al consumidor y le imponga al productor el deber de proporcionar cierto tipo de información para la protección de los derechos de los consumidores con el fin de preservar su libertad de decisión.

Desde la Constitución⁴ misma se ha dispuesto que la ley regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Nótese que en la redacción constitucional el derecho a la información goza de similar tutela en cuanto a la intervención estatal y legislativa como el control de calidad de los productos.

Cabe señalar que el derecho al consumidor a ser informado como bien lo señala,⁵ “tiene definitivamente ganado el carácter de garantía fundamental constitucional sustentada en el reconocimiento de la dignidad de la persona... de dónde el derecho a ser informado y recibir un trato equitativo y digno se ha constituido en derecho inherente la persona”.

Así, se habla de la existencia de un derecho en cabeza del consumidor a recibir información⁶ por parte del productor para que su libertad negocial no se vea menguada, por tanto, se debe decir en primer término que dicha información debe ser veraz, es decir, no puede ser contraria a la verdad, y suficiente en el entendido de que le debe permitir al consumidor adquirir un criterio suficiente sobre el negocio en el que participa.

Además, la información debe ser pertinente para que el público objetivo del producto pueda entenderla, ya que al momento de proporcionarse debe tomar en consideración el público al cual se dirige, pues no es lo mismo, ni puede tratarse de

⁴ Dice el artículo 78 de la Constitución Política: “Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

⁵ Stiglitz (1998). pág. 171.

⁶ Así define la ley 1480 de 2011, Nuevo Estatuto del Consumidor, en su artículo tercero el derecho a recibir información: “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”.

la misma manera un producto dirigido a los niños, que uno dirigido a los adultos, ni es lo mismo un producto que está orientado a personal profesional altamente capacitado, que uno que esté orientado a los profanos; del mismo modo que debe ser diferente la información que sobre un medicamento el productor le proporcione al médico, que aquella que se le proporciona al farmacéuta o la que se le entrega al paciente, es por esto que la cantidad de información varía de un público a otro.

Igualmente, se debe hacer saber sobre lo que es importante; por ejemplo aquel dato que puede alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se contrataría o se lo haría en otras condiciones. En los supuestos extracontractuales se trata de dato que crea la “creencia”.⁷

Lo que se pretende en el fondo es que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, al adquirir un producto o servicio, superando la brecha informativa y actuando con la libertad suficiente para que su voluntad no sea viciada.

Una función del Estado, es permitir que el consumidor sea informado, procurando que quienes poseen la información, la entreguen a los destinatarios de los productos en términos que estos puedan entenderla, pues es el productor quién la adquirió para elaborar el producto o suministrar el servicio, y por ende le resulta más fácil proveerla; ya que para el consumidor será casi imposible o al menos muy oneroso hacerse a información de la misma calidad.

Lo anterior no siempre es fácil, ya que como plantea Lorenzetti,⁸ puede suceder que quieran ocultar condiciones negociales leoninas, o productos defectuosamente elaborados, o servicios deficientes, induciendo a un error en la calidad de la cosa. Además, de no existir un verdadero incentivo para divulgar gratuitamente un activo que al productor le ha significado una inversión de dinero.

II. Fundamentos para considerar la información como un elemento indispensable en la tutela del consumidor

Al intentar abordar el tema de la información como un eje transversal en la esfera protectora de la relación de consumo, se debe hacer alusión casi que de manera obligatoria al fundamento de la protección en la relación de consumo, así, muchos autores han sustentado diferentes tesis que pretenden sustentar no solamente la protección especial del consumidor, incluso apartándose de las legislaciones codificadas, sino además la necesidad de intervención estatal; algunas de estas tesis son:

Las situaciones de peligro y desigualdad

Para el costarricense Rivero Sánchez,⁹ “se protege al consumidor de todos los peligros y situaciones de desigualdad que se suscitan en el ámbito de las modernas

⁷ Lorenzetti (2003). pág. 170.

⁸ Lorenzetti (2003). pág. 171.

⁹ Rivero Sánchez (1997). pág. 62.

relaciones de consumo”, para el autor, el fundamento de la protección del consumidor frente a la información que se produce en la relación de consumo se deriva de los peligros y las desigualdades que se pueden presentar.

Sin embargo, para éste no existen un número determinado de situaciones de peligro o desigualdad ya que el cambiante mundo de las relaciones de mercado hace que éstas se modifiquen constantemente, por lo que termina por agrupar todas estas situaciones en cuatro grandes grupos (tratativas preliminares, contratos injustos, productos o servicios peligrosos y asuntos asociados al derecho procesal o al acceso a la justicia por parte de los consumidores).

Para Stiglitz,¹⁰ el fundamento del deber precontractual de información “está dado por la desigualdad que presupone que una de las partes se halle informada y la otra desinformada.”

La asimetría informativa

Otros autores en cambio sugieren que el fundamento de la protección del consumidor se deriva de la asimetría que existe entre los agentes de la relación de consumo,¹¹ es decir, se deriva del desequilibrio en cuanto a la información que poseen las partes de la relación, ya que siempre el productor poseerá mayor información sobre el producto que fabrica y/o el servicio que presta, de la que un consumidor del mismo podría adquirir, esto, pues en cabeza del productor se encuentran todos los procesos de investigación y desarrollo de los productos, así como la determinación de los posibles riesgos que este ha de incorporar, el poseer esta información (que obviamente es ignorada por el consumidor) pone al productor en una posición privilegiada en la relación de consumo.

Para Ghersi,¹² el problema de la asimetría lleva a la imposición del deber de información para poder vencer las debilidades económicas, técnicas y culturales, en especial para lograr un asentimiento en los contratos de adhesión en términos igualitarios y libres.

En igual sentido se pronuncia Vega Mere,¹³ “a pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa. El consumidor se encuentra en una situación desventajosa ya que, generalmente, solo recoge la información que la empresa arroja. Por ello, Onado señala que existe asimetría informativa cuando los agentes económicos (consumidores y proveedores) disponen de fragmentos informativos, es decir, datos no completos y hasta distintos. Esta circunstancia, agrega líneas abajo, puede conducir a la parálisis de los cambios o a la actuación de cambios en circunstancias no óptimas para uno o más contratantes”.

¹⁰ Stiglitz, (1998). pág. 168.

¹¹ Bullard González (2001).

¹² Ghersi (2005). pág. 41.

¹³ Vega Mere (2001). pág. 582.

La vulnerabilidad cognitiva

Otros autores en cambio, hablan de la vulnerabilidad cognitiva,¹⁴ pues en la sociedad globalizada la información es un bien escaso y valioso que los poseedores tratan de ocultar, esto también fundamenta una cierta intervención estatal en la relación de consumo.

La anterior situación hace que el consumidor entre en un estado de vulnerabilidad, pues nunca va a poder tener la suficiente información para poder comportarse de forma racional por lo que se desencadena:

- Vulnerabilidad técnica: pues desconoce la técnica referida al producto o servicio que pretende contratar y esto lo pone en inferioridad.
- Vulnerabilidad jurídica: en palabras de Lorenzetti,¹⁵ “hay una falta de conocimiento jurídico específico o existe una falta de experiencia en la contratación. El consumidor en este caso firma contratos con cláusulas sorpresiva, abusivas, contrae obligaciones engañado por lo la propaganda, sugiere, asume obligaciones determinables conforme a complejos cálculos económicos que desconoce (...)”
- Vulnerabilidad en el comercio electrónico: específicamente asociada a los productos que están constituidos por información (como el caso del software) ya que estos tienden a ser: intangibles por lo que se dificulta la realización de pruebas de fiabilidad; herméticos, ya que no se pueden conocer por medio del conocimiento que se tenga de otros productos; cambiantes y flexibles, ya que muchas veces de nada sirve la experiencia que se tiene de un producto anterior.

Y por último Lorenzetti,¹⁶ sostiene que en el comercio electrónico los productos constituidos por información están insertos en un sistema de relaciones complejo, puesto que presentan múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.

Lo anterior, pone al consumidor en una situación de vulnerabilidad cognoscitiva frente a los productos o servicios que contrata vía electrónica ya que la tecnología es cada vez más compleja y la información que requiere el consumidor frente a esta es cada vez más especializada, pero a su vez el productor tiende a ocultar mucha de esta información ya que considera que esta es un activo más de su compañía. Así, y como lo concluye Lorenzetti,¹⁷ la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores.

El corto recorrido que se muestra sobre los fundamentos que distintos autores latinoamericanos le han dado a la necesidad de brindar protección al consumidor muestra que no existe un fundamento unívoco sobre por qué el consumidor requiere que se le tutele de forma preferente el derecho a la información, sin

¹⁴ Lorenzetti (2003). pág. 40.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*. pág. 41.

¹⁷ *Ibidem*. pág. 42.

embargo hacer su recorrido resulta importante pues el estudio de los diferentes argumentos expresados pone de presente la importancia de este tema en el contexto latinoamericano.

III. Facetas del derecho a la información

El derecho a la información en la esfera de protección del consumidor se compone de cinco aristas:

- En primer lugar, tenemos el derecho que tiene el productor de dar a conocer los productos o servicios que está poniendo en el mercado, es decir de publicitar su negocio en forma válida, derecho que para algunos se deriva de la consagración constitucional de la libertad de opinión, con la salvedad, de que la publicidad nunca será objetiva, ya que su propósito es lograr la diferenciación de un producto y por ende, debe resaltarlo frente a los demás y mostrarlo atractivo al público.¹⁸

Esta faceta tiene entre sus límites a su ejercicio y el engaño,¹⁹ en otras palabras el productor puede publicitar sus productos con libertad, salvo que falte a la verdad²⁰ como lo ha expresado Jackel Kovacs,²¹ “aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engaños que le es transmitida”.

El nuevo Estatuto del Consumidor colombiano proscribió abiertamente la publicidad engañosa al señalar: “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.”²²

- En segundo lugar, tenemos la obligación que tiene el productor de conformar las características que al consumidor le son relevantes, como lo define el artículo 7, numeral 7, de la ley 1480 de 2011.

“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

¹⁸ Señala la ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

¹⁹ Señala la ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 13, Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

²⁰ No queriendo decir con esto que la publicidad engañosa sea el único límite a la publicidad, ya que existen otros límites que no se pueden desconocer como lo son los derechos fundamentales, los reglamentos técnicos o sanitarios, el derecho marcario, entre otras.

²¹ Jackel Kovacs (2003). pág. 84.

²² Congreso de la República de Colombia, 2011.

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.”

En este punto, ya no indagamos por el derecho que le asiste al productor de dar a conocer sus bienes y servicios, sino de un mínimo de información que le es necesario proporcionar al consumidor acerca de su producto. Igualmente, en el artículo 23 del mismo estatuto define la información, en el sentido de que ésta debe ser: “clara,²³ veraz,²⁴ suficiente,²⁵ oportuna,²⁶ verificable,²⁷ comprensible,²⁸ precisa²⁹ e idónea³⁰ sobre los productos que ofrezcan.”

En otras palabras, lo que se espera de la información que se los profesionales le brindan al público es que esta sea:

Clara o comprensible, ya que si bien la definición legal alude a ambos términos ambos apuntan a que el contenido debe ser fácil de entender por cualquier persona.

Veraz, que no induzca al engaño del consumidor, alude a que esta debe ser sincera. La información no es veraz “cuando su contenido es engañoso, particularmente cuando silencia datos esenciales o suscita en el destinatario expectativas que no son factibles de ser satisfechas, cuando se induce a error por omisión de circunstancias relativas a la empresa, producto o servicio anunciado.”³¹

Suficiente, es decir que no se incurra en omisiones de información frente a los aspectos del negocio que le son relevantes al consumidor.

Oportuna, que se proporciona en el momento adecuado para que el consumidor tome una decisión respecto del producto y evite los errores, vicios o daños que el negocio pudiera tener.

Verificable, es decir que se puede comprobar desde el punto de vista fáctico el contenido de la información (más adelante se hará la diferenciación entre los elementos que son verificables y los que no lo son y su importancia dentro de la contratación).

²³ Real Academia de la Lengua Española, 2001. Se define como, “(Del lat. *clarus*).1. adj. Que se distingue bien.

²⁴ Real Academia de la Lengua Española, 2001. Definida como (Del lat. *verax, -ācis*). 1. adj. Que dice, usa o profesa siempre la verdad.

²⁵ Real Academia de la Lengua Española, 2001. Definida así (Del lat. *sufficiēns, -entis*). 1. adj. Bastante para lo que se necesita. 2. Adj. Apto o idóneo.

²⁶ *Ibidem*. Definido como (Del lat. *opportūnus*). 1. adj. Qué se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene.

²⁷ *Ibidem*. Definido como (Del lat. *verificāre*). 1. tr. comprobar o examinar la verdad de algo.

²⁸ *Ibidem*. lo define como (De *comprehender*)...2. tr. Contener, incluir en sí algo. 3. Entender, alcanzar, penetrar.

²⁹ *Ibidem*. Lo define (Del lat. *praec̄sus*). 1. adj. Necesario, indispensable, que es menester para un fin. 2. adj. Puntual, fijo, exacto, cierto, determinado.

³⁰ *Ibidem*. Definido como (Del lat. *Idonēus*). 1. adj. Adecuado y apropiado para algo.

³¹ Stiglitz (1998). pág. 220.

Precisa, se debe evitar proporcionar información inútil ya que al consumidor se le debe entregar información indispensable y relevante sobre el negocio.

En la doctrina argentina se dice que la información debe ser detallada en el sentido de que el consumidor tenga la posibilidad de informarse acerca de la pluralidad de características de los productos o servicios que le son ofrecidos ya que solo así se le puede proteger el derecho a elegir.

Idónea, que tiene la aptitud y calidad suficiente, para que el consumidor sea adecuadamente informado.

En el mismo sentido, el artículo 24 del nuevo Estatuto del Consumidor, define la información mínima que debe contener un producto o servicio que va a salir al mercado, así el productor deberá suministrar al consumidor:

- 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”.

Para el tratadista argentino³² “el deber precontractual de información parece integrar uno más amplio, el de cooperación, aún cuando uno y otro serán derivados necesariamente de la buena fe debida (...) Y ello es el de tal trascendencia que la información suministrada en el periodo de tratativas, una vez perfeccionado el contrato, se integra al contenido del mismo”.

El fin último que busca la normatividad en este sentido, es el de crear en cabeza del productor o proveedor como poseedor de la información el deber jurídico obligacional de comunicar en la relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, cuyo contenido es el de poner en comprensión de la otra parte una cantidad de datos suficiente para evitar los daños o los peligros que pueda generarse en la otra parte si estos no son suministrados.

En tal sentido, si una parte conoce datos relevantes del negocio que comporta su obligación frente a la otra, se puede decir que está obligado a poner a su

³² Stiglitz (1998). pág. 167.

contraparte en conocimiento de esta situación y no podrá alegar legítimamente su ignorancia, pues quien oferta un negocio, debe estar en la capacidad de explicarlo libre de reticencias.

A lo anterior se opone, como resulta obvio, que la parte obligada a proporcionar la información tampoco tenga conocimiento de esta, ya que como bien lo expresa Stiglitz,³³ “la ignorancia recíproca no genera obligación de informar” así por ejemplo, la evolución científica o el desarrollo mismo de las técnicas y los productos se convertirá en un eximente de responsabilidad, ya que si la información es desconocida para el producto y si este es ignorante de la misma no puede ser al mismo tiempo su deudor.

En este punto es válido que nos preguntemos si paralelo con el deber de informar ¿existe un derecho en cabeza del productor de abstenerse de proporcionar cierta información o de proporcionar otra de forma engañosa válidamente?

El fundamento de dicho interrogante alude a que por mucho tiempo nuestro derecho se ha visto con beneplácito la astucia comercial, siendo muy frecuente que el comerciante oculte cierta información o exagere sobre el contenido de otra con el fin de captar la atención de los posibles contratantes; de hecho, dentro de la mentalidad comercial se encuentra la conciencia de que si esta información se revela ó se hace de forma veraz el consumidor no celebraría el contrato.

Desde tiempo atrás esta práctica comercial se vio legitimada bajo el nombre de astucia comercial ó *dolus bonnus*,³⁴ cabe ahora preguntarse si esta práctica puede continuar permeando la legislación contractual en tiempos de la contratación masiva con consumidores.

Para Lorenzetti,³⁵ “El dolo bueno contempla los engaños que moralmente no son censurables: afirmaciones inexactas, astucia comercial, exagerar el valor o las cualidades de una mercancía. La diferencia no radica en la intensidad de la astucia, “ya que cualquier” artificio astucia o maquinación es dolo. El distingo se basa en que la acción dolosa se la emplea con el fin de engañar a otro, y en el dolo bueno se la emplea para competir. El derecho civil se afirma que el dolo bueno no integra el concepto porque no se persigue un fin contrario a lo establecido en el orden jurídico”.

Lo que nos planteamos ahora es si el denominado dolo bueno conserva su aplicabilidad en las relaciones de consumo, o si por el contrario tendremos que todo ocultamiento o exageración de información tendrá que ser proscrito.

³³ Stiglitz (1998). pág. 173.

³⁴ Este término alude a una modalidad de dolo que es tolerado por el ordenamiento jurídico y que responde a ciertas astucias de los comerciantes que les son permitidas para mercadear sus productos, esta concepción es muy antigua en el derecho pues desde el *Digesto* se distingue la diferencia entre dolo bueno y dolo malo.

³⁵ Lorenzetti (2003). pág. 174.

Aquí tendríamos que hacer una distinción, pues de un lado tendremos que hablar de la información que es engañosa y del otro la información que se ha ocultado.

Frente a la información que es engañosa se debe distinguir cuando la información es objetiva, esto es, que se puede verificar o comprobar, cómo cuando se dan calidades, cantidades o aptitudes de los productos que una persona normal pudiera confirmar, así, si el productor señala que por ejemplo el rendimiento de un aceite es de un kilometraje x el consumidor podrá verificar esto mirando el desgaste de ese producto en ese trayecto.

Por otro lado, existe la información que es engañosa pero que su contenido no se puede verificar, ya que obedece a afirmaciones meramente subjetivas como es el caso de las exageraciones propias de la profesión publicitaria o recomendaciones que un artista o cantante famoso hace de un producto determinado pero que no aluden a una base fáctica que pueda ser corroborada.

En este punto tenemos que señalar que el dolo bueno solo tendrá cabida en únicamente en las afirmaciones subjetivas, pues para las objetiva se tiene que ser plenamente veraz.

Por otro lado tenemos la información que ha sido ocultada y aquí se presenta una gran problemática pues de un lado está el derecho que tiene el consumidor a recibir información y del otro el derecho que tiene el productor de preservar la propiedad industrial de su producto, pues como ya se ha dicho en paginas precedentes para el productor esta información es un bien que le ha significado una inversión económica.

Este panorama descarta de tajo el uso del dolo bueno, ya que la legislación obliga al productor a ser claro y sincero y a proporcionar una información veraz y suficiente, por lo que cualquier información que pueda ser relevante para el consumidor deberá de ser proporcionada, aun en detrimento de la protección del secreto industrial, así por ejemplo en materia de medicamentos se debe revelar su composición, posología adecuada y componentes activos, pues aunque esto represente un activo propio de la industria farmacéutica es relevante para que el consumidor tome decisiones racionales respecto de este producto, obviamente existirán procesos técnicos e industriales que no serán relevantes para el consumidor sino para los competidores y frente a los cuales se conservaría la protección de la propiedad industrial.³⁶

- En tercer lugar, desde la perspectiva del consumidor, otra arista es el derecho que tiene el consumidor a ser informado, que no es más que la otra cara de la obligación a cargo del proveedor, es decir el proveedor es “deudor” de una información que es indispensable para que el consumidor recupere libertad en el mercado, al mismo tiempo el consumidor es “acreedor” de dicha información, pues éste reclama al productor ciertos márgenes de información para evitar los peligros potenciales o los daños

³⁶ Queda pendiente para próximas reflexiones si esta omisión de información constituiría un vicio en el consentimiento del consumidor analizando las diferentes teorías doctrinales respecto a si es un dolo activo u omisivo.

que le pueda ocasionar los productos o la abusividad del negocio, entonces, el consumidor puede exigir información en los términos del numeral 1.3 del artículo tercero de la ley 1480 de 2011.

Sin embargo, podemos indagar por cómo influye el derecho a la información en la contratación con consumidores, para esto se debe partir desde dos premisas: los contratos de libre discusión, en los que las partes encuentran un escenario para establecer las condiciones; sin olvidar que actualmente, los que tienen mayor prevalencia son los contratos de adhesión, que por supuesto exigen a las partes mayor compromiso y lealtad.

En los primeros, entran a operar las condiciones que se esbozaron en el capítulo precedente, sobre las facetas, con las cuales las partes deben llegar al escenario de los contratos, analizando como entrar a aplicarlas una vez conocidas las reglas del juego, esperándose lealtad y confianza entre las partes.

En la etapa precontractual las negociaciones deben desenvolverse seriamente, con diligencia y sin mala fe configurativa de dolo “de allí que... "El lapso de negociaciones previas, aunque las manifestaciones de voluntad no tuvieran poder vinculante supone la concurrencia de actos (materiales) jurídicos lícitos, gobernados por el principio de la buena fe”.³⁷

En la etapa formativa del contrato se impone la carga de la buena fe, obligando a las partes a comportarse con corrección y lealtad, lo cual impone un deber de información que permita a la contraparte (consumidor) conocer el estado real del negocio, evitándole posibles errores o engaños.

En la configuración del negocio jurídico el deber de informar constituye entonces, una obligación legal, como ya se dijo, asociado a la buena fe, de tal forma que las partes cooperen y que quien maneje la mayor información no abuse de ello, afectando a quien no la posee totalmente.³⁸

Una vez concretado el negocio, se integrarán a él, los contenidos de los preacuerdos, esperando que se acepten y se respeten.

Contrario sensu, en los contratos de adhesión la información, como ya se vio se circunscribe en los procesos de producción y comercialización en masa, así como el desarrollo tecnológico en una necesidad para que el consumidor recupere su capacidad negocial, ya que todo el poder de negociación se encuentra en una sola de las partes.

Visto así, la información en la contratación por adhesión se debe asumir como se planteó en las aristas de este derecho (tercera y cuarta), esto es, como un deber y como una obligación, para lograr en el consumidor una adecuada formación del

³⁷ Stiglitz (1998). pág. 142.

³⁸ Sobre lo anterior, Stiglitz (1998). Pág. 166, dice: “la obligación legal de información también consiste en abstenerse de afirmar absolutamente nada sin estar seguro de lo que se informa a los fines de evitar inducir en error al contratante. El expresado constituye un clásico fundamental como regla moral: el de no mentir”.

consentimiento. De tal manera que la única acción que le queda en la negociación es aceptar las condiciones y clausulado predispuesto que la contraparte le presenta que en la mayoría de veces es sorpresivo.

Es por esto que a las partes en un contrato se les crea un deber de informar e informarse desde la etapa precontractual hasta la etapa de ejecución del mismo; dicha información debe estar contenida de cuestiones trascendentes que incidan en el consentimiento, tales como, el objeto, la causa y los efectos,³⁹ datos que son útiles a la hora de tomar una decisión libre e independiente.

Todo esto, genera en el consumidor una confianza frente al productor, puesto que es en primer momento el obligado (productor) a prestar la información acerca por ejemplo, de la naturaleza del contrato, y en caso de presentarse un contrato cuya materia se pueda calificar como de intensa complejidad, lo que pone al acreedor en excesiva inferioridad; es el productor quien debe generar la confianza, siendo claro en la redacción del clausulado y estableciendo la veracidad en las condiciones negociales que plantea.

Por tanto, el obstáculo al que se enfrenta el consumidor acerca de la complejidad y tecnicidad en la información puede traspasarse con la eficiente y trasparente actuación del productor.

La influencia que se espera que tenga la actual ley 1480 de 2011 en la teoría de la contratación, es precisamente que para la relación de consumo se deberá tener unas particulares consideraciones que harán tomar distancia de la teoría tradicional, especialmente en lo atinente a la oferta y el derecho a la información.

La responsabilidad civil derivada de la información incompleta o engañosa: el artículo 23 de la ley 1480 de 2011 señala “serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información” e igualmente y como ya se estudió, esta ley castiga la publicidad engañosa, esto pone de presente que la arraigada teoría de la oferta que por muchos años se ha mantenido en la regulación mercantil debe revisarse al menos en lo tocante a la relación de consumo.

En nuestro vigente Código de Comercio se contempla un régimen de oferta que privilegia las ofertas a personas determinadas, ya que a estas les concede fuerza obligatoria aunque el oferente muera o llegare a ser incapaz, y por oposición entiende que la oferta hecha a persona indeterminada por regla general no es vinculante.

Dispone el artículo 847 del Código de Comercio que no son vinculantes y su revocación no produce ningún efecto, las peticiones, las ofertas de mercaderías con indicación de precio dirigidas a personas no determinadas, por medio de circulares, prospectos, catálogos, avisos o anuncios radiales, televisados o periodísticos.

³⁹ Para ejemplificar mejor, véase la posición de Fabre- Mganán, M. De l' Obligation d' Information dans les Contrats, la cual es citada por Stiglitz (1998). pág. 173.

Justamente, esta forma de realizar la oferta es la más usual en la relación de consumo, sin embargo, la normatividad mercantil no regulaba consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de informar en la etapa de la oferta.

Es por esto que la normatividad de consumo tiene que suponer un alejamiento de la teoría tradicional y regular, expresamente que el incumplimiento de la obligación de informar así como de hacerlo de forma engañosa o incompleta genera responsabilidad civil.

Aunado a lo anterior, la doctrina extranjera ha generado la teoría respecto de la cual toda afirmación que el productor anuncie vía publicitaria deberá ser vinculada al contrato y en este punto será una obligación a su cargo cumplir estrictamente con aquello que prometió en el anuncio.

Esto, invertiría completamente la concepción proveniente de la policitación pues la vinculatoriedad haría suponer que la publicidad es una oferta que obliga al productor y desde que la publica compromete su responsabilidad.

La Corte Constitucional, en sentencia del año 2000, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

“Pero, además, si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella -como acontece en este caso-, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquella está obligada en los términos de la oferta (...)

En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza”.

Así, vemos como los derechos de los consumidores, en especial los referidos a la necesidad de ser veraz y suficiente termina por modificar la tradicional concepción de la oferta.

- La cuarta arista constituye una carga para el consumidor, se impone la obligación de informarse, es decir, de ser diligente y apropiarse de la información que ya se le ha proporcionado, que exista dentro del consumidor; el afán por conocer el negocio y el producto, sus riesgos, peligros y particularidades, al punto que si no lo hace no puede exigir la responsabilidad al productor por los daños que sufra.

La Ley 1480 de 2011 consagra como deberes a cargo del consumidor: informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo,

conservación e instalación. Así como el de obrar de buena fe, frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

Por este motivo, aunque se puede considerar al consumidor como un sujeto digno de una tutela por parte del ordenamiento jurídico, esto no es excusa para que esté obligado a comportarse de manera cuidadosa y diligente, en este sentido, solo cuando la ignorancia no sea resultante de una conducta descuidada por parte del consumidor es factible de ser invocada, pues a éste le asiste un deber y es el de informarse para evitar sufrir daños.

Obviamente el deber de informarse supone ciertos límites pues el calificativo de consumidor dentro de un proceso de contratación necesariamente conduce al reconocimiento de la calidad de ignorante o inexperto frente a la calidad de profesional que tiene el productor.

Por tanto, debe de entenderse que aunque el consumidor está en la obligación de informarse, esto no estriba en tener que convertirse en un experto, sino en comportarse como una persona normal lo haría, por lo que el punto a resolver es cuando el error o la ignorancia de un individuo medio a pesar de ser informados merecen ser excusados.

Lo anteriormente planteado ha llevado a la doctrina internacional a plantearse criterios que privilegien la confianza que el consumidor deposita en la información que el productor le entrega (la publicidad inclusive).

Por ejemplo en la doctrina argentina se tienen criterios como el de la Confianza Legítima “que supone la sinceridad de la información suministrada por el deudor, dispensa al acreedor del deber de informarse”.⁴⁰ Derivado del principio de buena fe negocial se puede pensar que las partes mutuamente se deben cooperación y lealtad en todo negocio jurídico en especial en lo que a proporcionar información se refiere, es decir que existe una presunción de buena fe en toda la información que el productor le proporciona a su clientela y que como es obvio entonces corresponde a quien quiera afirmar que es engañosa la prueba de dicha afirmación. Sin embargo, cuando se alega que el consumidor no fue informado o que la información no era suficiente la carga de la prueba le corresponderá al productor, quien en su defecto debe probar que la información fue efectivamente proporcionada y que el consumidor podía informarse adecuadamente de ser diligente.⁴¹

Igualmente, la naturaleza o la calidad de los productos que se adquieren hará variar la obligación que tiene el consumidor de informarse, ya que frente a productos, por ejemplo de poco valor, baja peligrosidad, o poca importancia no se requiere una diligencia tan elevada como para los negocios importantes. Los productos peligrosos

⁴⁰ Stiglitz (1998). pág. 179.

⁴¹ Al respecto, Stiglitz precisa que “la calidad de profesional que ostente el deudor de la información, constituye una presunción de conocimiento de la misma. Pero como la información, sólo es debida a favor de quien la ignore, recae sobre el obligado a informar, la carga de alegar y demostrar que el acreedor se hallaba informado o que debía estarlo de haber actuado con cuidado”. En: Stiglitz (1998). pág. 182.

o costosos por ejemplo, necesitan mayores niveles de diligencia, asunto diferente cuando pensamos en la compra de una golosina a cuando compramos un insecticida.

- Por último, existe la facultad a cargo de los consumidores, las asociaciones, agremiaciones y ligas, así como de las autoridades públicas para informar, educar y divulgar los derechos de los consumidores y la forma y mecanismos para hacerlos efectivos.⁴²

En tal sentido, se ha dicho que el derecho a la información cuando se encuentra asociado a la educación para el consumo, implica que al consumidor se le brinden dos tipos de conocimientos diferentes.

De un lado, este debe ser educado para comportarse racionalmente desde un carácter individual, es decir satisfaciendo sus necesidades materiales sin ir en detrimento de sus propios intereses, “lo que conlleva a la adquisición del conocimiento y las habilidades para ser un consumidor informado de manera que su desenvolvimiento se ajuste a sus intereses individuales y satisfaga sus necesidades de carácter inmediato”.⁴³

De otro lado, el consumidor debe ser educado para tener conciencia social, es decir ser consciente de los problemas de carácter colectivo cuyas consecuencias afectan positiva o negativamente a la sociedad en su conjunto; se pretende “la modificación de los patrones de consumo y como consecuencia, en el sistema de producción, en atención a la satisfacción de sus necesidades tanto materiales como ambientales”.⁴⁴

Esta última arista, alude no solamente a la capacidad que tienen los consumidores de asociarse, sino de optar por el auto cuidado, la justicia en los contratos con todos los consumidores, así como de procurar el cuidado de la colectividad y de desarrollar una efectiva conciencia social, capaz de mejorar la vida de la comunidad y cambiar los patrones de consumo procurando que cada vez estos sean sostenibles y amigables con el medio ambiente.

⁴² Dice el artículo 3 numerales 1. 10 y .1.11 de la ley 1480 de 2011. Derecho a informar: Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores. Derecho a la educación: Los ciudadanos tienen derecho a recibir educación sobre los derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas.

⁴³ Pérez Bustamante (2004). pág. 63.

⁴⁴ *Ibidem*.

Conclusiones

1. Existe una brecha informativa, entre quién crea los productos y quien los consume, la cual sustenta la necesidad de intervención estatal en las esfera de las modernas relaciones de consumo.
2. En América latina, la doctrina ha encontrado diversos fundamentos a la tutela del derecho a la información en las relaciones de consumo, dentro de los cuales se encuentran: la desigualdad, el peligro, la asimetría informativa y la vulnerabilidad cognoscitiva, argumentos que demuestran la necesidad de brindar una efectiva protección al consumidor de su derecho a estar informado.
3. El derecho a la información tiene al menos cinco aristas diferentes, en primer lugar está el derecho que tiene el productor a informar y publicitar a cerca de los productos que pone en circulación, la segunda arista tiene que ver con la obligación que tiene el productor de brindarle información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea al consumidor, la tercera arista consiste en el derecho que tiene el consumidor de ser informado y la relevancia que adquiere el derecho a la información en la contratación con consumidores, en cuarto lugar, está el deber que tiene todo consumidor de informarse y por último está la obligación de educación a cargo de las ligas y agremiaciones de consumidores.
4. Uno de los límites al derecho que tiene todo productor a informar y publicitar sobre sus productos o servicios consiste en hacerlo de forma engañosa o incompleta.
5. La teoría del dolo bueno o *dolus bonnus* solo se aplica en las afirmaciones que son subjetivas no verificables, frente a la información que es objetiva y ante las omisiones de información no puede tener cabida este postulado.
6. El consumidor está obligado de otro lado, a ser diligente y cuidadoso respecto de la información que se le entrega e informarse adecuadamente de los productos o servicios que consume.
7. También está obligado el consumidor a la educación atinente para comportarse racionalmente y para contribuir al mejoramiento de la cultura del consumo y hacerlo sostenible.

Referencias Bibliográficas

Bullard González, A. (2001). *La Asimetría en la Contratación a Propósito del Dolo Omisivo*. En A. A. Alterini, J. L. De los Mosos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Temis.

Congreso de la República de Colombia. *Secretaría del Senado*. Consultado el 20 de noviembre de 2011 en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1480_2011.html

Corte Constitucional 10 de febrero de 2000. MP José Gregorio Hernández Galindo, T 118

Real academia española. Consultado el 22 de 11 de 2011 en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CLARA

Gherzi, C. A. (2005). *Contrato de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.

Jackel Kovacs, J. (2003). *Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa*. *Foro del Jurista*.

Lorenzetti, R. L. (2003). *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni editores.

Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

Rivero Sánchez, J. M. (1997). *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* Medellín: Diké.

Stiglitz, R. (1998). *Contratos civiles y mercantiles. Parte general Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

Vega Mere, Y. (2001). *El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea*. En A. A. Alterini, J. L. De los Mosos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea*, págs. 517-648. Bogotá: Temis.